



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

2016/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.16/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2016/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 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

2016/2

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz	373
	2. Beratung betreffend Marketing von TV-Rechten für Wintersport	378
5.	BGBM LMI LMI	
	1. Décision du Tribunal du Canton de Vaud du 8 février 2016 concernant demande d'agrément / [Société anonyme d'avocats] SA	383
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)	384
	2. GE Healthcare	434
	3. Nikon AG	442
	4. Nikon AG / Publikation der Verfügung	536
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Amcor/SIDEL/JV	544
	2. ArcelorMittal/les Etablissements Financiers/Bagoeta	548
	3. Verily Life Sciences LLC/Aventis Inc.	552
	4. Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG	555
	5. Verfügung vom 7. März 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust und Coop/Carrefour betreffend Gesuch um Aufhebung von Auflagen	559
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève concernant le projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur	565
	2. Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie	572
	3. Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi sur la restauration collective publique	576
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Arrêt du 17 décembre 2015 Altimum SA contre Commission de la concurrence COMCO	580
	2. Urteil vom 15. Oktober 2014 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Verfügung vom 4. Juni 2012 betreffend Publikation einer Sanktionsverfügung	608
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 26. Mai 2016 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Publikation einer Sanktionsverfügung	622

B 7 Kantonale Gerichte

Tribunaux cantonaux

Tribunali cantonali

1. Arrêt de la Cour Constitutionnelle du Tribunal cantonal vaudois du 27 avril 2016 concernant Uber Switzerland GmbH 637

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)

648

Index (deutsch, français e italiano)

650

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

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

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz

1. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2014 ersuchte die [A] GmbH das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) um eine Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

2. Gemäss Beratungsanfrage stellt sich der Sachverhalt im Wesentlichen wie folgt dar:

3. [A], mit Sitz in [...] beziehe als Unternehmen des Buchgrosshandels (sog. Barsortimente) seit Jahrzehnten Verlagsserzeugnisse, insbesondere Bücher, u. a. von verschiedenen Verlagen der [B]-Gruppe. Die von den Verlagen bezogenen und im Barsortiment angebotenen Bücher vertreibe [A] im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Einzel- und Internethändler, sowie an andere Grosshändler, die die Bücher wiederum an den Einzelhandel liefern würden.

4. [...]

5. Seit Ende 2010 verlange die [B]-Gruppe von [A], dass die Erzeugnisse der Verlage der [B]-Gruppe, die [A] von [B] beziehe und später in die Schweiz weiterveräußere, nicht auf Basis des gebundenen deutschen Ladenpreises, sondern des für die Schweiz vom jeweiligen [B]-Verlag bekannt gemachten empfohlenen unverbindlichen Verkaufspreises auf Basis des CHF abgerechnet werde. [A] sei der Ansicht, dass eine Differenzierung der Grosshandelskonditionen nach Weiterverkaufsregionen kartellrechtswidrig sei und habe daher der Forderung der [B]-Gruppe stets widersprochen.

6. Die zur [B]-Gruppe gehörende [C] GmbH habe schliesslich im Mai 2012 [A] vor dem Landgericht [...] verklagt. Die Klage sei vom Landgericht abgewiesen worden, woraufhin [C] gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung [...] eingelegt habe.

7. Nach Einschätzung von [A] sei der Hintergrund der Klage allein der Versuch der [B]-Gruppe, das Preisni-

veau für ihre Verlagsserzeugnisse in der Schweiz insgesamt künstlich hoch zu halten, indem den Schweizer Händlern eine – gegenüber den anderen Bezugsquellen – günstigere Importmöglichkeit aus Deutschland verwehrt werde.

8. In Deutschland lasse die [B]-Gruppe ihre Verlagsprodukte über die Verlagsauslieferung [D] GmbH gegen entsprechende Gebühren für die logistischen und kaufmännischen Dienstleistungen ausliefern.

9. Bei der Auslieferung über eine Verlagsauslieferung bestehe die vertragliche Lieferbeziehung zwischen dem Verlag und dem Abnehmer (Gross- oder Einzelhändler), die Vertriebs- und Konditionshoheit verbleibe beim Verlag. Der Bucheinzelhändler könne die von ihm benötigten Bücher entweder direkt über den Verlag bzw. seine Verlagsauslieferung oder beim Grosshandel (Barsortimente) beziehen. Die Berechnung seitens der Verlagsgruppe erfolge gegenüber [A] in Deutschland bisher auf Basis des in Deutschland gebundenen Ladenpreises (inkl. MwSt.) unter Berücksichtigung vereinbarter Rabatte.

10. In der Schweiz habe die [B]-Gruppe in der Vergangenheit die [E] AG – an der [A] [...] beteiligt sei – als Verlagsauslieferung genutzt. Auch hier habe die Preis- und Konditionshoheit gegenüber den Bucheinzelhändlern in den Händen der [B]-Gruppe gelegen. Die [E] habe die vom Einzelhandel bestellten Bücher über Nacht geliefert, habe mit den Buchhändlern und dem Verlag abgerechnet und für die erbrachte Dienstleistung von der Verlagsgruppe entsprechende Gebühren erhalten.

11. Nach Kenntnis von [A] sei die Abrechnung zwischen der [B]-Gruppe und den Schweizer Bucheinzelhändlern, welche die Verlagsserzeugnisse im Wege der Verlagsauslieferung von der [E] bezogen hätten, in Schweizer Franken auf Basis des von der [B]-Gruppe empfohlenen Schweizer Ladenverkaufspreises erfolgt. Die [B]-Gruppe habe bei der Kalkulation dieser empfohlenen Verkaufspreise für die Schweiz einen hohen eigenen Währungsumrechnungsfaktor verwendet. Dieser führe beim Bezug

über [B] für den Schweizer Buchhandel zu einem höheren Einkaufspreis als bei einem Bezug über [A] bzw. über die [E].

12. Im Ergebnis habe dies dazu geführt, dass die von den Schweizer Bucheinzelhändlern an die [B]-Gruppe zu zahlenden Einkaufspreise in Deutschland erheblich über den Einkaufspreisen auf Basis der gebundenen deutschen Euro-Ladenpreise gelegen hätten, auch unter Berücksichtigung anfallender Bezugskosten, umgerechnet zum jeweiligen Wechselkurs.

13. Den Schweizer Bucheinzelhändlern seien die von der [B]-Gruppe angebotenen Einkaufspreise vor diesem Hintergrund irgendwann zu teuer geworden. Daher hätten sie begonnen, Verlagserzeugnisse der [B]-Gruppe bei deutschen Buchgrosshändlern zu den in Deutschland gebundenen Euro-Preisen unter Gewährung kundenspezifischer Rabatte einzukaufen, die unterhalb der von [B] im Bezugswege über die Verlagsauslieferung für die Schweiz angebotenen Preise lagen.

14. Als alternative Bezugsquelle kämen in der Praxis aufgrund von Transport- und Logistikgründen hauptsächlich Grosshändler wie insbesondere [...] in Betracht.

15. Anfang 2011 sei der Auslieferungsvertrag mit der [B]-Gruppe von der [E] gekündigt worden, weil der Verlag einen grossen Filialisten in der Schweiz direkt aus seiner deutschen Verlagsauslieferung beliefert, und damit gegen den bestehenden Auslieferungsvertrag verstossen habe.

16. Seit diesem Zeitpunkt nutze die [E] die Lieferbeziehung zu [A] zum Bezug von Titeln der [B]-Gruppe. Auf Grund dessen habe die [E] den empfohlenen unverbindlichen Verkaufspreis auf CHF Basis reduzieren können. Von den besseren Einkaufsbedingungen hätten folglich nicht nur die Buchhändler, sondern auch die Endkunden profitiert.

17. [A] unterhalte in [...] ein Logistikzentrum und versorge den stationären Einzelhandel sowie die Internetanbieter über Nacht mit Büchern und anderen Medienartikeln. Auf Grund der Wegstrecken und der zeitlichen Einschränkungen beim Grenzübergang sei [A] eine Belieferung von Einzelhändlern in der Schweiz innerhalb der vom Einzelhandel geforderten Übernachtbelieferung mit späten Bestellzeiten nicht möglich. Im Vergleich zu deutschen Wettbewerbern könne [A] derzeit nicht deren betriebliche Nähe zur Schweizer Grenze und die damit verbundenen logistischen Vorteile ausgleichen. Daher habe sich [A] schon vor vielen Jahren als Minderheitsgesellschafter an der [E] beteiligt, um als deren Hintergrundlager für das Grosshandelsgeschäft (Barsortiment) der [E] zu dienen. Titel, die von der [E] nicht am Lager geführt würden, besorge sich die [E] bei Bestelleingang des Einzelhändlers bei [A], die über einen wesentlich grösseren Lagerbestand an Titeln verfüge. Die Auslieferung an den Buchhändler erfolge dann von der [E] innerhalb von 48 Stunden. Bücher von Verlagen, welche die [E] als Verlagsauslieferung nutzten, würden von den Verlagen direkt an die [E] geliefert.

18. Diese alternative Bezugsmöglichkeit aus Deutschland für den Schweizer Bucheinzelhandel habe die [B]-Gruppe offenkundig gestört, und die Verlagsgruppe habe deshalb seit Ende 2010 versucht, diese alternative

Bezugsquelle für den Schweizer Bucheinzelhandel durch eine Erhöhung der Einkaufspreise für den deutschen Buchgrosshandel unattraktiv zu machen, soweit es Exporte in die Schweiz betreffe.

19. So sei Ende 2010 [Herr X] von [B] an [Herr Y] von [A] herantreten und habe mitgeteilt, dass die [B]-Gruppe die (in der prozentualen Höhe gleichbleibenden) Rabatte für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft würden, künftig auf den empfohlenen Schweizer Ladenpreis (in Schweizer Franken, CHF) und nicht länger auf den festgesetzten deutschen Euro-Ladenpreis berechnen wolle (nachfolgend: die gewünschte Konditionsänderung). [Herr Y] habe eine derartige gewünschte Konditionsänderung abgelehnt, auch wenn sie seinerzeit für [A] ohne Relevanz gewesen sei, weil die [B]-Gruppe die [E] als Auslieferung in der Schweiz genutzt habe und deshalb von [A] keine [B]-Titel in die Schweiz geliefert worden seien.

20. Der von [A] an die [B]-Gruppe zu zahlende Kaufpreis für die Lieferung von Erzeugnissen (insbesondere Büchern) der Verlage der [B]-Gruppe sei stets auf Basis des gebundenen deutschen Ladenpreises (früher D-Mark, heute Euro) abgerechnet worden. Diese Regelung entspreche sämtlichen schriftlichen wie mündlichen Konditionsvereinbarungen zwischen Verlagen der [B]-Gruppe und [A]. Diese Vereinbarungen nähmen Bezug auf die Vorgaben des deutschen Buchpreisbindungsgesetzes für Verlagserzeugnisse (BuchPrG) und sähen vor, dass der von [A] zu zahlende Einkaufspreis durch vereinbarte Rabatte auf den bekannt gemachten gebundenen Ladenpreis (in Euro) inklusive Mehrwertsteuer bestimmt werde. Eine Differenzierung der Buchpreise/Währungen nach den Regionen, in die [A] später diese Titel weiterverkauft, sei in keiner dieser Konditionsvereinbarungen vorgesehen.

21. Die [B]-Gruppe sei bis dato die einzige Verlagsgruppe, die eine solche Differenzierung der Konditionen nach den Regionen, in die [A] diese Titel später an Buchhändler einzelner Länder weiterveräussert, fordere. Entsprechend der üblichen Geschäftspraxis kaufe [A] generell von deutschen Verlagen Verlagserzeugnisse für ihren Handelsbestand nur auf Basis des gebundenen Euro-Ladenpreises (fakturiert in Euro). Eine Differenzierung der Grosshandelskonditionen nach Regionen, in die [A] die Titel später weiterveräussere, finde nicht statt. Dies auch vor dem Hintergrund, dass für [A] zum Zeitpunkt des Kaufs der Verlagserzeugnisse in aller Regel noch gar nicht feststehe, wohin [A] die erworbenen Verlagserzeugnisse weiterveräussere. Eine Konditionsdifferenzierung nach Regionen (in die [A] diese Titel weiterverkaufe), die bei einem späteren Weiterverkauf ins Ausland zu einer Verschlechterung der Einkaufskonditionen führe, hätte zur Folge, dass [A] in diesem Fall im Nachhinein einen finanziellen Nachteil erleiden würde, bzw. ihre Abgabepreise für Lieferungen ins Ausland erhöhen müsste.

22. Die gewünschte Konditionsänderung sei von Seiten der [B]-Gruppe nach der erstmaligen Thematisierung Ende 2010 in der Folgezeit, d. h. in den Jahren 2011 und 2012, mehrfach gegenüber [A] kommuniziert worden. [A] habe die von der [B]-Gruppe gewünschte Konditionsänderung jedoch nie akzeptiert, sondern ihr sogar

mehrfach ausdrücklich widersprochen. Dass [A] sich geweigert habe, die von der [B]-Gruppe gewünschte Konditionsänderung zu akzeptieren, habe insbesondere auch kartellrechtliche Gründe. [A] habe die [B]-Gruppe mehrfach darauf hingewiesen, dass sie ihr Begehren für kartellrechtlich unzulässig erachte.

23. Der zur [B]-Gruppe gehörende [C] Verlag habe schliesslich im Mai 2012 vor dem Landgericht [...] Klage gegen [A] erhoben und habe im Wesentlichen beantragt, [A] habe darüber Auskunft zu erteilen, welche Stückzahl welcher Verlagserzeugnisse sie seit Juli 2011 von [C] in die Schweiz verkauft habe sowie [A] sei zu verpflichten für diese Titel 50 % des vom [C] Verlag bekannt gemachten empfohlenen unverbindlichen Schweizer Verkaufspreises zu bezahlen. Die Klage sei vom Landgericht abgewiesen worden, ohne dabei auf die Frage nach der Kartellrechtswidrigkeit einzugehen. [C] habe gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung [...] eingelegt, die Berufungsbegründung stehe noch aus.

24. Aufgrund des laufenden Verfahrens vor dem [...] Oberlandesgericht sei [A] nun auf ein Beratungsschreiben seitens des Sekretariats angewiesen, in welchem die Frage der Zulässigkeit der Forderung der [B]-Gruppe nach Schweizer Kartellrecht beurteilt werde.

25. Die zu beantwortende Frage laute zusammenfassend, ob das geschilderte Verhalten der [B]-Gruppe, wonach eine Konditionendifferenzierung je nach Lieferort der fraglichen Produkte durchgesetzt werden solle, vor den Regeln des Schweizer Kartellgesetzes, insbesondere vor Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG standhalte.

II. Beurteilung

26. Der obgenannte Sachverhalt wurde dem Sekretariat bereits in der Beratungsanfrage vom 18. Juli 2012 – allerdings anonym und in verkürzter Weise – zur Kenntnis gebracht. In seiner Beratungsantwort vom 24. Juli 2012 kam das Sekretariat damals zum Schluss, dass es „die geschilderten Forderungen der Hersteller als wettbewerbsrechtlich problematisch und potenziell sanktionsbedroht“ erachte.¹ Das Sekretariat hält an dieser Einschätzung vorliegend fest und legt nachfolgend nochmals die wichtigsten Überlegungen dar. Es ist jedoch anzumerken, dass es sich dabei um eine ex ante Beurteilung handelt und eine abschliessende Würdigung des geschilderten Sachverhalts somit nicht möglich ist.

27. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. 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 (Art. 5 Abs. 4 KG).

28. Zu Art. 5 Abs. 4 KG gilt es anzumerken, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu verfolgen.² Im Rahmen

der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden sollte.³ Dementsprechend lehnt sich die Vertikalbekanntmachung der WEKO⁴ an die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission⁵ und die entsprechenden Vertikal-Leitlinien⁶ an und hat die WEKO die europäischen Regeln als analog anwendbar erklärt (Erw.-Gr. VI. f. VertBek).

29. Mit der Umsetzung der genannten Konditionsänderung hat [A] grundsätzlich nach wie vor die Möglichkeit, Buchhändler in der Schweiz zu beliefern. Eine direkte Behinderung von Parallelexporten in die Schweiz findet somit nicht statt. Die beschriebene Konditionsänderung, das heisst die Erhöhung der Einkaufspreise für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft werden, würde jedoch voraussichtlich dazu führen, dass der Parallelhandel für [A] unattraktiv wird und es damit auf indirektem Weg zu einer Behinderung von Passivverkäufen in die Schweiz kommt.

30. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt Art. 5 Abs. 4 KG auch bei einer indirekten Gebietszuweisung zur Anwendung. Im Urteil Gaba/WEKO wird diesbezüglich Folgendes ausgeführt:

Betreffend die Frage, ob Vertikalabreden von Art. 5 Abs. 4 KG nur erfasst werden, wenn sie ausdrücklich ein Gebiet zuweisen und Verkäufe in dieses Gebiet ausschliessen, ist daran zu erinnern, dass Art. 5 Abs. 4 KG insbesondere auch die Abschottung des Schweizer Marktes verhindern soll (vgl. BBI 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Würde vorausgesetzt, dass jede Gebietsabrede den Wettbewerb vermutungsweise nur beseitigt, wenn sie ausdrücklich einer Partei ein Gebiet zuweist und ausdrücklich Verkäufe in dieses Gebiet verbietet, wäre es nicht nur ein Leichtes, Art. 5 Abs. 4 KG zu umgehen. Eine solche wörtliche Auslegung entspräche auch nicht dem Sinn der Norm, und wird im Übrigen in der Literatur nicht vertreten (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 55). Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG absolute Gebietsabreden unterbinden, unabhängig davon, ob die Parteien sich die Gebiete ausdrücklich zuteilen oder ob die Zuteilung indirekt erfolgt.⁷

¹ Vgl. RPW 2012/3, 525, *Rabattendifferenzierungen bei Lieferungen in die Schweiz*.

² RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf Deiss, AB 2002 N 1434 ff.

³ RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf BÜHRER, AB 2002 1293.

⁴ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁵ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (im Folgenden: Vertikal-GVO).

⁶ Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S.1, Rz 50 (im Folgenden: Vertikal-Leitlinien).

⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 779 E. 8.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 f. E. 11.1.4 ff., *Gebro/WEKO*.

31. Dies entspricht sodann auch Ziff. 10 Abs. 2 der Vertikalbekanntmachung, welche festhält, dass Art. 5 Abs. 4 KG auch Abreden umfasst, welche indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen.

32. Somit wird der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG durch die seitens der [B]-Gruppe angestrebte Konditionsänderung voraussichtlich grundsätzlich erfüllt, sofern [A] die Erhöhung der Einkaufspreise für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft werden akzeptieren würde. In der Folge wären sowohl die [B]-Gruppe als auch [A] einer möglichen Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgesetzt.

33. Weiter kann die Vorgabe, wonach [A] die [B]-Gruppe darüber informieren muss, wohin sie ihre Ware verkauft, der Behinderung von Parallelhandel förderlich sein. Im Entscheid Gaba (RPW 2010/1, 80 Rz 130) führte die WEKO in einem ähnlichen Zusammenhang aus, dass die Pflicht, den Hersteller bei Exporten in ein bestimmtes Gebiet zu informieren, dem Hersteller die Möglichkeit gibt, auf die Exporte Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Mit anderen Worten erachtete die WEKO eine solche Informationspflicht als grundsätzlich geeignet, Parallelimporte zu behindern, wobei die Informationspflicht für sich allein genommen noch keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG begründen kann. Hierzu bedarf es weiteren Hinweisen für einen absoluten Gebietsschutz.

34. Erfüllt eine Vereinbarung den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, ist sie nur in jenen Fällen unzulässig und sanktionsbedroht, in welchen sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) gerechtfertigt werden kann.

35. Ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs vorliegend widerlegt werden könnte, kann aufgrund der vorhandenen Informationen nicht abschliessend beurteilt werden. Zur Frage der Erheblichkeit gilt es sodann zunächst festzuhalten, dass gemäss der neusten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts automatisch, d. h. ohne weitere Prüfung von qualitativen und insbesondere quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt, wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift. In solchen Fällen ist dann lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.⁸ Für den vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass gemäss der genannten Rechtsprechung voraussichtlich davon auszugehen wäre, dass für die Vereinbarung über die Erhöhung der Einkaufspreise für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft werden, zumindest die Erheblichkeit zu bejahen wäre. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind sodann *a priori* nicht ersichtlich.

36. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss

sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.⁹

37. Diesbezüglich kann angemerkt werden, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG qualitativ schwerwiegende Abreden darstellen (Ziff. 12 Abs. 2 VertBek). Solche Abreden können den Wettbewerb trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich beeinträchtigen (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek). Hinsichtlich des quantitativen Elements der Erheblichkeit kann im vorliegenden Fall festgehalten werden, dass durch die geplante Differenzierung der Einkaufspreise je nachdem ob in die Schweiz weiterverkauft wird oder nicht, Preisdifferenzen zum Ausland entweder entstehen oder vergrössert werden. Dies dürfte in der Schweiz tendenziell zu höheren Preisen oder geringeren Preisreduktionen führen verglichen mit einem Szenario ohne die genannte Differenzierung. Dem der Beratungsanfrage beigelegten Rechtsgutachten zu den kartellrechtlichen Aspekten des Rechtstreits in Sachen [C] / [A] von [...] kann entsprechend insoweit nicht gefolgt werden, als dort ausgeführt wird, eine spürbare Auswirkung der Rabattdifferenzierung sei nicht erkennbar.¹⁰ Die Forderung von [C] führe lediglich zu einem Abbau der erhöhten Marge, die der Zwischenbuchhändler aufgrund der deutschen Buchpreisbindung erhalte.¹¹ Im Umkehrschluss könnte daraus aber auch gefolgert werden, dass die gewünschte Konditionsänderung schlicht zu einer Erhöhung der Marge des Verlages führt bzw. der Gross-/Zwischenbuchhandel in seinen Möglichkeiten, im Bereich der Belieferung von Einzelbuchhändler mit den Verlagen in Preiswettbewerb zu treten, zumindest stark eingeschränkt wird. In diesem Sinne hat sich gemäss der Rechtschrift [...] der Anwältin der Klägerin offenbar auch der Geschäftsführer der [C] geäußert, indem er in der mündlichen Verhandlung (sinngemäss) ausgesagt habe, es sei erstrebenswert, dass – solange das Preisniveau in der Schweiz höher sei als in Deutschland – [C] und [A] sich nicht Wettbewerb machen, sondern gemeinsam dafür sorgen sollten, dass beide Parteien davon profitieren können; solange man dieses höhere Preisniveau irgendwie aufrechterhalten könne, wolle jedenfalls [C] selbst von der erhöhten Marge profitieren.¹²

38. Insgesamt erscheint in casu somit eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss der bisherigen Praxis der WEKO ebenfalls durchaus möglich. Für eine abschliessende Beurteilung bedürfte es jedoch einer konkreten Analyse der Marktstellung, Marktanteile und der Auswirkungen der Abrede auf die relevanten Märkte,¹³ welche gestützt auf die verfügbaren Informati-

⁸ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 ff. E. 11.1.8 ff., *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 f. E. 11.1.4 ff., *Gebro/WEKO*.

⁹ Vgl. RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba bezüglich vertikaler Abreden*.

¹⁰ Vgl. Rechtsgutachten zu den kartellrechtlichen Aspekten des Rechtstreits in Sachen [C] / [A] von [...], S. 40.

¹¹ Rechtsgutachten, S. 45.

¹² Vgl. die mit Schreiben vom 4. Dezember 2014 eingereichte Rechtschrift [...], S. 5.

¹³ Zu den Kriterien vgl. etwa vgl. RPW 2010/1, 103 ff. Rz 301 ff., *Gaba*; Verfügung *Nikon*, Rz 487 ff. und Verfügung *BMW*, Rz 288 ff., abrufbar unter www.weko.ch.

onen vorliegend jedoch nicht vorgenommen werden kann.

39. Zusammenfassend erachtet das Sekretariat die von der [B]-Gruppe bzw. von [C] geforderte Konditionsänderung, das heisst die Erhöhung der Einkaufspreise für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft werden, voraussichtlich als wettbewerbsrechtlich problematisch und potenziell sanktionsbedroht.

40. Der Vollständigkeit halber möchten wir darauf hinweisen, dass die geplante Differenzierung der Einkaufspreise zum einen auch den Tatbestand einer Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindestpreise erfüllen könnte (Art. 5 Abs. 4 KG). Mit anderen Worten ist denkbar, dass eine Vereinbarung betreffend einen höheren Einstandspreis bei Lieferungen in die Schweiz indirekt zu einer Vorgabe eines Mindestpreises führt.

41. Zum anderen könnte die geforderte Konditionsänderung auch in den Bereich von Art. 5 Abs. 3 KG fallen. Dies einerseits dann, wenn sämtliche oder mehrere Grosshändler eine entsprechende Konditionsänderung akzeptieren würden und somit von einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise zwischen Konkur-

renten ausgegangen werden müsste. Andererseits könnte eine horizontale Abrede auch insofern vorliegen, als offenbar sowohl [A] als auch die [B]-Gruppe Buchhändler in der Schweiz beliefern und [A] und die [B]-Gruppe diesbezüglich somit als aktuelle Wettbewerber auftreten. Darauf wird an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen, da der Sachverhalt diesbezüglich kaum Angaben liefert, in der Beratungsanfrage insbesondere um eine Beurteilung nach Art. 5 Abs. 4 KG gebeten wird und überdies eine gebietsabschottende Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG basierend auf den vorliegenden Informationen als naheliegender erscheint.

III. Fazit

42. Die von der [B]-Gruppe bzw. von [C] geforderte Konditionsänderung, das heisst die Erhöhung der Einkaufspreise für Verlagserzeugnisse, die durch den Grosshandel zukünftig in die Schweiz weiterverkauft werden, erachtet das Sekretariat voraussichtlich als wettbewerbsrechtlich problematisch und potenziell sanktionsbedroht. Im Vordergrund steht dabei insbesondere ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 KG, das beschriebene Verhalten könnte aber auch in den Bereich von Art. 5 Abs. 3 KG fallen.

I. Sachverhalt

1. Hintergrund der dem Sekretariat unterbreiteten Frage bildet das Zusammenspiel folgender Akteure:

- ein Sportverband, verantwortlich für die Organisation von Wintersport-Veranstaltungen, welche für Zuschauer in der Schweiz und in anderen Ländern, in welchen der Wintersport populär ist, von grossem erheblichem Interesse sind (nachfolgend: Verband);
- eine Rundfunkgesellschaft (nachfolgend: Broadcaster);
- eine weltweit tätige Gesellschaft, welche im Erwerb und in der Vermarktung von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen tätig ist (nachfolgend: Marketing-Gesellschaft 1);
- eine weitere im gleichen Bereich tätige Gesellschaft (nachfolgend: Marketing-Gesellschaft 2).

2. Der Verband hat seit mehr als 15 Jahren die Fernseh- und andere ähnliche Rechte an den von ihm organisierten Wintersport-Veranstaltungen (nachfolgend: TV-Rechte) dem Broadcaster übertragen, welcher seinerseits diese Rechte der Marketing-Gesellschaft 1 weiterreichte.

3. Der Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster sieht einen Mechanismus vor, der im Wesentlichen wie folgt funktioniert: Sobald die TV-Rechte neu zu vergeben sind (am Ende jeder Vertragsperiode von fünf oder sechs Jahren), hat der Broadcaster ein exklusives Erstverhandlungsrecht. Dieses Recht wird ergänzt durch ein sog. „Matching offer right“ (nachfolgend: MOR), gemäss welchem der Broadcaster das Recht hat, jede Offerte einer mit ihm im Wettbewerb stehenden Drittpartei zu egalisieren, sofern es ihm nicht gelungen sein sollte, sich diese im Rahmen der exklusiven Verhandlungen zu sichern. Voraussetzung dieses MOR ist die Verpflichtung des Verbandes, in jeder Vertragsperiode dem Broadcaster sämtliche vertraulichen Offerten, welche dieser von sich bewerbenden Drittparteien erhalten hat, offenzulegen. Nach diesem Mechanismus hat der Broadcaster völlige Freiheit darüber, ob er seine Berechtigung an den TV-Rechten für eine weitere Vertragsperiode erneuern will oder nicht.

4. Konkret lauten die relevanten Vertragsbestimmungen zwischen dem Verband und dem Broadcaster wie folgt:

Der Verband verpflichtet sich, mit dem Broadcaster erste Verhandlungen über die Fortsetzung der vertraglichen Partnerschaft zu führen und räumt diesbezüglich dem Broadcaster ein exklusives Erstverhandlungsrecht („protected right of first negotiation“) sowie ein Vorkaufsrecht („matching offer right“) in jede bona fide-Offerte eines Dritten ein. Das vorbezeichnete Vorkaufsrecht erlischt, wenn es nicht bis spätestens einen Monat nach schriftlicher Zustellung einer bona fide-Konkurrenzofferte ausgeübt worden ist.

Der Verband verpflichtet sich überdies, im Falle von separaten Verhandlungen mit dem Broadcaster erste Verhandlungen zu führen, und räumt diesbezüglich dem Broadcaster ein exklusives Erstverhandlungsrecht („protected right of first negotiation“) sowie ein Vorkaufsrecht („matching offer right“) in jede bona fide-Offerte eines Dritten ein. Dieses stipulierte Vorkaufsrecht kann der Broadcaster auf seinen internationalen Vermarktungspartner, die Marketing-Gesellschaft 1, weiter übertragen, sofern sie kein Interesse an deren Ausübung hat. Der Verband ist darüber rechtzeitig zu informieren.

5. Während mehr als 15 Jahren stand der Broadcaster in einer vertraglichen Beziehung mit der Marketing-Gesellschaft 1, was den Erwerb der internationalen TV-Rechte (ohne Schweiz) betrifft. Der betreffende Vertrag enthält einen ähnlichen Mechanismus wie der im Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster, gemäss welchem die Marketing-Gesellschaft 1 gegenüber dem Broadcaster ein zu ihren Gunsten ausgestaltetes MOR ausüben kann. Dabei ist hervorzuheben, dass die Marketing-Gesellschaft 1 auf diese Weise während eines Zeitraums von mehr als 15 Jahren nicht nur die internationalen TV-Rechte erworben hat, sondern auch einen weltweiten Marktanteil in der Verwertung von Wintersport-Veranstaltungen von über 90 % besitzt, mit einer dementsprechenden Marktposition in den meisten Ländern, in welchen diese Veranstaltungen ausgestrahlt werden. Des Weiteren profitiert die Marketing-Gesellschaft 1 von einem starken Portfolio-Effekt, stehen ihr doch in den meisten Ländern die Rechte an den Wintersportveranstaltungen zu.

II. Fragestellung

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

1. *Ist das MOR gemäss dem Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster, welches dem Broadcaster erlaubt, (i) jede vertrauliche Offerte einer im Wettbewerb stehenden Drittpartei einzusehen und (ii) zu egalisieren, gemäss schweizerischem Wettbewerbsrecht zulässig?*
2. *Macht es für die Beurteilung der Frage 1 einen Unterschied, ob der Broadcaster (welcher das MOR zugunsten der Marketing-Gesellschaft 1 ausgeübt hat) und/oder die Marketing-Gesellschaft 1 auf ihren jeweiligen Märkten eine marktbeherrschende Stellung innehaben?*

III. Beurteilung

1. Frage 1

1.1. Vorbemerkungen

7. Im Zentrum des vorliegend dargelegten Sachverhalts steht ein Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster. Die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit ist daher zunächst unter dem Aspekt der Abrede

gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) zu prüfen. Alternativ ist zu prüfen, ob ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegt.

8. Vorweg gilt es festzuhalten, dass für die nachfolgende Beurteilung davon ausgegangen wird, dass der unterbreitete Sachverhalt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 KG) erfasst wird. Diese Frage bildet nicht Gegenstand der Beratung. Ebenso wenig wird das Vorhandensein vorbehaltener Vorschriften (Art. 3 KG) geprüft.

1.2. Abrede

1.2.1. Rechtliche Grundlagen

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

10. 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).

11. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich damit durch folgende Tatbestandselemente: a) die an der Abrede beteiligten Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen sowie b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.¹

12. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».

13. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.² Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.³

14. Bei der Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs werden praxismässig sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt.⁴ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt⁵ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁶ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁷ Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie

qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

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

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

16. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁸ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁹ Die Berücksichtigung anderer, nichtökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt grundsätzlich stets im Einzelfall.¹⁰

1.2.2. Wettbewerbsabrede

17. Der Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster stellt unzweifelhaft eine Vereinbarung bzw. ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Es somit in der Folge zu prüfen, ob das MOR eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt (die Frage des Bezweckens ist vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 KG irrelevant).

¹ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

² Vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

³ Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 2), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

⁴ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba* bezüglich vertikaler Abreden.

⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK KG (Fn 2), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁶ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁷ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 5), Art. 5 KG N 230.

⁸ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

⁹ BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

¹⁰ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

18. Zu diesem Zweck ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen, soweit dies möglich und notwendig ist. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹¹ Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).¹²

19. Das MOR betrifft vorliegend den Verkauf der genannten TV-Rechte. Anbieter dieser TV-Rechte ist der Verband. Nachfrager der genannten TV-Rechte sind mindestens ein Broadcaster und verschiedene Marketing-Gesellschaften. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nicht die Frage, ob der Anbieter auf andere Nachfrager ausweichen kann, sondern einzig, ob die Nachfrager auf andere Anbieter ausweichen können. Entscheidend für die Marktabgrenzung ist daher vorliegend die Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU.

20. Zum Zwecke der vorliegenden Beratung wird davon ausgegangen, dass die vorliegend relevanten TV-Rechte nicht durch andere TV-Rechte, insbesondere TV-Rechte an anderen (Winter-) Sportarten, substituierbar sind. Dies erfolgt in Anlehnung an die entsprechende europäische Praxis¹³ sowie in Analogie zur jüngsten Praxis der WEKO¹⁴ in den Bereitstellungsmärkten. Es ist daher vorliegend ein Markt für die genannten TV-Rechte abzugrenzen.

21. Dieser Markt kann grundsätzlich als Auktionsmarkt verstanden werden. Dabei konkurrieren verschiedene Nachfrager als Bieter um den Erwerb eines nicht teilbaren und nicht replizierbaren Gutes, der TV-Rechte. Der Wettbewerb spielt sich somit hier unter den Nachfragern ab. Es ist daher zu prüfen, ob das MOR diesen Wettbewerb beschränkt.

22. Das MOR bewirkt in diesem Wettbewerb zwei Vorteile für dessen Inhaber gegenüber den konkurrierenden Bietern. Zum einen muss der Inhaber für den Erwerb der TV-Rechte nur ein Gebot in Höhe der Zahlungsbereitschaft des höchstbietenden Konkurrenten abgeben, selbst wenn er selber eine höhere Zahlungsbereitschaft aufweist. Zum anderen hat er als einziger Bieter Einsicht in sämtliche vertraulichen Offerten der konkurrierenden Bieter. Die damit erhaltenen Informationen kann er auf verschiedenste Weise im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit ausnutzen, insbesondere auch für zukünftige Ausschreibungen der TV-Rechte. Diese Vorteile beschränken den genannten Wettbewerb unter den Nachfragern.

23. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1.2.3. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung

24. Die Gleichbehandlung aller Bieter ist eine wesentliche Voraussetzung für eine hohe Intensität des Wettbewerbes auf Auktionsmärkten. Das MOR verschafft dessen Inhaber wie ausgeführt einen Wettbewerbsvorteil

gegenüber den anderen Bietern und führt damit zu einer Diskriminierung dieser Bieter. Folglich beschränkt das MOR direkt und wesentlich den Wettbewerb im vorliegend relevanten Markt, ohne dass davon unmittelbar ein Wettbewerbsparameter betroffen wäre.

25. Die TV-Rechte sind in der vorliegenden Konstellation nicht reproduzierbar und nicht teilbar. Dementsprechend betrifft die Wettbewerbsbeschränkung durch das MOR den Markt vollständig. Es existiert kein vom MOR nicht betroffener Wettbewerb.

26. Damit erweist sich die Abrede als qualitativ und quantitativ erheblich.

1.2.4. Rechtfertigungsgründe

27. Aus den in der Beratungsanfrage gegebenen Informationen sind keine Effizienzgründe ersichtlich, welche die Abrede zu rechtfertigen vermöchten.

1.2.5. Ergebnis

28. Damit erweist sich das MOR unter dem Aspekt von Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig.

1.3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

1.3.1. Rechtliche Grundlagen

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

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

31. Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 2 KG.

¹¹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

¹² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

¹³ Vgl. EU-Kommission, COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*; EU-Kommission, COMP/M.45193 vom 18.1.2007, *Lagardere/Sportfive*; EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*; vgl. zum Ganzen auch ANDREAS HEINEMANN, Sportübertragungsrechte im europäischen Kartellrecht am Beispiel der Olympischen Spiele, ZEuP 2006, 337 – 370.

¹⁴ Vgl. Presserohstoff der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV vom 23.05.2016, <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/44073.pdf> (02.06.2016).

32. Gemäss Art. 7 Abs. 2 KG fallen als Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG insbesondere in Betracht: a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre); b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

33. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹⁵

34. Aus dem Gesetz geht hervor, dass die Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) erfüllt ist, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- i. es muss eine Ungleichbehandlung bei vergleichbaren Produkten vorliegen;
- ii. die Ungleichbehandlung zielt auf einen Handelspartner;
- iii. die Ungleichbehandlung bewirkt wettbewerbsbehindernde Effekte, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligt (Ausbeutungstatbestand);
- iv. die Ungleichbehandlung kann nicht durch „Legitimate Business Reasons“ gerechtfertigt werden.¹⁶

1.3.2. Marktbeherrschung

35. Für die Marktabgrenzung kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 18 ff.).

36. Der Verband ist in der vorliegenden Konstellation der einzige Anbieter auf dem relevanten Markt. Es kann faktisch ausgeschlossen werden, dass ein alternatives Angebot auf dem relevanten Markt – d.h. Durchführung einer vergleichbar attraktiven, demselben Markt zuzuordnenden Wintersportveranstaltung – geschaffen werden kann. Damit besteht weder aktuelle noch potentielle Konkurrenz.

37. Aufgrund der vorliegenden Informationen ist nicht davon auszugehen, dass die Marktgegenseite eine disziplinierende Wirkung auf den Verband auszuüben vermag.

38. Dementsprechend liegt eine marktbeherrschende Stellung des Verbandes vor.

1.3.3. Missbrauch

39. Wie vorangehend erwähnt, führt das MOR zu einer Ungleichbehandlung unter den Bietern (vgl. Rz 22 i.V.m. 24). Die Bieter sind offensichtlich Handelspartner des Verbandes.

40. Zum wettbewerbsbehindernden Effekt kann auf die Ausführungen in Randziffer 22 verwiesen werden.

41. Aus den in der Beratungsanfrage gegebenen Informationen sind keine „Legitimate Business Reasons“ ersichtlich, welche die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermöchten.

1.3.4. Ergebnis

42. Damit erweist sich das MOR auch unter dem Aspekt von Art. 7KG als unzulässig.

2. Frage 2

43. Bei einer Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG erweist sich das MOR unter den vorliegenden Umständen unabhängig davon, ob der Broadcaster und/oder die Marketing-Gesellschaft 1 gegebenenfalls eine marktbeherrschende Stellung innehaben, als unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.

44. Bei einer Prüfung nach Art. 7 KG könnte eine Marktbeherrschung des Broadcasters und/oder der Marketing-Gesellschaft 1 auf ihren jeweiligen Märkten möglicherweise eine disziplinierende Wirkung auf den Verband ausüben, sodass Letzterem keine Marktbeherrschung zukäme (vgl. Rz 37).

IV. Fazit

Die dem Sekretariat im Rahmen der Beratung unterbreiteten Fragen lassen sich wie folgt beantworten:

1. Das MOR gemäss dem Vertrag zwischen dem Verband und dem Broadcaster, welches dem Broadcaster erlaubt, (i) jede vertrauliche Offerte einer im Wettbewerb stehenden Drittpartei einzusehen und (ii) zu egalisieren, erweist sich unter Voraussetzung der vorliegend getroffenen Prämissen als unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG sowie als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG.
2. Es macht für die vorliegende Beurteilung der Frage 1 im Rahmen der Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG keinen Unterschied, ob der Broadcaster (welcher das MOR zugunsten der Marketing-Gesellschaft 1 ausgeübt hat) und/oder die Marketing-Gesellschaft 1 auf ihren jeweiligen Märkten eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

Demgegenüber kann eine allfällige marktbeherrschende Stellung des Broadcasters und/oder der Marketing-Gesellschaft 1 einen Unterschied für die Beurteilung nach Art. 7 KG machen.

¹⁵ Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Urteil des BGer 2A.520/2002 vom 17.6.2003, RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*; RPW 2008/4, 579, Rz 173, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/4, 640, Rz 98, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁶ Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

Dazu kann angemerkt werden, dass gemäss Art. 20 des Obligationenrechts¹⁷ ein Vertrag (bzw. Teile davon), welcher einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, zivilrechtlich nichtig ist. Durch die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Vertragsklauseln ergibt sich deren Nichtigkeit von Gesetzes wegen.¹⁸ Dementsprechend ist das MOR nichtig.

¹⁷ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁸ Vgl. RETO JACOBS/GION GIGER, in: BSK KG (Fn 2), Vor Art. 12–17 KG, N 29 ff.

B 1	5. BGBM LMI LMI
B 1.5	1. Décision du Tribunal du Canton de Vaud du 8 février 2016 concernant demande d'agrément / [Société anonyme d'avocats] SA

Publication d'une décision cantonale rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI)

Canton de Vaud

Tribunal cantonal

[...]

Chambre des avocats

[...]

8 février 2016

Demande d'agrément / [Société anonyme d'avocats] SA

Maîtres,

Je me réfère à votre requête du 21 janvier 2016.

Par la présente, je vous informe que l'autorisation de pratiquer requise est accordée en application de l'art. 2 al. 6 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

Si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent

continuer d'y travailler ès qualité, cette décision s'impose aux autres cantons, sans que l'autorité de surveillance desdits cantons ne puisse réexaminer le fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral (Bianchi della Porta, Commentaire Romand LMI ad art. 2 I_VI n 61 et réf. citées).

En l'espèce, l'autorité de surveillance genevoise ayant déclaré la structure de votre étude conforme au droit fédéral (art. 8 LLCA), cette décision est applicable dans toute la Suisse (art. 2 al. 6 LMI) et s'impose par conséquent à notre Chambre.

Une copie de la présente est adressée à la Commission de la concurrence pour valoir notification selon l'art. 10a al. 2 LMI.

Veillez croire, Maîtres, à l'assurance de ma considération distinguée.

La présidente

[Sig.]

Copie:

- Commission de la concurrence

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

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)

Décision du 20 août 2012 dans l'affaire enquête selon art. 27 LCart concernant Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA) relative à un accord illicite selon l'art. 5 al. 4

A. ETAT DE FAIT

A.1 Objet de l'enquête

1. L'objet de la présente enquête est de déterminer si Roger Guenat SA (ci-après: Roger Guenat) a passé avec des revendeurs indépendants un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'al. 1 et de l'art. 49a al. 1 LCart. Selon cet accord, les articles de montagne destinés aux clients finaux ne doivent pas être revendus en-dessous d'un prix minimum.

2. L'entreprise Roger Guenat, sise à Palézieux dans le canton de Vaud, est un grossiste (soit importatrice générale, soit agent) d'articles de sports de montagne. Elle vend l'ensemble des produits destinés aux activités sportives dites « verticales » (alpinisme, spéléologie, parcs aventure, etc.) comme des lampes frontales, harnais, cordes, casques, piolets et crampons à l'exception des articles textiles.¹ Roger Guenat distribue ces produits au travers d'un réseau d'environ 300 revendeurs indépendants en Suisse.² Il s'agit principalement de magasins de sports généraux ou spécialisés dans les sports de montagne.

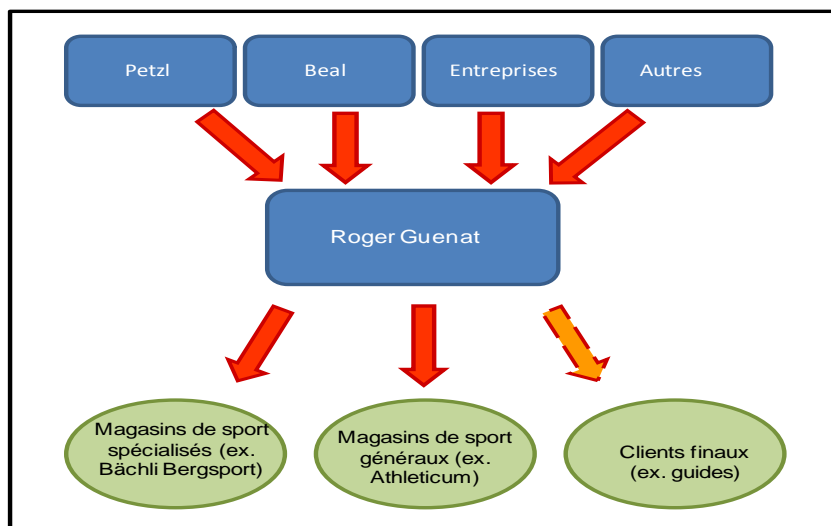
3. Jusqu'à fin 2010, M. Roger Guenat détenait la totalité du capital-actions de la société Roger Guenat. Un contrat de vente a été conclu entre M. Roger Guenat et M. Frédéric Salamin, un des collaborateurs de Roger Guenat. M. Salamin a été inscrit comme administrateur de la société dès le 1^{er} janvier 2011. Depuis le début de l'année 2011, la société porte la raison sociale de Altimum SA (ci-après: Altimum) et elle n'est plus importatrice générale pour les produits Petzl, mais agent. Dans la présente décision, il sera en principe fait référence à Roger Guenat pour les prises de position faites au nom de cette société et à Altimum pour les prises de position faites après le changement de raison sociale. Les marques principales distribuées par Roger Guenat sont:

- Petzl, Beal et Entre-prises
- Ortovox et Boreal
- Checkmate, Act Safe, ABS et Paillardet (marques pour les travaux en hauteur).

¹ Site Internet Roger Guenat: < <http://www.roger-guenat.ch/societe.htm> > (12.4.2011).

² Liste des revendeurs « sport », act. 150. Cette liste a été imprimée du site internet de Roger Guenat le 29 septembre 2010 est comprend environ 300 revendeurs « sport ».

Graphique 1: Distribution des produits des activités « verticales »



4. Roger Guenat réalise la majeure partie de son chiffre d'affaires avec les produits destinés aux activités de loisirs/sport, tel qu'on peut le constater dans le tableau ci-dessous.

Tableau 1: Répartition du chiffre d'affaires global de Roger Guenat selon les domaines d'activité

Domaine d'activité	2006	2007	2008	2009	2010
Sport	[70-80] %	[70-80] %	[60-70] %	[60-70] %	[60-70] %
Industrie	[20-30] %	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %	[20-30] %
Autre	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Source: élaboration du Secrétariat

5. Les produits destinés aux activités professionnelles sont distribués selon un modèle différent de celui utilisé pour les produits destinés aux activités de loisirs (cf. chiffre 11). Les activités professionnelles comprennent notamment des activités comme les accès avec la corde et maintien sur les toits, les structures pour événements, les couvreurs, les charpentiers, les élagueurs, l'accès difficile lors de secours dans des espaces confinés ou des remontées mécaniques. Ainsi, seuls les produits destinés aux activités de loisirs (escalade, spéléologie, etc.), commercialisés via des revendeurs indépendants

(magasins de sport) sont concernés par l'analyse qui suit.

6. En outre, Petzl est la marque principale pour Roger Guenat puisque celle-ci réalise plus des trois quarts de son chiffre d'affaires grâce aux produits de cette marque tel qu'on peut le constater à la lecture du tableau ci-dessous. Durant chacune des années allant de 2006 à 2010, Roger Guenat a réalisé plus de 80 % de son chiffre d'affaires dans le domaine « Sport » avec des produits de la marque Petzl.

Tableau 2: Part de chacune des marques « sport » distribuée par Roger Guenat dans le chiffre d'affaires « sport » de Roger Guenat durant les années 2006-2010

Marques	2006	2007	2008	2009	2010
Petzl	[80-90] %	[80-90] %	[80-90] %	[80-90] %	[80-90] %
Charlet Moser	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Beal	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

Marques	2006	2007	2008	2009	2010
Entre-prises	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Source: élaboration du Secrétariat.

7. Au mois de septembre 2009, Roger Guenat a menacé de ne plus livrer l'un de ses clients ([...] de l'entreprise wax ou appelé aussi [...]) si ce dernier fixait des prix inférieurs de 10 % aux prix figurant sur la liste officielle de Roger Guenat. Roger Guenat a également indiqué le nom d'un revendeur (Bächli Bergsport AG, ci-après: Bächli) en tant que référence de prix minimaux.

8. Par courrier électronique du 18 septembre 2009, [...] a informé le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) d'une éventuelle violation de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence. Selon le plaignant, son fournisseur, Roger Guenat, lui impose des prix de revente minimaux et a arrêté de le livrer suite à ce non-respect.

A.2 Etat de fait

Relation Roger Guenat – Petzl

9. Le fournisseur principal de Roger Guenat est l'entreprise Petzl avec laquelle Roger Guenat a réalisé plus de 80 % de son chiffre d'affaires dans le domaine « Sport » (cf. chiffre 6). Petzl est un producteur ayant son siège en France et une des marques haut de gamme dans le domaine des produits techniques pour les activités verticales au niveau mondial.³ Le chiffre d'affaires de Petzl au niveau global s'élève à environ 90 millions d'euros en 2010. L'entreprise a été fondée par Fernand Petzl, un spéléologue grenoblois, qui a été au début des années 70 un pionnier dans l'utilisation et la fabrication des cordes en nylon et bloqueurs et a développé la première lampe frontale dédiée aux alpinistes. En 2000, Petzl a racheté l'entreprise Charlet Moser, spécialisée dans la fabrication des piolets ainsi que des crampons et également active au niveau mondial.⁴ L'entreprise Petzl est active dans les pays limitrophes de la Suisse via des importateurs généraux ou des partenaires de distribution exclusifs.

10. Chaque année, Roger Guenat élabore un *Business Plan* pour la Suisse et le communique à Petzl. Sont notamment définis les stratégies de marketing, la structure de distribution et les prix de vente. Chaque année, Petzl organise un « Distributor meeting », auquel prennent part les importateurs généraux et les partenaires de distribution de Petzl. Ces rencontres permettent de définir les instruments marketing, de communiquer les chiffres d'affaires réalisés et de discuter les difficultés propres à chaque pays. Roger Guenat entretient des contacts réguliers avec les importateurs généraux/distributeurs des produits de la marque Petzl en Allemagne et en Autriche (cf. chiffres 60 et s.). Il s'agit de Christoph & Markus Krahl GmbH, sise à Garmisch-Partenkirchen en Allemagne (ci-après: Krahl) et de Agentur Berger (ci-après: Berger), Einzelhandels-gesellschaft, sise à Grünau en Autriche.

Relations Roger Guenat – revendeurs en Suisse (détaillants)

Réseau de distributeurs

11. Roger Guenat travaille avec environ 300 revendeurs en Suisse dans le domaine « Sport », domaine constituant durant les années 2006-2010 plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total (cf. chiffre 4). Cinq collaborateurs assurent le conseil aux revendeurs. Dans le domaine « Industrie », Roger Guenat vend en principe directement aux professionnels les produits destinés aux travaux en hauteur (charpenterie, élagage, etc.),⁵ c'est-à-dire sans passer par des revendeurs. Des clients comme par ex. les parcs aventures sont livrés aussi directement par Roger Guenat (clients dits « prescripteurs »).

12. Concernant le domaine « Sport », Roger Guenat choisit ses revendeurs sur la base de certains critères. Selon un document interne saisi portant le titre de « Conditions à la revente », un revendeur doit remplir les critères suivants:

- « *Inscription au registre du commerce [...]*;
- *Vitrine, surface de vente et / ou organisation de vente [...]*;
- *horaires d'ouverture [...]*;
- *compétences dans le conseil [...]*;
- *politique de prix raisonnable et responsable*
- *Avoir une politique respectueuse du marché établi (attention ne peut pas être clairement cité)*;
- *solvabilité [...]*;
- *d'autres fournisseurs [...]* ».

13. De plus, il ressort d'un e-mail interne du 29 novembre 2006 qu'aucun nouveau magasin ne doit être livré sans visite préalable de collaborateurs de Roger Guenat:

« *De toute façon, aucun nouveau magasin ne doit être livré sans que [2 collaborateurs] n'aient visité avant* ».

14. Selon une classification interne, les revendeurs de Roger Guenat peuvent être regroupés principalement en trois catégories. La première catégorie comprend les

³ Petzl, Dossier de presse corporate, « Aider l'homme à progresser vers l'inaccessible », <<http://www.petzl.com/files/all/fr/brochures/corporate-dossierpresse-2011.pdf>> (23.1.2012).

⁴ <<http://www.petzl.com/fr/qui-est-petzl/dates-cles-fiche-identite>> (23.1.2012).

⁵ Le domaine « industrie » ou « pro » se différencie du domaine « Sport » principalement en raison du matériel différent qui est nécessaire à l'accomplissement des travaux en hauteur. Certains produits vendus par Roger Guenat peuvent cependant être utilisés tant pour des activités sportives que pour des activités professionnelles.

clients-clés (ou key accounts). Roger Guenat réalise avec les revendeurs faisant partie de cette catégorie un chiffre d'affaires annuel en moyenne d'environ CHF 60'000. Les clients-clés sont par exemple la Fédération des coopératives Migros (ci-après: Migros),⁶ Dosenbach-Ochsner AG Schuhe und Sport (ci-après: Ochsner), Athleticum Sportmarkets AG (ci-après: Athleticum),⁷ Bächli et Eiselin Sport AG (ci-après: Eiselin). La deuxième catégorie comprend les revendeurs dits « revendeurs 50 » qui sont ceux avec lesquels elle réalise

plus de CHF 10'000 de chiffre d'affaires par an. Il existe enfin une troisième catégorie de revendeurs dits « revendeurs 43 » avec lesquels Roger Guenat réalise moins de CHF 10'000 de chiffre d'affaires par an. La dénomination vient du pourcentage de rabais accordé à ces revendeurs (cf. chiffre 22).

15. Le tableau ci-dessous, tiré d'un document électronique saisi lors de la perquisition (cf. chiffre 77), résume la politique adoptée avec les principales catégories de revendeurs.

Tableau 3: Liste des principales catégories de revendeurs

Catégorie	Définition	Plan d'action commercial (PAC)
KA	Key Account	Plan d'action commercial (PAC)
Revendeur 50	Revendeur > CHF 10'000.-	Gestion coordonnée des KA entre les conseillers technico-commerciaux (CTC) responsables. Eventuellement PAC individuel par account
Revendeur 43	Revendeur < CHF 10'000.-	Visites directes par un CTC, relance à distance, online shop, show rooms, formations, etc.

Source: élaboration du Secrétariat.

16. Selon un document interne, Roger Guenat a environ 21 clients-clés et 80 « revendeurs 50 ». Les clients-clés et les « revendeurs 50 » représentent plus de 60% du chiffre d'affaires « sport » de Roger Guenat⁸ et font l'objet d'un suivi commercial particulier comprenant notamment des visites en magasins. Toutefois, tous les revendeurs avec lesquels Roger Guenat réalise un chiffre d'affaires annuel de plus de CHF 3'000.- reçoivent la visite directe d'un conseiller technico-commercial.

17. Ce suivi commercial opéré par les représentants de Roger Guenat a d'ailleurs été mentionné lors de l'audition de Roger Guenat par le Secrétariat du 11 juin 2010.

18. Depuis 2008, Roger Guenat livre également la chaîne de magasins de sport Athleticum en produits techniques des marques Petzl et Beal. Avant cette date, Athleticum était livré seulement en lampes frontales. Selon un-email interne du 20 septembre 2007, soit une période qui précède la livraison de produits techniques, M. Roger Guenat écrit à une collaboratrice que selon accord avec [...], l'acheteur d'Athleticum, « *tous les prix seraient tenus et affichés selon notre L.P* ». La décision de livrer ce client en produits techniques a fait l'objet d'une consultation en novembre 2007 auprès d'une douzaine de revendeurs locaux. Selon une lettre envoyée le 14 et 15 janvier 2008 à certains revendeurs, « *les prix affichés [d'Athleticum] devront correspondre à notre liste de prix actuelle* ». Ces revendeurs locaux ont communiqué par oral (téléphone) leur avis concernant l'approvisionnement de ce magasin par Roger Guenat (cf. chiffres 210 et ss). Les conditions auxquelles Roger Guenat a accepté de livrer Athleticum (dans un premier temps uniquement les filiales de Bussigny et de Collombey) sont notamment les suivantes:

- « *Afficher les prix de notre liste de prix actuelle sans rabais, pas de rabais de caisse plus élevés que les détaillants de la région* »;
- « *Nos articles ne seront ni soldés ni mis en vente dans les Outlets avant de nous avoir consultés (possibilité éventuelle de reprise)* ».

19. Ces conditions ont été communiquées par lettre en janvier 2008 aux détaillants locaux consultés.

Conditions d'achat des revendeurs

20. Roger Guenat reçoit de ses fournisseurs des listes de prix, sur la base desquelles les prix de vente aux clients finaux sont calculés. Les prix de la liste de prix officielle sont calculés (pour chaque marque distribuée) de la manière décrite ci-après.

21. Pour prendre l'exemple concret de la marque Petzl: Petzl établit une liste de prix en euros pour les produits de sa marque. Roger Guenat multiplie les prix en euros par le cours actuel de l'euro pour obtenir son prix d'achat. Puis il calcule directement le prix de vente au consommateur. Pour ce faire, il multiplie le prix de vente de Petzl par le coefficient propre à la marque (par exemple [...] pour Petzl) pour obtenir le prix de vente aux consommateurs.

⁶ Migros commercialise les produits de sport dans ses filiales « SportXX ».

⁷ La chaîne de magasins de sport Athleticum appartient au Groupe Maus, <<http://www.maus.ch/fr/#p5>> (23.1.2012).

⁸ Calcul du Secrétariat: Il s'agit d'une analyse interne de Roger Guenat basée sur 1539 clients ayant commandé au moins 1 fois dans les 3 dernières années.

« **Petzl**: Prix d'achat = L.P.⁹ distr. x 1.60 ou cours actuel de l'Euro

Prix de vente consommateurs = L.P. distr. x [...]. »

22. En principe, il n'y a pas de listes de prix d'achat pour les revendeurs. Roger Guenat facture aux revendeurs le montant de chiffre d'affaires réalisé avec les clients finaux (prix de vente calculé par Roger Guenat multiplié par les quantités) duquel il soustrait un rabais standard (« rabais de réassort »). Par exemple, Roger Guenat octroie un rabais de [...] % aux revendeurs qui lui achètent des produits pour un montant annuel d'au moins CHF 10'000 (revendeurs dits « revendeurs 50 »). Les revendeurs qui réalisent un chiffre d'affaires inférieur à

CHF 10'000.- (« revendeurs 43 ») se voient quant à eux accorder un rabais de [...] %. Par ce système, Roger Guenat assume également le risque de change. Le prix d'achat pour les revendeurs suisses reste ainsi le même toute l'année quel que soit le taux €/CHF. Le taux de change est parfois en faveur de l'importateur général (franc fort) ou en défaveur lorsque l'Euro s'apprécie durant l'année par rapport au franc suisse.

23. Les conditions décrites ne s'appliquent pas pour un certain nombre de revendeurs comme Migros, Ochsner, Athleticum, Bächli, Eiselin qui bénéficient de rabais un peu plus importants. Par exemple, Migros reçoit un rabais de [...] %.

Tableau 4: Résumé des principaux rabais octroyés en fonction de la catégorie de revendeurs

	Rabais standard	Commande de base	Guides	Rabais de quantité	Conditions
[...]	[...] %		+ [...] % sur prix net	[...]	[...]
[...]	[...] %	+ [...] %	+ [...] % sur prix net	[...]	[...]
[...]	[...] %				
[...]	[...] %				
[...]			[...] %		
[...]			[...] %		
[...]			[...] %		
[...]			[...] %		

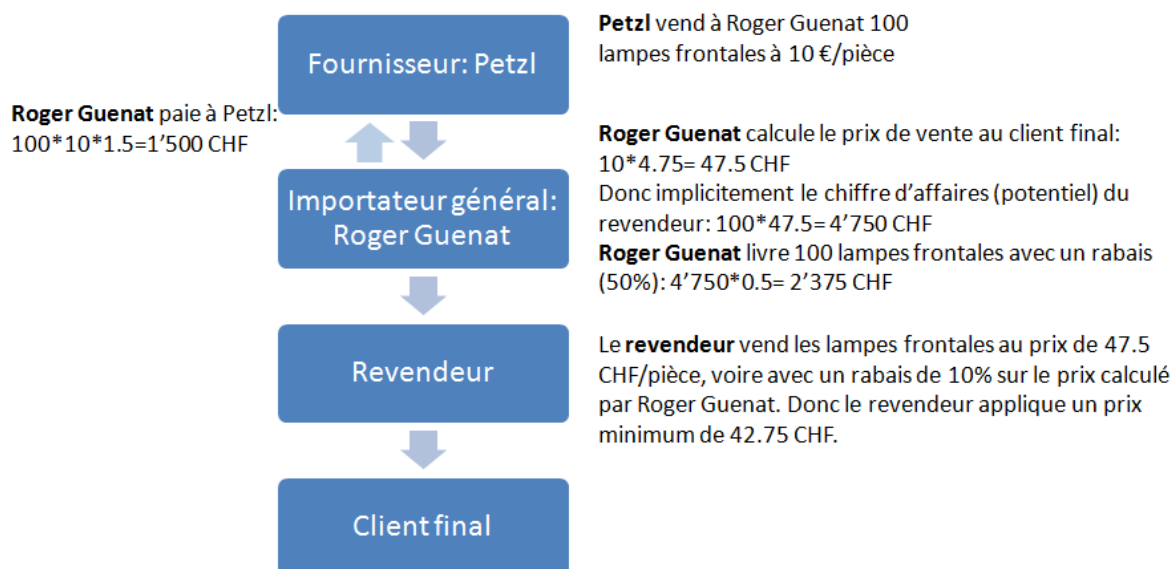
Source: élaboration par le Secrétariat.

24. Les clients les plus importants, spécialisés dans les sports de montagne comme Bächli, éditent leur propre catalogue dans lequel figurent leurs prix de vente aux consommateurs. De plus, un grand nombre de revendeurs importants comme Bächli, Eiselin, Athleticum, Transa disposent également d'un site de vente en ligne (online-shop) sur lesquels figurent les produits distribués par Roger Guenat ainsi que les prix de vente au consommateur.

25. Le schéma ci-dessous récapitule, à l'aide d'un exemple chiffré, le fonctionnement de la détermination des prix expliqué précédemment. Dans cet exemple, le taux de change €/CHF choisi est de 1.5. Il ne sert qu'à illustrer un cas fictif.

⁹ L.P. signifie « liste de prix ».

Graphique 2: Fonctionnement de la chaîne de distribution et de la fixation des prix



Source: élaboration par le Secrétariat

26. Dans sa détermination, Altimum a confirmé que la description de la méthode de calcul des prix de vente finaux était correcte. « Une fois le prix en euros connu, Roger Guenat calcule le prix de vente aux consommateurs suisses selon la méthode décrite, soit en multipliant le prix en euros par un coefficient ([...] pour Petzl), ce qui détermine le prix de vente consommateur en francs suisses. Le prix de vente CHF aux détaillants est déterminé à partir du prix de vente consommateur. Selon la catégorie à laquelle appartient le détaillant et le volume des commandes, un rabais s'échelonnant généralement entre [...] % et [...] % est déduit du prix consommateur ».

27. Altimum rejette l'affirmation faite par le secrétariat selon laquelle la marge des revendeurs aurait été déterminée par Roger Guenat SA. En effet, selon Altimum, la plupart des revendeurs n'appliquaient pas le prix consommateur. En outre, elle précise que les revendeurs achètent à des prix différents étant donné les différents rabais octroyés aux divers types de clients (key account, revendeur 50, revendeur 43). Le fournisseur ne retirerait aucun profit direct du mode de calcul utilisé. Le mode de calcul utilisé (« à l'envers ») serait le seul moyen permettant au revendeur de disposer d'un prix fixe sur une année sinon le prix de vente aux revendeurs serait en constante fluctuation au cours de l'année.

28. Altimum estime ne tirer aucun profit du système décrit précédemment. Toutefois, un tel système épargne à Altimum des négociations avec les revendeurs puisque ces derniers ont une marge garantie. Tel qu'expliqué dans les paragraphes qui suivent, Altimum s'est assuré que les prix de vente aux clients finaux soient appliqués et a donc ainsi contribué à supprimer la concurrence sur les prix entre les revendeurs.

Politique de prix aux consommateurs

29. Les prix de revente aux consommateurs, déterminés par Roger Guenat, figurent dans des listes de prix par

marque qui sont disponibles sur le site internet de Roger Guenat et accessibles au public au moins depuis 2011.¹⁰ Les listes de prix sont aussi envoyées par Roger Guenat aux distributeurs une fois par an. Roger Guenat établit une liste de prix de revente officielle par marque valable pour tous les revendeurs en Suisse. Ces prix sont désignés seulement comme « Prix T.T.C¹¹ en CHF ». Roger Guenat communique par oral cette politique de prix aux revendeurs. Ce comportement ressort clairement de diverses pièces du dossier.

30. En cas de besoin, Roger Guenat rappelle aux revendeurs que les prix doivent être respectés, comme l'illustre cette réponse d'un revendeur au questionnaire du Secrétariat:

« [...] wenn wir uns nicht an die „empfohlenen“ Preise halten, das bestellte Material dann zufälligerweise in diesem Moment nicht lieferbar sein werde. Es sei an uns, die Spielregeln einzuhalten. Wir haben auch mehrmals Anrufe von (Mitarbeiter der Roger Guenat AG) erhalten, der uns mitteilte er habe vernommen dass wir unseren Kunden Rabatte gemacht haben; dies sei nicht erlaubt. »

31. Concernant d'éventuels rabais aux consommateurs par rapport à la liste de prix officielle, la COMCO dispose d'un exemple dans lequel Roger Guenat informe un revendeur oralement que les rabais maximaux ne peuvent pas être supérieurs à 10 % du prix de revente de la liste de prix officielle et le menace de suspension de livraison dès le début de la relation contractuelle en juin 2009. Il s'agit du cas de [...] comme le montrent les quatre e-mails qui suivent:¹²

¹⁰ www.roger-guenat.ch, <<http://www.roger-guenat.ch/Z1310%2011%2020%20TARIF%20SUISSE%20SPORT%202011%20%20FR.pdf>> (23.01.2012).

¹¹ T.T.C signifie « toutes taxes comprises ».

¹² Ces e-mails sont aussi des bookmarks. Il est fait référence aux numéros des bookmarks.

« 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 »;

« [...] Gemäss Abmachung die wir mündlich miteinander in [...] getroffen haben darf ich meinen Kunden 10 % anbieten oder der Preis eines Konkurrenten falls dieser günstiger ist. Ich halte mich strikte an unsere Abmachung. Vor 2 Monaten wurde ich von einem guten Kunden auf die Preise bei Speleimat hingewiesen, welche generell 12.5 % unter den empfohlenen Preis liegen. Um den Kunden zu behalten musste ich meine Preise anpassen [...] ».

« 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 Verkaufspreise angibst. Ich habe Dir den von Bächli (namentlich) angebotenen Preis als unterste Limite angeben. Das war die Abmachung die es einzuhalten gilt [...] »;

« Die Abmachung war ganz klar der Preis von Bächli und bei nicht einhalten Lieferstopp ». « [...] Nach meinem Besuch werden wir den Fall von Dir nochmals überprüfen, bis zu diesem Entscheid gilt der Lieferstopp ».

32. Roger Guenat est informé à propos du même revendeur [...] par le revendeur [...], un des key accounts de Roger Guenat, que ce dernier ne respecte pas les prix et qu'il doit intervenir auprès de celui-ci: « [...] Bitte schau dir kurz auf [...] die LVS.Preise an. ALLE Geräte sind (deutlich) günstiger, als wir sie anbieten. Das darf doch nicht sein!!! [...] Ich interveniere mit dem gleichen Mail auch bei den anderen Lieferanten. Interveniert ihr bitte bei diesem Händler. Danke für eine schnelle Berichterstattung »;

33. Roger Guenat reçoit également des indications d'autres revendeurs lorsque les prix de concurrents s'écartent de la liste de prix officielle:

« 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 ? »;

34. Dans un courrier électronique, une collaboratrice a informé M. Roger Guenat d'une visite auprès d'un nouveau magasin de sport (cf. chiffre 56):

« pour l'instant j'ai été en espionne dans ce magasin (je ne me suis pas annoncée) ».

Si un distributeur signale à Roger Guenat qu'un autre revendeur vend les produits en ne respectant pas les conditions de vente, en particulier les rabais, Roger Guenat informe ainsi ses collaborateurs de cesser les livraisons au revendeur dénoncé. La COMCO dispose d'un exemple concret d'arrêts ou de retards dans les livraisons pour non-respect des prix de la liste de prix officielle et des rabais maximaux en 2009 et 2010. Il s'agit du cas de [...]. Deux e-mails avec ce dernier documentent les difficultés d'approvisionnement et l'arrêt des livraisons: « Gemäss [...] von Ortovox sind diese Artikel bei Ihnen ab Lager Schweiz sofort verfügbar und dennoch werde ich nicht beliefert. Ich habe mich letzten

Freitag betreffend ihren Verkaufspreisvorschriften bei der Wettbewerbskommission erkundigt und festgestellt das Sie mir keine Vorschriften bezüglich Verkaufspreisen machen dürfen, ich bitte sie umgehend zu Beliefern. Eine Verzögerung der Lieferung bringt mich in Schwierigkeiten bei meinen Kunden [...] »

« Im Moment sind einige Petzl und Ortovox Artikel im Rückstand [...] Bitte nennen Sie mir verbindliche Liefertermine für alle sich im Rückstand befindlichen Artikel »

35. De plus, Roger Guenat évoque lui-même l'arrêt des livraisons de ce revendeur avec son concurrent Mammut:

« Question importante et urgente Nous avons fait la bêtise de fournir [...] à [...] [...] et nous allons arrêter de le livrer de suite (je lui écris aujourd'hui) [...] peux-tu me dire quelle position vous allez adopter concernant ce personnage ».

« As-tu des nouvelles de [...], il essaye toujours de commander chez nous mais nous refusons à chaque fois ».

36. Cette politique de prix existe au moins depuis la fin de l'année 2006. En effet, la COMCO est en possession d'un e-mail du 28 novembre 2006 concernant l'indication aux collaborateurs de ne pas livrer un nouveau magasin qui ferait du rabais de 20 %. La COMCO part du principe que cette politique de prix a duré jusqu'à la fin de l'année 2010 (cf. chiffre 119 et ss). Dès le début de l'année 2011, Roger Guenat est devenue agent pour la marque Petzl.¹³ Les listes de prix sont ainsi à partir de cette date directement édictées par le fabricant, Petzl.

37. Dans sa détermination, Altimum revient en détails sur chacun des revendeurs cités en exemple.

a) [...]

38. Tout d'abord, Altimum relate le parcours de [...] en soulignant le fait que celui-ci a fondé plusieurs sociétés et que certaines d'entre elles ont été mises en faillite. Selon Altimum, la situation de ce détaillant est extrêmement confuse. Il ressort des pièces du dossier que [...] a contacté Roger Guenat au mois de juin 2009.

39. Or, il ne s'agit là que d'une demande relative à l'envoi des conditions (à la revente). M. [...] de la société Roger Guenat a d'ailleurs donné suite à cet e-mail en lui faisant parvenir les conditions de vente et il a tout de suite rendu [...] attentif au fait, qu'en cas de collaboration, les prix devaient être respectés et que des prix tels que ceux pratiqués par lui, pour des produits Mammut, ne seraient pas tolérés.

40. Lors de la constitution de [...], le 29 septembre 2009, [...] aurait, dans un premier temps, été livré sur l'initiative de M. [...] sans avoir fait l'objet d'une visite sur place en raison du faible montant commandé. Suite à une indication de Bächli dont un des magasins est dans le même périmètre géographique que celui de [...], [...] a rendu visite à celui-ci à [...] et lui a rappelé les consignes en matière de prix. Cela est rapporté par l'e-mail du 16 septembre 2009.

¹³ Les statuts de la société ont été modifiés le 23 mars 2011.

41. Dans sa détermination et lors de l'audition, Altimum met l'accent sur le manque de local adéquat de [...]. La discussion entre le représentant de Roger Guenat et le revendeur se serait malheureusement cristallisée sur l'argument des prix car c'était, selon Altimum, l'argument le plus facile. La politique de prix serait, selon Altimum, un indice que le magasin est de qualité. Cependant, seul des problèmes au niveau du local, du paiement et de la qualité d'accueil de la clientèle seraient la cause de l'arrêt des livraisons.

42. Selon Altimum, [...] aurait effectué ses premières demandes auprès de Roger Guenat au mois de juin 2009. En outre, Altimum relève que Roger Guenat a réalisé avec [...] un chiffre d'affaires de CHF 1'342.45.- en 2009 et de CHF 356.- en 2010 et s'appuie sur ces chiffres pour affirmer que [...] apparaît comme un acheteur individuel qui écoule de la marchandise sur Internet. Au vu des montants que représentent les commandes de [...], Roger Guenat n'aurait eu que peu d'intérêt à investir dans cette relation commerciale. Altimum précise en outre que [...] a expliqué très clairement dans son e-mail du 17 septembre 2009 qu'après la visite du magasin, Roger Guenat attendait de [...] qu'il aménage un vrai local de vente, avec une vitrine, des horaires d'ouverture réguliers et surtout un assortiment minimum de produits offerts par Roger Guenat. A cette époque, il aurait également été précisé à [...] que si ces conditions n'étaient pas remplies, [...] ne serait plus susceptible d'être livré.

43. L'argumentation d'Altimum concernant [...] ne correspond pas aux pièces du dossier. Plusieurs e-mails au contenu univoque, depuis juin 2009, ayant pour objet l'importance du respect des prix et les conséquences en cas de non-respect ont été échangés, alors que le problème du local de vente n'a été, selon le dossier, évoqué que plus tard, à savoir la première fois dans l'e-mail du 17 septembre 2009. Dans sa réponse à cet e-mail, [...] mentionne que c'est même la première fois qu'il entend parler des critères relatifs au local de vente. Il semble par contre être au courant du critère concernant les rabais maximaux. Même après la visite sur place à [...] et le constat que le magasin de [...] ne correspondait pas aux exigences en termes de locaux de vente, [...] n'a pas exclu de continuer à livrer [...] à condition que celui-ci respecte les consignes de prix. Le problème premier de la relation contractuelle est bien le non-respect des prix. Il n'est pas crédible de soutenir que la quasi-intégralité des échanges porte sur les prix mais qu'en fait par les prix, les collaborateurs de Roger Guenat voulaient dire la qualité de l'infrastructure et du conseil à la clientèle. Il est pour le moins étrange que chez Altimum les collaborateurs écrivent de manière répétée et maladroite des e-mails, de l'aveu même [des responsables de Roger Guenat], qui ont un autre sens que le sens premier et clair des mots.

44. Altimum omet également de préciser que [...] a surtout insisté sur le fait que les prix devaient être maintenus à un certain niveau. Dans son e-mail du 17 septembre 2009 à [...], [...] mentionne en premier que les prix ne doivent pas être inférieurs de 10 % aux prix de la liste. Il lui rappelle également lui avoir (nommément) indiqué Bächli comme limite inférieure de prix. C'est seulement après avoir rappelé la règle relative aux prix

de revente que [...] explique à [...] qu'il doit adapter son local de vente (vitrine, stock minimal, heures d'ouverture). Ensuite, dans un courrier électronique du 24 septembre 2009, Roger Guenat a communiqué sa décision concernant les livraisons provisoires à [...]. La seule condition mentionnée dans cet e-mail est celle relative aux rabais maximaux.

45. Par ailleurs, Roger Guenat n'a jamais fait état d'un problème de retard de paiement dans les échanges d'e-mails avec [...] ni de factures revenues avec adresse inconnue. Ces allégations n'ont pas été documentées par Altimum. Elle a cité les critères à remplir pour être livré et a en particulier insisté sur le critère relatif aux rabais.

46. Altimum précise que [...] a été livré dès le 24 septembre 2009 (cf. e-mail du 24 septembre 2009) et met ainsi en doute l'existence d'un arrêt des livraisons.

47. Altimum semble effectivement avoir accepté de livrer [...] mais elle mentionne explicitement dans l'e-mail du 24 septembre 2009 qu'elle exige que [...] revende les produits avec un rabais maximal de 10 % et que ces livraisons restent une solution provisoire:

« [...] *Die von Ihnen gewünschten Artikel werden wir Ihnen, heute bei uns abgehend, per DP zustellen. [...] Wir hoffen, Ihnen mit dieser zwischenzeitlichen Lösung entgegen zu kommen [...]* ».

48. Les e-mails d'octobre 2009, de novembre 2009 et de mars 2010 évoquent une cessation de livraison envers [...] (cf. chiffre 0).

b) Athleticum

49. Concernant Athleticum, Altimum précise qu'elle avait déjà livré ce revendeur en lampes frontales avant 2008. Dans l'hypothèse où un accord serait retenu avec Athleticum, cet accord ne concernerait pas les lampes frontales. En 2007, Athleticum aurait fait une demande à Roger Guenat pour la vente de matériel de montagne autre que les lampes frontales. A cette époque, Athleticum ne disposait d'aucun personnel qualifié pour la vente de ces produits. Roger Guenat était soucieux de la réaction des détaillants des régions concernées et avait donc décidé de les interpeler afin de connaître leur réaction. En effet, la force de frappe de ce supermarché du sport était susceptible de causer du tort aux commerces de détail de taille plus réduite. Selon Altimum, ces commerces de petite ou moyenne dimension auraient pu avoir une réaction négative étant donné qu'ils avaient déjà investi dans la formation du personnel et dans des ateliers d'entretien. Cependant, même si les réactions des revendeurs concernés ont été plutôt négatives, Roger Guenat a accédé à la demande d'Athleticum en indiquant un certain nombre de lignes directrices afin de ménager les détaillants spécialisés des régions concernées. Roger Guenat a imposé à Athleticum d'afficher la liste de prix pratiquée par Roger Guenat et de limiter les rabais de caisse à ceux pratiqués par les détaillants de la région. Selon Altimum, les détaillants actifs sur le marché du matériel de montagne ont investi en personnel qualifié et en atelier de réparation et leurs marges bénéficiaires doivent dès lors leur permettre de survivre en prenant en compte ces investissements.

50. Altimum souligne également le fait que Athleticum et sept autres détaillants ont indiqué dans leur réponse au questionnaire du Secrétariat ne faire l'objet d'aucune pression de la part de Roger Guenat s'agissant de la fixation des prix. Il n'y aurait eu ni surveillance ni sanction.

51. Dans sa marge d'appréciation dans l'administration des preuves, la COMCO n'accorde pas le même poids à des réponses à un questionnaire du Secrétariat après le début de l'observation de marché qu'à des preuves contemporaines saisies lors de la perquisition. Les réponses des détaillants peuvent éventuellement être stratégiques par peur de représailles ou de tensions dans les relations contractuelles. De plus, Athleticum semble avoir omis dans sa réponse au questionnaire l'accord entre [...] et Roger Guenat sur les prix, documenté par un e-mail saisi lors de la perquisition.

« [...] [...], l'acheteur Hardware d'Athleticum m'a [...] fait] la proposition suivante: Livraison par R.G SA du matériel technique des 2 marques uniquement Bussigny et Coll]Jombey. Si ok de notre part, toutes les succursales Athl[e]jticum de Suisse vendron[t] en exclusivité les cordelettes BEAL. Tous les prix seraient tenus et affichés selon notre L.P. [...] ».

52. Athleticum fait partie des key accounts d'Altimum. Outre, les nombreuses lettres adressées aux détaillants de la région dont le contenu est clair, les prix Athleticum correspondront à la liste de prix actuelle et Athleticum devra disposer d'un personnel de vente sous risque de suspension des livraisons. Cet accord est aussi relaté dans l'e-mail mentionné ci-dessus. Il ne s'agit ici pas de rassurer des tiers ou d'un simple conseil. Que l'accord n'ait pas été respecté dans la réalité, n'est nullement étayé. Il s'agit d'une simple affirmation d'Altimum dans sa détermination et lors de l'audition:

« Je les ai invités à pratiquer, je leur ai mis, remis une liste de prix recommandés et je les ai invités à pratiquer des rabais raisonnables. Les revendeurs ont sur la liste à pratiquer des rabais allant de 0 % à 5 %, 10 %, 20 % ou même plus selon le revendeur, la période ou l'âge du produit. »

53. Athleticum a dans sa réponse au questionnaire lors de l'observation de marché indiqué faire des rabais de [...] à [...] % sur la liste de prix officielle. Cela se recoupe avec les informations sur la politique de prix de l'importateur en possession des autorités de concurrence.

54. De plus, l'affirmation qu'un éventuel accord avec Athleticum ne porterait pas sur les lampes frontales est réfuté par un procès-verbal d'une réunion interne du 28 avril 2008:

« [...] Athleticum Les prix des lampes ne sont pas au prix de vente conseillé. Roger va écrire une lettre [...] ».

c) [...]

55. Concernant le cas [...] Sport, Altimum admet que ce revendeur a, dès son ouverture en août 2006, pratiqué une politique de prix agressive en comparaison de ses deux concurrents locaux, à savoir [...] Sport et [...]. Altimum a précisé dans sa détermination ainsi que lors de l'audition devant la COMCO que Roger Guenat n'était

pas fournisseur de [...] Sport au mois de novembre 2006, c'est-à-dire au moment de l'échange d'e-mails entre les collaborateurs de Roger Guenat. Il sied de préciser que lors de la seconde audition devant le Secrétariat, M. Guenat n'avait pas été en mesure d'expliquer le sens de cet e-mail et n'avait pas précisé que [...] n'était pas encore client au moment de cet échange d'e-mails interne.

56. Comme Altimum l'a expliqué dans sa détermination, il semble que, suite à la plainte de [...] Sport, Roger Guenat ait décidé, non pas de cesser les livraisons, mais de ne pas commencer à livrer [...], étant donné la politique de prix agressive appliquée par ce détaillant. Le résultat est le même: la politique de prix adoptée par le revendeur ne correspondant pas aux directives du fournisseur (rabais trop élevés), la responsable du Haut-Valais qui a visité le nouveau magasin a fait circuler par l'intermédiaire de la secrétaire à l'interne:

« Attention info importante, Ne pas livrer M. [...], nouveau magasin de sport (à côté de [...]) il fait du rabais 20% à tous ces clients, [...] est fâchée !!! ce qui est normal ! Donc: NE PAS LIVRER, s'il vient demander: informer [...] de suite ! Bonne journée à toutes et à tous [...] ».

Lors de l'audition devant la COMCO, M. Guenat a expliqué le sens de cet échange d'e-mails interne:

« [...] avait un magasin de sports à [...], il a arrêté son magasin et il est allé travailler chez [...]. Quand il a vu que [...] a ouvert un magasin, il a tout de suite râlé. Il fait des rabais de 20 %. Mille [...] a fait ce que tout le monde fait avec un nouveau magasin, c'est d'envoyer des « espions », pour voir ce qui se traite, c'est une pratique courante (même les grandes surfaces procèdent aussi de cette façon); et elle a mis ne pas livrer, il fait du 20 %, je suppose après avoir eu une conversation téléphonique avec [...]. Alors ne le livrez pas, il n'avait pas encore demandé de le livrer. Au moment où il a demandé de le livrer, on l'a livré. »

57. Or l'interprétation donnée à cet e-mail par M. Guenat ne correspond, de toute évidence, pas au sens des mots. En outre, le fait que [...] n'ait pas encore été livré par Roger Guenat au moment de l'échange d'e-mails en question ne change rien au problème. Deux hypothèses peuvent être envisagées. Dans une hypothèse, [...] a été livré et les livraisons ont cessé suite à des rabais de 20 % sur les produits en question. Dans une seconde hypothèse, [...] n'a jamais été livré mais, étant donné que celui-ci fait des rabais des 20 % sur les produits qu'il commercialise, Roger Guenat craint qu'il fasse de même avec ses produits et il renonce alors à le livrer. Dans les deux hypothèses, [...] ne reçoit pas les produits et ce parce qu'il octroie des rabais trop importants au goût de Roger Guenat.

58. La formulation de l'échange d'e-mail « NE PAS LIVRER » est sans équivoque. Le fait que le magasin en question ait été livré depuis 2007 et qu'il fasse partie des clients d'Altimum doit forcément être lié au fait qu'il a accepté de suivre la politique de prix de Roger Guenat.

59. Selon Altimum, il n'y a eu aucune intervention auprès de [...] Intersport, ni refus de livraison ni aucune sanction pour non-respect d'un prix minimum. En outre,

[...] n'aurait jamais cessé sa politique agressive et aurait continué de pratiquer des rabais de 20%. Ces rabais de 20% sur les produits Petzl n'ont pas été documentés par Altimum.

d) Autres revendeurs

60. Dans sa détermination, Altimum passe en revue les réponses des revendeurs au questionnaire du Secrétariat. Il souligne que la plupart d'entre eux ont indiqué n'avoir subi aucune pression de la part de Roger Guenat SA concernant la fixation des prix de revente. Altimum critique également le fait que la réponse de l'un des revendeurs soit anonymisée. Selon elle, une telle manière de procéder n'est pas conforme aux droits les plus essentiels de la défense.

61. Comme mentionné précédemment (cf. chiffre 51), la COMCO doit apprécier les preuves dans le cadre de sa marge d'appréciation. Les preuves contemporaines saisies lors de la perquisition revêtent un poids particulier. Les réponses des détaillants peuvent quant à elles éventuellement être stratégiques par peur de représailles ou de tensions dans les relations contractuelles. C'est d'ailleurs cette crainte de représailles qui a poussé l'un des revendeurs à exiger que sa réponse soit anonymisée.

62. Selon l'art. 28 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021), une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. Dans le cas d'espèce, le contenu essentiel de la réponse du revendeur qui a souhaité ne pas révéler son identité a été reproduit dans le document auquel a eu accès Altimum. En outre, cela est précisé dans une remarque figurant au début du document en question: « *Zum Schutz des Auskunftsgewäbers wird im folgenden Dokument seine Eingabe sinngemäss wiedergegeben* ». Altimum a donc eu accès au contenu essentiel de la réponse de ce revendeur et a eu l'occasion de se prononcer sur ces informations par écrit dans le cadre de sa prise de position. Les droits de la défense ont ainsi été préservés.

63. Il ressort ainsi des pièces du dossier que Roger Guenat a effectivement menacé d'un arrêt de livraisons les revendeurs qui ne respectaient pas les prix de la liste de prix officielle.

Renvoi de clients entre pays

64. Il ressort également de diverses pièces du dossier, que les importateurs généraux entretenaient des contacts réguliers, afin notamment de se transférer les demandes de clients finaux ou de revendeurs émanant d'un pays attribué à un autre importateur.

65. Comme mentionné, Roger Guenat agissait (jusqu'au 31 décembre 2010) en tant qu'importatrice générale pour la marque (principale) Petzl en Suisse. Un document Excel annexé à un courrier électronique envoyé par l'importateur allemand (Markus Krah) notamment à un collaborateur de Petzl [...] figure notamment parmi les pièces du dossier. Il s'agit d'un tableau contenant

des informations sur les prix des différents importateurs. Lors de l'audition de Roger Guenat par le Secrétariat, le 5 octobre 2010 (cf. chiffre 78), M. Roger Guenat a expliqué que Petzl a demandé aux importateurs présents dans les différents pays les conditions qu'ils appliquaient ainsi que les prix les plus bas qu'ils appliquaient aux revendeurs. Le « BestNet » est le rabais maximal que Roger Guenat appliquait à ses détaillants. Ces informations étaient transmises à Petzl dans le tableau Excel mentionné ci-dessus. Ce document Excel a circulé par e-mail entre les différents importateurs et ceux-ci ont complété, respectivement corrigé, le document selon les données les concernant. Roger Guenat a elle aussi rempli, respectivement corrigé, le tableau.

66. Roger Guenat a également expliqué que M. [...] était l'ancien directeur commercial de Petzl et M. [...] était l'importateur italien.

67. Roger Guenat a expliqué, lors de son audition du 5 octobre 2010 devant le Secrétariat, que l'importateur allemand ne s'occupe pas des clients suisses et qu'inversement Roger Guenat ne traite pas les commandes de clients allemands ou autrichiens (cf. chiffre 78). Roger Guenat aurait eu la possibilité de le faire mais elle ne voulait pas empiéter sur le travail des autres importateurs allemands, autrichiens ou italiens. Roger Guenat a agi de cette manière qu'il s'agisse d'un client final ou d'un revendeur. Cela signifie que, si un détaillant allemand s'adresse à Roger Guenat pour s'approvisionner auprès d'elle, celle-ci va renvoyer cette demande à l'importateur allemand:

« *Roger Guenat SA précise qu'elle n'effectue pas de livraisons en Allemagne. L'importateur allemand est responsable pour l'Allemagne. Roger Guenat SA n'entrave pas le travail de l'importateur général en Allemagne qui déploie des efforts de vente pour vendre le matériel dans ce pays* ».

Information de la part de Petzl

68. Selon un autre document, Petzl a informé tous les importateurs en Europe en 2008 qu'il y avait un nouveau distributeur en Italie, la société Dinamiche Vertical. En même temps Petzl a demandé à ses importateurs de renvoyer à Dinamiche Vertical une éventuelle demande de la part d'un client italien:

« *You already know Dinamiche Vertical, our new distributor for Italia. For those who still not know [...] and [...], we will introduce them to you during next distributor meeting in July 2008. In period of changes, we often note a drift of business practices: You may receive a requirement for delivery to an Italian customer. If that happens, we kindly ask you to forward it to Dinamiche Vertical (here in cc). Thanking you in advance for your cooperation, Best regards, [...]* ».

69. Il semble que le mécanisme démontré ci-dessus ait été effectivement mis en œuvre tel qu'il ressort des exemples ci-dessous cités.

Renvoi des demandes émanant de clients finaux

70. La COMCO dispose de documents qui montrent qu'en 2009, Roger Guenat a reçu de l'importateur général allemand, la société Krah, une demande d'un client final suisse qui s'était adressé à Krah:

« *Geschätzte Damen und Herren, Ich wollte auf eurer Internetseite folgende Kataloge bestellen: [...] Das Programm konnte meine Plz. nicht lesen. Hoffe auf diesem Weg, die Kataloge zu erhalten [...]* »;

« *Sehr geehrter Herr [...] vielen Dank für Ihre Anfrage. Da wir nur für den Deutschen Markt zuständig sind, leiten wir Ihre Anfrage gerne an unsere Kollegen in der Schweiz weiter. Mit freundlichen Gruss, [...]* ».

71. En outre, il ressort des pièces du dossier, que Roger Guenat a elle-même renvoyé en 2009 des demandes de clients allemands à son homologue en Allemagne ou n'a pas donné suite à des demandes émanant de clients étrangers:

« *Sehr geehrter Herr [...] Wir haben Ihre Anfrage erhalten und danken Ihnen dafür. Wir möchten Ihnen folgendes mitteilen: Da wir Vertreiber sind für Petzl Produkte in der Schweiz liefern wir nur an Wiederverkäufer in der Schweiz. Wenn Sie in Deutschland wohnen, können Sie sich an die Firma KraH wenden, die Petzl Produkte in Deutschland vertreiben. Sonst können Sie auf unserer Webseite einen Wiederverkäufer in Ihrer Gegend finden und da Ihre Artikel kaufen. Wir hoffen Ihnen damit gedient zu haben und danken für Ihr Verständnis [...] [...]* »;

« *[...] Meine Anfrage diesbezüglich, wo und wie haben wir nun die Möglichkeit so einen Eispickel für Kinder bei Ihnen eventuell zu erhalten oder zu bestellen. Explizite Ausweisung für Kind. Über eine Information wäre ich sehr dankbar [...]* »;

« *Hallo nach Garmisch Hier eine Anfrage für euch zur direkten Erledigung. Schöne Grüsse aus der Schweiz [...] [...] [...]* »;

« *Good morning We are distributor for Switzerland only. So if you are in another country please contact your local dealer via Petzl website. [...] [...] [...]* »;

« *Dear [...] Thanks for your interest in our products. We are local dealer for Petzl in Switzerland only and are not dealing with foreign countries. Thanks for understanding. [...] [...] [...]* ».

Renvoi des demandes émanant des entreprises

72. Certaines pièces du dossier montrent qu'en 2009, Roger Guenat a reçu de l'importateur général allemand, la société KraH, une demande d'une entreprise suisse qui s'était adressée à KraH.

« *Sehr geehrte Damen und Herren Wir sind eine neue Unternehmung auf dem Markt im Bereich Seil- und Hebetchnik und führen unter anderem auch Produkte für die Arbeitssicherheit. Immer wieder haben wir vereinzelt Anfragen für Petzl Produkte. Konkret habe ich einen Bedarf für 3 Auffanggurte Newton Fastjak. Könnten wir diese Produkte über sie beziehen und zu welchen Konditionen? Besten Dank für Ihre kurze Antwort Freundliche Grüsse [...]* »;

« *Hallo Zusammen, ich habe hier eine Neukundenanfrage aus der Schweiz. Könntet ihr bitte mit dem möglichen Kunden in Kontakt treten? Vielen Dank und viele Grüsse vom KRAH-Team! [...] [...]* ».

73. Ainsi, tel qu'il ressort des différents documents cités ci-dessus, les importateurs des produits Petzl, et parmi eux Roger Guenat, n'ont pas donné suite aux demandes émanant de clients (finaux ou revendeurs) étrangers et les ont renvoyées à leur homologue actif dans le pays du client concerné.

A.3 Procédure

74. Le 18 septembre 2009, M. [...] de l'entreprise [...], a contacté le Secrétariat afin de lui exposer un problème avec l'un de ses fournisseurs, Roger Guenat. [...] a ensuite transmis au Secrétariat un échange de courriers électroniques entre lui-même et M. [...], collaborateur de l'entreprise Roger Guenat. Les informations transmises par [...] faisaient état d'un arrêt de livraisons par Roger Guenat suite au non-respect en particulier des prix de la liste de prix officielle.

75. Suite à la réception de la plainte, le Secrétariat a procédé à une observation de marché. Dans le cadre de celle-ci, une demande de renseignements a été envoyée à Roger Guenat le 12 octobre 2009. Le Secrétariat a également envoyé des questionnaires en date des 13 et 23 novembre 2009 à une vingtaine de revendeurs des marques distribuées par Roger Guenat. Le Secrétariat a reçu 10 réponses. Il s'agissait d'obtenir des renseignements relatifs au système de distribution et à la politique de prix de Roger Guenat.

76. Le 19 mai 2010, le Secrétariat a, d'entente avec un membre de la Présidence de la Commission de la concurrence, ouvert une enquête selon l'art. 27 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels, LCart; RS 251) contre Roger Guenat. L'ouverture de l'enquête a été publiée selon l'art. 28 LCart dans la Feuille officielle suisse du commerce¹⁴ ainsi que dans la Feuille fédérale.¹⁵

77. Le siège de l'entreprise Roger Guenat à Palézieux a été perquisitionné le 19 mai 2010. Lors de cette perquisition, Roger Guenat a été rendu attentive aux dispositions relatives au programme de clémence. Des documents ont été saisis selon le procès-verbal de perquisition et des copies de supports électroniques ont été effectuées. Suite à cette perquisition, le Secrétariat a procédé à l'analyse des documents saisis (supports électroniques et papiers).

78. Le 11 juin 2010, le Secrétariat a entendu Roger Guenat en présence de son avocat. Durant cette audition, le Secrétariat a présenté à Roger Guenat des documents saisis lors de la perquisition et l'entreprise a eu l'occasion de prendre position oralement par rapport à ces documents.

79. Roger Guenat a également répondu à des questions du Secrétariat, permettant ainsi d'éclaircir l'état de fait. Roger Guenat a été rendu attentive au fait que la procédure est ouverte contre l'entreprise Roger Guenat et non pas contre son propriétaire. En outre, le fonctionnement

¹⁴ Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 29.06.2010, No 123, année 128.

¹⁵ Feuille fédérale (FF) du 29.06.2010, No 25, p. 3992.

du programme de clémence a été une nouvelle fois exposé à Roger Guenat. Le représentant légal de Roger Guenat a été informé du fait qu'il pouvait être présent lors de l'analyse des données électroniques. Il ne l'a cependant pas souhaité.

80. Le 20 août 2010, le Secrétariat a fait parvenir un questionnaire aux importateurs généraux allemand et autrichien. Le but de ces questionnaires était d'obtenir des informations concernant notamment leur système de distribution, la détermination des prix et les ventes à l'étranger.

81. En septembre 2010, Agentur Berger et Christoph & Markus Krahl ont répondu à cette demande de renseignements.

82. Le 5 octobre 2010, une deuxième audition de Roger Guenat a eu lieu. Lors de cette audition, le Secrétariat a informé Roger Guenat que l'analyse des documents électroniques saisis lors de la perquisition était terminée. Le but de l'audition était de permettre à Roger Guenat de fournir des explications concernant certains documents désignés comme « bookmarks ».

83. Le 15 octobre 2010, le Secrétariat a fait parvenir un courrier électronique aux différents revendeurs interrogés dans le cadre de l'observation de marché, les informant de l'ouverture de l'enquête contre Roger Guenat. Le Secrétariat leur a indiqué que leur réponse au questionnaire allait être versée au dossier de l'enquête et qu'ils devaient fournir une version expurgée des éventuels secrets d'affaires.

84. Le 16 décembre 2010, le Secrétariat a envoyé une lettre au représentant légal de Roger Guenat afin d'obtenir des informations supplémentaires sur la vente de cette entreprise.

85. Le 21 décembre 2010, le représentant de Roger Guenat a envoyé au Secrétariat deux versions signées du procès-verbal de l'audition du 5 octobre 2010. Dans sa lettre, le représentant de Roger Guenat a expliqué qu'à cette date, M. Roger Guenat détenait la totalité du capital-actions de la société Roger Guenat. Un contrat de vente avait été conclu entre M. Roger Guenat et M. [...], un des collaborateurs de Roger Guenat. M. [...] allait être inscrit comme administrateur de la société dès le 1^{er} janvier 2011. M. Guenat quant à lui resterait inscrit comme administrateur jusqu'à l'exécution complète de la vente. Techniquement, M. Guenat devait remettre la totalité du capital-actions à M. [...] entre le 15 et le 20 janvier 2011, en échange du paiement du prix de vente. Une fois la vente exécutée, M. Guenat quitterait le conseil d'administration. Ainsi, dès la fin du mois de janvier 2011, M. [...] deviendrait l'unique propriétaire de la société.

86. Par courrier électronique du 27 janvier 2011, le représentant légal de Roger Guenat s'est renseigné auprès du Secrétariat sur la suite de la procédure ainsi que sur la possibilité de consulter le dossier.

87. Le 4 mars 2011, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Roger Guenat concernant les concurrents de cette entreprise ainsi que les chiffres d'affaires réalisés dans les différentes catégories de produits.

88. Le 4 mars 2011, le Secrétariat a fait parvenir au représentant légal de Roger Guenat le bordereau des pièces ainsi qu'un stick USB protégé par un mot de passe contenant les pièces du dossier. Le 19 avril 2011, le Secrétariat a envoyé par courrier quatre CD-ROM correspondant aux pièces [...] étant donné que ces documents n'avaient pas pu être enregistrés sur le stick USB en raison de leur format.

89. Par courrier du 11 avril 2011, Roger Guenat a répondu au questionnaire du Secrétariat. Dans sa réponse, le représentant de Roger Guenat a informé le Secrétariat du changement de raison sociale de l'entreprise Roger Guenat survenu suite à la vente de cette entreprise par M. Roger Guenat à M. [...]. L'entreprise s'appelle désormais Altimum. Suite au changement dans la direction de l'entreprise Roger Guenat, le système de distribution des produits de la marque Petzl a été modifié. L'entreprise Altimum est devenue agent pour la marque Petzl, ce qui signifie que les prix de vente au client final seront déterminés par l'entreprise Petzl.

90. Le 20 avril 2011, un questionnaire a été envoyé à douze concurrents de Roger Guenat avec un délai de réponse jusqu'au 16 mai 2011. Un questionnaire a été envoyé à un concurrent supplémentaire le 6 juin 2011. Le choix des concurrents s'est basé sur les connaissances du marché du Secrétariat ainsi que sur la réponse de Roger Guenat au questionnaire du 4 mars 2011.

91. Le 21 avril 2011, le Secrétariat a envoyé un questionnaire complémentaire à Roger Guenat afin d'obtenir des précisions quant à sa réponse du 11 avril 2011. Altimum a fait parvenir sa réponse à cette demande de renseignements complémentaires le 16 mai 2011.

92. Entre le 26 avril 2011 et le 30 juin 2011, les réponses au questionnaire envoyé aux concurrents de Roger Guenat sont parvenues au Secrétariat. Un concurrent [...] n'a pas répondu au questionnaire.

93. Par courrier du 4 juillet 2011, le Secrétariat a prié les concurrents qui ne l'avaient pas encore fait, de désigner les éventuels secrets d'affaires contenus dans leur réponse à la demande de renseignements.

94. Dans le courant du mois de juillet 2011, les entreprises suivantes ont fait parvenir au Secrétariat les versions sans secrets d'affaires de leur réponse au questionnaire: UB Sports, LiteXpress Schweiz GmbH, Sportatimport Jäggi et Cascade S-T-R AG, Gecko Supply GmbH, Pro Import Castella SA.

95. Le 19 mars 2012, le Secrétariat a fait parvenir au représentant de Altimum sa proposition selon l'art. 30 al. 2 LCart en lui octroyant un délai pour prise de position jusqu'au 3 mai 2012. Le même jour, le Secrétariat lui a également fait parvenir l'ensemble des pièces du dossier.

96. Une prolongation de délai jusqu'au 4 juin 2012 pour rendre la détermination par rapport à la proposition du Secrétariat 2012 a été accordée.

97. Par courrier du 21 mai 2012, un autre représentant légal a informé le Secrétariat que la société Altimum

l'avait chargé de défendre ses intérêts dans le cadre de la présente procédure.

98. Par courrier du 4 juin 2012, Altimum a fait parvenir sa détermination quant à la proposition du Secrétariat. Les conclusions de la détermination sont les suivantes: le système de distribution mis en place par Roger Guenat avec ses revendeurs ne peut être qualifié d'accord vertical de prix au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Dans l'hypothèse où une telle qualification serait retenue, la présomption de suppression de la concurrence est renversée sur chacun des marchés. Sur tous les marchés de référence, les relations entre Roger Guenat et ses revendeurs n'affectent pas la concurrence d'une manière notable. Lorsque la concurrence peut être affectée de manière notable (marché des lampes frontales), cette affectation est justifiée par les services offerts par les revendeurs aux clients. Dans l'hypothèse où une violation de l'art. 5 al. 4 LCart devait malgré tout être retenue, la sanction sera fixée en tenant compte du seul cas où une violation pourrait être retenue (Athleticum) et du changement de statut d'Altimum, qui a réalisé des résultats environ quatre fois inférieurs aux années précédentes, et du principe de proportionnalité. Une sanction financière, selon son importance, entraînerait la mise en liquidation de la société. Enfin, Altimum demande que les frais soient fixés en fonction du résultat de l'enquête. Il sera revenu plus en détails sur les principaux arguments soulevés par Altimum dans les parties correspondantes de la décision.

99. Le 28 juin 2012, Altimum a fait parvenir des copies du contrat d'agent avec Petzl et du contrat de vente de l'entreprise Roger Guenat SA non caviardé. Elle a également fait parvenir les comptes et le bilan de l'entreprise pour les années 2010 et 2011. L'ensemble de ces documents ont été transmis aux membres de la COMCO.

100. Le 2 juillet 2012, une audition selon l'art. 32 al. 2 LCart de Altimum représentée par [...], [...], [...], et [...] s'est tenue devant la COMCO. Lors de cette audition, Altimum a principalement renouvelé les propos tenus lors des deux précédentes auditions devant le Secrétariat du 11 juin 2010 et 5 octobre 2010. Les prix de revente étaient seulement indicatifs et les revendeurs n'ont jamais été menacés de représailles ni sanctionnés par un arrêt de livraisons s'ils ne respectaient pas les prix de revente. Le cas [...] est un cas unique et isolé. A la demande de la COMCO, Altimum a également donné des informations sur les motifs ayant mené au changement de statut et à la vente de la société. La situation financière actuelle de la société a été également abordée.

101. Le procès-verbal de l'audition du 2 juillet 2012 a été envoyé pour contrôle à Altimum avec délai jusqu'au 2 août 2012. Sur demande, ce délai a été prolongé jusqu'au 17 août.

102. Le 16 août 2012, Altimum a renvoyé le procès-verbal de l'audition ainsi qu'une détermination complémentaire et des pièces justificatives supplémentaires concernant la situation financière de l'entreprise et personnelle de M. Guenat.

103. Le 20 août 2012, la COMCO a décidé dans la présente affaire.

B. CONSIDERANTS

B.1 Champ d'application de la LCart

1.1.1 Champ d'application personnel

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

105. Par entreprise, on entend 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). L'entreprise Roger Guenat est une entreprise au sens de la LCart.

1.1.2 Champ d'application matériel

106. Toutes les formes de restrictions privées de la concurrence tombent dans le champ d'application matériel.¹⁶ Les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart constituent également de telles restrictions. Tel qu'il sera démontré (B.3.1), le comportement de Roger Guenat et de certains de ses revendeurs peut être qualifié d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

B.2 Prescriptions réservées

107. Selon l'art. 3 al. 1 LCart sont réservées les prescriptions qui sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). D'autre part, selon l'art. 3 al. 2 LCart, cette dernière n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

108. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par la partie.

B.3 Accord illicite sur les prix de revente

109. 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).

110. Sont 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).

¹⁶ Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Message LCart 1994), FF 1995 I 472 ss, 535.

111. Il s'agit tout d'abord de déterminer l'existence d'un accord en matière de concurrence.

B.3.1 Accord en matière de concurrence

112. 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).

113. Pour qu'il y ait accord en matière de concurrence, les éléments de faits suivants doivent être réalisés: a) une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées, b) l'accord vise ou entraîne effectivement une restriction à la concurrence et c) les entreprises concernées sont actives aux mêmes ou à différents échelons du marché.

B.3.1.1 Collaboration consciente et voulue

114. L'art. 4 al. 1 LCart définit la notion d'accord en matière de concurrence. Il précise notamment qu'une pratique concertée d'entreprises occupant des échelons du marchés différents constitue un accord en matière de concurrence. Ainsi, il peut y avoir accord en matière de concurrence sans conclusion d'un accord formel entre les entreprises.¹⁷ En effet, la pratique concertée « *ne suppose pas un échange de volontés réciproques et concordantes entre les entreprises* ». ¹⁸

115. Pour l'application de l'art. 4 al. 1 LCart ni la forme juridique ou effective sous laquelle la collaboration consciente et voulue se manifeste ni le fait que celle-ci soit exécutée juridiquement n'a d'importance. Ce qui est décisif c'est que deux ou plusieurs entreprises indépendantes économiquement les unes des autres coopèrent.¹⁹ Le type d'accord (avec ou sans force obligatoire ou pratiques concertées d'entreprises) n'importe pas, l'élément central est qu'une restriction à la concurrence d'un acteur soit visée ou entraînée.²⁰

116. Comme exposé au chiffre 12, pour être admis à la revente, les revendeurs potentiels de produits distribués par Roger Guenat doivent remplir notamment la condition d'une « *politique de prix raisonnable et responsable* » qui respecte le marché établi. Les revendeurs ne signent pas de contrat de distribution avec Roger Guenat fixant en détail toutes les conditions de distribution. Sur la base du document interne saisi lors de la perquisition (« Conditions à la revente », cf. chiffre 12), il ne fait pas de doute que chaque condition contenue dans ce document, et en particulier la politique de prix, est discutée préalablement avec le magasin qui souhaite recevoir les produits. En ce sens, en contrepartie des produits reçus par Roger Guenat, le revendeur s'engage à respecter les prix de la liste officielle. Le respect des prix n'est donc pas la conséquence de comportements unilatéraux indépendants du grossiste et du revendeur mais est basé sur une volonté commune de suivre ces prix.²¹ Cet accord n'est pas tacite mais ressort expressément des documents saisis. Il ne s'agit donc pas de prix recommandés que Roger Guenat invite à respecter mais de prix à caractère obligatoire selon l'accord avec sanction claire à la clé en cas de non-respect. L'échange d'e-mails entre Roger Guenat et [...] fait état à plusieurs reprises d'un accord oral sur le niveau de

prix. L'exemple du client-clé Athleticum montre que ces conditions de respect des prix ont été clairement *convenues et acceptées*:

« *Afficher les prix de notre liste de prix actuelle sans rabais, pas de rabais de caisse plus élevés que les détaillants de la région*

Nos articles ne seront ni soldés ni mis en vente dans les Outlets avant de nous avoir consultés (possibilité éventuelle de reprise)

Ces conditions ont été acceptées par leur direction [d'Athleticum], si elles ne sont pas tenues, les livraisons seront stoppées et le matériel sera repris par nos soins ».

117. Les revendeurs qui ont été livrés par Roger Guenat ont accepté la condition d'une politique de prix raisonnable et responsable, c'est-à-dire de respecter les prix de la liste officielle et les rabais maximaux. Certains ont même aidé Roger Guenat à faire respecter cette politique en dénonçant les comportements des concurrents déviant à cette politique (cf. chiffre 140). L'existence d'une collaboration consciente et voulue pour des prix de revente minimaux est ainsi donnée.

118. La COMCO ne dispose que d'indices concernant le renvoi de clients entre pays, une éventuelle collaboration consciente et voulue entre le fabricant et l'importatrice exclusive suisse ou entre les différents importateurs généraux de ne pas permettre les importations parallèles entre pays. Par exemple, il n'existe pas à la connaissance de la COMCO de clause contractuelle dans un éventuel contrat de distribution interdisant les livraisons hors du territoire attribué ni de documents indiquant que le fabricant ou un importateur général ait essayé d'entraver activement les importations parallèles vers un autre pays.²² Les importateurs semblent ne pas livrer les consommateurs ou les revendeurs venant d'autres pays. Toutefois, la COMCO ne dispose pas d'indices suffisant d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La COMCO ne dispose pas non plus d'indices de contrôles, menaces ou sanctions en cas de non-respect d'un éventuel accord sur les importations parallèles.²³

¹⁷ PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (éds), 2002, Art. 4 al. 1 LCart N 9; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (éds), 2010, Art. 4 KG N 101.

¹⁸ SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, Accords de distribution et droit de la concurrence, in: Les accords de distribution, Gilliéron/Ling (éds), 2005.

¹⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (note 17), Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

²⁰ JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 4 KG N 2 s.

²¹ Cf. de manière analogue l'arrêt des USA: *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 752, 104 S. Ct. 1464 (1984), p. 764. Cf. également l'aperçu de la jurisprudence européenne et américaine sur les recommandations de prix et sur la notion d'accord par EVELYNE CLERC, Les recommandations de prix en droit de la concurrence: le temps de l'approche économique est-il arrivé ?, in: Le temps et le droit, Zen-Ruffinen (éd.), 2008, p.39.

²² Cf. pour des clauses contractuelles dans le contrat de distribution interdisant les importations parallèles: DPC 2010/1, 71 N 83, *Gaba*; Décision du 28.11.2011, N 106, *Nikon* (publiée sur www.comco.ch).

²³ Arrêt de la CJCE du 6.1.2004 C-2/01 et C 3/01 P Bayer, Rec. 2004 I-23, point 19.

Pour les raisons évoquées, la question de savoir s'il existe, en plus de l'accord sur les prix minimaux de revente, un accord au sens d'une pratique concertée avec le fabricant ou entre les différents importateurs interdisant les importations parallèles peut être laissée ouverte.

B.3.1.2 Restriction à la concurrence visée ou entraînée

119. Outre l'élément de collaboration consciente et voulue des entreprises parties à l'accord, il est également nécessaire qu'une restriction à la concurrence soit visée ou entraînée. Le terme « viser » signifie que l'accord ou la pratique concertée doit être objectivement susceptible d'entraîner une restriction à la concurrence en affectant ou supprimant un paramètre concurrentiel, les conceptions ou les intentions des entreprises parties sont secondaires.²⁴ Une restriction à la concurrence n'aura d'effet qu'à partir du moment où elle a une influence réelle sur le marché pertinent. Il n'est pas nécessaire que l'effet se fasse ressentir. Il suffit que celui-ci se produise dans un avenir proche selon une probabilité suffisante.²⁵

120. Dans le cas d'espèce, Roger Guenat a édicté des prix de vente et des rabais maximaux à l'attention des revendeurs (cf. chiffre 29 ss). Le paramètre concurrentiel concerné dans ce cas est le prix. La combinaison du respect des prix et des rabais maximaux aux revendeurs, alliée à la perspective d'un retard voire d'une suspension des livraisons est susceptible d'affecter la concurrence en prix entre les revendeurs. On parle de prix fixes quand le revendeur ne peut absolument pas s'écarter du prix prédéfini et ne peut donc pas offrir un prix plus bas ou plus élevé. Les prix minimaux sont décrits comme les prix les plus bas auxquels le revendeur peut vendre les produits.²⁶

121. Le fait que Roger Guenat détermine les prix à l'intention des revendeurs et s'assure que ceux-ci soient respectés à l'aide de pressions, telle que la suspension voire la suppression des livraisons, vise et entraîne une restriction à la concurrence, au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. En effet, les revendeurs ne peuvent pas déterminer de manière autonome leur politique de prix en raison du comportement de Roger Guenat. Sans un tel comportement de la part de leur fournisseur, les revendeurs feraient l'acquisition des produits et les revendraient au prix de leur choix, en déterminant leur marge de manière autonome. Les revendeurs seraient libres d'appliquer les rabais de leur choix. La concurrence intra-marque serait ainsi préservée.

B.3.1.3 Pratiques concertées d'entreprises occupant différents échelons du marché

122. Roger Guenat et les revendeurs qui s'approvisionnent auprès d'elle sont unis par une relation commerciale verticale. L'entreprise Roger Guenat est active en tant qu'importatrice exclusive des produits des marques Petzl, Beal, Entre-prises. Elle est également agent pour les marques Ortovox et Boreal (cf. chiffre 3). Elle vend les produits destinés aux activités sportives aux revendeurs en Suisse. Roger Guenat est une entreprise située entre les producteurs et les revendeurs. Roger Guenat et les revendeurs se situent ainsi à

différents niveaux de la chaîne de distribution (cf. Graphique 1 p. 385).

B.3.1.4 Résumé

123. Selon les éléments développés précédemment concernant la politique de prix de Roger Guenat tant le critère de la collaboration consciente et voulue que celui de la restriction à la concurrence visée ou entraînée est donné. Dans le cas d'espèce, il existe un accord vertical portant sur des prix de revente minimaux au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre Roger Guenat et chaque revendeur.

B.3.1.5 Durée de l'accord

124. Etant donné qu'il n'existe pas de contrat écrit entre Roger Guenat et ses revendeurs, il est difficile de déterminer précisément le début de l'accord. Cependant, sur la base des informations contenues dans le dossier, l'accord a existé au moins depuis la fin de l'année 2006.

125. La COMCO dispose de preuves de l'existence de l'accord jusqu'au mois de mars 2010 (cf. chiffre 34).

126. Sur la base des éléments développés dans les précédents paragraphes, l'accord a duré entre le 1^{er} janvier 2007 et mars 2010, c'est-à-dire un peu plus de trois ans. Après le changement de statuts, intervenu le 23 mars 2011 (cf. chiffre 36), il est possible que l'accord sur les prix minimaux entre Roger Guenat et les revendeurs suisses ait fait place à un accord entre le fabricant français Petzl et les revendeurs suisses. Cependant, il est difficile pour Petzl de contrôler un éventuel accord depuis la France de manière aussi efficace que Roger Guenat. De plus, suite au changement de statuts, il semble que le comportement des revendeurs concernant les prix se soit modifié, tel que le montre l'exemple de Bächli (cf. chiffre 199). Afin d'écarter le risque que Altimum, en tant qu'agent, aide à l'application d'un éventuel accord entre Petzl et les revendeurs suisses, la COMCO impose, dans le dispositif (cf. chiffre 3 du dispositif) une interdiction pour Altimum de surveiller et mettre en œuvre un accord sur les prix minimaux ou fixes.

B.3.1.6 Destinataire de la décision

127. Bien que l'accord vertical implique tant Roger Guenat que les revendeurs (cf. chiffre 122), l'enquête a été ouverte uniquement contre Roger Guenat pour les raisons suivantes:

- Le critère décisif qui penche pour la non-extension de l'enquête aux clients de Roger Guenat est le fait que cette dernière peut être considérée comme la véritable auteure de ce comportement, pour les motifs exposés plus loin (cf. chiffre 315 et ss). C'est la raison pour laquelle seule Roger Guenat fera l'objet de l'analyse juridique suivante. L'enquête ne sera pas étendue aux revendeurs.

²⁴ Cf. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (note 17), Art. 4 Abs. 1 KG N 67 s.

²⁵ DPC 2010/1, 71 N 87, *Gaba*; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éds), 2007, Art. 4 KG N 24 s.

²⁶ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éds), Art. 5 KG N 501 s.

- Cette pratique consistant à ne pas nécessairement ouvrir l'enquête contre les revendeurs est en ligne avec la pratique récente des autorités suisses de la concurrence²⁷ ainsi qu'avec la pratique des autorités européennes.²⁸

B.3.2 Suppression de la concurrence efficace

B.3.2.1 Existence d'un accord vertical sur les prix de revente

128. Les accords imposant un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe tombent sous le coup de la présomption d'illicéité de l'art. 5 al. 4 LCart. Les différents éléments de l'énoncé de fait légal seront analysés ci-dessous.

B.3.2.1.1 Accord vertical

129. La définition de l'accord en matière de concurrence a été donnée précédemment (cf. chiffre 107). Les accords verticaux en matière de concurrence sont ceux passés entre des entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence, et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.²⁹

130. Roger Guenat distribue les produits destinés aux activités sportives verticales au travers d'un réseau de 300 revendeurs en Suisse (cf. chiffre 2). Les revendeurs et le fournisseur entretiennent des relations commerciales régulières qui consistent pour Roger Guenat à fournir des produits et pour les revendeurs à revendre ces produits aux clients finaux. Roger Guenat et les revendeurs se situent à des stades différents de la chaîne de distribution, notamment Roger Guenat ne livre pas en principe directement les clients finaux: « [...] *Wir [Roger Guenat] sind Grossisten und verkaufen nicht direkt an Privatkunden [...]* ». L'accord a été déjà démontré précédemment et si l'on prend en considération les éléments mentionnés ci-dessus, cet accord peut être qualifié de vertical.

131. Le système mis en place par Roger Guenat concerne le prix de vente aux clients finaux et concerne ainsi les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent revendre certains biens ou services au sens du chiffre 1 CommVert 2010.

B. 3.2.1.2 Fixation du prix minimum de revente

132. L'art. 5 al. 4 LCart couvre les accords ayant pour objet la fixation d'un prix de vente minimum ou fixe (chiffre 10 CommVert 2010). Selon l'énoncé de fait légal de l'art. 5 al. 4 LCart, la fixation des prix de revente doit être capable d'éliminer la concurrence efficace sur les marchés en question. Aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart, les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace. La notion de concurrence efficace est précisée dans le message du Conseil Fédéral de la manière suivante: « ...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 fonctions fondamentales de la concurrence ne sont pas faussées ».³⁰

133. En outre, le chiffre 10 al. 2 CommVert 2010, précise que l'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords conduisant *indirectement* à l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes. Cette approche est d'ailleurs également adoptée par l'Union européenne, qui précise dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales que « *un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects* » et cite à titre d'exemple « *un accord qui fixe le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini* ».³¹

134. La détermination des prix de revente par le fournisseur et l'imposition de ces prix aux revendeurs ont pour effet d'éliminer la concurrence entre ces derniers (concurrence intra-marque). Les marges des revendeurs sont ainsi préservées et ces derniers ne sont pas incités à négocier de meilleures conditions avec leur fournisseur. La marge du fournisseur n'est ainsi pas mise sous pression.³² L'effet négatif d'un tel accord est que la concurrence sur les prix au niveau des revendeurs est entravée, certains revendeurs se voyant alors empêchés de baisser leur prix de vente pour la marque concernée.³³ L'effet direct de l'accord est une hausse des prix au détriment des revendeurs et des consommateurs. Les prix minimaux peuvent, d'une part, empêcher des revendeurs plus efficaces d'entrer sur le marché ou de parvenir à une taille critique. D'autre part, les consommateurs paient des prix plus hauts pour les produits de la marque concernée. Enfin, un fabricant disposant d'un pouvoir de marché, peut, avec des prix minimaux, évincer des concurrents plus petits. En effet, la marge supérieure que les prix minimaux sont susceptibles de garantir aux revendeurs peut inciter ces derniers à recommander aux clients la marque concernée plutôt que d'autres marques concurrentes.³⁴

Liste de prix officielle

135. Tel que Roger Guenat l'a expliqué lors de l'audition du 11 juin 2010, elle se base sur les listes de prix des

²⁷ Décision du 28.11.2011, dispositif chiffre 3, *Nikon* (publiée sur www.comco.ch); décision du 7.05.2012, N 107 ss *BMW* (publiée sur www.comco.ch).

²⁸ Voir notamment: Commission européenne, JO 2007 L 330/44, point 1, *Opel*; Commission européenne, JO 2007 L 317/76, point 1, *Daimler Chrysler*; Commission européenne, JO 2007 L 332/77, point 1, *Fiat*; Commission européenne, JO 2007 L 329/52, point 1, *Toyota*.

²⁹ Chiffre 1 de la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (Communication sur les accords verticaux 2010; CommVert 2010).

³⁰ Message LCart 1994 (note 16), pt. 143.3.

³¹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010 C 130 du 19.05.2010, point 48.

³² DANIEL P. O'BRIEN/ GREG SCHAFFER, Vertical Control with Bilateral Contracts, *RAND Journal of Economics*, 1992, Vol. 23, No 3, 299-308, 306; LUC PEEPERKORN, Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies, *European Competition Journal*, Volume 4, No 1, 2008, 201-212, p. 207 s.

³³ LUC PEEPERKORN, Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies, *European Competition Journal*, Volume 4, No 1, 2008, 201-212, p. 207 s.

³⁴ Cf. Lignes directrices verticales (note 31), ch. 224.

fournisseurs (par ex. Petzl) pour calculer ses propres prix de vente (cf. chiffre 21 et 25 et ss). Roger Guenat a également précisé qu'elle se base sur ces mêmes listes de prix pour calculer les prix de vente aux clients finaux. Ainsi, Roger Guenat a explicitement dit que les prix de revente des revendeurs aux clients finaux étaient déterminés par ses soins.

Rabais maximaux

136. Il ressort d'un échange de courriers électroniques entre des collaborateurs entre le 28 et le 29 novembre 2006, qu'un revendeur a signalé à Roger Guenat qu'un autre revendeur vendait les produits avec 20 % de rabais. Roger Guenat informe ainsi ses collaborateurs de ne pas livrer ce revendeur:

« *[Attention info importante, Ne pas livrer M. [...], nouveau magasin de sport (à côté de [...]) il fait du rabais 20% à tous ces clients, [...] est fâchée !!! ce qui est normal ! Donc: NE PAS LIVRER, s'il vient demander: informer [...] de suite ! Bonne journée à toutes et à tous [...]]* ».

Caractère obligatoire des prix / contrôle et pressions afin d'en assurer le respect

137. Il ressort également de plusieurs documents saisis lors de la perquisition que Roger Guenat veille à ce que l'application de ces prix soit respectée. Il ne s'agit donc pas de recommandations de prix non contraignantes mais bien de prix à caractère obligatoire.

138. Roger Guenat surveille par ses propres moyens le comportement des revendeurs grâce à des visites de ses représentants auprès des revendeurs.

139. La réponse d'un revendeur au questionnaire du Secrétariat montre également que Roger Guenat émet une pression sur les revendeurs. Selon ce revendeur, Roger Guenat lui aurait dit que les produits ne seraient « *comme par hasard* » plus disponibles si le revendeur ne respecte pas les prix. Le revendeur doit donc « *respecter les règles du jeu* »:

« *Uns wurde mitgeteilt, dass, wenn wir uns nicht an die „empfohlenen“ Preise halten, das bestellte Material dann zufälligerweise in diesem Moment nicht lieferbar sein werde. Es sei an uns, die Spielregeln einzuhalten. Wir haben auch mehrmals Anrufe von (Mitarbeiter der Roger Guenat AG) erhalten, der uns mitteilte er habe vernommen dass wir unseren Kunden Rabatte gemacht haben; dies sei nicht erlaubt* ».

140. Il ressort également très clairement d'un échange de courriers électroniques entre un collaborateur de Roger Guenat (M. [...]) et un revendeur [...] que des menaces de suspension de livraisons ont été proférées en cas de non-respect des prix. Dans son courrier électronique du 17 septembre 2009 à M.[...], envoyé en copie à M. Roger Guenat, M. [...] a écrit:

« *Bei unserer mündliche Abmachung habe ich dir ganz klar gesagt dass die Lieferungen sofort gestoppt werden sobald du Preise unter 10 % des von uns empfohlenen Verkaufspreise anbietst. Ich habe dir den von Bächli (namentlich) angebotenen Preis als unterste Limite angeben* ».

141. Roger Guenat impose donc des prix de vente minimaux, de manière indirecte, par la liste de prix officielle et un niveau de rabais maximal par rapport à cette liste de prix aux revendeurs. En outre, le non-respect des prix de vente fixés par Roger Guenat est assorti de menaces de sanction, puisque dans un tel cas, Roger Guenat menace de cesser de livrer les produits au revendeur. Cette politique est clairement connue des revendeurs étant donné que les collaborateurs de Roger Guenat la communiquent au début de leurs relations commerciales (cf. chiffre 140). Il s'agit donc d'un accord ayant pour objet la fixation du prix de revente minimum au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

142. Altimum est d'avis qu'il n'a pas été établi que sa politique de prix peut être qualifiée comme un accord entre elle-même et ses revendeurs sur un prix minimum de revente. Altimum considère que la procédure concerne un problème de politique de prix recommandés pratiquée dans un réseau de distribution. Selon elle, il n'y a pas de prix de vente fixes ni de prix de vente minimaux puisque les revendeurs ne se sont pas engagés à pratiquer des prix ou une certaine hauteur de rabais. La preuve en est que les revendeurs ont accordé des rabais différents.

143. Selon Altimum, dans un réseau de distribution, les contacts entre importateur et revendeurs sont non seulement constants mais encore nécessaires. Il est difficile d'utiliser le concept de « pratiques concertées » dans les rapports verticaux. En outre, il faudrait qu'il y ait un acquiescement des revendeurs sur la liste des prix officielle pour qu'il y ait un accord. Altimum précise que les revendeurs appliquent des rabais sur la base des prix officiels et ces rabais ne sont pas identiques. En outre, selon elle, l'examen d'une éventuelle restriction doit se faire dans le cadre de l'analyse de l'atteinte notable et non pas lors de l'examen de l'existence d'un accord. Altimum reconnaît que les rabais s'appliquent dans une certaine marge. Si Roger Guenat a veillé à ce que cette marge ne soit pas exagérée, ce n'est pas pour maintenir un prix fixe mais parce qu'un rabais trop important est le signe que le revendeur n'investit plus suffisamment dans l'activité de conseil et le service au client.

144. Le terme de prix « recommandés » est utilisé parfois par Roger Guenat et les revendeurs. Les prix de la liste officielle appelée aussi tarifs de base ne sont pas désignés comme des prix recommandés. Le rabais maximum de 10 % sur la liste officielle avec menace de suspension de livraison est clairement documenté par le cas [...] (cf. ch. 31). L'obligation de suivre la liste de prix officielle et de ne pas accorder des rabais supérieurs aux détaillants de la région est aussi documentée par le cas *Athleticum* (cf. ch. 49 et s.). L'obligation de suivre les prix pour *Athleticum* et M. [...] et assortie de menace claire (suspension des livraisons) ne permet pas de qualifier les prix de la liste officielle comme des prix recommandés.

145. Les relevés de prix chez Bächli, le revendeur en Suisse le plus important et cité comme limite inférieure de prix, ont montré que les prix pratiqués par ce revendeur ne dépassaient pas 10 % au moment de l'accord (cf. 197).

146. La COMCO a la preuve d'un acquiescement explicite à un niveau de prix déterminé dans deux cas emblématiques concrets: le premier est un des plus gros clients d'Altimum, Athleticum cité plus haut. Le deuxième cas est celui plusieurs fois cité de M. [...] avec tous les détails de l'accord passé oralement sur les prix à appliquer avec menace de cessation de livraison à la clé. Au-delà de ces cas concrets, le document saisi « conditions à la revente » est une sorte de modèle de contrat « oral » utilisé par les collaborateurs de Roger Guenat avec chaque revendeur, les revendeurs ne signant pas de contrat écrit. En ce sens, chaque revendeur d'Altimum a acquiescé à la « politique de prix raisonnable » et « respectueuse du marché établi ». Le marché établi, c'est en particulier les clients-clés qui dominent une grande partie du marché. Bächli est cité comme exemple de prix plancher.

147. Par ailleurs, il n'est pas explicable qu'un client aussi important qu'Athleticum, qui vendait déjà un volume important de lampes frontales, accepte expressément de suivre la liste de prix officielle de l'importateur alors qu'il est un supermarché du sport pratiquant une politique de prix bas si les autres revendeurs ne se s'étaient pas aussi engagés envers Roger Guenat à respecter les prix minimaux. Il n'est pas non plus vraisemblable de soutenir que d'autres rabais maximaux plus importants que ceux documentés concernant [...] aient été convenus ou tolérés avec d'autres revendeurs, étant donné la haute transparence sur les prix régnant sur le marché. En effet, du moment où l'importatrice générale tolère que certains revendeurs accordent des rabais plus hauts que ceux convenus avec Heusi, les autres revendeurs, et en particulier les clients-clés, vont probablement eux aussi refuser de suivre les prix minimaux. En d'autres mots, l'accord sur les prix minimaux de revente ne peut se limiter à Athleticum, Bächli et [...] mais doit concerner l'ensemble des revendeurs.

148. Altimum fait ensuite référence à la révision en cours de la LCart et au point concernant la nécessité de maintenir la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart évoqué dans le rapport d'évaluation d'application de la LCart.

149. La COMCO se doit d'appliquer la loi *de lege lata*. Dans certains cas, il peut être opportun d'attendre les résultats législatifs si ceux-ci peuvent influencer l'issue de la procédure dans un délai proche. Étant donné que le Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 ne prévoit pas l'abolition de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, il n'est pas opportun de prendre en compte une modification législative hypothétique.

150. Altimum fait référence aux pratiques américaine et européenne en matière d'accord verticaux. Selon elle, les conclusions de la COMCO seraient différentes si celle-ci se référait notamment au droit américain.

151. Il sied de préciser, qu'en droit européen de la concurrence, les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal, sont considérés comme des restrictions caractérisées ou dites aussi « hard-core ». Le fait que les fixations de prix de revente figurent au nombre des restrictions caractérisées signifie que celles-ci sont présumées avoir des effets négatifs et qu'elles

n'ont pas d'effets positifs ou que ces derniers ne suffisent pas à compenser les effets négatifs.³⁵ Si un accord inclut des prix de vente imposés, cet accord est présumé restreindre la concurrence, et relève donc de l'article 101, paragraphe 1 TFUE. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 TFUE, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3 TFUE, dans un cas donné.³⁶ L'analyse d'éventuels gains d'efficacité sera réalisée ultérieurement dans le cadre de la prise en considération des éventuelles justifications économiques.

152. Dans l'Union européenne, le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie n'est pas octroyé aux accords qui contiennent une restriction caractérisée, telle que notamment une fixation de prix de revente. Un accord dont l'une des dispositions a pour effet d'empêcher l'acheteur de diminuer ses prix de revente ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie. La Commission va présumer que l'accord, dans son intégralité, aura des effets négatifs actuels ou probables. Ce type d'accord sera également présumé ne pas remplir les conditions de l'article 101 (3) TFUE.³⁷

153. Par ailleurs, la jurisprudence américaine présente peu d'aide pour l'application du droit suisse des cartels puisque ce dernier, en particulier dans le domaine des accords verticaux, n'est pas calqué ou inspiré du modèle américain. Précisons, néanmoins que dans l'arrêt *phare Leegin*³⁸ sur les prix de revente, la Cour Suprême américaine a renversé l'interdiction *per se* des prix de revente. Elle a en effet opté pour la *rule of reason* dans le cadre de l'examen des restrictions à la concurrence contenues dans des accords de distribution. Ainsi, si la Cour Suprême reconnaît les effets pro-compétitifs de telles restrictions, elle ne va pas jusqu'à adopter la position d'une autorisation *per se* de ces restrictions. Par le choix d'une *rule of reason*, la Cour met en balance les effets anti-concurrentiels et pro-concurrentiels de la restriction.

B.3.3 Renversement de la présomption selon art. 5 al. 4 LCart

154. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, 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, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace.

³⁵ LUC PEEPERKORN, *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, European Competition Journal, Volume 4, No 1, 2008, 201-212, p. 203 s.

³⁶ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010 C 130 du 19.05.2010, point 223.

³⁷ OCDE Roundtable on resale price maintenance, Note by the European Commission, DAF/COMP/WD(2008)64, 13 octobre 2008.

³⁸ *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705, 2007.

155. L'art. 5 al. 4 LCart a été introduit dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, dans le but d'empêcher notamment l'imposition de prix de revente ainsi que de favoriser la concurrence à l'intérieur d'une même marque (concurrence dite intra-marque).³⁹

156. La COMCO a édicté des critères d'appréciation des accords verticaux dans la Communication sur les accords verticaux, notamment en ce qui concerne le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), le caractère notable de l'accord (art. 5 al. 1 LCart) ainsi que les motifs de justification (art. 5 al. 2 LCart).⁴⁰

157. Tel que le chiffre 11 de la CommVert 2010 le prévoit, 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 intra-marque et inter-marques. Est décisive la présence d'une concurrence intra-marque ou inter-marques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

158. Dans le cas d'espèce, la présomption peut être renversée s'il existe une concurrence suffisante sur les prix entre les revendeurs en Suisse (concurrence intra-marque; cf. B.3.3.2). Une autre possibilité de renversement de la présomption réside dans l'existence d'une concurrence entre les différents producteurs respectivement importateurs, c'est-à-dire les concurrents de Roger Guenat (concurrence inter-marques; cf. B.3.3.3).

159. Avant d'examiner si la présomption peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché de référence.

B.3.3.1 Marché de référence

B.3.2.2.1.1 Marché de produits

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

161. Les partenaires potentiels de l'échange de Roger Guenat sur le marché en aval sont les revendeurs des articles de sports de montagne. Il s'agit principalement, tel que mentionné précédemment (cf. chiffre 2), de magasins de sport spécialisés (ex. Eiselin) ou de chaînes de magasins de sport (ex. Intersport). Etant donné que la demande des revendeurs en articles de sports de montagne reflète la demande des consommateurs finaux, les préférences et le comportement des consommateurs finaux constituent le point de départ de la définition du marché suivante.

162. Les consommateurs qui souhaitent s'adonner aux sports de montagne font l'acquisition d'un équipement en fonction du type d'activité choisie et de l'usage auquel il est destiné. Pour ce faire, ils ont le choix entre différentes marques parmi les différentes catégories de produits existant dans ce domaine.

163. Les produits destinés aux activités dites verticales représentent en effet une gamme de produits relativement large. D'après les informations⁴¹ dont dispose la COMCO (en particulier les données des acteurs du marché interrogés), il est possible de classer les produits en différentes catégories listées dans le tableau ci-dessous.

Tableau 5: Catégorie de produits

Catégories de produits	
Harnais	Amarrages
Casques	Poules
Cordes	Bloqueurs
Assureurs, descendeurs	Sacs
Longes	Accessoires (gants)
Mousquetons	Anneaux cousus
Piolets	Lampes frontales
Crampons	Autres

Source: élaboration du Secrétariat

³⁹ Remarque préliminaire IV de la communication de la COMCO du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les verticaux, CommVert).

⁴⁰ Remarque préliminaire V. CommVert 2010.

⁴¹ Cf. par ex. <<http://www.blackdiamondequipment.com/fr-ch/>>; <<http://www.mammut.ch/>>; <<http://www.petzl.com/fr>>; <<http://www.grivel.com>>.

164. Dans leur réponse au questionnaire du Secrétariat, la majorité (9 sur 12) des producteurs/distributeurs ont approuvé la classification des produits telle qu'elle figure dans le tableau ci-dessus. Certaines entreprises ont émis une réserve quant à la classification proposée car elles ne distribuent pas certains des produits listés. Ainsi, les catégories de produits proposées sont de façon générale acceptées par la branche.

165. Il est possible de différencier plusieurs segments au sein de chacune des catégories de produits, selon l'usage auquel les produits sont destinés ou encore selon le comportement d'achat. Par exemple, on trouve différents types de piolets dans la catégorie « piolets ». La forme et la taille des piolets varient en effet selon le terrain sur lequel ceux-ci sont utilisés (plus la paroi est raide plus le piolet utilisé doit être court).⁴² L'exemple précédent concerne les piolets mais il en va de même pour d'autres catégories de produits. Ainsi, on considère qu'il peut exister des sous-catégories au sein d'une catégorie de produits. Même si les produits peuvent se différencier au sein d'une catégorie de produits, il existe un certain degré de substituabilité entre les différents produits au sein d'une même catégorie. Ainsi, les produits destinés à un usage déterminé (par ex. un piolet) des différentes marques sont substituables entre eux. Les éventuelles sous-catégories peuvent être analysées ensemble, c'est-à-dire au niveau des catégories de produits en raison des conditions de concurrence similaires. En outre, les producteurs produisent, en général, l'ensemble des produits faisant partie d'une catégorie de produits. Ainsi, dans le cas d'espèce, une délimitation plus étroite du marché de référence n'aurait pas d'influence déterminante sur le résultat de l'analyse.

166. Selon les arguments développés ci-dessus, on peut partir de l'idée que chaque catégorie de produits constitue un marché séparé.

B. 3.2.2.1.2 Marché géographique

167. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (par analogie art. 11 al. 3 let. b OCCE).

168. Tel que mentionné précédemment (cf. chiffre 161), les revendeurs sont les partenaires potentiels de l'échange de Roger Guenat. Même si leur demande en produits destinés aux sports de montagne reflète la demande des clients finaux (demande dérivée), la dimension géographique du marché pertinent peut différer selon que l'on se place du point de vue du revendeur ou du consommateur final. Pour les revendeurs, le marché revêt en général une dimension plus large en raison, notamment, de l'assortiment et des quantités différentes achetées. Pour le consommateur final, en raison de coûts de transaction plus élevés par achat, le marché géographique a tendance à être plus étroit. Dans le cas d'espèce, les circonstances suivantes plaident en faveur d'une délimitation nationale du marché géographique:

169. Les producteurs des produits en question opèrent en principe dans chaque pays d'Europe avec un partenaire national de distribution. On peut citer à titre d'exemple les trois producteurs suivants: Mammut

Sports Group GmbH (ci-après: Mammut),⁴³ Black Diamond Equipment AG (ci-après: Black Diamond)⁴⁴ et Petzl.⁴⁵ En Suisse, les trois producteurs mentionnés disposent soit d'une filiale, d'une organisation nationale ou encore d'un partenaire national de distribution. La nécessité des organisations nationales est en règle générale justifiée par des caractéristiques de la distribution et de la clientèle spécifiques, qui nécessitent une commercialisation par des partenaires ayant une expérience et des connaissances du pays. L'existence d'organisations nationales de distribution constitue donc un indice pour un marché national. Cette idée est aussi corroborée par le fait que Petzl et Roger Guenat, par exemple, élaborent une stratégie de marketing et de vente spécifique pour la Suisse (cf. chiffre 10).

170. Le Secrétariat a effectué – à titre illustratif – un comparatif entre les prix pratiqués en Suisse et ceux en vigueur dans trois pays voisins (Allemagne, Autriche et France) pour les marques d'articles de montagne des principaux producteurs en 2012. Pour ce faire, le Secrétariat a consulté les sites Internet de revendeurs vendant les produits en ligne. Une recherche de magasins de sport effectuant des ventes en ligne a été réalisée de manière aléatoire. Si l'un des revendeurs sélectionné ne proposait pas un produit dans son assortiment, le Secrétariat a recherché un autre revendeur dans le pays en question afin de trouver un prix de comparaison. Les prix en € ont été convertis en francs suisses au taux de change EUR/CHF 1.21.⁴⁶

171. Dans la plupart des catégories de produits analysées, on constate que les prix en Suisse diffèrent sensiblement de ceux en vigueur dans les pays européens limitrophes. Ces différences de prix sont en général plus élevées entre la Suisse et les pays européens qu'entre les pays européens entre eux. En général, le niveau de prix est semblable en Allemagne et en Autriche (différence en moyenne de 13 % resp. 12 % avec la Suisse) alors que les prix sont plus bas en France (différence en moyenne de 20 % avec la Suisse). La Suisse est plus chère pour tous les produits à une seule exception. Les différences de prix entre pays tendent ainsi à démontrer que les conditions concurrentielles ne sont pas homogènes entre les pays et qu'il existe des marchés nationaux.

⁴² Cf. <http://www.baechli-bergsport.ch/fr/info_pickel.htm>.

⁴³ <www.mammut.com>.

⁴⁴ <www.blackdiamondequipment.com>.

⁴⁵ <www.petzl.com>.

⁴⁶ <http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates/3> (24.02.2012).

Tableau 6: Comparaisons de prix entre la Suisse et l'étranger

Produits	Prix en Suisse (CHF)	Prix en Allemagne (CHF/EUR)		Diff. avec Allemagne (%)	Prix en Autriche (CHF/ EUR)		Diff. avec Autriche (%)	Prix en France (CHF/ EUR)		Diff. avec France (%)
Lampes frontale										
Mammut Lucido TR1 Ambient Light	55	33.8	27.95	-39%	54.45	45	-1%	47.2	39	-14%
Black Diamond Icon	79	72.5	59.95	-8%	72.1	59.6	-9%	66.55	55	-16%
Petzl Tikka XP2	69	65.3	53.95	-5%	60.4	49.9	-12%	54.45	45	-21%
Casques										
Black Diamond Half Dome	72	66.5	54.95	-8%	66.4	54.9	-8%	60.37	49.9	-16%
Mammut Skywalker 2	80	72.5	59.95	-9%	72.6	60	-9%	60.5	50	-24%
Petzl Elios	98	65.3	53.95	-33%	60.4	49.9	-38%	56.87	47	-42%
Harnais										
Balck Diamond Couloir	65	60.4	49.95	-7%	60.4	49.9	-7%	59.29	49	-9%
Mammut Togir Slid	120	108.8	89.95	-9%	108.9	90	-9%	105.14	86.9	-12%
Petzl Luna	94	96.7	79.95	3%	82.3	68	-12%	71.39	59	-24%
Moyenne (%)				-13%			-12%			-20%

Source: élaboration du Secrétariat.⁴⁷

172. En outre, selon les données relatives aux achats des consommateurs en Suisse en articles de sport établies par l'Office Fédéral de la Statistique (OFS), les ménages privés en Suisse effectuent plus de 90 % de leurs achats d'articles de sport en Suisse.⁴⁸ Les données de l'OFS prennent en compte tous les achats effectués par les ménages privés en Suisse, c'est-à-dire les achats faits dans les magasins en Suisse et à l'étranger

(pendant les vacances autant qu'à l'occasion d'achats transfrontaliers) ainsi que les biens commandés par écrit, par téléphone, par internet, etc. à l'étranger.

⁴⁷ Cf. annexe 1 pour les informations relatives aux revendeurs sélectionnés (sites Internet).

⁴⁸ Office fédéral de la statistique, Enquête sur le budget des ménages 2009, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/infothek/erhebungen___quellen/blank/blank/habe/intro.html> (act. 151).

173. Selon une étude de l'université de St. Gall, se basant sur un sondage de 2'000 consommateurs, uniquement 5 % de la population en Suisse a acheté son équipement de sport principalement à l'étranger en 2010.⁴⁹ La COMCO ne dispose pas de données spécifiques aux articles de sport de montagne mais n'a pas d'indices que le comportement diffère pour ce type d'articles de sport. Ainsi, il semble que les consommateurs en Suisse aient plutôt tendance à acheter les biens concernés en Suisse et ne se tournent pas vers l'étranger.

174. De plus, l'Union européenne s'est prononcée quant à la définition du marché dans sa dimension géographique lors de procédures de concentration entre des entreprises actives dans le domaine des articles de sport.⁵⁰ Les marchés géographiques ont été considérés comme nationaux tant dans le cadre de l'analyse du rachat de Salomon par Amer Sports Corporation que de l'acquisition de Reebok International Ltd. par Adidas-Salomon.

175. La combinaison des éléments mentionnés ci-dessus conduit à définir le marché comme national du point de vue du consommateur final.⁵¹

B.3.3.2 Concurrence intra-marque

B.3.3.2.1 Absence de concurrence sur les prix

176. L'accord vertical sur les prix de vente minimaux est respecté par la quasi totalité des revendeurs en raison de la sanction appliquée en cas de non-respect et par la possibilité dont dispose Roger Guenat de contrôler le respect des prix quasiment de tous les revendeurs (cf. chiffre 191 et ss).

177. Avant de livrer un nouveau revendeur, une visite a lieu en principe auprès de celui-ci. Les conditions pour être revendeur sont communiquées à l'intéressé, en particulier le respect d'une politique de prix raisonnable et responsable (cf. chiffre 12 et s.). Roger Guenat peut décider de ne pas livrer un revendeur qui ne serait pas prêt à respecter les prix de la liste officielle. Il peut également livrer un revendeur d'abord à l'essai et voir si celui-ci respecte la politique de prix (voir l'exemple d'Athleticum ci-dessous chiffre 179).

178. Pour les revendeurs livrés par Roger Guenat, le retard dans les livraisons voire la suspension des livraisons jusqu'à adaptation des prix du revendeur est le moyen le plus efficace de faire respecter l'accord sur les prix. Les autorités de concurrence ont connaissance de quatre cas documentés et d'une affirmation générale de Roger Guenat lui-même:

179. Le premier cas concerne les conditions de livraison du client-clé Athleticum. Elle n'a été livrée (d'abord à l'essai pendant un an) qu'à la condition qu'elle respecte les prix de la liste officielle et qu'elle ne fasse pas des rabais de caisse plus hauts que les détaillants de la région. De plus, elle s'est engagée à ne pas vendre les produits en outlet pour les produits actuels ou en soldes (sans l'accord de Roger Guenat). Cela ressort clairement de la lettre que Roger Guenat a envoyé aux concurrents consultés (cf. également chiffres 18 s. et 210 s.):

« Ces conditions [notamment respect des prix et des rabais] ont été acceptées par leur direction [d'Athleticum], si elles ne sont pas tenues, les livraisons seront stoppées et le matériel sera repris par nos soins ».

180. Le deuxième cas concerne une menace que les articles ne soient plus disponibles voire que les livraisons soient stoppées si le revendeur accorde des rabais plus importants ([...]). Cette menace a été rapportée par un revendeur concerné.

« Uns wurde mitgeteilt, dass, wenn wir uns nicht an die „empfohlenen“ Preise halten, das bestellte Material dann zufälligerweise in diesem Moment nicht lieferbar sein werde. Es sei an uns, die Spielregeln einzuhalten. Wir haben auch mehrmals Anrufe von (Mitarbeiter der Roger Guenat AG) erhalten, der uns mitteilte er habe vernommen dass wir unseren Kunden Rabatte gemacht haben; dies sei nicht erlaubt ».

181. Le troisième cas concerne une consigne de ne pas livrer un magasin Intersports à Viège ([...]) en 2006 parce qu'il fait du rabais de 20 % à ses clients (cf. chiffre 56).

182. Enfin, le quatrième cas concerne [...] [...] fin 2009. D'abord, il s'est agi de retard dans les livraisons des articles (non-disponibilité) puis d'un arrêt complet des livraisons suite notamment à des rabais sur les prix de la liste des prix officielle de 12.5 %. L'arrêt des livraisons a persisté au moins jusqu'au printemps 2010 malgré de nombreuses relances du revendeur.

183. Enfin, dans un e-mail à ses collaborateurs, M. Roger Guenat lui-même reconnaît qu'il arrête de livrer un revendeur si celui-ci ne respecte pas les prix:

« 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. Si cette information n'est pas claire je suis à votre disposition Roger ».

184. Sur la base des éléments développés ci-dessus, on constate que les revendeurs ne sont absolument pas libres dans la détermination des prix de revente. Ces derniers sont calculés par Roger Guenat. Les revendeurs n'ont ensuite d'autre choix que de les respecter, au risque de ne plus recevoir de marchandises de la part de Roger Guenat.

⁴⁹ Konsumenten Trends im Schweizer Sporthandel, <http://www.irm.unisg.ch/~link.aspx?_id=9EA0E9C4134145AA939BBBB41116E5BD&_z=z>.

⁵⁰ Commission européenne, JO 2005 C 318/6, Amer/Salomon; Commission européenne, JO 2006 C 67/34, Adidas/Reebok.

⁵¹ Cela n'exclut pas que certains consommateurs, en particulier dans les régions frontalières, sont susceptibles d'aller acheter leur équipement à l'étranger.

185. Dans sa détermination et lors de l'audition du 2 juillet 2012, Altimum fait valoir que Roger Guenat a pratiqué une politique de prix recommandés et que les revendeurs pratiquaient des rabais allant de 0% à 30% selon les revendeurs, le client, la période ou l'âge des produits. En résumé, les politiques de rabais pratiqués par les revendeurs étaient très diverses et les écarts de prix disparates. De plus, le prix payé par le consommateur n'est pas connu en raison notamment des divers programmes de fidélité de certains magasins et de cartes de clubs (par ex. carte du Club Alpin Suisse). Par exemple, la carte de crédit-client MyOne du groupe Manor accorde des réductions à la caisse aux porteurs de la carte.

Âge des produits

186. Les rabais sur articles « démodés » ou de fin de série ne sont pas pertinents puisqu'il s'agit de mesures limitées dans le temps qui concernent un faible nombre d'articles (fin de stocks). L'accord sur les prix de revente minimaux porte essentiellement sur les prix des produits de la gamme actuelle. A l'exception de cas d'importance marginale, aucun élément du dossier n'indique que le constat auquel parvient la COMCO, à savoir que les rabais autorisés ne pouvaient pas excéder 10 %, est remis en cause; celui-ci reste ainsi pleinement valable (cf. chiffre 136 et ss).

Clients

187. Les autres exemples de rabais plus importants mentionnés concernent des clients professionnels (ex. remontées mécaniques) commandant des quantités importantes et à usage professionnel. Or, la présente enquête ne porte que sur les produits destinés à un usage de loisirs (cf. chiffre 5).

Cartes de fidélité

188. Les exemples de rabais de fidélité à la caisse octroyés par les magasins de sports mentionnés par Altimum sont possibles mais sont d'une hauteur limitée, en général maximum 5 % et plus rarement 10 %. La carte MyOne de Manor n'offre le rabais de 10 % que lors de semaines spéciales, à savoir quelques fois par an, aux porteurs de la carte. Ces rabais octroyés restent dans la limite des rabais permise de 10 %.

189. Les arguments d'Altimum relatifs aux rabais supérieurs à 10 % ne concernent donc pas les produits de la gamme courante ni le client de « loisir ».

190. La sanction d'arrêt des livraisons est encore plus crédible si Roger Guenat a la possibilité de contrôler si les revendeurs respectent effectivement la politique de prix déterminée. Ce contrôle existe aussi bien pour les revendeurs les plus importants (a) que les revendeurs de plus petite taille (b).⁵²

(a) Contrôle étroit des revendeurs de taille importante

191. Concernant les clients-clés et les « revendeurs 50 », il existe un niveau élevé de transparence sur les prix aux consommateurs pratiqués par ces revendeurs. Certains de ces revendeurs publient des catalogues dans lesquels figurent les prix. En outre, les articles distribués peuvent également être achetés en ligne chez

les revendeurs les plus importants de cette catégorie comme Bächli, Athleticum, Manor, Transat, Eiselin. Un contrôle du respect des prix de la liste officielle est donc aisé. Etant donné le nombre limité de revendeurs importants (une vingtaine de clients clés et environ 80 « revendeurs 50 »), ce contrôle est facile à mettre en œuvre. Dans ce type de magasins, les rabais négociés à la caisse (non affichés en magasin) sont rares, voire impossibles.

192. De plus, les fluctuations de volume découlant de prix éventuellement plus bas chez les clients-clés sont facilement détectables par Roger Guenat puisqu'elle est la seule source d'approvisionnement de ceux-ci.

193. Cette « surveillance » à distance peut se compléter par des visites en magasins comme déjà expliqué plus haut (cf. chiffre 16) ou par des indications fournies par des concurrents. Par exemple, un revendeur signale à Roger Guenat qu'un autre revendeur propose un modèle de lampe frontale de la marque Petzl à un prix beaucoup plus bas que le prix de la liste officielle par Roger Guenat:

« *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 ?* ».

194. Lors de l'audition du 2 juillet 2012, Altimum a fait valoir que la surveillance même des revendeurs les plus importants n'était pas possible étant donné que de nombreux clients-clé n'ont que des sites internet vitrines sur lesquels ils ne communiquent pas leur politique de prix.

195. Après vérification approfondie, la grande majorité des clients figurant parmi les 20 meilleurs clients de Roger Guenat en 2009 ont un site marchand avec les prix⁵³ ou au minimum des informations sur leur site internet sur les articles en promotion avec le prix de vente (donc les articles avec rabais) ou même un catalogue avec les prix, même s'il est vrai qu'il n'est pas toujours possible de commander en ligne.⁵⁴ Entre la 10^{ème} et 20^{ème} place, les revendeurs réalisent des chiffres d'affaires de l'ordre de 50'000 francs par an avec Roger Guenat et ont souvent un site internet sans aucune indication de prix.

196. C'est principalement le nombre faible de revendeurs importants des produits Petzl, une vingtaine au niveau suisse - au niveau local le nombre peut se compter même sur les doigts d'une main - qui permet de faire appliquer la politique de prix et de détecter une éventuelle déviation à celle-ci. Les sites internet ne sont qu'une aide supplémentaire qui accentue encore la transparence du marché pour les consommateurs comme pour les revendeurs.

⁵² Le contrôle est appelé aussi „police des prix“ par certaines autorités de la concurrence. Cf par exemple autorité française de la concurrence.

⁵³ <http://www.baechli-bergsport.ch/fr>, <http://www.athleticum.ch/fr/home/>, <http://www.transa.ch/>, <http://www.sportxx.ch/fr/cms/frontpage>, <http://shop.yosemite.ch/>

⁵⁴ <http://www.passemontagne.ch/>, <http://www.defi-montagne.ch/>

197. Pour montrer les effets de l'accord sur les prix, le Secrétariat a relevé les prix de Bächli (le revendeur le plus important et cité par Roger Guenat elle-même comme référence de prix limite) à deux périodes différentes et les a comparés aux prix de la liste de prix officielle (tarifs de base) en vigueur. La première période 2010/2011 est celle où l'accord était appliqué de manière stricte (avec sanction à la clé), il s'agit du tableau 7 et du graphique 3. La deuxième période concerne celle du changement de statut de Roger Guenat (à partir de janvier 2011), période durant laquelle l'accord ne devait plus être appliqué de manière aussi stricte, il s'agit du tableau 8 et du Graphique 4.

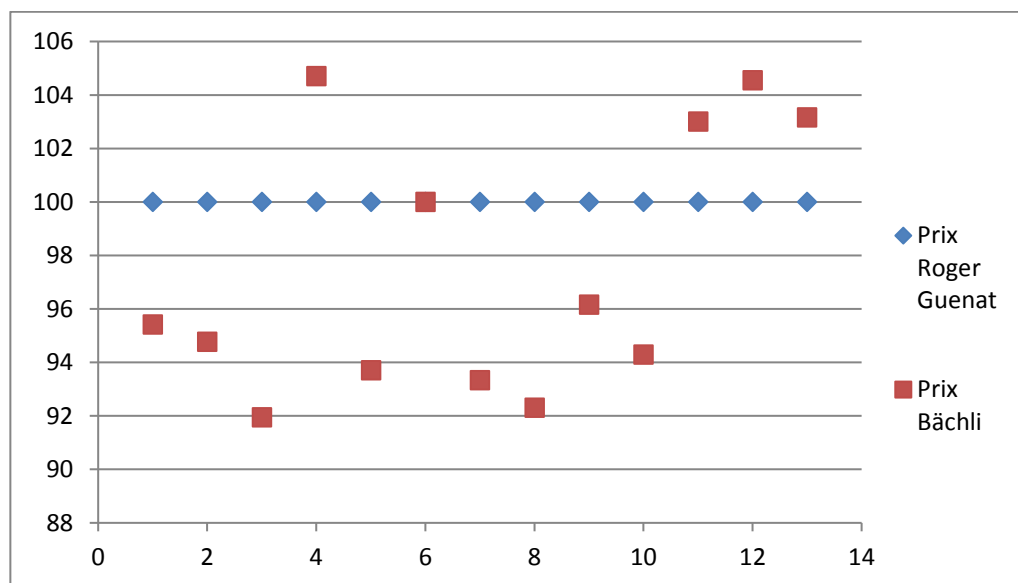
198. Comme on peut le constater, pendant l'accord en 2010, lorsque Bächli appliquait des prix inférieurs à ceux déterminés par Roger Guenat, ces prix s'écartaient en moyenne de 6 % de ceux de la liste de prix de Roger Guenat. Pour certains produits, Bächli appliquait des prix supérieurs de 4 % en moyenne à ceux de la liste de prix Roger Guenat. En outre, pour un produit sélectionné, le prix appliqué par Bächli était identique à celui de la liste de prix de Roger Guenat. Les prix étaient au maximum 8 % moins chers que les prix conseillés (tarifs de base) de Roger Guenat.

Tableau 7: Comparaison des prix Bächli en CHF par rapport aux prix de la liste officielle 2010/2011

	Roger Guenat 2010 Tarif de base 1.07.2010- 31.06.2011	Bächli 2010 Catalogue 2010/2011	Différence
Piolets			
Petzl Sum'Tec	240	229	-5%
Petzl Summit	210	199	-5%
Petzl Quark	335	308	-8%
Casques			
Petzl Elios	85	89	5%
Petzl Meteor III	127	119	-6%
Petzl Elia	89	89	0%
Lampes			
Petzl Tikka Plus 2	60	56	-7%
Petzl Tikka XP 2	78	72	-8%
Mousquetons			
Petzl Attache 3D	26	25	-4%
Petzl Locker	21	19.8	-6%
Baudriers			
Petzl Hirundos	100	103	3%
Petzl Adjama	110	115	5%
Petzl Sama	95	98	3%

Source: élaboration du Secrétariat.

Graphique 3: Différence prix Bächli/prix Roger Guenat (2010)



199. Pour l'année 2012, la comparaison des prix entre la liste de Petzl et le catalogue de Bächli⁵⁵ montre que Bächli s'écarte systématiquement et d'une manière plus élevée des prix fournis dans la liste de prix du producteur (cf. tableau ci-dessous). Il existe en effet une diffé-

rence moyenne de 9 % toujours à la baisse. Il semble donc que, dès lors que Roger Guenat n'agit plus en tant qu'importatrice mais en tant qu'agent, le comportement du revendeur en question par rapport à la détermination des prix soit modifié, les prix devenant inférieurs.

Tableau 8: Comparaison des prix Bächli en CHF par rapport aux prix «tarifs de base » Petzl 2011/2012

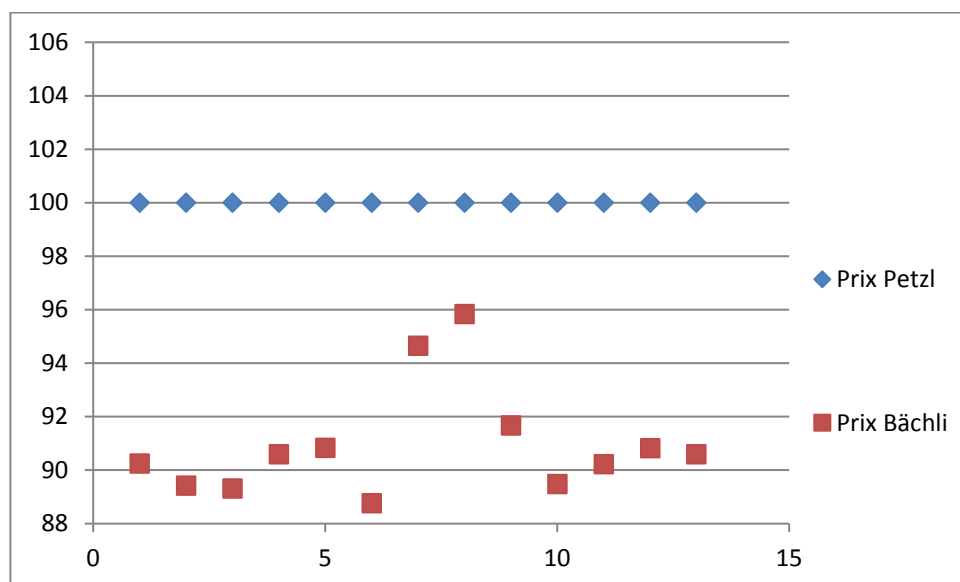
	Roger Guenat 2011 Tarif de base 1.07.2011- 31.06.2012	Bächli 2010 Catalogue 2011/2012	Différence
Piolets			
Petzl Sum'Tec	205	185	-10%
Petzl Summit	189	169	-11%
Petzl Quark	290	259	-11%
Casques			
Petzl Elios	85	77	-9%
Petzl Meteor III	120	109	-9%
Petzl Elia	89	79	-11%
Lampes			
Petzl Tikka Plus 2	56	53	-5%
Petzl Tikka XP 2	72	69	-4%

⁵⁵ Les prix ont été aussi relevés sur le site internet de Bächli le 6 mars 2012. Il n'y avait pas de divergence avec les prix du catalogue, excepté pour un produit.

	Roger Guenat 2011 Tarif de base 1.07.2011- 31.06.2012	Bächli 2010 Catalogue 2011/2012	Différence
Mousquetons			
Petzl Attache 3D	24	22	-8%
Petzl Locker	19	17	-11%
Baudriers			
Petzl Hirundos	92	83	-10%
Petzl Adjama	98	89	-9%
Petzl Sama	85	77	-9%

Source: élaboration du Secrétariat.

Graphique 4: Différence prix Bächli/prix Petzl (2012)



200. Si on compare les prix catalogues de Bächli de l'année 2010/2011 avec ceux de l'année 2011/2012, les prix pour les produits relevés ont diminué en moyenne de 13.5 % en l'espace d'une année (cf. tableau ci-dessous). Cela est dû au fait que Bächli s'écarte davan-

tage des prix de la liste officielle mais également au fait que le producteur a baissé en 2011/2012 sensiblement tous les prix de la liste officielle en CHF, probablement en raison de la baisse de l'€ par rapport au franc suisse.

Tableau 9: Comparaison des prix catalogue Bächli en CHF 2010 et 2012

	Bächli Bergsport (catalogue hiver 2010/2011)	Bächli Bergsport (catalogue hiver 2011/2012)	Différence
Piolets			
Sum'Tec (52 cm)	229	185	-19%
Sum'Tec (59 cm)	225	185	-18%

	Bächli Bergsport (catalogue hiver 2010/2011)	Bächli Bergsport (catalogue hiver 2011/2012)	Différence
Summit	199	169	-15%
Ergo	389	335	-14%
Crampons			
Vasak	209	179	-14%
Sarken	249	215	-14%
Lampes frontales			
Tikka plus 2	56	53	-5%
Zipka plus 2	65	62	-5%
Tikka XP 2	72	69	-4%
Casques			
Elios	89	77	-13%
Elia	89	79	-11%
Mousquetons			
Attache 3D	25	22	-12%
Locker	19.8	17	-14%
Spirit gerade	13.5	12	-11%
Harnais			
Hirundos	103	83	-19%
Luna	115	89	-23%

Source: élaboration du Secrétariat.

201. Lorsque Roger Guenat détecte un comportement s'écartant de sa politique de prix, il prend les mesures nécessaires auprès du revendeur concerné. Cela ressort d'ailleurs d'un procès-verbal d'une séance interne du 28 avril 2008 à laquelle ont participé trois collaborateurs:

« [...] *Athleticum* Les prix des lampes ne sont pas au prix de vente conseillé. Roger va écrire une lettre [...] ».

(b) Contrôle des revendeurs de plus petite taille

202. En ce qui concerne les revendeurs avec lesquels Roger Guenat réalise un chiffre d'affaires annuel inférieur à CHF 10'000.-, ils sont en nombre plus élevé (plus de 200 revendeurs). Ils ne disposent pas tous d'un catalogue ou d'une liste de prix accessible publiquement ou d'un site de vente en ligne. De plus, les rabais à la caisse (non affichés) ne peuvent être exclus dans ce type de magasins.

203. Dans le cas des « revendeurs 43 », les visites spontanées sur place et surtout les dénonciations par des concurrents locaux rendent cependant la surveillance et la détection possible. Etant donné que le nombre de revendeurs actifs localement est restreint et que les produits sont les mêmes, tant les concurrents proches que les consommateurs peuvent facilement surveiller, respectivement comparer, les prix des différents revendeurs au niveau local. Comme les règles du jeu sont claires pour tous les revendeurs (les prix ne doivent pas être inférieurs à 10 % des prix officiels) et qu'une différence de prix a une conséquence directe pour le revendeur (il perd des clients), un concurrent est fortement incité à dénoncer celui qui ne respecte pas l'accord à Roger Guenat comme l'illustrent ces deux exemples (cf. aussi chiffre 32):

« [...] *Bitte schau dir kurz auf www.[...].ch die LVS. Preise an. ALLE Geräte sind (deutlich) günstiger, als wir*

sie anbieten. Das darf doch nicht sein!!! [...] Ich interveniere mit dem gleichen Mail auch bei den anderen Lieferanten. Interveniert ihr bitte bei diesem Händler. Danke für eine schnelle Berichterstattung »;

« [Attention info importante, Ne pas livrer M. [...], nouveau magasin de sport (à côté de [...]) il fait du rabais 20% à tous ses clients, [...] est fâche !!! ce qui est normal ! [...] »;

204. De plus, les revendeurs peuvent recevoir des indications sur les prix pratiqués par leurs concurrents via leurs clients.

205. Les menaces de retard de livraison ou de suspension de livraison étaient connues des revendeurs et ont été effectivement mises en œuvre dans un cas. De plus, cette sanction est efficace parce que les revendeurs n'ont pas de source d'approvisionnement alternative en Suisse et à l'étranger.

B.3.3.2.2 Pas de source alternative d'approvisionnement en Suisse ou à l'étranger

206. Roger Guenat est l'importatrice exclusive des produits des marques Petzl, Beal et Entre-prises. A ce titre, elle est l'unique source d'approvisionnement des revendeurs en Suisse pour les marques susmentionnées. Il n'existe donc pas de fournisseur en Suisse constituant une alternative à Roger Guenat pour les produits de ces marques. La majorité des revendeurs interrogés (8 sur 10) ont d'ailleurs répondu qu'ils n'avaient pas de source d'approvisionnement alternative.

207. Les revendeurs non livrés par Roger Guenat en Suisse n'ont en principe pas non plus la possibilité de se fournir chez un importateur ou agent national de la marque dans les pays limitrophes (cf. chiffre 60 et s.). Ils sont donc dépendants des livraisons de Roger Guenat. La menace d'arrêt des livraisons est donc grave pour le revendeur concerné.

208. Comme déjà développé précédemment (cf. chiffre 60 et s.), une pratique est établie entre les importateurs généraux (Roger Guenat et ses homologues à l'étranger) selon laquelle chacun est responsable pour son pays. Si un client hors de la Suisse contacte Roger Guenat celui-ci va le renvoyer vers l'importateur présent dans son pays. De même, il est arrivé qu'un client suisse contacte un importateur général hors de la Suisse et ce dernier l'a alors renvoyé vers Roger Guenat. En 2009, Roger Guenat a reçu de l'importateur général allemand, la société Krah, trois demandes des clients suisses qui s'étaient adressés à elle.

209. Cependant, dans certains cas spéciaux, il semblerait que des revendeurs aient la possibilité de se fournir à l'étranger. Un tel approvisionnement à l'étranger n'est toutefois possible ni auprès du fabricant ni auprès des importateurs officiels étrangers. Les revendeurs qui achètent à l'étranger passent par exemple par l'intermédiaire d'une société appartenant au même groupe basée à l'étranger. En raison de ce danger pour la politique de prix en Suisse, Roger Guenat a décidé de livrer lui-même la chaîne de magasins de sport Athleticum qui disposerait de cette possibilité (cf. chiffre 18). Roger Guenat a contacté certains de ses revendeurs

afin de les informer du fait qu'elle allait livrer Athleticum, pour les filiales de Collombey et Bussigny.

210. Roger Guenat a dans un premier temps contacté les revendeurs par courrier du 6 novembre 2007⁵⁶ afin de les informer de son « dilemme de conscience [...] concernant Athleticum ». Selon les informations que détenait Roger Guenat, Athleticum aurait la possibilité de s'approvisionner à l'étranger pour les produits des marques Petzl et Beal:

« Nous savons de source sûre que dès 2008, ils peuvent se procurer les produits Petzl et BEAL par le biais d'une maison basée à l'étranger (ni les fabricants ni les distributeurs de nos marques sont concernés) ».

211. Roger Guenat craignait qu'Athleticum puisse ainsi proposer ces produits à des prix inférieurs à ceux appliqués par les revendeurs suisses. Roger Guenat souhaitait donc livrer Athleticum elle-même en lui imposant des conditions strictes, notamment relatives aux prix appliqués ainsi qu'aux rabais octroyés aux clients finaux. Dans sa lettre Roger Guenat demandait aux revendeurs de lui communiquer leurs remarques concernant ce sujet et leur proposait de les contacter afin d'en discuter:

« Aurais-tu l'amabilité de me faire part de tes remarques à ce sujet et me permettrai de t'appeler ces prochains jours pour en discuter de vive voix ».

212. Les réactions des revendeurs ont servi de base à Roger Guenat pour savoir si, et à quelles conditions, les filiales Athleticum concernées devaient être livrées. Bien que ces échanges aient eu lieu chaque fois de manière bilatérale il s'agit cependant d'un échange (unique) concernant la question de la livraison des filiales Athleticum des magasins de Bussigny et de Collombey.

213. Dans un deuxième temps, Roger Guenat a repris contact avec les revendeurs. Dans sa lettre du 12 janvier 2008, Roger Guenat les informe qu'elle a décidé de livrer Athleticum:

« (...) je t'informe qu'après longue réflexion et prise de tête, décision a été prise de fournir ce client avec un temps d'essai pour un an ».

214. Roger Guenat se justifie donc auprès de ses revendeurs du fait de livrer l'entreprise Athleticum. Selon cette lettre, le fait de livrer Athleticum constitue la meilleure solution permettant de contrôler la politique de prix de ce revendeur.

« En effet pour éviter qu'ils cassent les prix, c'est la seule façon de les contrôler puisqu'ils ont la possibilité de s'approvisionner ailleurs ».

215. Roger Guenat précise que ces livraisons se feront sous des conditions strictes:

« 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 ».

⁵⁶ [...]

216. Ainsi, Roger Guenat dispose d'un moyen de pression efficace pour faire respecter la politique de prix: ne pas admettre comme revendeurs ceux qui présentent un danger pour la politique de prix et pour ceux déjà admis à la revente le retard ou l'arrêt des livraisons. La politique de prix est mise en œuvre envers tous les revendeurs quelle que soit leur taille. Ces moyens de pression n'en restent pas au stade de simples menaces mais sont effectivement mis en œuvre. Roger Guenat est la seule source d'approvisionnement en produits Petzl en Suisse. Encore faut-il qu'elle puisse détecter les revendeurs déviants à la politique de prix.

217. Roger Guenat peut d'une part contrôler que ses revendeurs les plus importants appliquent effectivement les prix de revente minimaux en raison de la transparence du marché, leur nombre limité et les visites en magasins. Le contrôle de ces revendeurs est sans faille. Ces revendeurs représentent environ 60 % du chiffre d'affaires de Roger Guenat. D'autre part, si Roger Guenat ne peut pas visiter et contrôler lui-même directement l'intégralité des revendeurs, un contrôle efficace existe également par la dénonciation entre revendeurs. Ce système d'autocontrôle local l'alerte en cas de déviation d'un revendeur, aussi « petit » soit-il. Ainsi, Roger Guenat dispose d'une sanction crédible et d'un système de contrôle efficace et complet de la mise en œuvre de la politique de prix déterminée. Cela permet de conclure que les prix de quasiment tous les revendeurs de ces

produits en Suisse sont compris dans une marge de plus ou moins 10% des prix de la liste de prix officielle de Roger Guenat. La concurrence intra-marque sur les prix est donc entravée par les prix minimaux édictés par Roger Guenat.

218. Etant donné l'absence de concurrence intra-marque liée à la nature de l'accord, il est nécessaire de poursuivre par l'analyse de la concurrence inter-marques.

B.3.3.3 Concurrence inter-marques

219. Comme exposé précédemment, le domaine des activités verticales comprend de nombreuses catégories de produits. Outre Roger Guenat, un certain nombre d'entreprises sont actives dans la distribution de matériel destiné aux activités verticales. Dans sa réponse au questionnaire du 4 mars 2011, Roger Guenat cite les marques concurrentes aux marques qu'elle distribue. Le choix des entreprises concurrentes interrogées se base en grande partie sur cette réponse. Afin de vérifier si la liste des concurrents interrogés peut être considérée comme exhaustive, chaque concurrent a été prié d'indiquer les marques qu'il considère comme concurrentes.

220. Le tableau ci-dessous contient la liste des distributeurs de produits destinés aux activités verticales actifs en Suisse (par ordre alphabétique) ainsi que la liste des marques distribuées par chacun d'entre eux.

Tableau 10: Liste des distributeurs de produits destinés aux activités verticales et des marques distribuées

Distributeurs en Suisse	Marque(s) distribuée(s)
ACE Alpine & Climbing equipment AG	Camp, Haglöfs, Pieps
Black Diamond Equipment AG	Black Diamond
Cascade S-T-R AG	Kong
Gecko Supply GmbH	Arc'teryx, Metolins, Ortlieb
Ibex Sport GmbH	Sterling, Climbing Technology
LiteXpress Schweiz GmbH	LiteXpress, Silva
Mammut Sports Group GmbH	Mammut
Mountain Consulting AG	Grivel, Wild Country, ABS, Moon
Pro Import Castella SA	Singing Rock
Roger Guenat	Petzl, Beal
Salewa Sport AG	Salewa
Sportatimport Jäggi	Trangoworld
UB Sports GmbH	Edelrid

Source: élaboration du Secrétariat

Toutefois, il convient de préciser que la plupart des distributeurs cités précédemment ne sont actifs que sur l'un ou l'autre marché pertinent. Roger Guenat est la seule société active dans toutes les catégories de produits listées dans le Tableau 5: Catégorie de produits

Catégories de produits	
Harnais	Amarrages
Casques	Poulies
Cordes	Bloqueurs
Assureurs, descendeurs	Sacs
Longes	Accessoires (gants)
Mousquetons	Anneaux cousus
Piolets	Lampes frontales
Crampons	Autres

221. Le tableau ci-dessous donne un aperçu des domaines d'activité respectifs des distributeurs. Les cases marquées en gris signifient que le distributeur/produ-

teur en question distribue le produit correspondant (par ex. Mountain Consulting AG distribue des harnais mais pas de cordes).

Tableau 11: Domaines d'activité des différents concurrents de Roger Guenat

	UB Sports GmbH	Mammut Sports Group GmbH	Mountain Consulting AG	Gecko Supply GmbH	LiteXpress Schweiz GmbH	Black Diamond Equipment AG	Salewa Sport AG	Cascade S-T-R AG	ACE Alpine & Climbing Equipment AG	Pro Import Castella SA	Ibex Sport GmbH
Harnais											
Casques											
Cordes											
Assureurs, descendeurs											
Longes											
Mousquetons											
Piolets											
Crampons											
Amarrages											
Poulies											
Bloqueurs											
Sacs											
Accessoires (gants)											
Anneaux cousus											
Lampes frontales											
Autres											

222. Roger Guenat a adopté le même comportement avec tous les produits qu'il distribue. Ainsi, tous les marchés, constitués par les différentes catégories de produits, sont concernés de la même manière par l'accord.

223. Parmi les catégories de produits, le marché des lampes frontales constitue le marché principal en termes de chiffre d'affaires pour Roger Guenat. Viennent ensuite les marchés des harnais et des piolets/crampons. L'analyse de la concurrence inter-marques qui suit concerne les catégories de produits les plus importantes en termes de chiffre d'affaires pour Roger Guenat. Il s'agit des six catégories suivantes (cf. annexe 2):

- lampes frontales

- cordes
- piolets et crampons
- harnais
- casques
- mousquetons

224. Pour chaque marché de produits, les chiffres d'affaires des principaux concurrents de Roger Guenat ont été relevés. Les tableaux qui suivent contiennent les parts de marché des différentes entreprises pour les catégories de produits examinées pour les années 2006 à 2010.

Lampes frontales

Tableau 12: Parts de marché éclairage (lampes frontales) 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Roger Guenat	[70-80]	[70-80]	[50-60]	[60-70]	[60-70]
Black Diamond	[20-30] ⁵⁷	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
Mammut	0	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[5-15]
LiteXpress	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Source: Elaboration du Secrétariat

225. Sur toute la période allant de 2006 à 2010, Roger Guenat occupe de loin le premier rang sur le marché des lampes frontales. Sa part de marché est en effet passée de [70-80] % à [60-70] % durant les années 2006 à 2010. Son concurrent le plus proche, Black Diamond, a quant à lui une part de marché variant entre [10-20] % et [20-30] % suivant les années. A noter, que le marché a vu apparaître un nouveau concurrent en 2007. Il s'agit de Mammut. Cette entreprise a connu une croissance sur ce marché, si l'on considère l'évolution de sa part de marché entre 2006 et 2010, qui est passée de 0 % à [5-15] %.

226. Il faut tout d'abord mettre en avant le fait que le marché des lampes frontales est un marché concentré. Roger Guenat, avec la marque Petzl, était, durant la période 2006-2010, de loin la principale actrice sur ce marché. L'examen des parts de marché montre que Roger Guenat détenait la majorité du marché et, suivant les années, elle détenait même plus du double de la somme des parts de marché des autres acteurs. Ces données montrent déjà que la concurrence inter-marques sur ce marché peut être considérée comme insuffisante. En outre, l'entreprise Lite Express Schweiz GmbH (ci-après: Lite Express) dispose d'une part de marché minime et ne parvient pas réellement à l'augmenter. A cela s'ajoute le fait que ni Mammut ni Black Diamond ne considère Lite Express comme concurrente sur le marché des lampes frontales.

227. L'analyse des parts de marché montre que, même si Mammut a pu gagner des parts de marché, cette évolution doit être relativisée. En effet, bien que cet acteur ait réussi à passer de 0 % à [5-15] % de 2006 à 2007, cette même croissance ne s'est pas poursuivie dans les années suivantes. Mammut a en effet gagné de [0-5] % à [0-5] % annuellement entre 2007 et 2010. Cela illustre le fait que les produits de la marque Petzl, distribués par Roger Guenat, maintiennent leur prépondérance sur le marché et ce, malgré l'entrée de Mammut. Ainsi Black Diamond est la seule concurrente sérieuse et constante de Roger Guenat sur le marché des lampes frontales. L'augmentation de la part de marché de Mammut s'est faite principalement au détriment de Black Diamond. A ce propos, il est intéressant de noter que Black Diamond a perdu des parts de marché depuis 2008 et n'a pas réussi à les regagner. Enfin, la part de marché de Black Diamond ne représentait que le [...] de celle de Roger Guenat en 2010.

228. Les lampes frontales Petzl jouissent d'une haute réputation sur le marché des activités verticales, étant une marque pionnière établie depuis les années 70, une référence en la matière. D'après Petzl, il est l'inventeur de la lampe frontale pour la spéléologie. Selon Altimum, il est important pour les revendeurs d'avoir les produits de cette marque dans leur assortiment afin d'attirer le client car ce sont des produits jouissant d'une image de haute qualité et de fiabilité. La renommée des produits en question constitue d'ailleurs une certaine barrière à l'entrée sur le marché.⁵⁸

229. Pour toutes ces raisons, la concurrence inter-marques sur le marché des lampes frontales peut être qualifiée d'insuffisante. La présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut donc pas être renversée. L'accord vertical supprime ainsi la concurrence efficace sur le marché pertinent des lampes frontales.

⁵⁷ Les chiffres entre parenthèses sont des secrets d'affaires des entreprises concernées.

⁵⁸ DPC 2001/1, 103 N 39, *Intensiv SA, Grancia*. Cf. également chiffre 117 des Lignes directrices restrictions verticales, (note 67); cf. aussi DENNIS W. CARLTON/JEFFREY M. PERLOFF, *Economie industrielle*, 2^{ème} éd. 1998, p. 126 ss.

230. Même si l'on devait considérer que la présomption de suppression de concurrence efficace est aussi renversée sur le marché des lampes frontales, position non-suivie ici par les autorités de la concurrence, l'accord

affecterait la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat (+ 60 %) (cf. chiffre 244 ss).

Cordes

Tableau 13: Parts de marché cordes 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Mammut	[80-90]	[80-90]	[80-90]	[80-90]	[70-80]
Roger Guenat	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
UB Sports	0	0	0	0	[0-5]
Ibex Sport	0	0	0	0	[0-5]

Source: Elaboration du Secrétariat

231. Sur le marché des cordes, l'examen des parts de marché durant les années 2006-2010 montre que Mammut est le principal acteur du marché avec plus de [70] % de part de marché. UB Sports GmbH (ci-après: UB Sports) et Ibex Sport GmbH (ci-après: Ibex Sport), qui réalisent (ensemble) moins de [5-10] %, et ceci uniquement dès 2010, sont des concurrents négligeables. Le principal concurrent de Mammut est Roger Guenat qui détient une part de marché proche de 20 %. Le marché des cordes peut être considéré comme fortement concentré, car les deux petits acteurs ne sont pas capables d'exercer une pression concurrentielle sur Mammut et Roger Guenat au vu de leur part de marché mo-

deste. Mammut et Roger Guenat contrôlent ainsi le marché des cordes en Suisse.

232. Si l'on tient compte de la position forte de Mammut (en particulier du fait que Mammut détient une part de marché d'environ quatre fois celle de Roger Guenat), on ne peut pas considérer que la concurrence efficace est supprimée en raison de l'accord vertical concerné par la présente enquête. En considérant la part de marché de Mammut on constate que cette société jouit d'une position très forte sur le marché des cordes. La présomption légale de suppression de la concurrence efficace peut donc être renversée sur ce marché.

Piolets et crampons

Tableau 14: Parts de marché piolets et crampons 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Black Diamond	[40-50]	[40-50]	[40-50]	[20-30]	[30-40]
Mountain Consulting	0	0	[10-20]	[30-40]	[30-40]
Roger Guenat	[40-50]	[40-50]	[30-40]	[20-30]	[20-30]
ACE alpine & climbing équipement	[0-10]	[5-15]	[0-10]	[0-10]	[0-5]
Ibex Sport	[0-5]	[0-5]	[0-5]	[0-5]	[0-5]

Source: Elaboration du Secrétariat

233. Les marchés des piolets et crampons ont été regroupés car de nombreux acteurs du marché ont indiqué leur chiffre d'affaires pour les deux marchés ensemble.

234. Le marché des piolets et crampons est dominé par trois acteurs (Black Diamond, Roger Guenat et Mountain Consulting) qui se partagent environ 90 % du marché dès 2008. Avant cela, Black Diamond et Roger Guenat

étaient les deux principaux fournisseurs sur ce marché. Il est intéressant de remarquer l'évolution de la part de marché de Mountain Consulting AG (ci-après: Mountain Consulting) qui a réussi à détrôner Roger Guenat de sa deuxième place sur le marché et ceci en trois années. ACE Alpine & Climbing équipement AG (ci-après: ACE Alpine & Climbing) et Ibex Sport sont insignifiants et ne détiennent ensemble qu'entre [10-20] % du marché du-

rant la période sous revue. Au vu de la constellation des parts de marché, ce marché est considéré comme concentré. Si l'on tient compte de la position respective des trois entreprises fortes sur ce marché ainsi que du fait qu'un nouvel entrant ait réussi à s'établir en tant que

numéro 2 en trois ans seulement, on peut partir de l'idée que la concurrence efficace n'est pas supprimée par l'accord vertical. La présomption légale de suppression de la concurrence efficace peut être renversée sur ce marché.

Harnais

Tableau 15: Parts de marché harnais 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Roger Guenat	[20-30]	[20-30]	[30-40]	[20-30]	[40-50]
Mammut	[40-50]	[40-50]	[20-30]	[30-40]	[20-30]
Black Diamond	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]
Gecko Supply	0	0	[0-10]	[0-10]	[0-10]
ACE alpine & climbing equipment	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
UB Sports	0	0	0	0	[0-5]
Mountain Consulting	0	0	0	[0-5]	[0-5]

Source: Elaboration du Secrétariat

235. Le marché des harnais est également dominé par trois acteurs principaux (Mammut, Roger Guenat et Black Diamond) qui détiennent ensemble plus de 80 % du marché durant les années 2006-2010. Les deux concurrents suivants (ACE Alpine&Climbing et Gecko Supply) ne détenaient ensemble quant à eux qu'entre [0-5] % et [10-15] % durant la même période. UB Sports et Ibex Sport sont à considérer comme insignifiants au vu de leur part de marché minime. Ce marché est également relativement concentré et il semble que Roger Guenat et Mammut soient des concurrents directs si l'on

observe l'évolution de leur part de marché respective. On peut donc partir de l'idée que la présomption légale de suppression de la concurrence efficace peut être renversée sur ce marché aussi. Il est intéressant cependant de constater que l'entrée sur ce marché – comparativement au marché des piolets et crampons – semble plus difficile au vu de la faible évolution de la part de marché de Mountain Consulting durant la période analysée. Et ceci malgré la renommée de la marque distribuée par Mountain Consulting (Grivel).

Casques

Tableau 16: Parts de marché casques 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Roger Guenat	[40-50]	[40-50]	[40-50]	[30-40]	[30-40]
Mammut	0	[10-20]	[20-30]	[20-30]	[20-30]
ACE alpine & climbing equipment	20	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
Black Diamond	[25-35]	[15-25]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
Mountain Consulting	0	0	[0-5]	[0-5]	[5-10]
Ibex Sport	[0-5]	0	0	[0-5]	0

Source: Elaboration du Secrétariat

236. Le marché des casques est dominé par Roger Guenat durant la période 2006-2010. A côté d'elle, cinq autres entreprises se disputent le marché. Ibex Sport est un concurrent insignifiant au vu de sa faible part de marché. Les parts de marché respectives des quatre autres concurrentes sont considérablement inférieures à celle de Roger Guenat. Il est intéressant de remarquer

l'évolution de la part de marché de Mammut. Cette dernière a en effet réussi à passer de 0 % à [20-30] % de part de marché de 2006 à 2010. On peut donc également sur ce marché partir de l'idée que la présomption légale de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

Mousquetons

Tableau 17: Parts de marché mousquetons 2006-2010 en %

Parts de marché	2006	2007	2008	2009	2010
Mammut	[30-40]	[40-50]	[20-30]	[30-40]	[30-40]
Roger Guenat	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]
Black Diamond	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]	[20-30]
Mountain Consulting	0	0	[10-20]	[0-5]	[10-20]
ACE alpine & climbing equipment	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Ibex Sport	[0-5]	[0-5]	[0-5]	[0-5]	[0-5]

Source: Elaboration du Secrétariat

237. Le marché des mousquetons est également dominé par trois acteurs principaux (Mammut, Black Diamond et Roger Guenat). Ceux-ci détiennent chacun une part de marché oscillant entre [20-30] % et [40-50] % durant la période analysée. A côté de ces trois principales sociétés, on trouve Mountain Consulting dont la part de marché varie sensiblement durant la période sous revue et s'établit à [10-20] % en 2010. Les deux derniers concurrents sont moins importants puisqu'ils comptabilisent ensemble entre 5 % et 10 % de part de marché entre 2006 et 2010. On peut donc partir de l'idée que la présomption légale de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

238. Par ailleurs, à titre de relativisation de la vigueur de la concurrence inter-marques de manière globale, il faut ajouter que la COMCO dispose d'indices selon lesquels il semble que les principaux concurrents de Roger Guenat pratiqueraient également un système similaire de prix de revente minimaux. Le passage ci-dessous montre que les concurrents de Roger Guenat semblent également influencer la politique de prix de leurs revendeurs.

« [...] Bitte schau dir kurz auf [www.\[...\].ch](http://www.[...].ch) die LVS.Preise an. ALLE Geräte sind (deutlich) günstiger, als wir sie anbieten. Das darf doch nicht sein!!! [...] Ich interveniere mit dem gleichen Mail auch bei den anderen Lieferanten. Interveniert ihr bitte bei diesem Händler. [...] »;

« Question importante et urgente Nous avons fait la bêtise de fournir [...] Wax à [...] [...] et nous allons arrêter de le livrer de suite (je lui écris aujourd'hui) [...] peux-tu

me dire quelle position vous allez adopter concernant ce personnage »;

« *As-tu des nouvelles de [...], il essaye toujours de commander chez nous mais nous refusons à chaque fois ».*

Résumé

239. L'analyse de la concurrence inter-marques sur chacun des marchés pertinents montre que – à l'exception du marché des lampes frontales – la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée. La structure des marchés passés sous revue peut être qualifiée d'oligopolistique. Ces marchés sont toujours dominés par trois acteurs principaux aux côtés desquels on retrouve quelques sociétés détenant des parts de marché insignifiantes. Roger Guenat figure toujours dans les trois principaux concurrents ce qui dénote son importance globale sur le marché des activités verticales. Il semble que Mammut et Black Diamond soient les principaux concurrents de Roger Guenat.

240. Sur le marché des lampes frontales, la concurrence inter-marques n'est pas suffisante, en raison principalement du fait de la position forte de Roger Guenat sur ce marché. Le marché des cordes est quant à lui dominé par Mammut ce qui constitue un élément permettant d'écarter la présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de l'accord vertical. Sur les autres marchés analysés, la concurrence inter-marques doit être considérée comme suffisante pour renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace.

241. Même si l'on devait considérer que la présomption de suppression de concurrence efficace est aussi renversée sur le marché des lampes frontales, position non-suivie ici par les autorités de concurrence, l'accord affecterait la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat (+ 60 %).

B.3.4 Affectation notable de la concurrence

242. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

243. Lorsque la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 LCart peut être renversée, il y a lieu d'examiner si l'accord en cause affecte de manière notable la concurrence sur le marché pertinent (art. 5 al. 1 LCart) et, le cas échéant, s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

244. Comme il a été démontré précédemment, la présomption légale de suppression de la concurrence efficace n'est pas renversée sur le marché des lampes frontales, l'analyse de la notabilité portera donc sur tous les autres marchés pertinents.

245. En règle générale, l'examen de la notabilité d'un accord repose sur des critères qualitatifs et quantitatifs.⁵⁹ En effet, il convient de noter que le législateur a intégré l'art. 5 al. 4 LCart dans la systématique de l'art. 5 LCart. Les états de fait qui font l'objet des présomptions des al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart constituent des restrictions de la concurrence qui sont généralement nuisibles à une concurrence efficace, même si la présomption peut être renversée. Le législateur a, à cet égard, considéré qu'en cas de renversement de la présomption d'illicéité d'un cartel dur au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, l'analyse de son effet déboucherait en général sur un constat de notabilité.⁶⁰ La logique du législateur veut que ce raisonnement s'applique aussi à l'art. 5 al. 4 LCart.

246. Il convient en outre de souligner que l'art. 5 al. 4 LCart devait permettre à la Suisse de mener, dans le domaine des accords verticaux, une politique analogue à celle de la Commission européenne.⁶¹ Cette volonté d'harmonisation avec le droit communautaire a eu pour conséquence d'écarter des propositions plus strictes faites au Parlement à l'encontre des accords verticaux. L'idée est demeurée que le droit suisse devait s'aligner sur celui de l'Union européenne,⁶² ce qui est rendu possible notamment par le fait que les deux droits poursuivent des buts similaires.⁶³ Au travers de cette disposition, la Suisse voulait ainsi démontrer qu'à l'instar de l'Union européenne, les accords verticaux sur les prix de revente et le cloisonnement du marché seraient traités à l'avenir de façon plus sévère.⁶⁴

247. En droit communautaire, l'art. 101 paragraphe 1 let. a et c TFUE interdit les accords consistant à fixer des prix de vente fixes ou minimaux ou à répartir les marchés. La jurisprudence communautaire a très tôt précisé cette interdiction figurant à l'art. 101 TFUE, en imposant la condition supplémentaire d'un effet sensible sur la concurrence.⁶⁵ Un accord ayant pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence ne peut être exempté qu'à des conditions très restrictives

(art. 101 par. 3 TFUE). A ce sujet, la Commission a adopté, le 20 avril 2010, un nouveau règlement portant sur l'exemption de certains accords verticaux,⁶⁶ ainsi que des nouvelles Lignes directrices explicitant ce règlement.⁶⁷ Ces nouvelles règles font suite au règlement 2790/1999⁶⁸ et aux lignes directrices y relatives.⁶⁹ Les modifications introduites dans le nouveau règlement visent essentiellement à tenir compte des tendances du marché, notamment l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution ainsi que le développement des ventes en ligne sur Internet.

⁵⁹ Ch. 12 CommVert; DPC 2000/2, 177 N 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC); DPC 2010/1, 103 N 302, *Gaba*; DPC 2009/2, 150 N 64, *Sécateurs et cisailles*.

⁶⁰ Message LCart 1994 (note 16), pt. 231.4; cf. également PHILIPPE GUGLER/PHILIPPE ZURKINDEN, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (édit.), 2002, Art. 5 LCart N 82, pour qui les exigences quantitatives liées à la notabilité sont moins élevées lorsque la présomption a été renversée; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (éds.), 1997, Art. 5 LCart N 113; OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, 2002, 328 ss.

⁶¹ Deiss: « La nouvelle proposition qui est maintenant faite par la majorité de la Commission prévoit une présomption d'illicéité pour les accords verticaux qui, à notre sens, va aussi loin que possible tout en étant soutenable du point de vue de la politique de la concurrence et du point de vue économique. Elle permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne », BO 2003 E 330.

⁶² Proposition Triponez: « Je propose donc la modification évoquée ci-dessus de la proposition de la minorité sous la forme d'un complément à la proposition de la majorité, lequel complément permettrait finalement d'aligner notre loi sur les cartels sur le droit européen », BO 2002 N 1434 sv.

⁶³ Schiesser, citant l'avis de droit du Prof. Carl Baudenbacher, BO 2003 E 331.

⁶⁴ Bühler: « Nicht nur die Europäische Union, sondern auch wir müssen - mit diesem neuen Artikel! - dazu beitragen, dass dort, wo Preis- und Gebietsabsprachen den Wettbewerb behindern, dies in Zukunft als Missbrauchstatbestand erfasst wird » BO 2002 N 1293.

⁶⁵ CJCE, aff. 5/69, *Völk/Vervaecke*, du 9 juillet 1969, Rec. 1969 p. 295, point 7: « que, dès lors, un accord échappe à la prohibition de l'art. 85 [nouvelle numérotation: 81] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'art. 85, paragraphe 1 ». Cette condition est reprise depuis de manière constante dans le droit européen de la concurrence et la pratique des autorités européennes de concurrence; voir notamment point 1 i.f. de la Communication de minimis (JO 2001 C 368/7): « La Cour de Justice des Communautés européennes a établi que cette disposition n'était pas applicable aussi longtemps que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires ou sur la concurrence n'était pas sensible »; voir également la doctrine et la jurisprudence citée, notamment RICHARD WHISH ET DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7e éd., Oxford University Press 2012, p. 140 ss.

⁶⁶ Règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 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, 23.04.2010.

⁶⁷ Communications provenant des institutions, organes et organismes de l'Union européenne, Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19.05.2010.

⁶⁸ Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22.12.1999, concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO 1999 L 336/21.

⁶⁹ Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, 13.10.2000, JO 2000 C 291/1.

248. La Commission européenne a en outre précisé, au moyen de seuils de parts de marché, la notion de « *restriction sensible de la concurrence* », dégagée par la jurisprudence sur la base de l'art. 101 par. 1 TFUE.⁷⁰ En matière d'accords verticaux, la Communication de minimis prévoit que la concurrence n'est pas restreinte de façon sensible lorsque la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse pas 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord.⁷¹ Cette absence de restriction sensible ne s'applique plus lorsque l'accord contient l'une des restrictions caractérisées figurant au point 11 de la Communication de minimis (qui correspondent à celles énumérées dans le règlement d'exemption). Les Lignes directrices sur les restrictions verticales expliquent que: « *En ce qui concerne les restrictions caractérisées visées dans la communication de minimis, l'art. 101, paragraphe 1, peut s'appliquer au-dessous du seuil de 15 %, à condition qu'il y ait un effet sensible sur le commerce entre les États membres et sur la concurrence. À cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice et du Tribunal* ». ⁷²

249. La présence d'une restriction caractérisée dans un accord de distribution entraîne non seulement l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement, mais rend aussi improbable l'exemption individuelle des accords verticaux qui les contiendraient.⁷³ La présence d'une restriction « *hardcore* » rend très difficile la preuve d'une justification au cas par cas basée sur l'art. 101, paragraphe 3 TFUE,⁷⁴ comme le confirme la casuistique de la Commission européenne et de la Cour de justice qui interdisent le plus souvent de tels accords. Cette solution est en outre justifiée du fait que ces accords sur les prix ne sont pas le moyen le moins dommageable permettant de renforcer l'efficacité d'un système de distribution (cf. chiffre 291 s.).⁷⁵

250. Le droit européen et la pratique des instances européennes considèrent dès lors le plus souvent comme particulièrement néfastes les restrictions dites caractérisées. Une justification de cas en cas de ces restrictions, selon l'art. 101 al. 3, est difficile et n'a en fait jamais été accordée par la Commission européenne, pour les accords fixant un prix de revente, depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003,⁷⁶ mais elle n'est pas exclue. La jurisprudence européenne considère que le système des prix de revente imposés ne laisse pas aux revendeurs la possibilité de fixer eux-mêmes leurs prix en fonction de leurs coûts et de leur politique commerciale. Le jeu de la libre formation des prix et la faculté de répercuter sur les acheteurs les avantages qui en résulteraient éventuellement se trouvent ainsi entravés ou, du moins, notablement réduits.⁷⁷

251. L'art. 5 al. 4 LCart et la CommVert 2007 doivent être compris dans le même sens. Les communications sont basées sur l'art. 6 LCart, qui permet à la COMCO d'adopter des communications précisant à quelles conditions des accords sont « *en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique* ». C'est ce que fait la CommVert 2007 en établissant au ch. 15 §2 que les accords qui ne contiennent aucune des restrictions du chiffre 12 sont « *réputés justifiés sans examen au cas par cas* ». Les restrictions verticales visées

à l'art. 5 al. 4 LCart ont été considérées par le législateur comme particulièrement nuisibles pour une concurrence efficace. Elles remplissent l'élément qualitatif de notabilité de par leur nature déjà, telles qu'elles découlent de l'accord visant la restriction de la concurrence et de la volonté des parties. En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets.

252. Suite aux modifications introduites par l'UE (cf. chiffre 247), la COMCO a adopté le 28 juin 2010 une nouvelle Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert 2010). Cette révision tient compte, tout comme l'a fait l'UE, des tendances récentes du marché.

⁷⁰ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'art. 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (Communication de minimis), JO 2001 C 368 p. 13.

⁷¹ Cf. art. 7 let. a Communication de *minimis*.

⁷² Chiffre 10 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, qui renvoie en note de bas de page notamment à l'arrêt C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, du 28 avril 1998, Rec. 1998 p. I-1983, où la CJCE indique au point 17 que: « *Ainsi, même un accord contenant une protection territoriale absolue échappe à la prohibition de l'art. 85 du traité [devenu 81], lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* ».

⁷³ Commission européenne du 16.07.2003, COMP/37.975 - PO/YAMAHA, paragraphe 190: « *Resale price maintenance represents a drastic interference in competition, with the result that, by its nature, it constitutes, in principle, a very serious infringement of the competition rules.* »; cf. également LOUIS VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, Tome 1, Domaine d'application, Ententes, Paris 2006, p. 305 ss; VAN BAELE & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4ème éd., La Haye 2005, p. 226 s.

⁷⁴ WHISCH (note 65), p. 663: « *Recital 10 of the Regulation states that vertical agreements containing certain types of severely anti-competitive restrictions such as minimum and fixed resale prices, as well as certain types of territorial protection, should be excluded from the benefit of the block exemption established by this Regulation irrespective of the market share of the undertakings concerned. Article 4 contains the list of "hard-core" restrictions which lead to the exclusion of the entire vertical agreement – not just the provision in question – from the block exemption.* »

⁷⁵ GIORGIO MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University Press 2007, p. 360, « *The black list mostly prohibits various types of market segmentation (...). It also prohibits resale price maintenance (RPM) and clauses that restrict the sale of spare parts to repairers or other service providers. The exclusion of RPM can be disputed on the basis that, according to economists, it is just one method of creating incentives for the distributor to market goods aggressively. However, the view might legitimately be taken that there are other, less intrusive ways of obtaining the distributor's commitment to engage in active marketing of the products (e.g. exclusive distributorships, express contractual commitments); accordingly RPM is black-listed because it is not the least restrictive way to achieve distributional efficiencies* ».

⁷⁶ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité.

⁷⁷ Cf. Commission européenne, JO 1977 L 16/8 *Gerofabriek*. Cf. aussi VOGEL (note 73), p. 741 s., pour lequel « *L'influence exercée par un fabricant sur la politique commerciale de ses revendeurs, qui est tolérée lorsqu'elle s'insère dans le fonctionnement normal d'un réseau de distribution (franchise, distribution sélective, distribution exclusive, approvisionnement exclusif), ne va pas jusqu'à permettre l'imposition d'un prix fixe plancher* ».

253 Au moment de l'ouverture de la présente enquête, la CommVert 2007 était encore applicable. La révision de la CommVert est survenue au cours de l'enquête. Les principes de la CommVert 2010 seront en conséquence applicables au présent cas.

B.3.4.1 Analyse des critères qualitatifs et quantitatifs

254. L'influence du paramètre concurrentiel touché par l'accord en matière de concurrence (critère qualitatif) ainsi que la puissance des entreprises parties à cet accord (critère quantitatif) permettent de déterminer le degré d'atteinte à la concurrence. Il s'agit là des deux critères qui doivent être pris en considération lors de l'analyse de la notabilité.⁷⁸

Critères qualitatifs

255. En tant que remarque préliminaire, l'analyse de la notabilité de l'accord est faite de manière globale car les produits examinés sont en grande partie complémentaires. En outre, la restriction forme un tout, dans le sens que tous les marchés pertinents sont concernés par l'accord (cf. chiffre 222).⁷⁹ De plus, les mêmes concurrents sont en général actifs sur les différents marchés des articles pour la montagne et les parts de marché varient de manière marginale d'un marché à un autre (cf. chiffres 48 ss). Toutefois, les spécificités de chaque marché sont prises en compte, le cas échéant dans l'analyse suivante. L'accord vertical mis en œuvre par Roger Guenat s'étend à l'ensemble des produits distribués (y compris le système de sanctions) et ne diffère pas selon la catégorie de produits.

256. Dans la présente affaire le facteur concurrentiel touché est le prix. D'après le chiffre 12 (2) let. a de la CommVert 2010, les accords sont considérés comme qualitativement graves s'ils 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 minimum sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties.

257. Comme expliqué ci-avant, l'accord n'a pas seulement privé les revendeurs de fixer librement leurs prix de revente mais a imposé les prix de revente minimaux par un contrôle et une sanction efficace. Il ne s'agit donc pas de prix recommandés mais de prix minimaux à respecter (cf. chiffres 176 ss). L'accord vertical présent doit donc être qualifié de notable sur le plan qualitatif. De plus, Roger Guenat a tout mis en œuvre pour éviter une pression sur les prix, comme le montre à titre d'exemple le cas d'Athleticum (cf. chiffres 209 ss).

258. Selon le chiffre 12 (1) de la CommVert 2010, dans le cadre de l'analyse de l'affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, il faut tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière

notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.

259. Dans le cas d'espèce, l'accord vertical examiné est particulièrement grave du point de vue qualitatif: Roger Guenat a non seulement imposé les prix de revente minimaux, mais a également mis en place un système de contrôle et de sanction afin de s'assurer du respect des prix de revente par tous les revendeurs. L'ensemble de ces éléments assure une application particulièrement effective de la politique de prix. De plus, les preuves dont dispose la COMCO démontrent clairement que Roger Guenat a cherché à maintenir les prix des produits vendus en Suisse à un niveau élevé (cf. chiffre 214). Ainsi, il est établi que le système de fixation des prix de revente, qui était impératif et couvrait l'ensemble du territoire, s'appliquait à l'ensemble du réseau de distributeurs de Roger Guenat. Celle-ci pouvait contrôler et discipliner ses revendeurs durant la période pertinente pour l'enquête et, de plus, empêcher un éventuel effet disciplinant de la part d'autres (en particulier d'importants) revendeurs.

260. Pour ces raisons, les exigences quant à l'affectation notable de la concurrence sur le plan qualitatif sont, quoi qu'il en soit, remplies dans le cas d'espèce (cf. également ComVert 2010 consid. IX et chiffre 12).

261. Altimum fait valoir dans sa détermination que la COMCO aurait cité, dans la note de bas de page n°30⁸⁰ de la décision Felco du 25 mai 2009, des auteurs de la théorie économique la plus récente qui ne partagent pas la prépondérance donnée par la COMCO au critère qualitatif par rapport au critère quantitatif dans le domaine des accords verticaux. Dès lors, il ne serait donc plus admissible de citer et d'appliquer la ComVert 2010, considérant IX comme le font les autorités de concurrence au chiffre 260.

262. Le fait que la COMCO cite des opinions divergentes par rapport à sa pratique ne signifie pas qu'elle endosse ces opinions. Il est donc tout à fait admissible d'appliquer la ComVert la plus actuelle. Aucun changement de pratique ou de jurisprudence n'a eu lieu depuis la ComVert 2010.

Critères quantitatifs

263. Afin de déterminer, si l'accord affecte notablement la concurrence de manière quantitative, il faut examiner la concurrence actuelle exercée par d'éventuels outsiders à l'accord, ce qui revient à examiner dans le cas présent la concurrence inter-marques (voir les développements détaillés chiffres 219 et ss). En effet, une concurrence inter-marques 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.

⁷⁸ CR Concurrence-GUGLER/ZURKINDEN (note 60), Art. 5 LCart N 42-43.

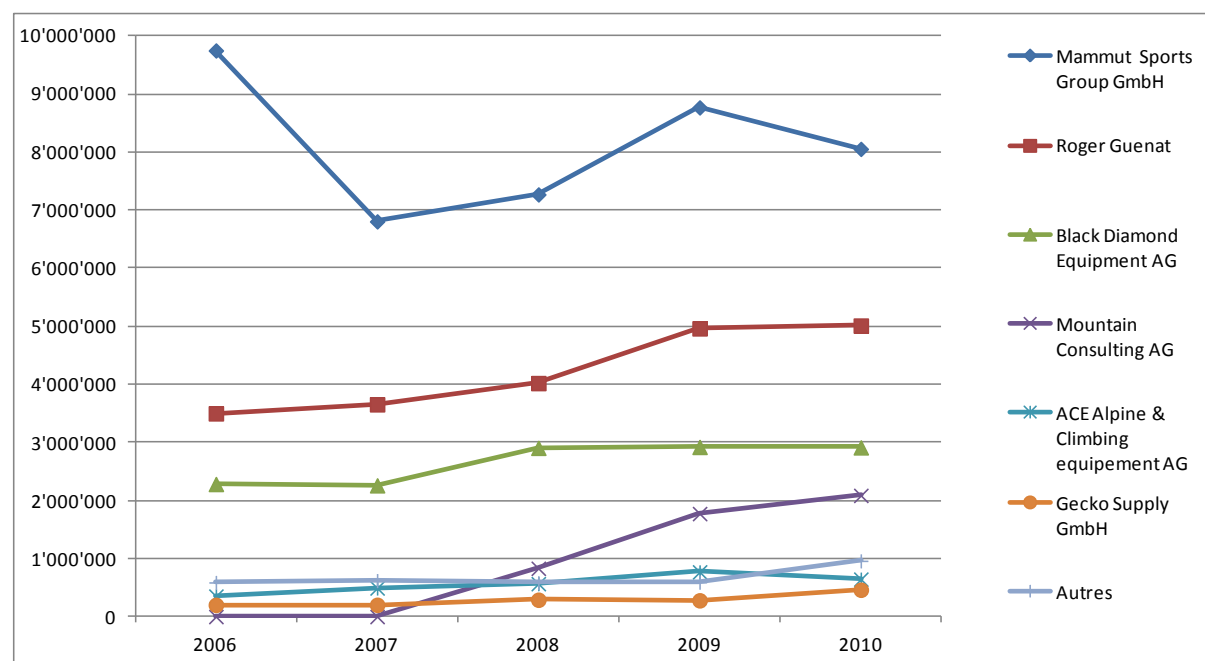
⁷⁹ Cf. décision BMW du 7.05.2012 (non entrée en force) N 374.

⁸⁰ Il s'agit en fait de la note de bas de page n° 18.

264. Sur les différents marchés, on retrouve en principe toujours les mêmes acteurs: Mammüt, Roger Guenat et Black Diamond (cf. chiffres 231 ss). A côté de ces grands acteurs du marché, on trouve également plusieurs petits acteurs qui détiennent une part de marché nettement inférieure voire insignifiante. De plus, ces derniers ne sont actifs que dans quelques catégories de produits (cf. chiffre 0). Concernant les différentes catégories de produits, le Graphique 5 révèle l'image suivante des parts de marché, toutes catégories de produits confondues. On remarque que Roger Guenat fait partie des trois principaux distributeurs en Suisse et qu'elle a augmenté sa part de marché globale sur les articles de montagne entre 2006 et 2010.

265. Le graphique suivant a été élaboré à partir des réponses au questionnaire adressé aux concurrents de Roger Guenat. La majorité des concurrents sont actifs uniquement dans le domaine loisirs et pas dans le domaine des travaux en hauteur. Les chiffres d'affaires de Roger Guenat pris en compte sont donc uniquement les chiffres d'affaires réalisés par cette société dans le domaine des loisirs. A noter également que certains concurrents, notamment l'entreprise Mammüt, sont également actifs dans d'autres domaines tel que l'habillement. Ces concurrents n'ont cependant indiqué leur chiffre d'affaires que dans les catégories de produits mentionnées au chiffre 155. Les concurrents jouissant d'une part de marché insignifiante ont été regroupés dans la rubrique « Autres ».

Graphique 5: Evolution du chiffre d'affaires des principaux distributeurs d'articles de montagne (2006-2010)



Source: élaboration du Secrétariat

266. Toutes catégories confondues, Roger Guenat, Mammüt et Black Diamond sont les entreprises disposant des parts de marché les plus élevées, chacune ayant des parts de marché s'élevant à 20–30 %. Mountain Consulting est plutôt un acteur marginal. Les plus petites entreprises se concentrent en tendance dans certaines catégories spécifiques de produits.

267. Il ressort que, pour toutes les catégories de produits examinées, Roger Guenat fait partie des fournisseurs les plus importants en Suisse en termes de parts de marché. Pour deux catégories de produits (**harnais, casques**), Roger Guenat est le fournisseur le plus important en Suisse avec une part de part de marché se situant environ entre [20-30] % et [40-50] % (cf. 235 et 236). Pour les harnais, il est devenu le distributeur le plus important en 2010 avec environ [40-50]% de parts de marché. Pour les casques, il est resté numéro un avec une part de marché de [30-40] % en 2010, malgré une perte de marché entre 2006 et 2010. Pour ces deux marchés (harnais et casques), il est clair qu'en raison de la position de leader de Roger Guenat et de ses parts de

marché importantes que la concurrence est affectée de manière notable par l'accord.

268. Altimum fait valoir dans sa détermination que Altimum a deux concurrents dynamiques Mammüt et Black Diamond sur ces marchés ainsi que d'autres plus petits concurrents. Or, en présence de concurrents dynamiques, la politique de prix ne peut qu'accentuer la concurrence interbrand, ce qui est d'ailleurs précisément le but des accords verticaux de distribution.

269. De 2006 à 2010, Roger Guenat reste le numéro 1 sur le marché des harnais et des casques avec une part de marché significative. Même s'il y a des concurrents plus petits qui sont entrés sur le marché, les trois plus grandes entreprises détiennent toujours plus de 80 % du marché. Lorsque le numéro 1 sur un marché concentré applique un accord sur les prix, la concurrence ne peut être qu'affectée de manière notable par cet accord.

270. Pour le marché des **piolets et crampons**, Roger Guenat est passée de [40-50] % de part de marché en 2006 à [20-30] % en 2010. Malgré cette perte de parts

de marché, elle détient encore près du tiers du marché et l'affectation par l'accord vertical doit être considérée comme notable sur ce marché.

271. Altimum fait valoir que sur ce marché un troisième acteur Mountain consulting a acquis récemment une part de marché de 30 % et que la politique de prix de Roger Guenat n'a pas empêché la montée en puissance de cet acteur. De plus, il n'y aurait pas de collusion entre les trois principaux acteurs du marché. La concurrence n'est donc pas notablement affectée par l'éventuel accord.

272. La montée d'un troisième acteur sur le marché des piolets et crampons montre que la concurrence n'est pas supprimée. Lorsqu'un accord affecte notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune concurrence sur le marché. Altimum détient environ un tiers du marché sur un marché concentré avec trois acteurs principaux. La notabilité est donc donnée sur le marché des piolets et crampons étant donné les caractéristiques de ce marché.

273. Pour le marché des **mousquetons**, Roger Guenat a augmenté légèrement sa part de marché (de [20-30] % en 2006 à [20-30] % en 2010) et dispose également près d'un tiers du marché. L'affectation par l'accord vertical doit être considérée également comme notable sur ce marché.

274. Altimum fait valoir que le marché des mousquetons est concurrentiel et qu'il existe cinq autres concurrents dont l'un a une part supérieure à celle de Roger Guenat.

275. A l'instar des autres marchés analysés, le marché des mousquetons est aussi un marché concentré puisque les trois plus grandes entreprises dont fait partie Roger Guenat détiennent ensemble plus de 70 % du marché. A l'argument récurrent d'Altimum qu'il existe aussi des concurrents sur le marché des mousquetons, il faut opposer l'argumentation que lorsque qu'un acteur principal sur un marché concentré comme celui des mousquetons applique un accord sur les prix, la concurrence est affectée de manière notable par cet accord.

276. Pour le marché des **cordes**, Roger Guenat 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 connaît une progression des ventes sur les années 2006-2010. De plus, comme déjà mentionné, le seuil d'affectation quantitative en présence d'une restriction qualitativement grave n'est pas élevé. Une affectation notable pourrait être niée si Roger Guenat n'était qu'un acteur insignifiant sur le marché des cordes. Ceci n'est clairement pas le cas sur ce marché étant donné que celui-ci est dominé par deux acteurs seulement, dont Roger Guenat. Une telle structure de marché favorise le risque de collusion ou de comportements parallèles de hausse de prix. La restriction à la concurrence sur le marché des cordes, sur lequel Roger Guenat jouit d'une part de marché (en progression) de [10-20] %, peut être considérée comme notable.⁸¹

277. Altimum fait valoir que l'effet de l'accord a un effet (positif) notable sur la concurrence du marché des cordes puisque la part de Mammüt diminue sous l'effet de la concurrence de Roger Guenat.

278. L'affectation notable de la concurrence sur le plan quantitatif n'est ni positive ou négative. Toute entreprise qui gagne des parts de marché ne peut fixer les prix de revente sous le prétexte qu'elle diminue les parts des marchés des autres. Le côté plus au moins négatif de l'accord est apprécié sur le plan qualitatif et les aspects pro-concurrentiels de l'accord au titre des motifs de justification économique. Gagner des parts de marché sur ses concurrents n'est pas un motif de justification économique.

279. Malgré des pertes de parts de marché sur certaines catégories de produits entre 2006 et 2010, Roger Guenat reste un des principaux grossistes d'articles de montagne en Suisse, occupant la deuxième place après Mammüt. Tant de manière globale, qu'au niveau de chaque catégorie de produits, l'accord vertical affecte donc de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. En outre, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace devait être renversée pour les lampes frontales, la concurrence serait affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat sur ce marché (+60%).

Structure du marché

280. L'accord sur les prix minimaux de Roger Guenat sur les différents marchés examinés doit être également vu dans le contexte plus général du domaine des articles de montagne. Comme déjà mentionné à plusieurs reprises (cf. chiffres 180 et ss et 266), il s'agit de marchés dominés par trois acteurs principaux: Mammüt, Roger Guenat et Black Diamond. Un tel accord sur des marchés présentant cette structure a des effets qui peuvent s'étendre au-delà des marques distribuées par Roger Guenat. En effet, un accord sur les prix de revente avec les revendeurs sur un marché concentré peut favoriser un accord horizontal sur les prix entre les différents producteurs d'articles de montagne.⁸² A la lumière de la part de marché de Roger Guenat sur tous les marchés ainsi que de la structure de marché, l'accord doit être considéré comme affectant notablement la concurrence.

Position des partenaires à l'échange

281. La position des partenaires à l'échange, revendeurs et consommateurs finaux, peut également avoir une influence sur l'intensité des effets que produit un accord sur les prix minimaux. Comme déjà mentionné, face à Roger Guenat, une partie de la demande, du côté des revendeurs peut être considérée comme relativement concentrée. Selon un document interne de Roger Guenat de 2008, 10 % de ses clients représentent environ 80 % de son chiffre d'affaires. Toutefois, il semblerait que les revendeurs, même importants, ne cherchent pas à faire jouer leur pouvoir de négociation pour avoir de meilleures conditions. Cela peut s'expliquer par le fait

⁸¹ Cf. décision BMW du 7.05.2012 (non entrée en force) N 306 et 307 qui a constaté des restrictions notables à la concurrence sur des marchés où BMW faisait face à plusieurs concurrents. Dans cette procédure, les marchés étaient moins concentrés que les marchés concernés par la présente enquête.

⁸² BRUNO JULLIEN, Patrick Rey, Resale Price Maintenance and Collusion, GREMAQ and IDEI, Université des Sciences Sociales Toulouse 1, 9 mai 2000.

que, sur ces marchés d'articles de montagne, la demande, même concentrée, fait face d'une part à des producteurs présentant aussi une structure concentrée et, d'autre part, que les revendeurs profitent également de l'accord sur les prix minimaux. Tel que déjà mentionné plus haut, Roger Guenat, grâce au système qu'elle a mis en place, déterminait la marge des revendeurs et assumait le risque de change (cf. chiffres 21 ss). Les revendeurs se trouvant ainsi dans une position « confortable », ne sont pas enclins à se faire concurrence sur les prix et donc à exercer un quelconque pouvoir de négociation vis-à-vis de Roger Guenat. Même Athleticum qui pouvait se fournir à l'étranger, a accepté les conditions de revente restrictives de Roger Guenat (cf. chiffres 199 ss). C'est d'ailleurs en principe dans une telle constellation, où tant le producteur que les revendeurs disposent d'une puissance de marché, que l'on peut s'attendre à trouver des restrictions verticales qui fonctionnent.⁸³

282. A cela s'ajoute le fait que Roger Guenat est active sur l'ensemble des marchés des articles de montagne, elle peut donc faire jouer ce pouvoir de négociation par rapport à un revendeur (cf. 0). Si, sur certains marchés, le revendeur pourrait éventuellement se passer des marques distribuées par Roger Guenat, il ne peut pas le faire sur d'autres marchés où les marques distribuées par Roger Guenat sont en position de leader. En d'autres termes, Roger Guenat peut faire jouer l'effet de gamme de produits puisqu'il vend l'ensemble de l'assortiment des articles destinés aux activités verticales. La réputation des lampes frontales peut éventuellement s'étendre aux autres produits distribués. Il en résulte un avantage concurrentiel par rapport aux autres acteurs. Le pouvoir de marché de Roger Guenat doit être considéré aussi de manière plus globale sur le marché des articles de montagne.

283. Ainsi, la position des partenaires à l'échange de Roger Guenat peut être considérée de manière globale comme insuffisamment forte pour limiter l'effet de l'accord entre Roger Guenat et ceux-ci.

284. D'autre part, les consommateurs finaux ne semblent pas avoir non plus d'effet disciplinant suffisant, par exemple, par le biais d'importations directes de l'étranger. Comme déjà mentionné, les ménages privés en Suisse effectuent la grande majorité de leurs achats d'articles de sport en Suisse (cf. chiffre 172). Si les importations directes avaient exercé un effet disciplinant, un tel système de prix et rabais n'aurait pas pu être maintenu pendant une si longue période. Si des importations directes de l'étranger avaient été réalisées dans une proportion importante, cela aurait forcément exercé une pression sur les prix des revendeurs suisses qui auraient à leur tour fait pression sur les conditions d'achat auprès de Roger Guenat.

B.3.4.2 Résultat intermédiaire

285. La concurrence est affectée par l'accord vertical de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sur les marchés des harnais, casques, piolets et crampons, mousquetons et cordes. Même si la présomption de suppression de la concurrence efficace devait être renversée pour les lampes frontales, la concurrence serait affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1

LCart, en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat sur ce marché (+60 %). Enfin, le caractère notable de l'atteinte résulte aussi du fait que l'accord forme un tout et concerne l'ensemble des marchés pertinents.

B.3.5 Absence de justification pour des motifs d'efficacité économique

286. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart):

- lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et
- lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

287. « Pour pouvoir être justifié pour des motifs d'efficacité économique, l'accord concerné doit être nécessaire indépendamment de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 let. a LCart). L'accord doit être le moyen le moins dommageable et le plus proportionné permettant d'atteindre les gains d'efficacité souhaités.⁸⁴ Une partie de la doctrine est d'avis que les accords qui ont pour objet la fixation des prix ne sont en règle générale pas nécessaires pour atteindre les buts d'efficacité.⁸⁵ Cela est vrai tant que d'autres moyens moins dommageables sont réellement à disposition ».⁸⁶

288. Selon la pratique européenne et tel qu'il ressort des Lignes directrices sur les restrictions verticale, « les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficacité, qui seront appréciés conformément à l'art. 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également ».⁸⁷

⁸³ Robert. L. STEINER, Manufacturers' Promotional Allowances, Free Riders and Vertical Restraints, Antitrust Bulletin, Vol. 36, 1991, pp. 383-393, cité in: W. s. COMANOR, Steiner's Two-Stage Vision: Implications for Antitrust Analysis, The Antitrust Bulletin, Winter 2004, pp. 1007 f.

⁸⁴ FF 1995 I 560; BORER, Art. 5 KG N 36; ZÄCH, ch. 294.

⁸⁵ ZÄCH, ch. 295, p. 171.

⁸⁶ Texte allemand: « Um aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten zu können, muss die umstrittene Abrede unabhängig vom Rechtfertigungsgrund notwendig sein (Art. 5 Abs. 2 let. a KG). Es soll das mildeste und verhältnismässigste Mittel gewählt werden, um zu den gewünschten Effizienzvorteilen zu gelangen » (BBl 1995 I 560); Traduction libre de ATF 129 II 18, consid. 10.4.

⁸⁷ MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, p. 313 ss.; Ch. 225 des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

Lancement de nouveaux produits

289. Dans le cas d'espèce, concernant le lancement de nouveaux produits, les produits distribués par Roger Guenat sont des produits présents sur le marché suisse depuis longtemps. La marque Petzl existe depuis les années 70 et est une marque établie. Il ne s'agit pas de produits nouveaux pour lesquels une demande doit être créée. Il ne faut en effet pas confondre une amélioration d'un produit existant avec une réelle innovation, pour laquelle un marché est créé. Altimum a invoqué un seul produit à ce titre, un bloqueur pour arboristes, produit destiné à une clientèle professionnelle. Ces produits ne font pas l'objet de la présente enquête qui se limite aux produits « loisirs » distribués par le biais de revendeurs. De plus, Altimum a précisé lors de l'audition que les couleurs ou le design des produits changeaient régulièrement. Il ne s'agit donc pas de produits nouveaux au sens des lignes directrices de l'UE.⁸⁸ Enfin, une telle protection afin de faciliter l'introduction de nouveaux produits est par définition limitée à la période de l'introduction. Dans le cas de Altimum, le système de prix minimaux de revente existait depuis plusieurs années et concernant tous les produits, les anciens comme les nouveautés. Cet argument ne peut donc être retenu.

Parasitisme entre revendeurs

290. Un autre motif susceptible de justifier l'application de certaines restrictions verticales est le problème dit du « passager clandestin » ou « parasitisme » qui survient lorsqu'un distributeur profite des investissements (conseil, démonstration, efforts de promotion du produit) consentis par un autre distributeur sans en supporter les coûts.⁸⁹ Un tel problème, peut par exemple, se présenter si un client se rend chez un revendeur spécialisé afin d'obtenir des renseignements sur un produit et procède à l'achat dudit produit auprès d'un revendeur proposant un prix plus intéressant mais ne dispensant aucun conseil. Le revendeur spécialisé investit dans le conseil à la clientèle et supporte donc des coûts supplémentaires. Il est donc probable que les prix qu'il pratique soient plus élevés que ceux d'un revendeur qui ne propose aucun conseil à la clientèle. En l'absence de prix minimaux de revente pour tous les revendeurs, le détaillant spécialisé sera contraint de limiter ses services afin d'abaisser ses coûts et ses prix de vente, ce qui sera négatif pour la position des produits du fabricant ou grossiste.⁹⁰

291. Altimum a invoqué des problèmes de passager clandestin entre le supermarché du sport Athleticum et les revendeurs dits traditionnels pour justifier d'éventuels prix de revente. Les revendeurs traditionnels auraient investi dans du personnel qualifié et des ateliers de réparation. Pour cela, il faut pouvoir leur garantir un certain niveau de marge pour recouper les frais investis.

292. Un danger de phénomène de passager clandestin tel que décrit n'est pas à exclure pour certains produits techniques. La vente de certains produits techniques comme des harnais, des baudriers, des mousquetons ou autres produits sophistiqués peuvent en effet profiter de conseil ou démonstration au client avant la vente. De plus, ces produits n'ayant pas une valeur faible, il peut être avantageux pour le client d'aller l'acheter dans un

autre magasin après s'être fait renseigner chez un vendeur traditionnel.

293. La politique de prix de Roger Guenat existait avant 2008 avant que Athleticum ne vende de produits techniques des marques distribuées par Roger Guenat. Pour les lampes frontales, le parasitisme sur les conseils à la vente est peu convainquant puisque Athleticum les vendait - avec l'accord de Roger Guenat - sans aucun conseil à la clientèle. La raison première de l'introduction de ces prix minimaux n'est donc pas un phénomène de parasitisme entre revendeurs. Il est fort possible que ce danger se soit exacerbé avec la vente par Athleticum des produits techniques autres que les lampes frontales.

Non-nécessité de la fixation de prix de revente

294. Toutefois, l'imposition de prix minimaux de revente par Altimum n'est pas proportionnelle pour parvenir au résultat souhaité (conseil minimum). En effet, outre les prix minimaux, Altimum a imposé à Athleticum des obligations minimales de personnel en magasin apte à renseigner la clientèle. D'après Altimum, Athleticum a rempli ces obligations de personnel minimal. Il n'existe pas d'éléments dans le dossier indiquant que cette mesure n'ait pas été suffisante pour contrer ce danger de parasitisme. Il existait donc des moyens à disposition moins dommageables pour la concurrence permettant d'atteindre le but visé par l'importateur. De plus, le contrôle peut se limiter aux « discounters » qui présentent davantage le risque de « free-riding ». Ceux-ci sont peu nombreux dans le domaine des articles de montagne en Suisse. La grande majorité des revendeurs d'Altimum sont des magasins de sports généraux ou spécialisés dans les sports de montagne (revendeurs dits traditionnels) qui ont en général du personnel de vente qualifié en magasin et qui présentent peu de danger concernant un éventuel phénomène de parasitisme. Le moyen de prix de revente minimaux est donc disproportionné pour atteindre le but visé.

295. Par ailleurs, la Commission européenne souligne dans sa contribution à la table ronde de l'OCDE relative à la fixation de prix de revente qu'une telle fixation des prix est souvent invoquée comme moyen permettant de résoudre le problème du passager clandestin. Toutefois, elle estime que la fixation de prix de revente, bien que permettant aux revendeurs de générer des profits supérieurs, ne crée pas d'incitation auprès de ces derniers d'affecter ces gains dans la promotion des produits concernés. Elle souligne également que d'autres restrictions verticales sont plus à même de répondre au problème du passager clandestin sans avoir pour effet une restriction de la concurrence sur les prix au niveau des revendeurs.⁹¹ Un système de distribution sélective permettrait par exemple, avec des critères adéquats, d'atteindre le but recherché par Roger Guenat, sans que la fixation de prix de revente ne soit au surplus nécessaire.

⁸⁸ Ch. 107 lettre a des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

⁸⁹ Ch. 107 lettre a des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

⁹⁰ CLERC (note 21) N 40; DPC 2010/4, 685 N 273, *Hors-Liste Médikamente*.

⁹¹ OCDE Roundtable on resale price maintenance, Note by the European Commission, DAF/COMP/WD(2008)64, 13 octobre 2008.

Efforts de conseil hors danger de parasitisme

296. Une des justifications avancée par Altimum est de stimuler la concurrence inter-brand car les revendeurs sont incités à investir dans les efforts de promotion ou de qualité du service (conseil au client) pour l'exercice d'activité à risques. Or, tel que Altimum l'a expliqué lors de l'audition, le producteur investit dans l'innovation et l'importateur se charge du marketing et de la communication vis-à-vis des revendeurs: « Donc la marque investit énormément en innovation, en recherche et nous derrière en marketing, et en distribution et en efforts de communication vis-à-vis de notre réseau de revente. » Altimum a aussi précisé que c'est elle-même qui finance les présentoirs des distributeurs: « On lui a même financé un Corner ». Il est ainsi clair que les distributeurs ne doivent pas assumer l'intégralité des dépenses de promotion. De plus, un effort particulier de promotion de ventes des revendeurs peut être récompensé par des rabais spécifiques.

297. Tous les produits distribués par Altimum étaient couverts par le système de prix de revente alors qu'ils ne nécessitent pas tous un conseil spécifique lors de la vente. Par exemple, les lampes frontales étaient vendues dès 2003 par Athleticum sans conseil. En outre, Altimum offre une formation gratuite pour les revendeurs loisirs. Ceux-ci ne doivent donc pas investir une quelconque somme d'argent pour pouvoir bénéficier des connaissances nécessaires afin d'être à même de conseiller au mieux le client.

298. En outre, concernant les dépenses de promotion, celles-ci sont en principe effectuées par le producteur ou l'importateur et non pas par les revendeurs. Altimum elle-même l'a aussi indiqué lors de son audition devant la COMCO. Elle a en effet précisé que les présentoirs de produits (corners) sont financés par elle-même.⁹² Lors de l'audition, Altimum a aussi évoqué le fait qu'un de ses collaborateurs a participé au championnat européen d'élagage et qu'il faut pouvoir couvrir tous ces investissements, que ce soit en terme de ressources temps, ou compétences. Altimum a précisé que les revendeurs se tiennent en général aux listes qu'on remet sur le marché pour financer ces dépenses.⁹³ Or, celles-ci sont en fait réalisées par l'importateur ou le producteur et donc financées par la marge de l'importateur et non celle des revendeurs qui appliquent les prix de revente. Altimum est libre naturellement de fixer ses prix de vente aux revendeurs comme elle l'entend afin de pouvoir couvrir ses différentes charges en tant qu'importateur.

299. En outre, Altimum insiste sur la question de sécurité liée aux produits concernés par la présente procédure. Comme elle le concède dans sa détermination, Roger Guenat était soumise à un strict respect de la Loi fédérale sur la sécurité des produits (LSPro; RS 930.11). En effet, selon l'art. 2 al. 4 let. b LSPro, est également réputé producteur au sens de la présente loi quiconque représente le producteur, lorsque celui-ci est établi à l'étranger. Or, Roger Guenat avait justement pour tâche de représenter les producteurs dont elle distribuait les produits en Suisse. La législation sur la sécurité des produits précitée impose, comme le précise Altimum, des obligations déjà avant la mise sur le marché, en

particulier en termes de prévention des risques éventuels et de traçabilité du produit. Selon Altimum, la distribution des produits concernés nécessite la mise en place d'un réseau de détaillants qualifiés, fiables à tous points de vue et qui présentent une certaine stabilité. Si la sécurité des produits (par ex. rappel de produits défectueux) était si importante au niveau des distributeurs, il n'est pas compréhensible que Altimum livre de nombreux « petits » revendeurs qui réalisent moins de 3000 francs de chiffre d'affaires annuel avec Altimum, apparemment sans contrôle préalable du sérieux de leur commerce. S'ajoute à cela le fait que certains revendeurs vendent les produits concernés en ligne et que dès lors un conseil du vendeur est exclu lors d'une telle vente. En outre, les entreprises ne peuvent pas avancer des intérêts privés ou publics sans rapport avec le processus économique, comme celui de la sécurité des produits.⁹⁴ L'argument de sécurité des produits ne peut pas, à ce titre, être retenu.

Amélioration des produits

300. Un autre argument avancé par Altimum pour justifier ses accords de prix, sont les dépenses consacrées au développement des nouveaux produits. Selon Altimum, les produits sont constamment renouvelés et améliorés. S'agissant de l'amélioration de la qualité des produits, celle-ci est le fait du producteur et non pas de l'importateur ou des distributeurs. Altimum n'a en outre pas pu expliquer, malgré les demandes réitérées en ce sens de la COMCO lors de l'audition, le lien existant entre l'application d'un éventuel prix de revente minimum par les revendeurs et l'amélioration des produits: « Or ces critères de nouveauté des produits, relevés par Monsieur Salamin tout à l'heure, sont justement rendus possibles par le système de distribution, le réseau de distribution vertical. Et ce réseau de distribution vertical dans la mesure où il applique une politique raisonnable renforce la concurrence interbrand. Donc c'est tout bénéfique pour tout le monde, y compris les consommateurs qui profitent de produits de meilleure qualité. » [...]

« Je l'ai dit déjà tout à l'heure que le réseau de distribution verticale, tel qu'appliqué par M. Guenat avec les fournitures de Petzl permettait le développement régulier de ces produits. Comme l'a indiqué M. [...], le développement de ces produits, c'est un avantage pour les consommateurs, la qualité des lampes frontales, la qualité de ces nouveaux produits tels que ceux qu'il a présentés là, et que tous ces nouveaux développements renforcent la concurrence. [...] « Ça c'est comme une politique raisonnable de vente. Les prix évoluent dans une marge raisonnable parce que cette marge va permettre de développer les produits. »

⁹² [...] (Oui. On lui a même financé un Corner. C'est un endroit avec des présentoirs pour vendre du matériel. Donc les arrêts de livraisons n'ont jamais existé).

⁹³ [...] (Chaque année, on fait des refresh. La semaine passée, Martin, un de nos commerciaux a été au championnat européen d'élagage à Munich, en septembre il y aura le championnat suisse à Genève. Pour couvrir tous ces investissements, de ressources temps, de ressources compétences, etc. les gens se tiennent en général aux listes qu'on remet sur le marché).

⁹⁴ DPC 2000/3, 364 s. N 103 s., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar concernant l'intérêt de santé publique.*

301. Le lien entre la fixation des prix de revente et l'amélioration des produits n'a pas pu *in casu* être démontré.

302. Ainsi, sur la base des éléments développés ci-dessus, l'accord vertical sur les prix de revente minimaux ne peut pas être justifié pour des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

B.3.6 Résultat

303. La concurrence efficace est supprimée par l'accord vertical sur les marchés des lampes frontales. La concurrence est affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sur les marchés des harnais, casques, piolets et crampons, mousquetons et cordes. Ces restrictions notables à la concurrence ne peuvent pas être justifiées par des motifs d'efficacité économique. En outre, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace devait être renversée pour les lampes frontales, la concurrence serait affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat sur ce marché (+60 %) et cette restriction notable ne pourrait pas non plus être justifiée par des motifs d'efficacité économique pour les motifs qui viennent d'être exposés.

B.4 Sanction

B.4.1 Généralités

B.4.1.1 Introduction

304. En raison de leur ratio legis les sanctions directes prévues à l'art. 49a LCart doivent assurer la mise en œuvre efficace des règles de concurrence et empêcher les violations de la loi au moyen de leur effet préventif. Les sanctions directes ne peuvent être imposées qu'avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence.⁹⁵

305. Le fait d'imposer une sanction aux parties à la procédure présuppose que l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart soit réalisé.

B.4.1.2. Les éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart

B.4.1.2.1. Entreprise

306. Les restrictions à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être le fait d'une entreprise. Concernant la notion d'entreprise on se réfère aux art. 1 al. 1^{bis} LCart.⁹⁶ Roger Guenat peut être qualifiée d'entreprise au sens de la Loi sur les cartels (cf. 104 s.).

B.4.1.2.2. Comportement illicite

307. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit, conformément à la Constitution, en première ligne des mesures contre les cartels durs au sens d'accords horizontaux ou verticaux selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Il s'agit de restrictions à la concurrence ayant des effets particulièrement négatifs pour les consommateurs, les entreprises et l'économie dans son ensemble et pour cette raison, connaissent un traitement spécial avec une présomption légale de suppression de la concurrence efficace.⁹⁷ Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart sera tenue

au paiement d'une sanction. Dans le cadre du premier énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart – la participation à un accord – deux conditions doivent être remplies pour qu'une sanction puisse être infligée⁹⁸: (1) la participation à un accord sur les prix, les quantités ou sur la répartition des marchés au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et (2) l'illicéité de cet accord.

308. L'analyse précédente a démontré qu'il existait un accord illicite sur la fixation des prix de revente entre Roger Guenat et ses revendeurs au sens de l'art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 de cet article. Les conditions de l'art. 49a al. 1 sont donc remplies.

B.4.1.2.3. Imputabilité

309. Dans le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la Loi sur les cartels du 7 novembre 2001, il est mentionné que, les sanctions au sens de l'art. 49a al. 1 LCart, sont des sanctions administratives qui ne présupposent pas de faute, contrairement aux sanctions pénales selon l'art. 54 s. LCart.⁹⁹ Pratiquement en même temps, dans sa décision du 7 mars 2002, la REKO/WEF optait pour une autre approche. Elle a retenu que, concernant l'art. 51 LCart – sans se référer au Message susmentionné – l'idée qu'une sanction (administrative) ne pouvait pas être imposée uniquement sur la base de critères objectifs était renforcée par ses considérations précédentes.¹⁰⁰ La question de savoir quel rôle joue l'élément de la faute dans le cadre de la sanction ne doit être traitée si aucune faute ou une faute minime existe, ce qui n'est pas le cas ici.¹⁰¹ Dans ce contexte, la REKO/WEF a cité la doctrine selon laquelle il y a faute lorsque « le contrevenant a agi intentionnellement ou n'a pas pris les mesures qu'une personne raisonnable (douée des connaissances techniques nécessaires) aurait pu ou dû prendre dans (ces) circonstances ».¹⁰²

310. La COMCO a traité dans l'affaire procédure de sanction Unique-Valet Parking, qui concernait l'inobservation d'une décision administrative (art. 50 LCart), la thématique de la faute dans le cadre du chapitre relatif à l'imputabilité. Dans cette affaire, la COMCO a retenu qu'il fallait au moins une violation objective du devoir de diligence.¹⁰³ Le Tribunal administratif fédéral a

⁹⁵ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la Loi sur les cartels, FF 2002 1911 ss, p. 1922 s.

⁹⁶ JÜRIG BORER (note 20), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 49a N 6, et PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hofet/Ducrey (éds), 1997, Art. 50 N 8.

⁹⁷ Message LCart 2003 (note 95), 2036 s.

⁹⁸ Cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (éds), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, 34.

⁹⁹ Message LCart 2003 (note 95), 1922 s.

¹⁰⁰ Dans l'original: « Cela conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs » (Décision REKO/WEF, DPC 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO).

¹⁰¹ Décision REKO/WEF, DPC 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

¹⁰² Décision REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

¹⁰³ DPC 2006/1, 169 ss N 197 ss, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

confirmé ensuite cette décision.¹⁰⁴

311. La COMCO a depuis cela examiné l'imputabilité lors de chacune des décisions de sanctions prises selon l'art. 49a al. 1 LCart.¹⁰⁵ Cette pratique de la COMCO a été confirmée par le Tribunal administratif fédéral dans le cas « Publigruppe ». La COMCO a constaté dans sa décision qu'il existait un manque objectif de diligence de la société destinataire de la décision au sens d'une imputabilité, à savoir au moins une violation du devoir de diligence par négligence ou un défaut d'organisation, et qu'ainsi l'élément subjectif de l'imputabilité était donné.¹⁰⁶ Le Tribunal administratif fédéral a retenu que ce point de vue ne devait pas être critiqué. Il est parvenu à la conclusion que la recourante n'avait pas tout mis en œuvre pour que les divisions responsables, les organes et les collaborateurs cessent le comportement considéré comme problématique du point de vue de la loi sur les cartels, dans le délai transitoire selon les dispositions finales de la modification de la Loi sur les cartels du 20 juin 2003. La recourante avait ainsi au moins accepté une violation de la loi sur les cartels et avait ainsi agit par dol éventuel.¹⁰⁷

312. Si une violation de la loi sur les cartels est prouvée, la violation objective du devoir de diligence est en règle générale également donnée. Dans de rares cas seulement la faute de l'entreprise pourrait ne pas exister; par exemple, selon les circonstances, lorsque les violations de la loi sur les cartels commises par des collaborateurs qui ne revêtent pas une position d'organe au sein de l'entreprise n'étaient pas connues, lorsque les violations n'auraient pas pu être connues même avec une structure organisationnelle appropriée et quand l'entreprise a mis en œuvre toutes les mesures possibles pour empêcher la violation de loi sur les cartels.¹⁰⁸

313. Une imputabilité du point de vue de la loi sur les cartels est ainsi donnée lorsqu'une infraction selon l'art. 49a al. 1 LCart peut être imputée à l'entreprise en tant que violation objective du devoir de diligence. Une telle violation existe en particulier lorsque les personnes physiques ont accompli des actes, qui ont été entrepris pour les entreprises parties à la restriction illicite à la concurrence¹⁰⁹, intentionnellement ou par négligence, ou lorsque les personnes physiques agissant pour l'entreprise omettent d'intervenir contre de tels actes, contrairement à une obligation d'agir, ou encore si l'entreprise commet une faute dans l'organisation au sens qu'elle n'a pas mis en œuvre tous les moyens possibles et exigibles afin d'éviter la survenance d'une violation de la loi sur les cartels au sein de l'entreprise.

314. Dans le cas d'espèce, Roger Guenat a sciemment mis en place une politique de prix dont elle connaissait les effets restrictifs de la concurrence, tel qu'il ressort du courrier électronique envoyé par M. Guenat à ses collaborateurs le 10 décembre 2009, c'est-à-dire après avoir reçu le questionnaire du Secrétariat dans le cadre de l'observation de marché (cf. chiffre 71):

« *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. Si cette information n'est pas claire je suis à votre disposition Roger ».

315. Le fait que le comportement de Roger Guenat était conscient et délibéré est également illustré par les aspects décrits ci-dessous.

316. Stratégie de prix de revente: Roger Guenat détermine la stratégie de prix de vente des revendeurs en Suisse. Tel que présenté précédemment (cf. chiffre 22), Roger Guenat calcule les prix de vente aux consommateurs et définit également la hauteur des rabais que les revendeurs peuvent octroyer. Il en va de même pour le calcul des prix de revient (rabais sur les prix de vente aux consommateurs) pour les revendeurs qui sont fixés. Les revendeurs n'exercent, à aucun moment, une influence décisive sur cette stratégie (cf. chiffre 20 ss).

317. Intérêt économique: Si l'on considère les intérêts économiques respectifs de Roger Guenat d'une part et des revendeurs d'autre part, il est clair que l'accord vertical en question, même si les revendeurs y trouvent leur intérêt, sert avant tout les intérêts de Roger Guenat. En effet, le paquet de mesures relatives aux prix de revente affecte la concurrence entre les revendeurs et, de ce fait, ces derniers ne sont plus incités à faire pression sur leur fournisseur pour obtenir de meilleures conditions. De plus, Roger Guenat vend également directement à certains gros clients (par ex. parcs aventures) et évite ainsi la concurrence sur les prix des revendeurs. Toutefois, le fait que certains revendeurs aient dénoncé les pratiques déviantes de leurs concurrents indique que certains revendeurs tirent aussi un avantage économique du système instauré par l'importateur. En revanche, aucun élément de preuve dans la présente enquête, n'indique que des revendeurs aient pris l'initiative ou joué un rôle prépondérant dans l'application du système du prix de revente minimum.

318. Avantage informationnel: Concernant les informations pertinentes pour la détermination des prix sur le marché suisse, Roger Guenat dispose d'un avantage informationnel significatif par rapport à ses revendeurs. Roger Guenat connaît les prix d'achat de chacun des revendeurs qu'elle approvisionne ainsi que les prix de vente. Elle est informée à propos des écarts de prix et elle surveille les prix de vente en Suisse. D'ailleurs, seuls les prix de vente aux consommateurs sont communiqués aux revendeurs et pas les prix d'achat.

¹⁰⁴ Jugement du TAF, DPC 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

¹⁰⁵ Cf. les références dans DPC 2011/1, 189 N 557, note 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰⁶ DPC 2007/2, 232 ss N 306 ss, en particulier N 308 et 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁰⁷ Jugement du TAF, DPC 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁰⁸ DPC 2011/1, 189 N 558 pour plus de détails, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰⁹ Dans ce contexte, il faut préciser que non seulement les organes (ceci déjà en raison de l'art. 55 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC; RS 210] peuvent obliger les entreprises au sens du droit des cartels, mais bien plus encore tous les collaborateurs dotés d'un pouvoir décisionnel indépendant dans leur domaine d'activité (au sens de l'art. 29 let. c du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP; RS 311.0]). On ne doit pas répondre ici à la question de savoir si d'autres personnes entraînent une telle obligation de l'entreprise, étant donné le manque de relevance pour la présente enquête.

319. **Système de contrôle et moyens de pression:** Enfin, Roger Guenat est à même d'imposer n'importe quelles conditions concernant les prix ou conditions de vente sur le marché, sous contrainte si nécessaire, en cessant les livraisons à certains revendeurs. Elle avait d'ailleurs mis en place un système de contrôle lui permettant d'assurer le maintien des prix imposés en lui permettant de détecter d'éventuels écarts et prendre des mesures nécessaires. Ces mesures consistaient, dans un premier temps, en un avertissement adressé aux revendeurs qui ne respectaient pas les prix et, dans un deuxième temps, en un arrêt des livraisons. Dans ce contexte, il faut prendre en considération le fait que, durant la période sous enquête, Roger Guenat était l'importatrice générale des produits de certaines marques (en particulier des marques leader Petzl et Beal) et les importations parallèles n'étaient, semble-t-il, pas possibles ou difficiles. Roger Guenat pouvait donc menacer de façon crédible les revendeurs d'une suspension des livraisons et ceux-ci se retrouvaient face à deux alternatives: vendre les produits livrés par Roger Guenat en respectant la politique de prix de ce fournisseur ou renoncer à ces produits et par là même à une partie de leur chiffre d'affaires (« *take it or leave it* »). Les revendeurs étaient donc dans une situation « *d'impasse* » par rapport à la menace proférée.¹¹⁰

320. Il est difficile de déterminer le **rôle exact des différents revendeurs** dans l'accord. Il serait non proportionnel voire impossible d'essayer de fixer une sanction pour chaque revendeur. La pratique des autorités de concurrence suisse et européennes montrent que dans des cas d'accords verticaux à l'initiative du fournisseur et souvent sous la pression de celui-ci, les autorités, soit renoncent complètement à une sanction envers les revendeurs parties à l'accord, soit leur imposent une sanction peu élevée.¹¹¹

321. L'ensemble des arguments développés ci-dessus démontre que le comportement de Roger Guenat constitue au moins une violation du principe de diligence. L'illicéité de l'accord litigieux peut donc être imputée à Roger Guenat.

B.4.1.2.4. Résultat

322. En résumé, on peut retenir que, par son comportement, Roger Guenat a rempli l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart durant la période allant de fin 2006 à fin mars 2010 (cf. 124 et ss) et doit donc être sanctionnée.

B.4.2. Calcul de la sanction

B.4.2.1. Introduction et base légale

323. La conséquence juridique d'une violation de la loi au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'une sanction pouvant aller jusqu'à 10 pourcent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et Art. 7 OS LCart¹¹²). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

324. Pour le calcul concret de la sanction, l'OS LCart se fonde tout d'abord sur un montant de base pouvant aller, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Ce montant est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS LCart). Cette augmentation peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Enfin, les circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et atténuantes (art. 6 OS LCart) doivent aussi être observées, bien que l'OS LCart ne précise pas dans quelle mesure le montant de base doit être modifié en pareilles circonstances.

B.4.2.2. Calcul de la sanction pour Roger Guenat

B.4.2.2.1. Sanction maximale

325. La limite maximale de la sanction, c'est-à-dire la sanction maximale, est fixée à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question au cours des trois derniers exercices. Le chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est calculé selon les critères du calcul du chiffre d'affaires lors de concentrations d'entreprises. Les articles 4 et 5 de l'OCCE¹¹³ s'appliquent de manière analogue.

326. Roger Guenat a réalisé un chiffre d'affaires de CHF [...] en 2009, CHF [...] en 2010 et CHF [...] en 2011.¹¹⁴ Le chiffre d'affaires total réalisé durant la période 2009 à 2011 s'élève donc à CHF [...]. La sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est donc dans ce cas de CHF [...].

327. Les étapes du calcul de la sanction concrète figurent dans les paragraphes suivants.

¹¹⁰ Cf. MANI REINERT, vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht – eine Kritik des Entscheids Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente in: Marc Amstutz/Inge Hochreutener/Walter Stoffel (éds.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, 27 s.

¹¹¹ Pour des exemples de sanction de montant faible: DPC 2009/2, 158 dispositif point 5, *Sécateurs et cisailles*: sanction de 5'000 francs imposée à Landi; DPC 2010/1, 115 dispositif point 4, *Gaba*: sanction de 10'000 francs imposée à Gebro; Dans l'UE: Commission européenne, JO 2001, L 54/1, points 129 et 130, *Commission/Nathan-Bricolux*: sanction de 1000 € au revendeur Bricolux.

¹¹² Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart; OS LCart; RS 251.5)

¹¹³ Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

¹¹⁴ Pour la sanction maximale, les années prises en considération pour le calcul sont les trois dernières années précédant la décision. Ce montant sert en effet à évaluer la capacité de payer de l'entreprise. Arrêt du Tribunal UE du 15 mars 2000 T-25/95 *Cimenteries CBR u.a./Kommission*, Slg. 2000, II-491, point 5009; SURA MARTIN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Langen/Bunte (Hrsg.), 2010, VO Nr. 1/2003, Article 23, N 34; Bekanntmachung Nr. 38/2006 des Bundeskartellamts über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen - Bußgeldleitlinien - vom 15. September 2006, N 18.

B.4.2.2.2. Calcul concret

328. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise, est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

329. Un principe général prévaut selon lequel la détermination du montant de la sanction relève du pouvoir d'appréciation de la COMCO.¹¹⁵ Pour le calcul du montant de la sanction, il est concrétisé dans le message que le cadre de sanctions de 0-10 % d'une part garantit un effet dissuasif dans les cas graves « *mais permet aux autorités de prononcer des sanctions dont les montants sont symboliques dans les cas de peu d'importance* ». ¹¹⁶ Dans ce cadre, les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement doivent en particulier être pris en compte.

330. Toujours selon la loi sur les cartels révisée, le montant effectif de la sanction doit être fixé en fonction des circonstances concrètes.¹¹⁷ La littérature renvoie à ce propos à la pratique en matière de droit de la concurrence de la Commission européenne.¹¹⁸ Il faut noter à ce sujet que l'ordonnance sur les sanctions LCart¹¹⁹ s'inspire dans une large mesure des règles de l'UE. Cela correspond à la pratique de la REKO/WEF, respectivement du TAF.¹²⁰

B.4.2.2.2.1. Montant de base

331. Le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart).

Limite supérieure du montant de base

332. Les chiffres d'affaires de Roger Guenat pour les années 2008 à 2010¹²¹ sur les marchés pertinents (chiffre d'affaires hors taxe lampes frontales, casques, cordes, piolets/crampons, mousquetons et harnais) se sont élevés respectivement à CHF [...], CHF [...] et CHF [...]. Ce qui correspond à un total de CHF [...]. La limite maximale du montant de base dans le cas d'espèce est donc de CHF [...].

Prise en compte du type et de la gravité de l'infraction

333. Selon l'art. 3 OS LCart, la hauteur du montant de base calculée en fonction du chiffre d'affaires doit être déterminée selon la gravité et le type d'infraction. Selon la note explicative relative à l'art. 3 OS LCart, un accord horizontal, par exemple, qui limite simultanément les trois paramètres essentiels de la concurrence (prix, quantité, répartition géographique) est généralement jugé d'une plus grande gravité qu'un simple accord sur la répartition des marchés.

334. En considérant les circonstances juridiques et économiques précitées ainsi que les faits relatifs au cas concret, il est justifié de fixer le montant de base de la sanction dans le cas d'espèce selon l'art. 3 OS LCart à [3-6] % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par Roger Guenat sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices. Le montant de base s'élève donc à CHF [...]. Cela correspond au pourcentage appliqué

dans tous les autres cas sanctionnés au titre de l'art. 5 al. 4 LCart (*Gaba*¹²², *Hors-Liste Medikamente*¹²³, *Nikon*¹²⁴).¹²⁵

335. Altimum fait valoir que seul le cas Athleticum pourrait éventuellement être qualifié d'accord. Seuls les chiffres d'affaires (hors lampes frontales) réalisés avec ce client entre 2009 et 2011, s'élevant à [...] francs, doivent être considérés pour le montant de base. Le montant de base s'élèverait donc après application d'un pourcentage de [3-6] % à CHF [...].

336. Comme déjà démontré au chiffre 54, l'accord avec Athleticum portait aussi sur les lampes frontales. De plus, selon art. 3 SVKG, l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents est pris en compte pour le montant de base et pas seulement le chiffre d'affaires réalisé avec les partenaires à l'accord illicite.¹²⁶

¹¹⁵ Dans ce sens, DUCREY (note 96), Art. 50 N 15.

¹¹⁶ Message LCart 2003 (note 95), p. 1925 s.

¹¹⁷ Message LCart 1993 (note 13), p. 609.

¹¹⁸ Sur la nature pénale ou administrative (de l'art. 50 KG) LAURENT MOREILLON, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet (éds) 2002, Remarques liminaires aux art. 50-53 N 11 s., Art. 50 N 9 s.; DUCREY (note 80), Art. 50 N 15, et pour la pratique européenne les références dans DPC 2006/4, 662.

¹¹⁹ Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), accessible sous: <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr>>.

¹²⁰ La REKO/WEF a aussi partiellement appliqué dans une décision des critères semblables à ceux appliqués dans l'UE (REKO/WEF, DPC 2002/2, 386 s., en particulier 400 s. considérant 4, *Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc.*). Cf. aussi TAF, arrêt B-2157/2006 du 3.10.2007, DPC 2007/4, 673 s., *Flughafen Zürich AG (Unique)/Wettbewerbskommission*.

¹²¹ Pour le montant de base, les années prises en considération sont les trois années durant laquelle la restriction illicite à la concurrence a eu cours. Ce montant a pour but de confisquer la rente cartellaire. Cf. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, JO 2006 C 210 du 1.09.2006, point 13; Cf. DANNECKER/BIERMANN in Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 2012, 443 ss N 1-39.

¹²² DPC 2010/1, 112 N 362, *Gaba*.

¹²³ DPC 2010/4, 697 N 371, *Hors-Liste Medikamente*.

¹²⁴ Décision du 28.11.2011, N 566, *Nikon* (publiée sur <www.comco.ch>).

¹²⁵ Cf. dans le même sens décision du Bundeskartellamt en Allemagne du 14 octobre 2009, appareils auditifs, chiffre 31: « *Bei der Bemessung der Geldbuße war zu berücksichtigen, dass es sich bei Maßnahmen der (mittelbaren) vertikalen Preisbindung um besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die bereits für sich genommen die Annahme eines Grundbetrages im mittleren Bereich rechtfertigen.* »

¹²⁶ Cf. Décision du Bundeskartellamt, appareils auditifs (note 125), chiffre 32 et 33: « *Tatbezogener Umsatz ist nach Überzeugung der Beschlussabteilung der von der Nebenbetroffenen insgesamt mit Hörgeräten auf dem deutschen Markt erzielte Umsatz. Ein Abstellen allein auf diejenigen Umsätze, welche die Nebenbetroffene mit dem Adressaten der Druckausübung erwirtschaftet hat, kam entgegen der Auffassung der Nebenbetroffenen nicht in Betracht, weil die wettbewerbsbeschränkende Bedeutung des vorgeworfenen Verhaltens hier gerade über den Einzelfall hinausging. Denn die Nachteilszufügung gegenüber dem einzigen preisaktiven Wettbewerber war dazu geeignet und bestimmt, die all-gemeine Preisstabilität im Horizontalverhältnis der Hörgeräteakustiker untereinander insgesamt aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen. Im Übrigen liefe die Bußgeldandrohung des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB in Fällen des § 21 Abs. 2 GWB regelmäßig leer, wenn man nur auf die zwischen Veranlasser und Adressat der Druckausübung erwirtschafteten Umsätze abstellen wollte, da diese im Falle von Lieferstopp zwangsläufig gegen Null tendieren, zumindest aber umso geringer sein werden, je konsequenter oder länger die Lieferstopp durchgesetzt wurde.* »

Le fait que l'accord ne soit pas passé avec tous les partenaires à l'échange est éventuellement pris en compte au niveau du pourcentage appliqué pour le montant de base. Comme déjà expliqué plus haut, la COMCO estime que tous les revendeurs distribuant les produits de Roger Guenat ont participé à l'accord illicite.

B.4.2.2.2.2. Durée de l'infraction

337. Selon l'art 4 OS LCart le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 % si la pratique anticoncurrentielle a duré de un à cinq ans; le montant de base est, en règle générale, majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire.¹²⁷

338. Dans le cas d'espèce, l'accord illicite concernant les prix de revente a duré au moins de début 2007 à mars 2010. La restriction à la concurrence a donc duré au moins 3 ans. Le montant de la sanction est augmenté de [...] %, soit de CHF [...].-.

B.4.2.2.2.3. Circonstances aggravantes et atténuantes

339. Dans une dernière étape, les circonstances aggravantes et atténuantes selon les art. 5 et 6 OS LCart sont prises en compte. Selon l'art. 5 al. 2 let. b OS LCart, dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 est encore majoré si l'entreprise a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord.

340. Dans le cas d'espèce, aucune circonstance aggravante ni atténuante n'a été retenue contre Altimum.

B.4.2.2.2.4. Proportionnalité de la sanction

341. Dans le cas d'espèce, le montant de la sanction calculé sur la base de l'OS LCart représente un montant élevé par rapport au montant maximal au sens de l'art. 49a al. 1 LCart.

342. En effet, l'éventuelle sanction représenterait un peu plus de [...] % du montant de la sanction maximale selon l'art. 49a al. 1 LCart. L'entreprise réalise l'intégralité de son chiffre d'affaires en Suisse et de ce fait l'ensemble du chiffre d'affaires est considéré dans le calcul de la sanction maximale.

343. En outre, le montant de la sanction calculé sur la base de l'OS LCart représente un montant élevé au vu de la valeur de l'entreprise qui ressort du contrat de vente passé entre M. [...] et M.[...]. Selon ce document, la valeur de la société s'élève à CHF [...]. L'éventuelle sanction représenterait donc environ [...] % de la valeur de l'entreprise.

344. Sur la base des éléments mentionnés précédemment, la sanction est réduite [...], en arrondissant à la dizaine de millier la plus proche, au titre du principe de la proportionnalité au sens de l'art. 2 al. 2 OS LCart. Le montant de la sanction est de ce fait de CHF 470'000.- (CHF [...] avant l'arrondi). Cette réduction tient compte des circonstances qui précèdent. Il faut en outre noter que Altimum bénéficie d'une garantie bancaire s'élevant à CHF [...].-. Le paiement de ce montant pourra se faire si nécessaire de manière échelonnée.

345. Altimum a allégué qu'une sanction selon son importance entrainerait la faillite de Altimum voire la faillite personnelle de M. Roger Guenat. Les frais en ressources temps et frais légaux sont déjà assez pénalisants pour une entreprise employant moins de 10 collaborateurs et réalisant un chiffre d'affaires annuel inférieur à [...]. En 2011, dernier exercice durant lequel l'accord était appliqué, Altimum n'a réalisé qu'environ [...] de chiffres d'affaires annuel en devenant agent et non plus importateur.

346. Les documents fournis par Altimum, censés prouver que la société ne peut pas assumer une éventuelle sanction, ne permettent pas de conclure que l'imposition d'une sanction par la COMCO aurait pour conséquence la faillite de l'entreprise. Les comptes fournis par Altimum présentent notamment un bénéfice net d'environ CHF [...] pour l'exercice 2010, dernier exercice durant lequel l'accord était appliqué. L'entreprise a prétendu ne pas disposer de la somme nécessaire au paiement de la sanction mais n'en a pas avancé les raisons et n'a pas non plus expliqué l'affectation des bénéfices réalisés. La COMCO ne peut ainsi pas tenir compte de cet élément. En outre, une garantie de CHF [...] a été constituée par l'entreprise en vue d'une éventuelle sanction imposée par la COMCO en relation avec la précédente procédure. Le montant effectif à la charge de l'entreprise pourra ainsi être considérablement allégé. En outre, aucun détail sur la fortune de l'ancien propriétaire de la société n'a été fourni à la COMCO. Néanmoins, en consentant une telle garantie bancaire, il devait s'attendre à ce qu'elle puisse être actionnée. Il doit par conséquent supporter les conséquences financières y relatives.

¹²⁷ Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (note 119).

B.4.2.2.5. Résultat

Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Roger Guenat:

Tableau 18: Calcul de la sanction

	Période			
	2009	2010	2011	2009-2011 ¹²⁸
Chiffre d'affaires total en Suisse	CHF [...]	[...]	[...]	CHF [...]
Sanction maximale				CHF [...]
	2008	2009	2010	2008-2010 ¹²⁹
Chiffres d'affaires sur les marchés pertinents ¹³⁰	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Montant de base maximal: 10 %				CHF [...]
Type et gravité de l'infraction: [3-6] %				CHF [...]
Montant de base				CHF [...]
Durée: [...] %				CHF [...]
Montant selon les art. 3 et 4 OS LCart				CHF [...]
Proportionnalité: [...] %				CHF [...]
Total intermédiaire				CHF [...]
Total final (arrondi)				CHF [...]

347. En raison des considérants mentionnés précédemment et compte tenu de toutes les circonstances ainsi que des facteurs aggravant et atténuant la sanction, une sanction administrative selon l'art. 49a al. 1 LCart d'un montant de CHF 470'000 pour Roger Guenat est considérée comme appropriée.

C. Frais

348. Conformément à l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart (Oemol LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

349. Dans les procédures d'enquête, les parties concernées doivent verser des émoluments lorsqu'il existe une restriction illicite à la concurrence ou si elles acceptent de se soumettre à la loi. Les parties sont également réputées se soumettre à la loi lorsqu'une ou plusieurs entreprises contre lesquelles une procédure a été ouverte en raison de leur comportement potentiellement restrictif de la concurrence abandonnent le comportement en question et que la procédure est clôturée sans

suite.¹³¹ Dans le cas présent, la destinataire de la décision est donc tenue de s'acquitter d'un émolument.

350. En revanche, sont exemptés de l'obligation de payer des émoluments les entreprises qui ont occasionné une enquête, lorsque les indices présents au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite.¹³²

¹²⁸ Pour la sanction maximale, les années prises en considération pour le calcul sont les trois dernières années précédant la décision. Ce montant sert en effet à évaluer la capacité de payer de l'entreprise.

¹²⁹ Pour le montant de base, les années prises en considération sont les trois années durant laquelle la restriction illicite à la concurrence a eu lieu. Ce montant a pour but de confisquer la rente cartellaire.

¹³⁰ Chiffres d'affaires hors taxe réalisés sur les marchés des lampes frontales, casques, cordes, harnais, piolets et crampons et mousquetons dans le domaine « sport ».

¹³¹ DPC 2002/3, 546 s., N 6.1., *BKW FMB Energie AG*; art. 3 al. 2 let. b et c Oemol LCart *a contrario*.

¹³² *Ibid.*

351. Les parties à l'accord vertical ont occasionné la présente procédure. Etant donné que pour des raisons notamment de praticabilité et de proportionnalité, l'enquête n'a pas été ouverte contre les revendeurs partie à l'accord illicite (cf. ch. 127), la moitié des frais de procédure est mise à la charge des revendeurs, donc dans le cas présent à la charge de l'Etat.¹³³

352. Etant donné l'importance économique de l'entreprise Roger Guenat et le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci, l'émolument est fixé à un montant forfaitaire de CHF 50'000.-. Les frais effectifs calculés en vertu de l'art. 4 al. Oemol LCart seraient en effet nettement plus élevés et disproportionnés par rapport notamment à la situation de l'entreprise concernée. Un montant de CHF 50'000.- se justifie ainsi dans le cas d'espèce.

D. Résultat

353. La COMCO, se fondant sur les faits de la cause arrive à la conclusion suivante:

354. Il est établi que les accords verticaux entre Roger Guenat et ses revendeurs imposent à ces derniers des prix de revente pour les produits distribués par Roger Guenat et doivent donc être considérés comme des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 de cet article.

355. La présomption de suppression de la concurrence efficace n'est pas renversée sur le marché des lampes frontales.

356. La présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée sur les marchés des cordes, des piolets et crampons, des casques, des harnais et des mousquetons en raison de la présence d'une concurrence inter-marques suffisante.

357. L'accord supprime la concurrence efficace sur le marché des lampes frontales au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et affecte de manière notable la concurrence sur les autres marchés concernés au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. A titre subsidiaire, si la présomption devait être renversée sur le marché des lampes frontales, le caractère notable de l'atteinte serait également établi sur ce marché.

358. Il n'existe pas de motifs de justification économique selon l'art. 5 al. 2 LCart.

359. Il s'agit donc d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'al. 1 de cet article, qui est sanctionnable selon l'art. 49a al. 1 LCart.

360. Roger Guenat se voit imposer une sanction administrative selon l'art. 49a al. 1 LCart de CHF 470'000.

E. Dispositif

La COMCO, se fondant sur les faits et développements qui précèdent décide que:

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 œuvre 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.
6. La décision est notifiée à:
Altimum SA, sise à Palézieux, représentée par [...] et par [...]

La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par un recours interjeté auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St Gall. Le recours doit être motivé déposé en deux exemplaires. Il doit indiquer les griefs, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée doit être jointe au recours.

¹³³ Voir également pour la même solution retenue DPC 2010/4, 697 N 398, *Hors-Liste Medikamente*. La COMCO a estimé dans ce cas que les revendeurs avaient occasionné environ la moitié des frais de procédure. Aucun frais de procédure n'a été demandé aux revendeurs alors que ceux-ci étaient partie à l'enquête.

Annexes

Annexe 1: Sources pour comparaisons de prix Suisse pays étrangers (cf. Tableau 6: Comparaisons de prix entre la Suisse et l'étranger)

Lampes frontales	Suisse	Allemagne	Autriche	France
Mammut Lucido TR1 Ambient Light	www.mammut.ch		www.ski-willy.at	www.alticoop.com
Black Diamond Icon	http://www.baechli-bergsport.ch/	www.bergfreunde.de	www.ski-willy.at	www.alticoop.com
Petzl Tikka XP2	http://www.baechli-bergsport.ch/	www.bergfreunde.de	www.ski-willy.at	www.alticoop.com
Casques				
Black Diamond Half Dome Helmet	http://www.outdoorstore.ch/	www.bergfreunde.de	www.ski-willy.at	http://www.solentbay.com
Mammut Skywalker 2	www.mammut.ch	www.bergfreunde.de	http://www.bergfuchs.at/	www.alticoop.com
Petzl Elios	http://www.outdoorstore.ch/	www.bergfreunde.de	http://www.bergfuchs.at/	www.alticoop.com
Harnais				
Black Diamond Couloir	http://www.eiselinsport.ch/	www.bergfreunde.de	http://www.bergfuchs.at/	http://www.cham3s.com/
Mammut Togir Slide	www.mammut.ch	www.bergfreunde.de	http://www.bergfuchs.at/	http://www.cham3s.com/
Petzl Luna	http://www.eiselinsport.ch/	www.bergfreunde.de	http://www.bergfuchs.at/	http://www.cham3s.com/
Sites visités le 24.02.2012				

Annexe 2: Part du chiffre d'affaires « sport » de Roger Guenat réalisé avec chacune des catégories de produits

	2006	2007	2008	2009	2010
Lampes frontales	[40-50] %	[40-50] %	[30-40] %	[40-50] %	[30-40] %
Harnais	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
Piolets/Crampons	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Mousquetons	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Cordes	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Poulies	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Casques	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Assureurs/descendeurs	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Accessoires	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Bloqueurs sur cordes	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Amarrages	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Sacs	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Longes	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Autres	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Source: Elaboration par le Secrétariat

B 2.2

2. GE Healthcare

Verfügung vom 23. Mai 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend GE Healthcare wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen 1) General Electric Company, in Fairfield, USA, 2) GE Healthcare GmbH, in Solingen, Deutschland, 3) GE Medical Systems (Schweiz) AG, in Glattbrugg vertreten durch [...].

A. Verfahren**A.1. Gegenstand der Untersuchung***Untersuchungseröffnung*

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 10. März 2015 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aufgrund einer Selbstanzeige der General Electric Company mit Sitz in Fairfield, Connecticut, USA (nachfolgend: GE), und der GE Healthcare GmbH mit Sitz in Solingen, Deutschland (nachfolgend: GEHC Deutschland), die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹. Die Selbstanzeige enthielt Anhaltspunkte dafür, dass Parallel- und/oder Direktimporte² von GE Ultraschallgeräten in die Schweiz durch Gesellschaften der GE behindert oder verhindert worden sind.

2. Eröffnet wurde die Untersuchung gegen die GE Medical Systems (Schweiz) AG (nachfolgend: GEHC Schweiz), welche die GE Ultraschallgeräte in der Schweiz vertreibt, und mit ihr konzernmässig verbundenen Gesellschaften. Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob die Verhaltensweisen der GEHC Schweiz und der mit ihr konzernmässig verbundenen Gesellschaften den Tatbestand unzulässiger Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen.

Untersuchungsadressatinnen

3. Untersuchungsadressatinnen sind GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz (nachfolgend gemeinsam: die Parteien). GEHC Deutschland und GEHC Schweiz sind Gesellschaften innerhalb der Geschäftsdivision GEHC. GEHC ist in verschiedenen Ländern tätig, einschliesslich der EWR-Mitgliedstaaten und der Schweiz. Die Geschäftsdivision verkauft unter anderem Medizinalprodukte und damit verbundene Dienstleistungen. Ihre Ultraschall-Einheit bietet Ultraschallausrüstung für die Kardiologie, Gynäkologie sowie für die innere Medizin und andere übliche Anwendungen (inkl. Veterinärmedizin) an.

[...]

Vertriebssystem von GEHC in Deutschland und der Schweiz

5. Bis zur Auflösung des angezeigten Verhaltens (vgl. unten, Rz 6 ff.) verkaufte GEHC Deutschland GE Ultraschallgeräte im Dualvertrieb sowohl direkt mit der eigenen Verkaufsorganisation als auch über unabhängige Vertriebspartner, [...]. [...]. In der Schweiz werden GE

Ultraschallgeräte im Humanbereich ausschliesslich über GEHC Schweiz vertrieben.

Angezeigtes Verhalten

6. Die Selbstanzeige betrifft Verhaltensweisen im Bereich des Vertriebs von gewissen Ultraschall-Medizinalprodukten der Produktgruppen „Women's Health“, „General Imaging“ und „Point of Care Ultraschall“. Ursprung und Schwerpunkt der gemeldeten Verhaltensweise lagen in Deutschland.

[...]

A.2. Prozessgeschichte

11. Am 4. April 2014 haben die Parteien beim Sekretariat eine Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 9 SVKG³ eingereicht. [...]

12. Am 10. März 2015 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die GEHC Schweiz und mit ihr konzernmässig verbundene Gesellschaften.

[...]

15. Am 20. August 2015 führte das Sekretariat mittels Fragebogen eine Marktbefragung von Ärztinnen und Ärzten in der Schweiz durch. Bis zum 16. November 2015 beantworteten sämtliche Marktteilnehmer die Auskunftsbefragungen des Sekretariats und diesbezügliche Nachfragen.

[...]

19. [...]. Am 2. März 2016 unterzeichneten die Parteien die vorliegende einvernehmliche Regelung (vgl. hinten, Rz 95).

20. Am 30. März 2016 brachte das Sekretariat seinen Antrag den Parteien zwecks Stellungnahme zur Kenntnis (Art. 30 Abs. 2 KG).

21. Mit Datum vom 28. April 2016 haben die Parteien eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eingereicht. Die Parteien haben darin beantragt:

- (1) [...]
- (2) [...] sowie
- (3) [...]

[...]. Die WEKO nimmt zu diesen Anträgen im Ergebnis Stellung (vgl. unten, Rz 111).

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

² Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler mit Sitz in der Schweiz über den inoffiziellen Kanal im Ausland GE Ultraschallgeräte beschaffen. Ein Einkauf von Schweizer Endkunden (z.B. Ärztinnen und Ärzten) im Ausland wird Direktimport genannt.

³ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

22. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz gehören zur GE-Gruppe. Die GE-Gruppe ist ein Konzern, welcher als solcher den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

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

24. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.⁴ Dabei ist der örtliche Anwendungsbereich nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts weit auszulegen, damit das Kartellgesetz nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird und damit sichergestellt werden kann, dass das Sekretariat überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob eine Abrede beschränkend wirkt. Erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen sei eine vertiefte Prüfung der Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen.⁵ Wenn GEHC Deutschland mittels Abreden mit ihren Vertriebspartnern in Deutschland Exporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.⁶ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. Ob Exporte in die Schweiz tatsächlich verhindert bzw. behindert wurden, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen

25. Gemäss Art. 6 VwVG⁷ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend stellt sich die Frage, an welche juristisch selbständige Konzerngesellschaft die Verfügung zu eröffnen ist.

26. Die in casu festgestellten absoluten Gebietsschutzabreden (vgl. hierzu unten, Rz 64) bestanden zwischen GEHC Deutschland und deren Vertriebspartnern in Deutschland. Auch GEHC Schweiz war an der kartellrechtsrelevanten Verhaltensweise beteiligt: [...]. Folglich sind sowohl GEHC Deutschland als auch GEHC Schweiz als Verfügungsadressatinnen zu qualifizieren. Im Übrigen ist auch GE [...] Verfügungsadressatin.

B.3. Vorbehaltene Vorschriften

27. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁸. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

B.4.1 Wettbewerbsabrede

30. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek⁹).

31. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung¹⁰ und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

B.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

32. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus,

⁴ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 535.

⁵ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 801 ff. E.2.3.10, *BMW/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 757 ff. E. 3.3.14.1, *Gaba/WEKO*.

⁶ Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, *Volkswagen-Vertriebssystem*.

⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁸ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer vom 28.1.2015, RPW 2015/1, 131, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

⁹ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

¹⁰ So etwa auch das Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 627, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.¹¹ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.¹²

33. GEHC Deutschland hat [...] verschiedene Verträge abgeschlossen, welche Klauseln enthalten, die geeignet sind, Exporte in die Schweiz zu verhindern oder zu behindern. Diese Klauseln werden nachfolgend einzeln beurteilt.

Verträge mit Händlern [...]

[...]

Verträge mit Händlern [...]

[...]

Vertriebsverträge mit [...] anderen, [...] Händlern ab [...]

[...]

B.4.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

55. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“ (vgl. oben, Rz 31). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.¹³ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.¹⁴

[...]

57. Somit waren die Abreden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern objektiv geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz zu verursachen und wurde eine solche damit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt.

B.4.1.3. Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen

58. In der Schweiz vertreibt GEHC Schweiz Ultraschallgeräte im Humanbereich ausschliesslich direkt mit der eigenen Verkaufsorganisation. In Deutschland verkauft GEHC Deutschland gewisse GE Ultraschallgeräte im Dualvertrieb, d.h. sowohl direkt mit der eigenen Verkaufsorganisation als auch über unabhängige Vertriebspartner. In Deutschland ist GEHC Deutschland somit sowohl auf der Hersteller- als auch auf der Händlerstufe tätig.

59. [...]. Mit anderen Worten handelte es sich bei den oben dargelegten Vertragsklauseln in Bezug auf die Schweiz um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen. [...]

B.4.1.4. Abredepartner

60. Die dargelegten Gebietsschutzabreden bestanden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern [...].

[...]

B.4.1.5. Abrededauer

[...]

B.4.1.6. Zwischenergebnis

64. Im Zeitraum [...] bestanden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern in Bezug auf die Schweiz vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Gegenstand der Wettbewerbsabreden war eine Zuweisung von Gebieten verbunden mit einem grundsätzlichen Verbot von Exporten an Abnehmer und Abnehmerinnen ausserhalb dieser Vertragsgebiete bzw. ausserhalb des Wirtschaftsraums der EU. [...]

B.4.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

65. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des 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.

B.4.2.1. Vorliegen von vertikalen Abreden über absoluten Gebietsschutz

66. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst auch Abreden, welche indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).¹⁵ [...]

67. Aus dem genannten Beweismaterial (vgl. oben, Rz 32 ff.) erhellt, dass die identifizierten vertikalen Wettbewerbsabreden auch passive Verkäufe in die Schweiz ausschlossen.

68. Somit stellten die Wettbewerbsabreden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern in Bezug auf die Schweiz vertikale Abreden über einen Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigten.

B.4.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

69. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist,

¹¹ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

¹² BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 11), Art. 4 Abs. 1 N 82.

¹³ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 11), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

¹⁴ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 11), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹⁵ Vgl. auch Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 801 ff. E.6.3, *BMW/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 779 E. 8.2.2, *Gaba/WEKO*.

ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek). Diese Gesamtbetrachtung erfordert vorab eine Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte.

B.4.2.2.1. Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

70. 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 VKU¹⁶ analog).¹⁷ Marktgegenseite sind vorliegend Ärztinnen und Ärzte mit Praxis in der Schweiz. Betroffen von den Gebietsschutzabreden waren Ultraschallgeräte der Produktgruppen „Women's Health“ (Gynäkologie: Voluson-Geräte), „General Imaging“ (Allgemeinmedizin: Logiq-Geräte) und „Point of Care Ultraschall“. Ob eine Marktsegmentierung nach Fachgebiet und allenfalls nach Preissegment (high-end/mid-range/low-end) vorzunehmen ist, wird mangels Einfluss auf das Resultat der Untersuchung (vgl. unten, Rz 110) offen gelassen.

Räumlich relevanter Markt

71. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). [...] Dies legt nahe, dass der räumlich relevante Markt eine mindestens nationale Dimension aufweist. Die genaue Marktabgrenzung kann mangels Einfluss auf das Untersuchungsergebnis (vgl. unten, Rz 110) jedoch offen gelassen werden.

B.4.2.2.2. Intra-Brand-Wettbewerb

Arbitragepotenzial

72. GEHC Schweiz vertreibt GE Ultraschallgeräte in der Schweiz direkt. Es gibt in der Schweiz somit keinen Intra-Brand-Wettbewerb zwischen Wiederverkäufern. Wettbewerbsdruck könnte indes durch Direktimporte von Schweizer Kundinnen und Kunden erfolgen. Das Arbitragepotenzial bei einem Bezug im Ausland, insbesondere Deutschland, ist dabei durchaus attraktiv: [...]

Direktimporte

73. [...]. Das Ausnützen der beschriebenen Arbitragepotenziale wurde damit behindert oder verhindert.

[...]

Fazit

79. Die obigen Ausführungen zeigen auf, dass der Druck aus dem Direktimportkanal trotz bestehenden attraktiven Arbitragepotenzials bescheiden war.

[...]

80. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass während der Abrededauer bei GE Ultraschallgeräten der Produktgruppen „Women's Health“, „General Imaging“ und „Point of Care Ultraschall“ kaum Intra-Brand-Wettbewerb bestand.

B.4.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

81. Die Parteien schätzen ihren Marktanteil in der Schweiz für Ultraschallgeräte der Gynäkologie im Jahr 2013 auf rund [...] % und für den Ultraschallgesamtmarkt auf [...] %. [...]

82. Ungeachtet der genauen Marktabgrenzung sind Toshiba Medical Systems AG, Philips AG, Siemens Schweiz AG, Aloka Holding Europe AG, Hitachi Medical Systems Switzerland und Echoworld weitere Wettbewerber in der Schweiz.

83. Aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 95) wird auf eine eingehende Analyse des Interbrand-Wettbewerbs verzichtet. Basierend auf die ausgewiesenen Marktanteile und das vorliegende Beweismaterial kann jedoch festgehalten werden, dass GEHC Schweiz in der Schweiz ein wichtiger Wettbewerber ist. Gleichzeitig bieten in der Schweiz nebst GEHC Schweiz eine Reihe von international tätigen Konzernen Ultraschallgeräte an. Dies legt nahe, dass im Bereich der Ultraschallgeräte in der Schweiz ungeachtet der genauen Marktabgrenzung Interbrand-Wettbewerb vorhanden ist.

B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

84. Während der Abrededauer bestand bei GE Ultraschallgeräten der Produktgruppen „Women's Health“, „General Imaging“ und „Point of Care Ultraschall“ kaum Intra-Brand-Wettbewerb. In Kombination mit dem vorhandenen Interbrand-Wettbewerb kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ungeachtet der genauen Marktabgrenzung jedoch widerlegt werden.

B.4.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

85. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

86. Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Ab. 1 KG vorliegt, sind gemäss Praxis der WEKO sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien in einer Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

¹⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁷ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

Qualitative Kriterien

87. Absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG sind qualitativ schwerwiegend (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek). Laut bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung kann beim Vorliegen solcher Abreden unabhängig von der Beurteilung allfälliger quantitativen Kriterien grundsätzlich auf die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede geschlossen werden.¹⁸ Da diese Rechtsprechung noch nicht rechtskräftig ist, wird nachfolgend – entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO – auch auf die vorliegend relevanten quantitativen Kriterien eingegangen.

Quantitative Kriterien

88. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;¹⁹ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).

89. Die WEKO hat im Entscheid «Gaba» Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit einer absoluten Gebietsschutzabrede nachzuweisen, in einer Gesamtbetrachtung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf den relevanten Produktmarkt.²⁰

90. Angewendet auf den vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass es sich bei GE um eine wohlbekannte Marke handelt, GE im Bereich der Ultraschallgeräte über beträchtliche Marktanteile verfügt (vgl. oben, Rz 81), im Untersuchungszeitraum beträchtliche Arbitragepotenziale vorhanden waren (vgl. oben, Rz 72) und der einzig mögliche Druck auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb via den Direktimportkanal während der Abrededauer behindert wurde (vgl. oben, Rz 73 ff.). Folglich ist davon auszugehen, dass die absoluten Gebietsschutzabreden quantitative Auswirkungen zeitigten und sie somit als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.4.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem

Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

92. Bei Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Vorliegend sind keine Gründe wirtschaftlicher Effizienz ersichtlich, die ein Exportverbot von GE Ultraschallgeräten in die Schweiz rechtfertigen würden. Namentlich liegt keiner der in Ziff. 16 Abs. 4 VertBek enthaltenen Rechtfertigungsgründe vor. Die Parteien haben im Verfahren auch keinen Rechtfertigungsgrund geltend gemacht.

B.4.5. Ergebnis

93. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kann der Sachverhalt kartellrechtlich gewürdigt werden. An die anders lautende Vorbemerkung b) zur einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 95) ist die WEKO nicht gebunden. Das Ergebnis lautet wie folgt:

- Im Zeitraum [...] bestanden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern in Bezug auf die Schweiz vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. [...]
- In Bezug auf die Schweiz stellten diese Wettbewerbsabreden absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigten (vgl. oben, Rz 68).
- Ungeachtet der genauen Marktabgrenzung kann die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. oben, Rz 84).
- Die absoluten Gebietsschutzabreden sind qualitativ schwerwiegend. Es ist davon auszugehen, dass sie auch in quantitativer Hinsicht Auswirkungen zeitigten und somit als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sind (vgl. oben, Rz 90).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 92). Somit stellen die absoluten Gebietsschutzabreden in Bezug auf die Schweiz unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

¹⁸ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 801 ff. E.9.1.4 f., *BMW/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, *Gebro/WEKO*.

¹⁹ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

²⁰ Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

B.5. Massnahmen

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

B.5.1. Einvernehmliche Regelung

95. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 2. März 2016 mit den Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 19). Diese lautet wie folgt:

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0448: GE Healthcare zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend wird die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung beträchtlich reduziert werden. Insbesondere findet keine abschliessende Klärung der rechtlichen Zulässigkeit der fraglichen Verhaltensweisen statt.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0448: GE Healthcare bildenden möglichen Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz haben eine Selbstanzeige eingereicht. Daher wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, auf eine Belastung von GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz mit einer Sanktion zu verzichten (Art. 49a Abs. 2 KG).
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, halten GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Verzicht auf eine Belastung mit einer Sanktion gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. b) und c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die verhältnismässig entstandenen Verfahrenskosten

zu Lasten von GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz.

Vereinbarungen

1. Nachstehende Vereinbarungen gelten für sämtliche Ultraschall-Medizinalprodukte von GE in folgenden Bereichen: „Women's Health“, „General Imaging“ und „Point of Care Ultraschall“.
2. GEHC Deutschland und GEHC Schweiz verpflichten sich, passive Verkäufe von GE-Ultraschall-Medizinalprodukten gemäss Ziffer 1 von deutschen Händlern in die Schweiz inskünftig durch Abreden nicht auszuschliessen.
3. Zu diesem Zweck verpflichtet sich GEHC Deutschland, sämtliche Verträge mit ihren Vertriebspartnern nötigenfalls so anzupassen bzw. durch die Klarstellung eines allfällig unklaren Wortlauts so zu ergänzen, dass diese GE-Ultraschall-Medizinalprodukte gemäss Ziffer 1 auf entsprechende Anfrage hin an Kunden oder Händler in der Schweiz verkaufen dürfen (passive Verkäufe).

96. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die vorliegende zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

97. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.²¹

B.5.2. Keine Sanktionierung

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

99. Die vorliegende Untersuchung wurde basierend auf einer Selbstanzeige der Parteien eröffnet (vgl. oben, Rz 1). Sie haben ihre Beteiligung an der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung anzeigt und als Erste Informationen geliefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation).

²¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

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

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

[...]

102. Somit sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG erfüllt und wird darauf verzichtet, die Parteien mit einer Sanktion zu belasten.

C. Kosten

103. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

104. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde. Vorliegend haben die Verfügungsadressatinnen das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen ist daher zu bejahen.

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

106. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- [...] Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF [...]
- [...] Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF [...]
- [...] Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF [...]

107. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF [...].

108. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV²³ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht wer-

den, zu erstatten. Dieser Aufwand belief sich vorliegend auf CHF [...].

109. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] gehen vollumfänglich zu Lasten von GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz.

D. Ergebnis

110. Zusammenfassend kommt das Sekretariat gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Im Zeitraum [...] bestanden zwischen GEHC Deutschland und ihren deutschen Vertriebspartnern in Bezug auf die Schweiz vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. [...]
- In Bezug auf die Schweiz stellten diese Wettbewerbsabreden absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigten (vgl. oben, Rz 68).
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden (vgl. oben, Rz 84).
- Die absoluten Gebietsschutzabreden sind qualitativ schwerwiegend. Es ist davon auszugehen, dass sie auch in quantitativer Hinsicht Auswirkungen zeitigten und somit als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sind (vgl. oben, Rz 90).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 92). Somit stellen die absoluten Gebietsschutzabreden in Bezug auf die Schweiz unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- Die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG sind gegeben. Somit wird den Parteien die Sanktion vollständig erlassen (vgl. oben, Rz 102).
- Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. oben, Rz 109).

111. Aufgrund dieses Ergebnisses kann die WEKO die Anträge in der Stellungnahme der Parteien (vgl. oben, Rz 21) folgendermassen beantworten:

[...]

²² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²³ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von General Electric Company, GE Healthcare GmbH, GE Medical Systems (Schweiz) AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 2. März 2016 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. Rz 95):

1. Nachstehende Vereinbarungen gelten für sämtliche Ultraschall-Medizinalprodukte von GE in folgenden Bereichen: „Women's Health“, „General Imaging“ und „Point of Care Ultraschall“.
2. GEHC Deutschland und GEHC Schweiz verpflichten sich, passive Verkäufe von GE-Ultraschall-Medizinalprodukten gemäss Ziffer 1 von deutschen Händlern in die Schweiz inskünftig durch Abreden nicht auszuschliessen.
3. Zu diesem Zweck verpflichtet sich GEHC Deutschland, sämtliche Verträge mit ihren Vertriebspartnern nötigenfalls so anzupassen bzw.

durch die Klarstellung eines allfällig unklaren Wortlauts so zu ergänzen, dass diese GE-Ultraschall-Medizinalprodukte gemäss Ziffer 1 auf entsprechende Anfrage hin an Kunden oder Händler in der Schweiz verkaufen dürfen (passive Verkäufe).

2. Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 4 KG).
3. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], belaufen sich insgesamt auf CHF [...]. Sie werden vollumfänglich GE, GEHC Deutschland und GEHC Schweiz auferlegt.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - General Electric Company, in Fairfield, USA
 - GE Healthcare GmbH, in Solingen, Deutschland
 - GE Medical Systems (Schweiz) AG, in Glattbruggvertreten durch [...].

B 2.2	3. Nikon AG	
--------------	--------------------	--

Verfügung vom 28. November 2011 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Nikon wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen 1. Nikon AG, in Egg, vertreten durch [...], 2. Digitec AG, in Zürich

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	443			
A.1 Gegenstand der Untersuchung	443	B.3.2.1.5. Abredepartner		480
A.2 Verfahren	444	B.3.2.1.6. Abrededauer		481
B. Erwägungen	448	B.3.2.1.7. Untersuchungsadressaten		482
B.1. Geltungsbereich	448	B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG		484
B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich	448	B.3.2.2.1. Relevante Märkte		484
B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich	448	B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte		484
B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich	449	B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte		488
B.2. Vorbehaltene Vorschriften	449	B.3.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb		490
B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten	452	B.3.2.2.2.1. Arbitragemöglichkeit		490
B.3.1. Wettbewerbsabrede	452	B.3.2.2.2.2. Parallelimporte		497
B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	452	B.3.2.2.2.3. Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service		501
B.3.1.1.1. Vertragsklauseln	452	B.3.2.2.2.4. Fazit		502
B.3.1.1.1.1. Inländische Vertriebsverträge von Nikon Schweiz	452	B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb		502
B.3.1.1.1.2. Ausländische Vertriebsverträge der Nikon Gruppe	454	B.3.2.2.3.1. Aktueller Wettbewerb		502
B.3.1.1.2. Vereinbarungen ausserhalb von Verträgen	458	B.3.2.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb		508
B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	461	B.3.2.2.3.3. Fazit		509
B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	463	B.3.2.3. Zwischenergebnis		509
B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten	463	B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs		510
B.3.2.1.1. Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten	463	B.3.3.1. Qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs		510
B.3.2.1.2. Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner	464	B.3.3.2. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs		511
B.3.2.1.3. Fazit	471	B.3.3.3. Fazit		514
B.3.2.1.4. Umsetzung des vertraglichen Gebiets-schutzes	471	B.3.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen		515
B.3.2.1.4.1. Umsetzung der Bezugsbeschränkungen und Exportverbote	471	B.3.5. Ergebnis		515
B.3.2.1.4.2. Einführung „Swiss Garantie“	477	B.4. Sanktionierung		516
B.3.2.1.4.3. Selektivvertrieb von Nikon Schweiz	479	B.4.1. Allgemeine Ausführungen		516
B.3.2.1.4.4. Fazit	480	B.4.1.1. Einleitung		516
		B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG		516
		B.4.1.2.1. Unternehmen		516
		B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise		516
		B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit		517
		B.4.1.2.4. Ergebnis		519
		B.4.2. Sanktionsbemessung		519
		B.4.2.1. Einleitung und gesetzliche Grundlagen		519
		B.4.2.2. Sanktionsbemessung für Nikon		519
		B.4.2.2.1. Maximalsanktion		519

B.4.2.2.2.	Konkrete Bemessung	519
B.4.2.2.2.1.	Basisbetrag	520
B.4.2.2.2.2.	Dauer des Verstosses	521
B.4.2.2.2.3.	Erschwerende und mildernde Umstände	521
B.4.2.2.2.4.	Ergebnis	522
B.5.	Ergebnis	522
C.	Kosten	523
D.	Dispositiv	523
E.	Anhänge	524
E.1.	Internationaler Preisvergleich Bezugspreise Distributoren	524
E.2.	Internationaler Preisvergleich Bezugspreise Retailhändler	526
E.3.	Internationaler Preisvergleich Endverkaufspreise	530
E.4.	Parallelhandelstätigkeiten mit Nikon Imaging Produkten	531
E.5.	Intrabrand-Preiswettbewerb Nikon Imaging Produkte	534

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Am 18. Februar 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Anzeige der liechtensteinischen Wahl Trading AG (nachfolgend: Wahl Trading) ein. In der Anzeige machte Wahl Trading namentlich geltend, dass die Nikon AG in Egg (nachfolgend: Nikon oder – falls der Verständlichkeit dienlich – Nikon Schweiz) ihren Distributoren Export- und Importgeschäfte verbiete, Lieferungen an Parallelimporteure verhindere und Kunden der Parallelimporteure dazu anhalte, nicht mehr bei diesen zu beziehen. Darüber hinaus habe Nikon im August 2009 eine erweiterte Garantie für Kunden von Nikon Schweiz namens „Nikon Swiss Garantie“ eingeführt, welche für parallel importierte Produkte keine Gültigkeit habe. Der Kunde könne diese Garantie nur dann in Anspruch nehmen, wenn er sich nach dem Kauf online bei Nikon registriere und dabei die Seriennummer des gekauften Geräts angebe. Anhand der Seriennummer könne Nikon die Identität des Händlers feststellen, über welchen das Produkt bezogen wurde, und Parallelhändler entsprechend disziplinieren.

2. Mit anderen Worten soll Nikon laut Anzeige unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, welche die Behinderung von Parallelimporten¹ von Nikon Produkten (nachfolgend: Nikon Imaging Produkte)² in die Schweiz zum Gegenstand haben. Einen Tag vor Eingang der Anzeige war derselbe Vorwurf gegenüber Nikon bereits in der Sendung „Rundschau“ des Schweizer Fernsehens thematisiert worden.

3. Das Unternehmen Nikon ist eine weltweit tätige Unternehmensgruppe mit Hauptsitz in Tokio, Japan. Nikon verfügt in Europa im Bereich Imaging über neun Niederlassungen – darunter die Schweizer Niederlassung mit

Sitz in Egg –, welche alle der Europazentrale Nikon Europe BV in Amsterdam unterstellt sind. Die europäischen Niederlassungen wie auch die Europazentrale befassen sich ausschliesslich mit der Vermarktung und dem Vertrieb von Nikon Imaging Produkten in Europa.

4. Wahl Trading mit Sitz in Mauren, Fürstentum Liechtenstein (nachfolgend: Liechtenstein), ist eine Grosshändlerin, die Kameras, Objektive, Filme, Speicherkarten und Zubehör (Batterien, Blitzgeräte, Drucker und Druckerzubehör etc.) verschiedener Marken (BenQ, Canon, Casio, Fujifilm, Kodak, Nikon, Olympus, Panasonic, Polaroid, Sigma, Sony, Tamron etc.) an den Fotohandel in der Schweiz (Fotogeschäfte, Fotolabors, Fotostudios etc.) sowie an Berufsfotografen vertreibt.³

5. Im Nachgang der erwähnten Sendung „Rundschau“ vom 17. Februar 2010 (siehe oben Rz 2) ging beim Sekretariat am 1. März 2010 telefonisch eine Anzeige der [...] (nachfolgend: [...]) betreffend eine angebliche Behinderung des Parallelhandels durch Nikon ein. Zudem schickte [...] am 17. März 2010 und 22. April 2010 diesbezügliche Unterlagen an das Sekretariat. [...], mit Sitz in [...], handelt (Import/Export) mit Rohstoffen und Fertigfabrikaten wie Imaging Produkten, u.a. der Marken Canon, Ilford und Nikon.⁴

6. Die von [...] angezeigte Verhaltensweise betraf im Wesentlichen ein vor dem Verfügungsgericht Den Haag erfolgreich geführtes Zivilverfahren der deutschen Nikon Niederlassung Nikon GmbH gegen [...] und weitere Gesellschaften wegen Markenrechtsverletzungen durch Parallelimporte von Imaging Produkten aus Ländern ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) in den EWR.⁵ Denselben Rechtsweg haben auch Konkurrenten von Nikon (Canon und Tamron) erfolgreich beschritten. Die gerichtliche Durchsetzung von Markenrechten im EWR verstösst nicht gegen Schweizer Kartellrecht. Darüber hinaus ergaben sich auch sonst im Laufe des Verfahrens keine Anhaltspunkte, dass die angezeigte Verhaltensweise eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG⁶ darstellen könnte. Vor diesem Hintergrund fand die Anzeige von [...] in

¹ Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Schweizer Händler Produkte über den inoffiziellen Kanal – d.h. nicht über die Ländergesellschaft des Herstellers bzw. dessen offiziellen Generalimporteure – im Ausland beschaffen. Siehe auch Fn 21.

² Die hier relevanten Nikon Produkte werden nachfolgend mit „Nikon Imaging Produkte“ bezeichnet, da Nikon nebst Fotografie-Erzeugnissen auch noch andere Produkte (Präzisionswerkzeuge wie Hochleistungsmikroskope) anbietet.

³ Vgl. <http://www.wahl-trading.ch/>.

⁴ Vgl. [...].ch/ sowie www.zefix.ch.

⁵ In der Europäischen Union (EU) gilt im Markenrecht der Grundsatz der regionalen Erschöpfung. Gemäss diesem Grundsatz sind die Markenrechte für den EWR nicht erschöpft, wenn das Markenprodukt mit Genehmigung des Markeninhabers in einem Land ausserhalb des EWR in Verkehr gebracht wird. Das Inverkehrbringen von Produkten der Marke Nikon im EWR erforderte mit anderen Worten die Genehmigung von Nikon, über welche [...] nicht verfügte. Im Gegensatz zur EU gilt in der Schweiz im Markenrecht der Grundsatz der internationalen Erschöpfung, welcher eine Verhinderung von Parallelimporten basierend auf Markenrecht nicht zulässt.

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

der vorliegenden Untersuchung keine eingehende Berücksichtigung.

7. Gestützt auf die Anzeige von Wahl Trading eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) am 24. März 2010 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Nikon AG, Egg, und weitere an den Abreden beteiligte Unternehmen. Am selben Tag wurde am Sitz von Nikon in Egg, Zürich, eine Hausdurchsuchung durchgeführt.

8. Mit der Untersuchung wird geprüft, ob Nikon Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten behindert oder verhindert hat. Konkret werden die Vertriebsverträge von Nikon auf gebietsabschottende Klauseln hin sowie eine allfällige Einflussnahme von Nikon auf Parallelhändler untersucht. Berücksichtigung findet dabei auch das selektive Vertriebssystem, welches Nikon im September 2009 einführte, da selektive Vertriebssysteme eine unterstützende Massnahme zur Abschottung von Märkten darstellen können. In diesem Zusammenhang wird auch die Rolle des Garantieprogramms „Nikon Swiss Garantie“ analysiert.

9. Zudem wird der Frage nachgegangen, ob eine allenfalls bestehende gebietsabschottende Strategie von Nikon einen volkswirtschaftlichen Schaden verursachte, indem diese Strategie zu einem reduzierten Preisdruck und deshalb zu einem höheren Preisniveau in der Schweiz führte, verglichen mit einer Situation ohne Gebietsabschottung. Hierzu ist vorab anzumerken, dass Imaging Produkte infolge des technischen Fortschritts während ihrer Lebensdauer typischerweise immer billiger werden. Ein durch absoluten Gebietsschutz bewirktes überhöhtes Preisniveau kann in solchen Konstellationen deshalb auch bei sinkenden Preisen auftreten; die Preise sinken in solchen Fällen einfach weniger schnell bzw. in einem geringeren Ausmass als dies bei uneingeschränktem Wettbewerb der Fall wäre.

10. Zusammengefasst wird in der Untersuchung analysiert, ob die von Nikon praktizierten Verhaltensweisen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in Form einer Behinderung oder Verhinderung von Parallelimporten nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellen.

A.2. Verfahren

11. Nachdem am 17. Februar 2010 in der „Rundschau“ des Schweizer Fernsehens bereits ein entsprechender Beitrag ausgestrahlt worden war, ging beim Sekretariat am Nachtag eine Anzeige von Wahl Trading betreffend die Behinderung von Parallelimporten von Nikon Imaging Produkten in die Schweiz ein. Gleichzeitig beantragte Wahl Trading bei der Wettbewerbskommission (WEKO), Nikon mittels vorsorglicher Massnahmen zu verbieten, während der Dauer des Untersuchungsverfahrens den Parallelimport und den Direktvertrieb zu untersagen oder zu erschweren.

12. Infolge der erwähnten Fernseh-Sendung (siehe oben Rz 2) ging beim Sekretariat am 1. März 2010 telefonisch eine Anzeige von [...] betreffend eine angebliche Behinderung von Parallelhandel durch Nikon ein. Zudem schickte [...] am 17. März 2010 diesbezügliche Unterlagen an das Sekretariat.

13. Am 3. März 2010 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit Vertretern von Wahl Trading statt. Anlässlich dieses Gesprächs wurden die Inhalte der Anzeige diskutiert und offene Fragen geklärt. Dazu gehörte die Präzisierung der Vertreter von Wahl Trading, dass das Arbitragepotenzial bei parallel importierten Nikon Imaging Produkten ca. 30 % betragen würde.

14. Gestützt auf die Anzeige von Wahl Trading eröffnete das Sekretariat am 24. März 2010 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Nikon und weitere an den Abreden beteiligte Unternehmen wegen möglicher Behinderungen von Parallelimporten von Nikon Imaging Produkten. Am selben Tag wurde am Sitz von Nikon in Egg, Zürich, eine Hausdurchsuchung durchgeführt.

15. Am 25. März 2010 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mittels Medienmitteilung über die Untersuchungseröffnung.

16. Am 26. März 2010 reichte Wahl Trading beim Sekretariat einen Nachtrag zu ihrer Anzeige vom 18. Februar 2010 ein und beantragte Parteistellung im Untersuchungsverfahren.

17. Mit Schreiben vom 29. März 2010 informierte das Sekretariat Wahl Trading über die Untersuchungseröffnung.

18. Am 29. März 2010 wurden die von Wahl Trading um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Anzeige sowie der diesbezügliche Nachtrag vom 26. März 2010 an die Rechtsvertreter von Nikon zur Stellungnahme gesandt.

19. Am 8. April 2010 informierte das Sekretariat die japanische Wettbewerbsbehörde (Japan FTC) über die Untersuchungseröffnung. Eine entsprechende Information ist gemäss Art. 12 Implementing Agreement des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und Japan (Swiss-Japanese FTEPA) vorgesehen.

20. Mit Schreiben vom 12. April 2010 informierten die Rechtsvertreter von Nikon das Sekretariat darüber, dass Nikon auf eine Siegelung der anlässlich der Hausdurchsuchung vom 24. März 2010 provisorisch gesiegelten Dokumente verzichte.

21. Am 13. April 2010 gab das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt und gleichentags im Bundesblatt bekannt.

22. Mit Schreiben vom 13. April 2010 beantragten die Rechtsvertreter von Nikon beim Sekretariat, Nikon sei Einsicht in ungeschwärzte Versionen der Anzeige von Wahl Trading (inkl. Beilagen) und des Nachtrags vom 26. März 2010 (inkl. Beilagen) zu gewähren. Eventualiter wurde beantragt, ihrer Mandantin sei Einsicht in Versionen der erwähnten Eingaben zu gewähren, wobei in diesen Versionen sämtliche Informationen, die keine Geschäftsgeheimnisse darstellen, offenzulegen seien und der Inhalt der Geschäftsgeheimnisse in einer Weise zu umschreiben sei, dass Nikon ihr Akteneinsichtsrecht wirksam ausüben könne.

23. Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 15. April 2010, dass Wahl Trading aufgefordert würde, dem Sekretariat bis zum 23. April 2010 Versionen ihrer Eingaben im Sinne des Eventualantrags der Rechtsvertreter von Nikon zukommen zu lassen.

24. Mit Schreiben vom 15. April 2010 informierte das Sekretariat Wahl Trading darüber, dass ihr keine Parteilstellung nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Bst. b und c VwVG⁷ zukomme. Jedoch wurde Wahl Trading als direktbetroffene Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG qualifiziert. Gleichzeitig wurde der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen abgelehnt, da das Sekretariat die Voraussetzungen hierfür als nicht erfüllt betrachtete. Im Übrigen forderte das Sekretariat Wahl Trading auf, im Sinne des Eventualantrags von Nikon in ihrer Anzeige vom 17. Februar 2010 und im entsprechenden Nachtrag vom 26. März 2010 lediglich solche Informationen als Geschäftsgeheimnis zu deklarieren, welche laut Merkblatt der WEKO zu Geschäftsgeheimnissen auch tatsächlich als solche zu qualifizieren sind.

25. Am 22. April 2010 reichte [...] die schriftliche Anzeige gegen Nikon ein. Gleichentags informierte Wahl Trading das Sekretariat darüber, welche Produkte von der angeblichen Behinderung von Parallelimporten betroffen waren.

26. Am 27. April 2010 wurden den Rechtsvertretern von Nikon die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Anzeige von [...] und ein Fragebogen zugestellt mit Frist zur Stellungnahme bzw. Beantwortung bis zum 28. Mai 2010. Dieselbe Frist wurde in diesem Schreiben für die Stellungnahme auf die Anzeige von Wahl Trading vom 17. Februar 2010 und den diesbezüglichen Nachtrag vom 26. März 2010 angesetzt.

27. Am 4. Mai 2010 sandte das Sekretariat Nikon die überarbeiteten Versionen der um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Anzeige von Wahl Trading vom 17. Februar 2010 und des diesbezüglichen Nachtrags vom 26. März 2010 zu.

28. Mit Schreiben vom 11. Mai 2010 beantragten die Rechtsvertreter von Nikon, es sei erstens durch Verfügung festzustellen, welche der noch geschwärzt verbleibenden Angaben und Dokumente in der Anzeige von Wahl Trading (samt Nachtrag und Beilagen) Geschäftsgeheimnisse der Anzeigerin darstellten. Zweitens beantragen sie Einsicht in jene Informationen der bisher geschwärzten Dokumente, die keine Geschäftsgeheimnisse darstellten. Drittens wurde beantragt, der wesentliche Inhalt der verbleibenden Geschäftsgeheimnisse sei so zu umschreiben, dass Nikon ihr Recht auf Akteneinsicht wirksam ausüben könne.

29. Mit Schreiben vom 14. Mai 2010 lehnte das Sekretariat den Antrag auf Erlass der geforderten Verfügung ab und informierte die Rechtsvertreter von Nikon darüber, dass es die von Wahl Trading gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse ebenfalls als solche qualifiziere. Gleichzeitig bot das Sekretariat an, den wesentlichen Inhalt der Geschäftsgeheimnisse in Absprache mit Wahl Trading so zu umschreiben, dass er für Nikon erkenntlich werde, ohne dass Geschäftsgeheimnisse preisgegeben würden. Zudem erstreckte das Sekretariat die Frist zur Stellungnahme von Nikon auf die Anzeigen von

[...] und Wahl Trading (inkl. Nachtrag) bis zum 11. Juni 2010.

30. Mit Schreiben vom 17. Mai 2010 unterbreitete das Sekretariat Wahl Trading einen Vorschlag, wie die wesentlichen Inhalte der geschwärzten Passagen in der Anzeige vom 17. Februar 2010 und dem diesbezüglichen Nachtrag vom 26. März 2010 umschrieben werden könnten.

31. Mit Schreiben vom 31. Mai 2010 stellte das Sekretariat den Rechtsvertretern von Nikon die Versionen der Anzeige von Wahl Trading vom 17. Februar 2010 und dem diesbezüglichen Nachtrag vom 26. März zu, in welchen der Inhalt der verbleibenden Geschäftsgeheimnisse in Absprache mit Wahl Trading so weit möglich umschrieben wurden. Gemäss Stellungnahme von Nikon zum Antrag des Sekretariats vom 25. Juli 2011 (nachfolgend: Stellungnahme) müsse der Inhalt der geschwärzten Angaben vollständig offenbart werden und nicht nur soweit möglich. Andernfalls dürfe nicht zum Nachteil von Nikon darauf abgestützt werden, weil dadurch das rechtliche Gehör verletzt würde. Diese Kritik stösst ins Leere: Die geschwärzten Stellen in der Anzeige von Wahl Trading beinhalten Namen, Adressen und Umsatzangaben von bestehenden oder potenziellen Geschäftspartnern und damit Informationen, die in analoger Anwendung von Art. 162 StGB⁸ und der einschlägigen Praxis der WEKO als Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden.⁹

32. Zwischen dem 29. Juni und 26. August 2010 wurden in den Räumlichkeiten des Sekretariats an verschiedenen Terminen in Anwesenheit der Rechtsvertreter von Nikon die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 24. März 2010 elektronisch beschlagnahmten Dokumente gesichtet. Die Rechtsvertreter erhielten dabei Gelegenheit, das ausgewählte Beweismaterial zu kopieren.

33. Am 12. Juli 2010 reichten die Rechtsvertreter von Nikon nach zweimaliger Fristerstreckung die Antwort auf den Fragebogen des Sekretariats vom 27. April 2010, die Stellungnahme zur Anzeige von Wahl Trading (inkl. Nachtrag) sowie die Stellungnahme zur Anzeige von [...] ein.

34. Mit Schreiben vom 27. Juli 2010 bat das Sekretariat Wahl Trading um Auskünfte betreffend das vorhandene Arbitragepotenzial von Nikon Imaging Produkten. Wahl Trading hat die entsprechenden Auskünfte mit Eingabe vom 19. August 2010 erteilt.

⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, (StGB; SR 311.0).

⁹ Vgl. Merkblatt der Wettbewerbskommission vom 30.04.2008: Geschäftsgeheimnisse, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de (28.11.2011).

35. Am 1. September 2010 sandte das Sekretariat jeweils einen Fragebogen an einen Händler von Nikon Imaging Produkten in Grossbritannien und zwei in den USA mit entsprechender Benachrichtigung der dort zuständigen Wettbewerbsbehörden. Die Frist zur Beantwortung der Fragen wurde auf den 22. September 2010 angesetzt.

36. Mit Schreiben vom 29. September 2010 stellten die Rechtsvertreter von Nikon dem Sekretariat die neuen Einzelhandelsverträge, welche per 1. Oktober 2010 Gültigkeit hatten, zu. Das Schreiben wurde von den Rechtsvertretern explizit nicht als Meldung i.S.v. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG deklariert. Sie baten das Sekretariat allerdings um Mitteilung allfälliger Bedenken gegen Aspekte der neuen Vertragsgrundlagen.

37. Mit E-Mail vom 4. Oktober 2010 sandte das Sekretariat Mahnungen an ausländische Händler mit Nikon Imaging Produkten, die mit Schreiben vom 1. September 2010 um Auskunft gebeten worden waren. Auf diese Mahnschreiben reagierte keiner der angeschriebenen Marktteilnehmer. Von Auskunftsverfügungen wurde abgesehen. Die Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG ist zwar mit Sanktionen bedroht (Art. 52 und 55 KG), gegenüber ausländischen Marktteilnehmern sind allfällige Auskunftsverpflichtungen mangels internationaler Kooperationsabkommen zurzeit jedoch nicht durchsetzbar.

38. Gleichentags sandte das Sekretariat Fragebögen an 16 weitere ausländische Händler in Deutschland (elf Händler), Grossbritannien (vier Händler) und den USA (ein Händler) mit entsprechender Benachrichtigung der dort zuständigen Wettbewerbsbehörden. Insgesamt haben sechs ausländische Händler die Auskunftsbegehren beantwortet oder darauf reagiert. Basierend auf die eingegangenen Antworten stellte das Sekretariat einem Händler mit E-Mail vom 9. Dezember 2010 eine Anschlussfrage.

39. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2010 informierte das Sekretariat die Digitec AG (nachfolgend: Digitec), eine Händlerin mit Produkten und Dienstleistungen im Bereich der Informations-, Computer- und Kommunikationstechnologie mit Sitz in Zürich¹⁰, dass die Untersuchung auf sie ausgedehnt worden sei. Der Grund für die Verfahrensausdehnung waren bei der Sichtung der beschlagnahmten Dokumente gefundene Anhaltspunkte, dass Digitec sich gegenüber Nikon Ende 2009 verpflichtete, unter bestimmten Bedingungen auf Parallelhandel zu verzichten. Dies stellt möglicherweise eine unzulässige Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar. Gleichzeitig wurde Digitec ein Fragebogen zugestellt mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 8. November 2010.

40. Am 6. Oktober 2010 versandte das Sekretariat 47 Fragebögen an Schweizer Gross- und Einzelhändler von Nikon Imaging Produkten und 10 Fragebögen an Hersteller von Imaging Produkten mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 8. November 2010. Einer der angeschriebenen Hersteller (Panasonic) wies das Sekretariat mit Schreiben vom 14. Oktober 2010 darauf hin, dass in der Schweiz ein Generalimporteur für die Distribution von Panasonic Imaging Produkten zuständig sei. Gleichentags sandte das Sekretariat den Fragebogen an

den genannten Generalimporteur mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 12. November 2010. Sämtliche inländischen Marktteilnehmer haben den Fragebogen beantwortet oder darauf reagiert. Bei einigen Schweizer Marktteilnehmern stellte das Sekretariat nach Eingang der Antworten Anschlussfragen.

41. Am 6. Oktober 2010 informierte das Sekretariat die Rechtsvertreter von Nikon über die Verfahrensausdehnung auf Digitec.

42. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2010 stellte Wahl Trading dem Sekretariat die neuen Zulassungskriterien von Nikon für autorisierte Einzelhändler im Selektivvertrieb zu und wies darauf hin, dass Nikon nach wie vor beabsichtige, vertraglich Parallelimporte zu verhindern.

43. Am 11. Oktober 2010 sandte das Sekretariat Fragebögen an vier Hersteller von Imaging Produkten in Deutschland mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 12. November 2010. Gleichzeitig wurde das deutsche Bundeskartellamt über den Versand der Fragebögen benachrichtigt. Zwei der angeschriebenen Hersteller (Tamron und Sigma) teilten dem Sekretariat mit Schreiben vom 14. Oktober 2010 und vom 22. Oktober 2010 mit, dass sie für den Schweizer Markt nicht zuständig seien und verwiesen an deren Schweizer Generalimporteure. Das Sekretariat sandte die Fragebögen in der Folge an die genannten Generalimporteure, welche sie beantworteten. Zudem bat das Sekretariat die Hersteller in Deutschland, ausgewählte Fragen dennoch zu beantworten. Die anderen zwei angeschriebenen Hersteller in Deutschland haben auf das Auskunftsbegehren des Sekretariats nicht reagiert.

44. Am 11. Oktober 2010 sandte das Sekretariat zudem einen Fragebogen an einen Hersteller von Imaging Produkten in der französischsprachigen Schweiz mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 12. November 2010.

45. Gleichentags teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern von Nikon mit, welche Bestimmungen in den neuen Einzelhandelsverträgen es nach einer summarischen Würdigung als kartellrechtlich problematisch einstufte. Am 21. Oktober 2010 wurden die fraglichen Klauseln anlässlich eines Gesprächs in den Räumlichkeiten des Sekretariats mit Vertretern von Nikon besprochen.

46. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 stellten die Rechtsvertreter von Nikon dem Sekretariat die überarbeiteten Einzelhandelsverträge zu. Mit Schreiben vom 4. November 2010 teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern von Nikon sein diesbezügliches Feedback mit und wies erneut darauf hin, dass die überarbeiteten neuen Händlerverträge erst im Antrag an die WEKO zusammen mit den bereits eingereichten Verträgen, den beschlagnahmten Dokumenten und den übrigen Ergebnissen der Ermittlungen in einer Gesamtbetrachtung endgültig gewürdigt werden könnten. Mit Schreiben vom 15. November 2010 stellten die Rechtsvertreter von Nikon dem Sekretariat die definitiv angepassten Versionen der neuen Einzelhandelsverträge zu, mit denen Nikon im Rahmen ihres Selektivvertriebssystems per 1. Oktober 2010 neue Händler Typen einführte.

¹⁰ Vgl. www.zefix.ch.

47. Mit Schreiben vom 16. November 2010 sandte das Sekretariat Mahnschreiben an jene inländischen Marktteilnehmer, welche die Antworten auf den Fragebogen nicht fristgemäss eingereicht oder keine entsprechende Fristverlängerung beantragt hatten, und setzte eine neue Frist per 30. November 2010.

48. Am 22. November 2010 schickte das Sekretariat Mahnschreiben an die ausländischen Marktteilnehmer, welche auf den mit Schreiben vom 4. Oktober 2010 verschickten Fragebogen nicht reagiert hatten, und setzte eine neue Frist bis zum 3. Dezember 2010.

49. Mit Eingabe vom 23. November 2010 reichte Digitec einen Nachtrag zum Fragebogen der WEKO ein, in welchem Digitec darlegte, weshalb aus ihrer Sicht keine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Digitec und Nikon vorlag.

50. Am 30. November 2010 sandte das Sekretariat einen Fragebogen an Wahl Trading mit Frist zur Beantwortung der Fragen bis zum 3. Januar 2011. Basierend auf den eingegangenen Antworten stellte das Sekretariat einem Vertreter von Wahl Trading am 13. Januar 2011 telefonisch einige Anschlussfragen.

51. Am 7. Dezember 2010 fand auf Initiative von Nikon hin ein Gespräch zwischen Vertretern des Sekretariats und Nikon in den Räumlichkeiten des Sekretariats statt. Anlässlich dieser Besprechung legten die Rechtsvertreter von Nikon dar, dass sie [...] eine Anfrage von Wahl Trading zur Aufnahme in den Selektivvertrieb von Nikon als Grosshändler ablehnen wollten. Anlässlich dieses Gesprächs kam auch die Frage auf, weshalb die Unternehmen der [...] ¹¹ nicht in das selektive Vertriebssystem von Nikon aufgenommen worden waren. Nikon stellte in Aussicht, die Gründe für die Nichtaufnahme von Wahl Trading und [...] in ihr selektives Vertriebssystem schriftlich einzureichen (vgl. unten, Rz 55).

52. Mit Schreiben vom 3. Januar 2011 meldete ein Schweizer Einzelhandelsunternehmen den Selektivvertrag von Nikon als möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Darauf antwortete das Sekretariat mit Schreiben vom 10. Januar 2011, dass bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits Gegenstand einer laufenden Untersuchung durch die WEKO seien, nicht gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldet werden könnten. ¹² Die Meldung werde daher nicht i.S.v. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entgegengenommen, finde aber im laufenden Verfahren gegen Nikon Berücksichtigung.

53. Am 17. Januar 2011 fand eine Anhörung i.S.v. Art. 40 KG der [...] AG (nachfolgend: [...]) durch das Sekretariat statt, weil im Laufe der Ermittlungsarbeiten Anhaltspunkte dafür auftauchten, dass [...] an einer allenfalls unzulässigen Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mit Nikon beteiligt war. Das Sekretariat erwog vor diesem Hintergrund, die Untersuchung auf [...] auszudehnen. Zunächst sollten jedoch anlässlich des Gesprächs offene Fragen geklärt werden. Mangels Erhärtung der entsprechenden Anhaltspunkte entschied das Sekretariat nach dem Gespräch, von einer Ausdehnung der Untersuchung auf [...] abzusehen.

54. Am 20. Januar 2011 stellte das Sekretariat Nikon die bis zu diesem Zeitpunkt verfügbaren geschäftsgeheimnisbereinigten Verfahrensakten zu.

55. Mit Schreiben vom 15. Februar 2011 legte Nikon dem Sekretariat dar, weshalb Wahl Trading und die Unternehmen der [...] nicht zum Selektivvertrag von Nikon zugelassen wurden. Darüber hinaus informierte Nikon das Sekretariat über eine Änderung der Zulassungskriterien für Grossisten und stellte dem Sekretariat vorgängig erfragte Marktstudien sowie aktuelle Marktanteilszahlen gemäss dem Marktforschungsinstitut GfK AG (nachfolgend: GfK) zu.

56. Mit Schreiben vom 16. Februar 2011 beantragte Wahl Trading wiederholt den Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Schutz von Wahl Trading vor Retorsionsmassnahmen durch Nikon sowie Parteistellung und Akteneinsicht. Zudem machte Wahl Trading geltend, das selektive Vertriebssystem von Nikon sei nicht notwendig und alleine deshalb eingeführt worden, um Marktteilnehmer vom Wettbewerb auszuschliessen. Die Anträge auf vorsorgliche Massnahmen, Parteistellung und Akteneinsicht wies das Sekretariat mit Schreiben vom 24. Februar 2011 ab und teilte Wahl Trading mit, dass die Ausführungen zum selektiven Vertrieb von Nikon im Rahmen der Untersuchung berücksichtigt würden. Gleichzeitig bat das Sekretariat die Rechtsvertreter von Wahl Trading, bis zum 7. März 2011 darzulegen, weshalb ihr Unternehmen aus ihrer Sicht die Zulassungskriterien von Nikon und die übrigen Vertragsbedingungen des Grossistenvertrags erfüllten. Dieser Aufforderung kam Wahl Trading mit Schreiben vom 7. März 2011 summarisch nach.

57. Zur Klärung offener Fragen im Zusammenhang mit Preisdaten und der Marktabgrenzung holte das Sekretariat mit E-Mail vom 24. Februar 2011 Auskünfte bei Nikon ein. Nikon erteilte die entsprechenden Auskünfte mit Schreiben vom 14. März 2011.

58. Zwecks Klärung offener Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Nikon, weshalb die Unternehmen der [...] nicht zum Vertrieb zugelassen wurden, holte das Sekretariat am 24. Februar 2011 telefonisch Auskünfte bei einem Vertreter der [...], einem Grossisten der [...], ein.

59. Mit Schreiben vom 28. Februar 2011 teilte das Sekretariat [...] mit, dass aufgrund der zur Zeit verfügbaren Informationen auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf [...] verzichtet werde.

60. Mit Schreiben vom 23. März 2011 bat das Sekretariat Nikon, in den Auszügen aus dem Antragsentwurf an die WEKO, die Digitec zur Stellungnahme zugestellt werden sollten, allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen. Dem ist Nikon mit Eingabe vom 8. April 2011 nachgekommen.

¹¹ [...].

¹² Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19.08.2005, E. 3.4. (=RPW 2005/4, 711), Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

61. Am 29. März 2011 stellte das Sekretariat Nikon, auf deren entsprechendes Ersuchen hin, Akte 292 (Schreiben an ein Einzelhandelsunternehmen betreffend Gültigkeit der neuen Selektivvertriebsverträge) zu.

62. Mit Schreiben vom 27. April 2011 wurde der Antrag des Sekretariats Nikon zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig wurden Digitec die Inhalte derjenigen Textpassagen des Antrags des Sekretariats mitgeteilt und zur Stellungnahme unterbreitet, die das Unternehmen Digitec betrafen. Die lediglich punktuelle Information von Digitec über den Inhalt des Antrags rechtfertigte sich, weil das Sekretariat bei der WEKO beantragt hatte, die Untersuchung gegen Digitec einzustellen.

63. Nikon nahm am 25. Juli 2011 nach zweimaliger Fristerstreckung zum Antrag des Sekretariats Stellung. Von Digitec ging keine Stellungnahme ein.

64. Am 5. September 2011 fand eine Anhörung von Nikon gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt. Zudem führte die WEKO auf Antrag von Nikon hin in Anwesenheit der Rechtsvertreter von Nikon formelle Zeugeneinvernahmen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG durch. Einvernommen wurden die Unternehmen [...], [...] und [...]. Die Vertreter von Nikon erhielten ebenfalls die Gelegenheit, den Zeugen Fragen zu stellen.

65. Mit Schreiben vom 14. September 2011 brachte Nikon zu einzelnen Sachverhaltsaspekten, die anlässlich der Anhörung vom 5. September 2011 erfragt worden waren, weitere Informationen und Unterlagen bei. Weiter stellte Nikon im Hinblick auf eine weitere Zeugeneinvernahme vom 19. September 2011 die folgenden beiden Verfahrensanhörungen: (1) Es seien der ehemalige General Manager Imaging (bis Juni 2011 in dieser Funktion tätig) sowie der Präsident und Delegierte des Verwaltungsrats von Nikon an der Zeugeneinvernahme vom 19. September 2011 im Rahmen von Beweisaussagen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP¹³ zu noch zu bezeichnenden Punkten zu befragen. (2) Es sei der Leiter der Serviceabteilung von Nikon an der Zeugeneinvernahme vom 19. September 2011 als Zeuge unter Strafrolle gemäss Art. 42 Abs. 1 KG einzuvernehmen.

66. Am 19. September 2011 wurden mit [...], [...], [...], [...] und Wahl Trading AG weitere Zeugen in Anwesenheit der Vertreter von Nikon gemäss Art. 42 Abs. 1 KG einvernommen. Die Rechtsvertreter von Nikon erhielten wiederum die Gelegenheit, den Zeugen Fragen zu stellen. Zudem wurde gemäss Antrag von Nikon der Leiter der Serviceabteilung von Nikon als Zeuge einvernommen. Hingegen wurde der Antrag von Nikon, den ehemaligen General Manager Imaging sowie den Präsidenten und Delegierten des Verwaltungsrats von Nikon im Rahmen von Beweisaussagen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP zu befragen, abgelehnt, da die beiden Vertreter an beiden Anhörungen vom 5. und 19. September 2011 anwesend gewesen waren und von der WEKO bereits nach Art. 30 Abs. 2 KG befragt wurden. Eine wiederholte Befragung zum selben Sachverhalt erübrigte sich damit. Im Anschluss an die Zeugeneinvernahme erhielt Nikon die Möglichkeit zu einem Schlusswort zur Anhörung und zu den Zeugeneinvernahmen.

67. Am 14. Oktober 2011 ersuchte Nikon das Sekretariat um Auskunft darüber, an welchen Daten welche Personen der WEKO bzw. ihres Sekretariates vor Eröffnung der Untersuchung Kontakte zur Anzeigerin Wahl Trading gehabt hatten und ob bei diesen Kontakten jeweils ein bestimmter ehemaliger Mitarbeiter des Sekretariats direkt oder indirekt involviert gewesen war. Die Anfrage ergab sich deshalb, weil der fragliche ehemalige Mitarbeiter des Sekretariats Wahl Trading als Rechtsvertreter zur Zeugeneinvernahme vom 19. September 2011 begleitet hatte.

68. Am 18. Oktober 2011 informierte das Sekretariat Nikon darüber, dass der fragliche Mitarbeiter beim Gespräch des Sekretariats mit Vertretern von Wahl Trading vom 3. März 2010 zur Klärung von offenen Fragen zur Anzeige (vgl. Rz 13) weder direkt noch indirekt beteiligt gewesen war.

69. Am 28. November 2011 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren.

70. Am 15. Dezember 2011 eröffnete das Sekretariat die Verfügung gegenüber Digitec und gegenüber Nikon. Zudem wurden Nikon das aktualisierte Aktenverzeichnis sowie die zugehörigen Akten zugestellt.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

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

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

72. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.¹⁴ 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 Nikon Gruppe organisiert ihren Vertrieb in Europa über ihre eigenen Niederlassungen in den jeweiligen Ländern oder, sofern Nikon in einem bestimmten Land über keine eigene Niederlassung verfügt, über einen Generalimporteur. Nikon vertreibt ihre Produkte grundsätzlich nicht an Endkonsumenten, sondern nur an Grosshändler und Einzelhändler. Sämtliche Konzerngesellschaften der Nikon Gruppe sowie die ihr angeschlossenen Vertriebsunternehmen sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

73. In den sachlichen Geltungsbereich fallen alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁵ Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Wie nachfolgend

¹³ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁴ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 7.

¹⁵ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 534.

aufgezeigt werden wird (B.3.1. ff.), haben Unternehmen der Nikon Gruppe mit den ihnen angeschlossenen Vertriebsunternehmen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen, weshalb auch der sachliche Geltungsbereich erfüllt ist.

B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich

74. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.¹⁶ Wenn Ländergesellschaften der Nikon Gruppe im Ausland bzw. die Europazentrale Nikon Europe BV mittels Abreden mit den ausländischen Händlern Parallelimporte¹⁷ in die Schweiz verhindern bzw. behindern, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.¹⁸ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. Ob Parallelimporte tatsächlich verhindert bzw. behindert werden, wird Gegenstand der nachfolgenden Prüfung sein.

75. Gemäss Nikon sei für die Begründung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes eine qualifizierte Inlandsauswirkung notwendig, d.h. eine unmittelbare und wesentliche Auswirkung auf die Schweiz. Die reine Möglichkeit oder das Bezwecken einer Auswirkung – ohne dass tatsächlich Auswirkungen auf die Schweiz nachgewiesen sind – vermöge den Anforderungen des Auswirkungsprinzips nicht zu genügen. Im vorliegenden Fall müsse der Nachweis erbracht werden, dass sich die einzelnen Bestimmungen in den ausländischen Vertriebsverträgen auf die Schweiz ausgewirkt hätten. Selbst wenn mit einem Teil der Lehre davon ausgegangen würde, dass für die Eröffnung einer Untersuchung gegen ausländische Wettbewerbsabreden das blosser Bezwecken einer Auswirkung auf die Schweiz nach Art. 2 Abs. 2 KG genüge, wäre gemäss Nikon der Begriff des „Bezweckens“ im Sinne einer „objektiven Eignung“ auszulegen, wie dies mit Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG getan werde.

76. Nach Auffassung der WEKO können die Auswirkungen möglicher Wettbewerbsabreden erst festgestellt werden, nachdem die Abreden definiert worden sind. Mit anderen Worten fällt die Prüfung der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede auf die Schweiz mit der Prüfung der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung (Art. 5 Abs. 4 KG) bzw. der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) zusammen.

77. In der Lehre wird zutreffend darauf verwiesen, dass das Erfordernis wesentlicher Auswirkungen nur für die Frage von Bedeutung sei, ob überhaupt ein Kartellverfahren in der Schweiz eingeleitet werden kann. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung sei aber in der Regel noch nicht bekannt, welche Auswirkungen eine behauptete Wettbewerbsbeschränkung hat (dies herauszufinden gehöre gerade zu den Zielen der Untersuchung). Folglich müsse für die Verfahrenseinleitung bereits die Möglichkeit von (wesentlichen) Auswirkungen genügen.¹⁹

78. Indem die WEKO festhielt, dass die Nikon Gruppe möglicherweise mittels Abreden mit ausländischen Vertriebspartnern Parallelimporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert hat, zeigte sie die möglichen (wesentlichen) Auswirkungen auf, die für die Einleitung der Untersuchung notwendig waren. Ob solche Auswirkungen tatsächlich vorhanden waren, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

79. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von Nikon auch nicht geltend gemacht.

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

81. Nikon verweist darauf, dass sämtliche Nikon Imaging Produkte zumindest in Teilen patentgeschützt seien und im Patentrecht bis zum 1. Juli 2009 der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gegolten habe.

82. Dagegen ist Folgendes einzuwenden: Weil das Kartellgesetz, wie erwähnt, auch auf Einfuhrbeschränkungen anwendbar ist, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dürfen die Handlungen des Schutzrechtsinhabers auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.²⁰ Dies entspricht auch der Ansicht des

¹⁶ Botschaft KG 1994 (Fn 15), 535.

¹⁷ Siehe Fn 1.

¹⁸ Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, *Volkswagen-Vertriebssystem*.

¹⁹ BSK KG-LEHNE (Fn 14), Art. 2 KG N 53.

²⁰ RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N 20.

Bundesgerichts, das in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Dezember 1999 (BGE 126 III 129) zwar das Prinzip der nationalen Erschöpfung²¹ im Patentrecht für anwendbar hielt (E. 4–8), aber ausdrücklich darauf verwies, dass das Kartellrecht auf patentrechtliche Einfuhrmonopole Anwendung finden könne (E. 9). Die Botschaft hält dazu fest, im Ergebnis könne sich der Patentinhaber aufgrund dieses Urteils Parallelimporten²² patentierter Güter in der Schweiz widersetzen, aber nur so weit, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden sei.²³ Dem Kartellgesetz werde die Rolle als Korrektiv gegen auf nationale Erschöpfung basierende Preismissbräuche zugeordnet.²⁴ Bestehen zwischen Herstellern und Händlern Abreden über die Zuweisung von Gebieten, die sich auf Immaterialgüterrechte stützen und führen diese Abreden dazu, dass Verkäufe in die zugewiesenen Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden), so liegt ein absoluter Gebietsschutz vor und greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek²⁵).²⁶

83. Gemäss Nikon ist es vor dem Hintergrund der direkten Sanktionierung nicht statthaft, Gesetzesbestimmungen extensiv zulasten des zu sanktionierenden Unternehmens auszulegen. Dies sei im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG insbesondere für die Auslegung des Ausdrucks „Einfuhrbeschränkungen“ von Bedeutung. Die Vereinbarung könne vorliegend nur den inländischen Händler betreffen, der eine Vereinbarung mit Nikon abschliesst, die eine Bezugsbeschränkung enthält, denn nur ein solcher Händler werde potentiell in der Einfuhr beschränkt. Das Bestimmtheitsgebot verlange im Lichte von *nulla poena sine lege stricta*, dass der Gesetzeswortlaut nicht extensiv, sondern restriktiv ausgelegt wird.

84. Hiergegen ist Folgendes festzuhalten: Das Bundesgericht erkannte in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Dezember 1999 (BGE 126 III 129) auf nationale Erschöpfung im Patentrecht, hielt jedoch fest, dass das daraus fliessende Einfuhrmonopol des Berechtigten diesem eine „überschüssige Rechtsmacht“ verleihe, was nicht eine sich ausschliesslich aus dem Patentrecht ergebende Beschränkung des Wettbewerbs darstelle, weshalb das Kartellgesetz auf den Sachverhalt solcher Einfuhren durchaus anwendbar sei (E. 9b). Es gehöre nicht zu den Befugnissen des Patentinhabers, „künstlich Märkte aufzuteilen bzw. den schweizerischen Markt vom Ausland abzuschotten“ (BGE 126 III 129 E. 9a). Damit führte das Bundesgericht mit Bezug auf die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten eine grundlegende Änderung herbei.²⁷ Folge davon war unter anderem der Einschub in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, wonach Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen.²⁸

85. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG war nicht nur in sachlicher Hinsicht, sondern auch wegen seiner Formulierung von Beginn an umstritten. HILTY hält fest, dass zumindest durch ein „insbesondere“ hätte klar gestellt werden müssen, dass Einfuhrbeschränkungen nur ein möglicher Anwendungsfall von sich nicht „ausschliesslich“ aus der

Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergebenden Wettbewerbswirkungen sind.²⁹

86. Im Übrigen muss das Kartellrecht immer anwendbar sein, wenn ein kartellrechtlich relevanter Missbrauchstatbestand vorzuliegen droht, denn ob das Kartellgesetz auch in der Sache greift, kann erst bei seiner Anwendung entschieden werden.³⁰ Insofern als vorliegend Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Parallelimporte in

²¹ Von der Erschöpfung eines Immaterialgüterrechts wird gesprochen, wenn das geschützte Erzeugnis vom Schutzrechtsinhaber selbst oder mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist. Der Erschöpfungsgrundsatz soll einen rechtspolitischen Ausgleich zwischen dem ausschliesslichen Verwertungsrecht des Schutzrechtsinhabers und dem Eigentumsrecht des Produkterwerbers schaffen (Fredy Gujer, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, 2005, 5, m.w.N.). Die Erschöpfung war lange nicht gesetzlich geregelt, weshalb sie richterlich bestimmt wurde. Im Marken- und Urheberrecht wurde von internationaler Erschöpfung ausgegangen. In diesen Bereichen konnte nicht gestützt auf Marken- und Urheberrecht gegen Parallelimporte vorgegangen werden. Im Patentrecht hingegen erkannte das Bundesgericht auf nationale Erschöpfung, wodurch es dem Patentrechtsinhaber grundsätzlich möglich war, Parallelimporte zu verhindern (Gujer, 6, m.w.N.). Der Bundesrat befasste sich mehrmals mit Alternativen zur nationalen Erschöpfung im Patentrecht, wobei Massnahmen zur Verhinderung missbräuchlicher Berufung auf das Patentrecht und die Lösung von Konflikten von sowohl markenrechtlich oder urheberrechtlich als auch patentrechtlich geschützten Produkten im Zusammenhang mit Parallelimporten im Vordergrund standen (Botschaft vom 23. November 2005 zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentvertrags und der Ausführungsverordnung, BBl 2006 1, 2, 4). Am 19. Dezember 2008 entschied das Parlament, dass im Grundsatz das Prinzip der einseitigen, d.h. ohne Vereinbarung des Gegenrechts eingeführten, regionalen Erschöpfung im Verhältnis zu den Vertragsstaaten des europäischen Wirtschaftsraums Anwendung finden soll (Informationen abrufbar auf der Internetseite des Instituts für geistiges Eigentum <www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/medienmitteilungen/mm_patg_erschoeffung_20090529_d.pdf> (28.11.2011)). Die entsprechende Bestimmung wurde in Art. 9a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG; SR 232.14) am 1. Juli 2009 in Kraft gesetzt.

²² Im Zusammenhang mit Rechten geistigen Eigentums wird mit Parallelimporten die gewerbsmässige Einfuhr immaterialgüterrechtlich geschützter Güter aus einem Drittland bezeichnet, wenn sie ohne Zustimmung des Rechtsinhabers im Inland erfolgt, die Güter aber im Drittland vom Schutzrechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung rechtmässig in Verkehr gesetzt worden sind (Gujer [siehe oben Fn 21], 4 m.w.N.). Vorliegend wird von einer weiteren, nicht auf immaterialgüterrechtlich geschützte Güter beschränkten Definition ausgegangen (siehe oben Fn 1).

²³ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (Botschaft KG 2003), BBl 2002, 2022, 2029 Ziff. 1.3.2.

²⁴ Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2022, 2029 f. Ziff. 1.3.2.

²⁵ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek bzw. VertBek 2010, wenn die Unterscheidung zur ehemaligen Vertikalbekanntmachung 2007 [vgl. Fn 86] hervorgehoben werden soll). Die WEKO stützt sich für die vorliegende Beurteilung auf die VertBek 2010, weil darin die jüngste Fallpraxis zu vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG berücksichtigt wurde.

²⁶ Vgl. KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Ziff. 10 Vert-BM N 7.

²⁷ BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 18.

²⁸ BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 18.

²⁹ BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 55 m.w.H.

³⁰ BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 22.

missbräuchlicher Weise verhindert bzw. behindert wurden, muss das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen und zwar unabhängig davon, ob die möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden zwischen dem Hersteller und inländischen Vertriebspartnern oder zwischen dem Hersteller und ausländischen Vertriebspartnern getroffen wurden. Andernfalls liesse sich die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes dadurch umgehen, dass anstelle von Einfuhrbeschränkungen mit inländischen Händlern Ausfuhrbeschränkungen mit ausländischen Händlern vereinbart würden. Zudem ist die Bezeichnung als Einfuhrbeschränkung respektive Ausfuhrbeschränkung eine Frage der Perspektive. Für einen in der Schweiz ansässigen Parallelimporteur bedeuten Ausfuhrbeschränkungen in ausländischen Vertriebsverträgen immer auch Einfuhrbeschränkungen in die Schweiz. Anders ausgedrückt ist Folge einer Ausfuhrbeschränkung durch Abredepartner im Ausland letztlich nichts anderes als eine Einfuhrbeschränkung im Inland, denn wenn im Ausfuhrland nicht exportiert werden darf, kann im Einfuhrland (zumindest über den beschränkten Kanal) nicht importiert werden. Die blossе Bezeichnung von Einfuhrbeschränkungen in Art. 3 Abs. 2 KG ist Ausfluss des dargelegten Auswirkungsprinzips, wonach die Auswirkung auf den schweizerischen Markt massgebend ist. Von einer extensiven Auslegung des Begriffs Einfuhrbeschränkung und somit einer Verletzung des Bestimmtheitsgebotes kann folglich keine Rede sein.

87. Vorliegend bestehen in europäischen und US-amerikanischen Vertriebsverträgen von Nikon Klauseln, die den Händlern ausdrücklich ein auf den EWR bzw. auf ihr Staatsgebiet beschränktes Verkaufsgebiet zuweisen und damit direkt Parallelexporte in die Schweiz verhindern (siehe unten Rz 119 ff.). Andererseits enthalten Vertriebsverträge von Nikon in der Schweiz Klauseln, wonach sich Schweizer Händler verpflichten, Nikon Produkte nur im Vertragsgebiet (Schweiz und Liechtenstein) zu beziehen (siehe unten Rz 99 ff.). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich vorliegend, das Kartellgesetz anzuwenden, zumal Hinweise für eine missbräuchliche Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelimporten bestehen, was nachfolgend aufzuzeigen sein wird: Dass Nikon vor allem in Zusammenhang mit der Unterbindung von Parallelimporten an die Anrufung von Immaterialgüterrechten gedacht hat, zeigt sich u.a. daran, dass sie diesbezüglich juristische Beratung eingeholt hatte (vgl. Rz 541). Das entsprechende Memorandum betreffend Parallelimporte vom 6. Oktober 2008 hielt u.a. fest, dass sich Patentrechte nur national erschöpfen und daher gestützt auf Patentrecht grundsätzlich Parallelimporte verhindert werden können. Im Anschluss wurde darauf aufmerksam gemacht, dass eine allfällige Verhinderung jedoch der kartellrechtlichen Beurteilung unterliegen würde. Weiter wurde in diesem Memorandum (fälschlicherweise) festgehalten, dass im Fall von Nikon keine unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabreden in Betracht kämen (siehe unten Rz 541).

88. Dass Nikon nach Lösungen suchte, um Parallelimporte einzudämmen, geht auch deutlich aus der beschlagnahmten Nikon internen Korrespondenz hervor. So schrieb [...] von Nikon Schweiz, mit E-Mail vom 12. November 2008 an diverse Nikon Ländergesellschaften, sie seien sich einig darüber, dass ihnen einige

Grosshändler Kopfschmerzen verursachen, weil sie in pan-europäische Arbitrage-Geschäfte³¹ involviert seien, während die anderen die Geschäftsziele mit seriöser Vertriebsarbeit verfolgen würden. Der Vorschlag, wie dieses Problem gelöst werden könnte, ging dahin, die Grosshändler in zwei Gruppen aufzuteilen, wobei mit den Begriffen „Distributoren“ und „Box Movers“ gearbeitet werden sollte. In der Beschreibung der beiden Grosshändlergruppen im Anhang zu dieser E-Mail wurde u.a. festgehalten, der „Distributor“ sei weder aktiv³² noch passiv³³ im „cross-channel“ oder in „cross-border“ Arbitrage-Geschäften tätig, währendem der „Box-Mover“ vor allem Arbitrage-Geschäfte betreibe, indem er, ungeachtet der „channel affiliation“, an verschiedene Kunden verkaufe und dabei von den Preisunterschieden zwischen den verschiedenen Kanälen innerhalb eines Landes oder zwischen Ländern profitiere. Der „Box Mover“ fokussiere seine Aktivitäten hauptsächlich auf „fast moving“ und „highly demanded“ Produkte, was als „cherry picking“ bezeichnet wurde. Dieser Beschreibung wurde eine Liste angehängt, in welcher die Grosshändler als „Distributor“ oder „Box Mover“ qualifiziert und deren Nikon-Umsätze im Jahr 2008 ausgewiesen wurden.

89. Aus der vorgenannten Korrespondenz geht deutlich hervor, dass der Parallelhandel für Nikon ein Problem darstellte und Nikon versuchte, Massnahmen dagegen zu ergreifen. Am 6. April 2009 hat [...] von Nikon Schweiz Nikon intern zudem eine Präsentation mit dem Namen [...] weitergeleitet, gemäss welcher [...]. Insbesondere [...] hätten vom unterschiedlichen Preisniveau innerhalb und ausserhalb Europa profitiert. [...]. Als Risiko des Projekts wurde u.a. das Wettbewerbsrecht aufgeführt. Das [...] ist nach Angaben von Nikon nie umgesetzt worden. Den Wettbewerbsbehörden liegen keine Beweismittel vor, die einen anderen Schluss zulassen. Folglich bildet das [...] nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Gleichwohl kann daraus abgeleitet werden, dass aus Sicht von Nikon die erhoffte Wettbewerbswirkung sich nicht oder zumindest nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergab, sondern letztere vielmehr als Vorwand für die Eindämmung von unerwünschten Parallelimporten in Betracht gezogen wurde.

90. Vor diesem Hintergrund dringt Nikon mit der Berufung auf allfällige Patentrechte auf Nikon Produkten nicht durch, zeigen die erwähnten beschlagnahmten Dokumente doch deutlich, dass Nikon primär deshalb an der Verhinderung von Parallelimporten interessiert war, weil damit dem Druck günstigerer ausländischer Angebote auf das Schweizer Preisniveau entgegengewirkt werden sollte. Ob es vorliegend zu einer unzulässigen Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz kam, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

³¹ Arbitrage beschreibt das Ausnutzen von räumlichen oder zeitlichen Preisdifferenzen für ein Gut <<http://boersenlexikon.faz.net/arbitrag.htm>> (03.02.2011).

³² Vgl. Fn 73 für die Definition des Begriffs von aktiven Verkäufen.

³³ Vgl. Rz 200 für die Definition des Begriffs von passiven Verkäufen.

B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten

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

B.3.1. Wettbewerbsabrede

92. Als Wettbewerbsabreden gelten 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).

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

B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

94. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.³⁴ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.³⁵

95. Vorliegend bestehen zwischen der Europazentrale Nikon Europe BV bzw. den verschiedenen Ländergesellschaften der Nikon Gruppe und den ihr bzw. ihnen angeschlossenen Vertriebsunternehmen verschiedene Vertragsklauseln, welche nachfolgend dargelegt werden.

96. Laut Nikon wurden die nachstehend identifizierten Vertragsklauseln weder von Nikon durchgesetzt noch von den Händlern beachtet. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken liege demnach nicht vor.

97. Dieses Argument stösst ins Leere: Nikon bringt nicht vor, die nachstehenden Verträge seien nicht rechtsgültig zustande gekommen. Es fehlen auch sonst Hinweise wie namentlich Protokolle, Besprechungsnotizen und (E-Mail-)Korrespondenzen, welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen. Ob und wie diese Verträge von Nikon durchgesetzt und von den Händlern beachtet wurden, prüft die WEKO praxisgemäss unter dem Tatbestandsmerkmal der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder – im Falle der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG – bei der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG (siehe unten Rz 352 ff. und 487 ff.).

B.3.1.1.1. Vertragsklauseln

B.3.1.1.1.1. Inländische Vertriebsverträge von Nikon Schweiz

98. Nikon Schweiz vertreibt ihre Produkte Nikon Imaging (ohne „D3S/D3X“³⁶) in einem zweistufigen Vertriebssystem an Grosshändler und Einzelhändler. Nachdem die Geschäfte mit den Grossisten ursprünglich auf der Basis

von einfachen Konditionenvereinbarungen abgewickelt worden waren, führte Nikon Schweiz ca. Ende 2004 einen Grossistenvertrag ein und beschränkte gleichzeitig die direkte Belieferung von Einzelhändlern auf einige strategisch wichtige Kunden, sog. „Key Accounts“.

Alter Grossistenvertrag bis 31. August 2009

99. Der Händlervertrag „Distributor“ („Alter Grossistenvertrag“) wurde durch Nikon Schweiz ca. Ende 2004 eingeführt und nach und nach mit den Grosshändlern abgeschlossen. Bis Ende August 2009 haben insgesamt sechs Grossisten ([...]) den alten Grossistenvertrag unterzeichnet. Der alte Grossistenvertrag betraf das Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein und enthielt in § 6 Abs. 1 folgende Bestimmung zum Warenbezug:

„Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Distributor *im Vertragsgebiet beziehen*.“³⁷

100. Mit der Zustimmung zu dieser Vertragsklausel haben sich die Grossisten gegenüber Nikon Schweiz verpflichtet, sämtliche Parallelimporte, mit Ausnahme von solchen aus Liechtenstein, zu unterlassen. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Nikon Schweiz und den Grossisten unter dem alten Grossistenvertrag lag damit eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, die vom Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bis zum 31. August 2009 andauerte.

101. Nikon Schweiz macht geltend, beim Vertriebssystem für Nikon Imaging habe es sich bis zum 31. August 2009 weder auf Stufe der Grossisten noch auf Stufe der Einzelhändler um ein Selektivvertriebssystem gehandelt. Hierzu ist anzumerken, dass die Qualifikation der Vertriebsverträge als Selektivvertriebsverträge vorliegend insofern keine Rolle spielt, als die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht nur bei einer bestimmten Art von Vertriebsverträgen greift (siehe unten Rz 191).

102. Nikon bringt weiter vor, die geografische Bezugsbeschränkung der Grossisten gemäss § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags sei in der Praxis nicht gelebt worden. Weder habe Nikon Schweiz diese Beschränkung durchgesetzt, noch hätten sich die Grossisten daran gehalten. Es wird auf [...] und [...] verwiesen, welche explizit ausgesagt hätten, regelmässig parallel importiert zu haben.

103. Hierzu ist festzuhalten, dass [...] lediglich ausgesagt hat, vereinzelt (ca. [...] % des Umsatzes) ab ihrem europäischen Zentrallager Nikon Produkte bezogen zu haben. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang

³⁴ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

³⁵ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 34), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

³⁶ Beim Modell D3X handelt es sich um eine Spiegelreflexkamera für professionelle Fotografen, das Modell D3S ist eine Spiegelreflexkamera für Reportage- und Sportfotografie.

³⁷ Hervorhebung durch die WEKO.

E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er Nikon Produkte über seine Schwestergesellschaft in Deutschland bezog. Für einen Hersteller dürfte es schwieriger sein, Querlieferungen³⁸ zwischen Schwestergesellschaften innerhalb desselben Konzerns zu unterbinden als solche zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen (siehe unten Rz 325). [...] gab an, regelmässig Nikon Produkte parallel importiert zu haben. Allerdings handelt es sich bei [...] ebenfalls um einen Spezialfall, da dieser Grossist Nikon Produkte über seine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte. [...] sagte aber auch aus, mehrmals mündlich von Bezügen ausserhalb des Vertragsgebiets abgemahnt worden zu sein. Einer E-Mail [...] Imaging Schweiz ist folgender Satz zu entnehmen: „We have cancelled our contract with [...] a few months ago, as our opinion is that Nikon should not work with ‘Box Movers’“. Laut Nikon seien die Verträge mit [...] aufgelöst worden, weil [...] die Zulassungskriterien des neu eingeführten Selektivvertriebs nicht erfüllen konnte oder wollte. Ungeachtet dieses Widerspruchs zeigt diese E-Mail, dass Nikon Schweiz sehr wohl reagierte, wenn festgestellt wurde, dass Vertriebspartner von Nikon Schweiz Nikon Produkte ausserhalb des ihnen zugewiesenen Bezugsgebiets Schweiz/Liechtenstein bezogen hatten bzw. ausländische Vertriebspartner von Nikon ausserhalb des ihnen zugewiesenen Verkaufsgebiets verkauft hatten. Von einer Nichtdurchsetzung der Bezugsbeschränkung in § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags kann daher keine Rede sein.

104. Mit Ausnahme von [...] und der liechtensteinischen [...] haben sich die Grossisten ganz nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* verhalten und keine Parallelimporte getätigt:

- [...] gab an, als Distributor von Nikon exklusiv mit dieser zusammengearbeitet zu haben und daher im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Nikon Produkte parallel importiert zu haben. Folglich konnte der Grosshändler auch nicht beurteilen, ob Nikon Massnahmen ergriff, um Parallelimporte zu verhindern;
- [...] gab ebenfalls an, keine Parallelimporte von Nikon Produkten getätigt zu haben. Parallelimporte würden der langfristig ausgerichteten Geschäftsstrategie der [...] widersprechen;
- Auch [...] gab an, im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Parallelimporte von Nikon Produkten getätigt zu haben. Dies wurde folgendermassen begründet: „Da wir eine gute Geschäftsbeziehung mit Nikon Schweiz pflegen, und wir hauptsächlich Schweizerlieferanten bevorzugen“;
- [...] beantwortete die Frage nach Parallelimporten folgendermassen: „Als vertraglich gebundener Distributionspartner von Nikon und durch interne [...] Policy kam es für uns nicht in Frage bei jemand anderem ausser den offiziellen Kanälen (in diesem Fall Nikon direkt) zu bestellen“.

Von einer in der Praxis nicht gelebten Vertragsbestimmung kann daher keine Rede sein.

Selektivvertriebsvertrag Grossisten für Nikon Imaging ab 1. September 2009

105. Nikon Schweiz kündigte auf Ende August 2009 alle alten Grossistenverträge und schloss per 1. September 2009 mit [...], [...] und [...] einen Selektivvertriebsvertrag betreffend Nikon Imaging Produkte ab. [...] wurde nach Erfüllung der Zulassungskriterien per 19. April 2011 zum Selektivvertrieb zugelassen. Im September 2011 wurde zudem auch [...] als Grossistin in den Selektivvertrieb aufgenommen, welche unter dem alten Regime keine Vertragshändlerin von Nikon gewesen war.

106. Der neue Selektivvertriebsvertrag mit den Grossisten enthält folgende Bestimmungen, die als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind und deren Würdigung weiter unten (Rz 292 ff. [„Swiss Garantie“] und Rz 312 ff. [Selektivvertrieb]) erfolgt:

„6.1 Der Grossist verpflichtet sich dazu, Nikon Produkte ausschliesslich an zugelassene Händler zu vertreiben. Insbesondere sind Querlieferungen an Grossisten, die zugelassene Händler sind, erlaubt. Der Grossist verpflichtet sich jedoch, den aktiven und passiven Verkauf von Nikon Produkten an andere als zugelassene Händler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets zu unterlassen.“

„8.1 Der Grossist darf Nikon Produkte nur von Nikon oder von einem anderen zugelassenen Händler beziehen.

8.2 Vertriebt der Grossist Nikon Produkte, die nicht von Nikon in die Schweiz eingeführt wurden („Parallelimporte“), ist er verpflichtet, seine Abnehmer ausdrücklich darüber zu informieren und zur Information ihrer Abnehmer zu verpflichten, dass die Käufer dieser Nikon Produkte nicht von Sonderaktionen von Nikon (z.B. „Nikon Swiss Garantie“³⁹) profitieren. [...]“

Vertriebsvereinbarungen Einzelhändler Nikon „D3S/D3X“ seit November 2008 bzw. 2009

107. Im November 2008 führte Nikon Schweiz die Spiegelreflexkamera D3X für professionelle Fotografen und im November 2009 das Modell D3S für Reportage- und Sportfotografie auf dem Schweizer Markt ein. Die entsprechenden, als Selektivvertriebsverträge bezeichneten Verträge (nachfolgend: Vertriebsverträge „D3S/D3X“) enthalten in Art. 3 Abs. 1 folgende Bestimmung zum Warenbezug:

„Der Händler verpflichtet sich, die Nikon D3X/D3S nur bei Nikon oder bei einem von Nikon autorisierten Nikon D3X/D3S Händler *in der Schweiz oder dem Fürstentum Liechtenstein zu beziehen*.“⁴⁰

³⁸ Als Querlieferung wird die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems bezeichnet (Ziff. 5 VertBek).

³⁹ Bei der „Nikon Swiss Garantie“ handelt es sich um eine Garantieverlängerung von Nikon Schweiz, mit welcher die einjährige „Nikon European Service Warranty“ bzw. die einjährige „Nikon Worldwide Service Warranty“ bei Spiegelreflex- und Kompaktkameras um ein zusätzliches und bei Objektiven und Blitzgeräten um zwei zusätzliche Jahre verlängert wird (siehe unten Rz 292 ff.).

⁴⁰ Hervorhebung durch die WEKO.

108. Damit besteht zwischen Nikon Schweiz und den Vertriebspartnern der Spiegelreflexkameras D3S und D3X eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darüber, Parallelimporte der Vertragswaren, mit Ausnahme von Importen aus Liechtenstein, zu unterlassen.

109. Nikon macht geltend, der Vertriebsvertrag „D3S/D3X“ sei trotz entsprechender Bezeichnung nicht als Selektivvertriebsvertrag zu qualifizieren. Wie bereits erwähnt (Rz 101), spielt die Qualifikation als Selektivvertriebsvertrag vorliegend insofern keine Rolle, als die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht nur bei einer bestimmten Art von Vertriebsverträgen greift (siehe unten Rz 191).

110. Nikon bringt weiter vor, auch die geografische Bezugsbeschränkung in Art. 3 Abs. 1 des D3X/D3S-Vertrags sei nicht gelebt worden. Keiner der befragten Vertragspartner habe auf die entsprechenden Fragen geantwortet, vertraglich oder anderweitig daran gehindert worden zu sein, Parallelimporte zu tätigen.

111. Gegen diese Vorbringen von Nikon ist Folgendes einzuwenden: Ein Grossteil der von Nikon zitierten Händler hat – getreu dem Grundsatz *pacta sunt servanda* – nie versucht, parallel zu importieren (siehe unten Rz 326), weshalb Nikon Schweiz überhaupt keinen Grund gehabt hätte, einzugreifen. Aus diesen Antworten kann daher nicht geschlossen werden, die Bezugsbeschränkung sei nicht gelebt worden. Vielmehr lässt sich daraus schliessen, dass neben der vertraglichen Bezugsbeschränkung keine weiteren Massnahmen von Nikon zu deren Umsetzung notwendig waren.

Nikon Professional Service

112. Bereits im Jahr 2007 haben gewisse Einzelhändler mit Nikon Schweiz einen „Professional Dealer Händlervertrag“ (nachfolgend: „NPSD“-Vertrag) abgeschlossen und sich verpflichtet, zusätzliche Dienstleistungen für professionelle Fotografen zu erbringen. Der „NPSD“-Vertrag enthält in § 4 Abs. 1 folgende Bestimmung:

„Der „NPSD“ darf die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten „NPSD“ im Vertragsgebiet beziehen.“⁴¹

113. Das Vertragsgebiet des „NPSD“-Vertrages umfasst die Schweiz und Liechtenstein. Folglich besteht zwischen den „NPSD“-Vertragspartnern und Nikon Schweiz ebenfalls eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, gemäss welcher der Parallelimport von Vertragsware, mit Ausnahme des Importes aus Liechtenstein, ausgeschlossen ist.

114. Gemäss Nikon war es Zweck des „NPSD“-Vertrages, die Betreuung des Kundensegments der professionellen Fotografen („Profikunden“) sicherzustellen. Nur Profikunden, die durch Nikon Schweiz geprüft worden seien und über eine NPS-Kunden-Karte verfügten, hätten die zusätzlichen Dienstleistungen der NPS-Händler in Anspruch nehmen dürfen. Der Vertrag sei mit Einführung der neuen Händler Typen per 1. Oktober 2010 auf Stufe Einzelhändler hinfällig geworden. Es wird geltend gemacht, es handle sich nicht um einen Selektivvertriebsvertrag. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass der Händler keine Zulassungskriterien zu erfüllen.

115. Wie bereits erwähnt (Rz 101), kann die Qualifikation als Selektivvertrag vorliegend offen bleiben, da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift, sofern Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vorliegen und Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Dieses Prinzip gilt unabhängig von der Art des implementierten Vertriebssystems (siehe unten Rz 191).

B.3.1.1.2. Ausländische Vertriebsverträge der Nikon Gruppe

116. Neben den Bezugsbeschränkungen in den erwähnten inländischen Vertriebsverträgen (Rz 98 ff.) werden Bezüge ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) auch dadurch behindert bzw. verhindert, dass in verschiedenen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe im Ausland Klauseln enthalten sind, die geeignet sind, Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Diese Klauseln werden nachfolgend einzeln beurteilt.

117. Nikon bringt diesbezüglich vor, dass die angebliehen Abreden in den ausländischen Händlerverträgen aufgrund von Art. 3 Abs. 2 KG (Vorbehalt der Anwendung des Kartellgesetzes auf Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben) weitgehend nicht unter dem Kartellgesetz zu prüfen seien.

118. Die WEKO geht, wie dargelegt, davon aus, dass es sich bei der Beschränkung von Parallelimporten um Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die der kartellrechtlichen Prüfung unterliegen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, vgl. hievore Rz 84 ff.).

Deutschland

119. Nikon Deutschland vertreibt sämtliche Nikon Imaging Produkte sowohl auf Stufe Grosshandel als auch auf Stufe Einzelhandel im Selektivvertrieb. Der Selektivvertrieb wurde während der Jahre 2004 bis 2009, abgesehen von [...] im Jahr 2005, nicht verändert. Die Vertriebsverträge „Grosshandel Deutschland“ und „Einzelhandel Deutschland“ enthalten in Art. 4 Abs. 1 jeweils folgende Bestimmung:

„Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon Produkte *ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen*.“⁴²

120. Damit bestehen zwischen Nikon GmbH (Deutschland) und den mit ihr in einem Vertragsverhältnis stehenden Gross- und Einzelhändlern Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, die sich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 KG (siehe oben Rz 74) auf die Schweiz auswirken kann, weil dadurch Parallelimporte aus Deutschland in die Schweiz verhindert bzw. behindert werden können.

⁴¹ Hervorhebung durch die WEKO.

⁴² Hervorhebung durch die WEKO.

121. Laut Nikon kann aus dieser Bestimmung nicht gefolgert werden, dass die Vertragspartner bewusst und gewollt zusammenwirken, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Die Parteien hätten nicht an die Schweiz gedacht. Die Klausel enthalte, was nach europäischem Recht möglich und zulässig sei. Selbst wenn man einen Bezug zur Schweiz konstruieren möchte, wäre zu berücksichtigen, dass im Jahr 2004 als der Selektivvertrieb in Deutschland mit dieser Bestimmung eingeführt worden sei, im schweizerischen Recht noch das Prinzip der nationalen Erschöpfung galt. Die Klausel sei von einer [...] Anwaltskanzlei – in Übereinstimmung mit dem damals geltenden Europäischen Kartellrecht – aufgesetzt worden. Es handle sich um eine im EWR nach wie vor sehr verbreitete Standardklausel, die sowohl von den Verfassern als auch von internationalen Unternehmen in aller Regel in keinen Zusammenhang mit der Schweiz gebracht werde.

122. Wie oben (Rz 84) aufgeführt, erkannte das Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Juli 1999 (BGE 126 III 129) auf nationale Erschöpfung im Patentrecht, hielt jedoch fest, dass das daraus fliessende Einfuhrmonopol des Berechtigten diesem eine „überschiessende Rechtsmacht“ verleihe. Weil es sich bei diesem Einfuhrmonopol nicht um eine sich ausschliesslich aus dem Patentrecht ergebende Beschränkung des Wettbewerbs handle, sei das Kartellgesetz zur Beurteilung derselben durchaus anwendbar (E. 9b).

123. Weiter kann Nikon mit dem Argument, wonach die fragliche Klausel von einem Anwalt verfasst worden sei und mit dem Europäischen Kartellrecht in Übereinstimmung gebracht werden könne, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn einerseits gilt im Kartellrecht wie dargelegt das Auswirkungsprinzip und es sind somit bei der Ausgestaltung einer solchen Klausel mithin auch die Auswirkungen auf andere Länder zu beachten. Andererseits hängt die Rechtmässigkeit einer Vertragsklausel in keiner Weise davon ab, ob diese von einem Anwalt verfasst worden ist. Ansonsten könnte beinahe jedes Kartell mit der Begründung gerechtfertigt werden, die inkriminierende Klausel sei von einem Anwalt verfasst worden.

Österreich, Slowenien und Ungarn

124. Für den Vertrieb von Nikon Imaging Produkten in Österreich und Slowenien ist ebenfalls Nikon Deutschland verantwortlich. In beiden Ländern (in Österreich seit 2006 und in Slowenien seit 2007) besteht ein selektives Vertriebssystem wie in Deutschland. Nikon Ungarn vertreibt Nikon Imaging Produkte auf Grosshandels- und Einzelhandelsstufe ebenfalls im Selektivvertrieb. Die Vertriebsverträge für Gross- und Einzelhändler in Österreich, Slowenien und Ungarn sind in Bezug auf die vorgenannten Vertriebsklauseln (Rz 119) identisch mit denjenigen in Deutschland. Damit besteht zwischen den Grosshändlern und den Einzelhändlern in diesen Ländern und Nikon GmbH (Deutschland) bzw. der ungarischen Niederlassung ebenfalls eine erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, die sich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG (siehe oben Rz 74) auf die Schweiz auswirken kann, weil dadurch Parallelimporte aus den genannten Ländern in die Schweiz verhindert bzw. behindert werden können.

Nikon Nordic

125. Die Niederlassung Nikon „Nordic“ mit Sitz in Stockholm ist verantwortlich für den Vertrieb von Nikon Imaging Produkten in Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland, Island, Lettland, Litauen und Estland und verfügt in einigen dieser Länder über eine Zweigniederlassung. In den Vertriebsverträgen in Dänemark, Schweden und Norwegen ist jeweils ein nicht exklusives Vertriebsrecht für das jeweilige Vertragsgebiet enthalten. Im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz könnte dieses auf das Vertragsgebiet beschränkte Vertriebsrecht als implizites Exportverbot qualifiziert werden. Vorliegend bestehen allerdings keine Beweise, dass Nikon gegen Parallelexporte aus diesen Ländern in die Schweiz Massnahmen ergriffen hat. Zudem liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus Dänemark, Schweden und Norwegen nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb sind die Vertriebsverträge in Dänemark, Schweden und Norwegen nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Grossbritannien

126. Nikon Grossbritannien vertreibt Nikon Imaging Produkte nicht im selektiven, sondern im offenen Vertrieb an Gross- und Einzelhändler. Die Vertriebsverträge von Nikon Grossbritannien weisen in Ziff. 1.1.1 folgende Bestimmung auf:

„The distributor shall sell throughout the United Kingdom the products mentioned in the attached Schedule [...]”

127. Der entsprechende Händlervertrag sieht somit vor, dass der Händler die Vertragsprodukte in Grossbritannien zu verkaufen hat. Damit besteht in Zusammenhang mit anderen Massnahmen zur Verhinderung von Parallelhandel (vgl. Rz 242 f. und 286) implizit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über den Ausschluss von Parallelexporten in die Schweiz.

128. Nikon macht geltend, bei dieser Bestimmung handle es sich um eine Vertriebspflicht der Händler, die Vertragsware aktiv zu vermarkten und zu vertreiben. Aus dieser Bestimmung könne nicht gefolgert werden, dass die Vertragspartner bewusst und gewollt zusammengekommen hätten, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Von einem impliziten Exportverbot könne keine Rede sein. Ein Exportverbot wäre z.B. durch den Einschub „solely“ oder dergleichen eingeführt worden.

129. Mit der Verfügungsadressatin ist darin übereinstimmen, dass ein explizites Exportverbot mit dem Einschub „solely“ hätte bewerkstelligt werden können. Am Vorliegen eines impliziten Exportverbots vermag dieses Vorbringen jedoch nichts zu ändern.

Polen

130. Nikon Polen vertreibt Nikon Imaging Produkte ebenfalls nicht im selektiven, sondern im offenen Vertrieb an Gross- und Einzelhändler. Die Vertriebsverträge sehen in Ziff. 2.3 folgende Bestimmung vor:

131. [...] The Purchaser shall therefore acquire the right to purchase Products from Nikon for the purpose of further resale on the Territory [Polen⁴³].”

132. In Zusammenhang mit anderen Massnahmen zur Verhinderung von Parallelhandel werden damit auch Parallelexporte aus Polen in die Schweiz implizit mittels einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen (vgl. Rz 127).

133. Gemäss Nikon handelt es sich wiederum um die Gewährung eines Vertriebsrechts an die Händler im Vertragsgebiet. Es könne daraus nicht auf ein bewusstes, gewolltes Zusammenwirken, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden, geschlossen werden. Von einem impliziten Exportverbot könne keine Rede sein. Zu diesem Vorbringen wird auf die zuvor gemachten Überlegungen verwiesen (Rz 127).

Portugal, Spanien, Griechenland und Italien

134. In Portugal, Spanien, Griechenland und Italien verfügt Nikon über keine eigene Niederlassung, sondern hat einen Generalimporteur beauftragt, der für die Vermarktung und den Vertrieb der Nikon Imaging Produkte zuständig ist. Der Vertrag von Nikon Europe BV mit der spanischen⁴⁴ und portugiesischen Generalimporteurin ([...]), jener mit der griechischen Generalimporteurin ([...]) sowie jener mit der italienischen Generalimporteurin ([...]) enthält in Ziff. 5 folgende Bestimmung:

„The Distributor shall refer to the Agent [Nikon Europe BV] any inquiry or order for the products which the Distributor may receive from any individual, firm or corporation outside the Territory. *However the distributor may sell the products directly or indirectly within any country of European community (EC), and after its entry into force the European Economic Area (EEA), but the distributor shall refrain, outside the territory and in the relation to the products, from seeking customers, from establishing any branch and from maintaining a distribution depot.*”⁴⁵

135. Mit dieser Klausel werden explizit aktive Verkäufe an Käufer ausserhalb des jeweiligen Landes sowie implizit alle aktiven und passiven Verkäufe an Käufer ausserhalb des EWR ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz kann diese Klausel daher als implizites Exportverbot in Bezug auf die Schweiz qualifiziert werden.

136. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz wird ersichtlich, dass Nikon zumindest der griechischen Generalimporteurin [...] dazu anhielt, Parallelhändler von Parallelexporten in die Schweiz abzuhalten (siehe unten Rz 283). Vor diesem Hintergrund ist die zitierte Vertragsklausel im Zusammenhang mit den Massnahmen gegen Parallelexporte aus Griechenland in die Schweiz als implizites Exportverbot zu qualifizieren. In Bezug auf Griechenland liegt damit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, mit der passive Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen werden. Hingegen liegen in Bezug auf Portugal, Spanien und Italien keine Beweise für Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz vor. Darüber hinaus bestehen keine Hinweise, dass aus diesen Ländern nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb sind die entsprechenden Vertriebsverträge in

Portugal, Spanien und Italien nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

137. In Bezug auf die bei Nikon beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz, aus der hervor geht, dass Nikon die Herkunft parallel importierter Nikon Imaging Produkte ermittelt hat, um Massnahmen gegen die involvierten Parallelhändler zu ergreifen (siehe oben Rz 136), bringt Nikon vor, es sei legitim abzuklären, über welche Kanäle das Produkt aus Griechenland in die Schweiz gelangt sei.

138. Weiter macht Nikon geltend, die Vertriebsverträge sähen vor, dass es dem Generalimporteur nicht gestattet sei, ausserhalb des jeweiligen Vertragsgebiets Kunden zu werben, eine Zweigniederlassung zu begründen oder ein Verteillager einzurichten. Vertraglich untersagt seien ausserhalb des Vertragsgebiets somit lediglich Formen des Aktivverkaufs, nicht aber Passivverkäufe. Aus der Bestimmung könne daher nicht gefolgert werden, die Vertragsparteien hätten bewusst und gewollt zusammengewirkt, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Besondere Erwähnung verdiene der Umstand, dass der EWR zum Zeitpunkt der Vertragsredaktion noch gar nicht bestanden habe und noch nicht klar sein konnte, dass die Schweiz nicht Teil des EWR sein werde.

139. Hierzu ist anzumerken, dass der Händler gemäss der Vertragsklausel jede Anfrage von ausserhalb des Vertragsgebiets dem Generalimporteur melden muss. Anschliessend wird klargestellt, dass der Händler innerhalb der EU und, nach seinem Inkrafttreten, innerhalb des EWR direkt oder indirekt Nikon Produkte verkaufen dürfe. Er dürfe allerdings nicht aktiv ausserhalb seines Vertragsgebiets tätig werden. Das heisst, dass der Händler passive Anfragen aus der Schweiz dem Generalimporteur zumindest melden muss. Diese Informationspflicht eröffnet Nikon die Möglichkeit, auf Exporte des Generalimporteurs Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Eine derartige Informationspflicht vermag für sich alleine noch keine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG darzustellen.⁴⁶ Allerdings geht aus der bei Nikon beschlagnahmten Korrespondenz hervor, dass Nikon über den griechischen Generalimporteur in Erfahrung gebracht hat, wer parallel in die Schweiz importierte Nikon Produkte zu welchen Preisen verkauft hat. Zudem geht aus der beschlagnahmten Korrespondenz hervor, dass gegen derartige „box movers“ Massnahmen ergriffen wurden (Rz 282). Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Überlegungen verwiesen werden (Rz 127 und 133).

⁴³ Gemäss einleitender Definition der Vertriebsverträge.

⁴⁴ Für Spanien wurde kein Vertrag eingereicht, es wird aber davon ausgegangen, dass die Bestimmungen im Vertrag für Portugal auch für Spanien gelten, zumal es sich um dieselbe Generalimporteurin handelt.

⁴⁵ Einfügung und Hervorhebung durch die WEKO.

⁴⁶ RPW 2010/1, 80 Rz 130 f., *Gaba*.

Ex-Jugoslawien

140. Der Vertrag zwischen Nikon Europe BV und dem für Ex-Jugoslawien verantwortlichen Generalimporteur ([...]) enthält in Ziff. 5 folgende Bestimmung:

„The Distributor shall refer to the Agent [Nikon Europe BV] any inquiry or order for the products which the Distributor may receive from any individual, firm or corporation outside the Territory [Jugoslawien].“⁴⁷

141. Nach Ansicht der WEKO kann auch eine Informationspflicht, gemäss welcher der Generalimporteur den Hersteller über Anfragen und Bestellungen von ausserhalb des Vertragsgebiets zu informieren hat, geeignet sein, passive Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen (siehe oben Rz 139). Dies ermöglicht dem Hersteller nämlich, passive Verkäufe an Abnehmer ausserhalb des Vertragsgebiets im Einzelfall zu untersagen.

142. Vorliegend bestehen allerdings keine Beweise, dass passive Verkäufe aus Ex-Jugoslawien in die Schweiz untersagt oder behindert wurden. Darüber hinaus liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus Ex-Jugoslawien nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb ist der Vertriebsvertrag in Ex-Jugoslawien nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

USA

143. Die Händlerverträge aus den USA („Retail Dealers Sales Agreement“ und „Internet Dealer Sales Agreement“) enthalten jeweils in Ziff. 13 die folgende Bestimmung:

“Customer [retail dealer, internet dealer] shall not, directly or indirectly, transmit, send or export any product or software to any foreign country (i) in violation of any of the United States export control laws or regulations, and (ii) without first obtaining the express written consent of Nikon. *In no event shall customer directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory [USA].*“⁴⁸

144. Gemäss Angaben von Nikon wurden diese Händlerverträge für stationäre und Internet-Händler bereits seit 2004 bis zum heutigen Tag verwendet. Die obengenannte Bestimmung untersagt es den Händlern in jedem Fall direkt oder indirekt, Vertragswaren ausserhalb der USA zu übermitteln, zu senden oder zu exportieren. Die Verträge zwischen Nikon USA und ihren Vertragshändlern betreffend Imaging Produkte sehen somit ebenfalls nur den Verkauf in den USA vor und der Export von Nikon Imaging Produkten ist ausdrücklich unter keinen Umständen zugelassen. Folglich werden auch Exporte von Nikon Imaging Produkten aus den USA in die Schweiz mittels einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen.

145. In diesem Zusammenhang bleibt darauf hinzuweisen, dass der Vertrag zwischen Nikon Inc. (USA) und einem US-amerikanischen Internethändler betreffend den Vertrieb von „Nikon Sport Optics“ über das Internet in den USA folgende Bestimmung enthält:

“4. Internet dealer shall: [...] b. Sell or offer for sale Products only from the Website(s) and/or Catalog(s)

and only to Internet Customers located *in the Territory.*“⁴⁹

146. Unter der Bezeichnung „Sport Optics“ fasst Nikon Zielfernrohre, Fernrohre, Ferngläser und Lasermessgeräte zusammen, die in der Schweiz namentlich von Jägern und Naturbeobachtern nachgefragt werden. Mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von ca. CHF [...] von Nikon und einem Gesamtumsatz aller Wettbewerber von ca. CHF [...] handelt es sich um einen im Vergleich zu Imaging Produkten kleinen Markt in der Schweiz. Zudem betrifft die angezeigte Verhaltensweise von Nikon lediglich Imaging Produkte (vgl. Rz 1 f.). Vor diesem Hintergrund und mangels zusätzlicher substantieller Anhaltspunkte für eine unzulässige Gebietschutzabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG im Bereich Sport Optics wird vorliegend nicht weiter auf diesen Markt eingegangen.

Fazit

147. In Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn bestehen in den Vertriebsverträgen Klauseln, wonach die Vertragswaren nicht in Länder ausserhalb des EWR exportiert werden dürfen. In den USA bestehen ebenfalls Vertragsbestimmungen, die Exporte aus den USA nicht zulassen. Bei den vorgenannten Vertragsklauseln handelt es sich um explizite Exportverbote.

148. In Grossbritannien, Griechenland und Polen bestehen keine expliziten Exportverbote, aber Vertragsbestimmungen, die im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz implizite Exportverbote darstellen können (siehe unten Rz 270 ff.).

149. Damit bestehen zwischen den Nikon Ländergesellschaften bzw. Nikon Europe und den Vertriebspartnern in Deutschland, Österreich, Slowenien, Ungarn, den USA, Grossbritannien, Griechenland und Polen erzwingbare Vereinbarungen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.

150. In den Vertriebsverträgen in Dänemark, Schweden, Norwegen, Portugal, Spanien, Italien und Ex-Jugoslawien bestehen zwar Klauseln, die im Zusammenhang mit Massnahmen gegen passive Verkäufe aus diesen Ländern in die Schweiz als implizite Exportverbote qualifiziert werden könnten. Allerdings liegen keine Beweise vor, dass Nikon in diesen Ländern derartige Massnahmen ergriffen hat. Darüber hinaus liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus diesen Ländern nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Folglich bilden die Vertriebsverträge in diesen Ländern nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

151. In Bezug auf die Länder, in denen Nikon tätig ist, die vorangehend aber nicht genannt wurden (z.B. Frankreich), bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte für vertragliche Exportverbote, die zum Ausschluss von passiven Verkäufen in die Schweiz führen.

⁴⁷ Einfügungen durch die WEKO.

⁴⁸ Einfügungen und Hervorhebungen durch die WEKO.

⁴⁹ Hervorhebung durch die WEKO.

B.3.1.1.2. Vereinbarungen ausserhalb von Verträgen

152. Aufgrund des Vorliegens von Anhaltspunkten für die Beteiligung an einer allenfalls unzulässigen Gebietschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mit Nikon dehnte das Sekretariat die Untersuchung am 5. Oktober 2010 auf Digitec aus (vgl. Rz 39) und führte am 17. Januar 2011 eine Anhörung im Sinne von Art. 40 KG mit [...] durch (vgl. Rz 53). Im Folgenden werden die genannten Anhaltspunkte für eine Abredebeteiligung von Digitec und [...] dargelegt und gewürdigt.

Keine Abrede mit Digitec

153. Bei Digitec handelt es sich um einen der vormals grössten Parallelimporteure von Nikon Produkten in der Schweiz. Im Rahmen der Sichtung der anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon beschlagnahmten Dokumente tauchten Anhaltspunkte dafür auf, dass Digitec mit Nikon Ende 2009 vereinbarte, unter bestimmten Bedingungen auf Parallelhandel zu verzichten. Das stellt möglicherweise eine unzulässige Gebietschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (siehe oben Rz 39).

154. Das Sekretariat stützte sich für die Ausdehnung der Untersuchung auf Digitec u.a. auf folgende beschlagnahmte E-Mails, die darauf hinweisen, dass sich Digitec Nikon gegenüber möglicherweise dazu verpflichtet hat, auf Parallelimporte zu verzichten.

- a. From: [Nikon Schweiz], To: [Nikon Schweiz], Subject: [...], Sent: 06.04.2009 09:19:54, Attachments: [...]

[...]

- b. From: [Nikon Schweiz] Sent: 29.09.2009 22:21 To: [Nikon BV] Cc: [Nikon Schweiz], [Nikon BV], [Nikon BV] Subject: AW: Grey Imports from [...] and [...]

„While we have succeeded with one large grey importer / Internet trader ([...]) to supply us with freight documents / bills, we are still in negotiations with Digitec, the other large Internet player in the market. [...] supplied us with documents from German traders ([...], approx. 70 pcs D700!!!) but he did not source goods from [...] as Digitec did.“

- c. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 16.10.2009 10:53 An: [Nikon Schweiz] Betreff: Input Digitec

„Gespräch Digitec Erwartungen an Digitec 1) Verzicht auf das Arbitrage Geschäft bei Nikon Produkten 2) Bezug von NIKON Produkten bei offiziellen Nikon Grossisten [...]"

- d. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Donnerstag, 29.10.2009 15:12 An: [Digitec] Cc: [Digitec, Nikon Schweiz] Betreff: Angebot NIKON

„Wie versprochen noch der erweiterte Input zum Thema Zusammenarbeit 1) Pilotversuch Zusammenarbeit November bis Dezember 2009 2) Direkte Zusammenarbeit > Ware wird direkt von Nikon AG ausgeliefert und Rechnung kommt von Nikon > Direktkunden-Status und entsprechende Integration bei allen lokalen Promotionen [...] Ausserdem würden wir gerne die Lagerbestände

von Euch kennen und die grossen Posten von importierter Ware gegen CH-Ware tauschen (Service am Kunden).“

„AW: [...]. Dieses Angebot überzeugt uns und wir sind bereit zu diesen Bedingungen den Umsatz zu euch zu verlagern! [...] macht dir bis Montag eine Planung für November und Dezember und teilt dir gleichzeitig mit, welche Lagerbestände wir noch haben damit wir die Ware tauschen können. [...]"

- e. Von: [Digitec] Gesendet: Freitag, 05.02.2010 17:29 An: [Nikon Schweiz] CC: [Digitec, Nikon Schweiz] Betreff: Zusammenarbeit Wichtigkeit: Hoch

„Vielen Dank für Deinen Besuch heute. Um meine Position zu unterstreichen möchte ich nochmals folgende Punkte erwähnt haben, da Du uns noch keine Lösung für die extrem akuten Probleme präsentieren konntest. Im Schnitt haben wir beim Brand Nikon in den ersten drei Monaten unserer Zusammenarbeit einen Umsatzrückgang von ca. 45 % verzeichnet, obwohl wir bei allen anderen Brands massiv zulegen konnten. Dieser Rückgang ist zum grossen Teil auf den Verzicht von Import (als commitment zu Nikon AG) zurückzuführen. Also reiner Goodwill von unserer Seite => Ich habe an die Zukunft geglaubt und diesen strategischen Entscheid gefällt um den Aufbau eines partnerschaftlichen Verhältnisses zu fördern. Es gibt kein einziger Partner in der Schweiz, welchem wir ein solches Entgegenkommen in Form von Importverzicht (ja ich weiss jeder soll und darf importieren...) je geleistet haben. Im Gegenzug wird dank der Seriennummerngeschichte von einigen Lieferanten der Name Digitec mit „Verräter“ gleichgesetzt (auf die Frage warum Seitens Nikon beim „drangsalieren“ der Lieferanten immer Digitec erwähnt worden ist, haben wir noch immer keine Antwort - viele Lieferanten kannten uns vorher nämlich noch gar nicht). [...] Ein Aussenstehender würde uns auch bei mangelnden Kenntnissen der Details für verrückt erklären, dass wir noch Hoffnung in eine goldige Zukunft mit Nikon Schweiz hegen. Doch wir (womit im jetzigen Zeitpunkt eigentlich nur noch ich gemeint bin) haben diese Hoffnung noch. Es sollten die offenen Punkte aber bis Freitag nächster Woche geklärt werden. Ich kann es einfach auch nicht verstehen, dass ihr keine schnelle und unbürokratische Lösung bei den kritischen Produkten herbeiführen wollt. Ihr könnt ja nur gewinnen. Der Umsatz der über das Internet läuft, läuft ohnehin über diesen Kanal. Die Frage ist nur, ob die Ware von Nikon Schweiz kommt oder eben nicht. Wenn ihr auf diesen Umsatz verzichten wollt und/oder könnt, ist das eure Entscheidung. Wir jedenfalls wollen das nicht länger tun. Macht uns doch Preise mit welchen wir in „unserem“ Kanal mit Nikon Produkten kompetitiv sein können. Mit Digitec an Bord führt das innert kürzester Zeit zu einer automatischen Bereinigung des Kanals und ihr könnt ein für allemal mit Testkäufen und seriennummernnotieren aufhören (dieser Aufwand in Verbindung mit dem Tracking ist ja auch nicht zu unterschätzen) ;-)

Angebote sind auf dem Tisch und es tut mir in der Seele weh, wenn ich sehe was wir hier verspielt haben...Ich denke aus diesem Mail geht klar hervor, dass ich mit dem Rücken zur Wand stehe und innert kürzester Zeit eine Sofortlösung brauche.“

f. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 23.02.2009 15:12 An: [Digitec] Cc: [Digitec, Nikon Schweiz] Betreff: Zukünftige Zusammenarbeit

„Grundvoraussetzung für eine direkte Zusammenarbeit und die Konditionen ist, dass Digitec sämtliche Nikon Produkte auch bei NIKON AG Schweiz oder bei einem unserer „offiziellen“ Distributionspartner bezieht und als Vollsortimentanbieter auftritt.“

AW: „Für das Angebot der direkten Zusammenarbeit und die damit verbundenen Konditionen danke ich Ihnen. Herr [...] und ich haben kräftig gerechnet und sehen einer Zusammenarbeit grundsätzlich positiv entgegen. Allerdings müssten wir ein paar Details noch klären: [...] Objektive: Hier haben wir wirklich sehr grosse Differenzen. Im Minimum betragen die Differenzen knapp 10 %, die Regel sind ca. 12–15 % und im Extremfall sind es über 40 %! Alles immer bei Modellen, die wir auch mehrere Male im Monat verkaufen. Da wir selbst mit den alles eingerechneten EPs von Nikon keine Chance haben, die aktuellen Marktpreise nur ansatzweise mit zu machen, denken wir, dass wir hier bei geringerer Marge (+0) erst noch wesentlich weniger Umsatz machen könnten. Diese Einschränkung können wir so kaum hinnehmen. Ich hätte zur Lösung allerdings folgende Idee: Wäre es möglich bei den ca. 10 wichtigsten Objektiven jeweils eine Planung zu machen mit Möglichkeit zu Specialbits. Die Mengen würden sich jeweils ab ca. 30–50 Stück bewegen. Die zusätzlichen Rabatte müssten sich dafür zwischen 5–10 % bewegen. Es geht uns wie gesagt hier nicht darum das US-Pricing zu verlangen, aber wir können schlecht damit leben, dass wir bei den Objektiven plötzlich abgeschlagen sind, insbesondere da wir hier für dieses Jahr doch ein Wachstum sehen. Mit einer Option in diese Richtung wären wir bereit unseren Umsatz wirklich komplett in die Schweiz zu.“

AW/AW: „[...] Was gibt es zur Zeit für Angebote von internationalen Tradern (interessant wäre der Unterschied Amerika / Asien / Europa)? [...]“

AW/AW/AW: „[...] Wir möchten zum aktuellen Zeitpunkt ungern genaueres über die Angebote und die Herkunft der Objektive sagen. Bei einer Zusammenarbeit sind wir aber gerne bereit die konkreten Angebote offen zu legen. Sie können mir aber glauben, dass die Angaben unten von „knapp 10 %“ bis „über 40 %“ stimmen. [...]“

AW/AW/AW/AW: [...] „Ihre Antwort bezüglich den Angeboten kann ich gut verstehen. Damit wir bei einer allfälligen Zusammenarbeit jedoch ein Argument haben, wäre es sicher gut, wenn zu gegebener Zeit die Offerten offen gelegt würden.“

155. Die bei Nikon beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz lässt vordergründig darauf schliessen, dass Digitec unter der Bedingung ins offizielle Vertriebssystem von Nikon aufgenommen wurde, dass auf Parallelimporte verzichtet wurde, was eine unzulässige Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen kann. Das Sekretariat hat diversen Händlern von Nikon Produkten in der Schweiz und im Ausland einen Fragebogen zukommen lassen, in dem sie unter anderem zu ihren Parallelhandelstätigkeiten befragt wurden. Digitec hat die entsprechenden Antworten eingereicht, nachdem die Untersuchung auf sie ausgedehnt worden war.

156. Digitec hat im Zusammenhang mit dem Rückgang der Parallelhandelstätigkeiten Ende 2009 Folgendes geltend gemacht:

„Nikon hat uns im Rahmen der Verhandlungen Ende 2009 signalisiert, dass es nicht in ihrem Sinne ist, dass Digitec, sollte es zu einer direkten Partnerschaft kommen, weiterhin Ware importiert oder bei inoffiziellen Lieferanten einkauft. Unter anderem deshalb, weil Nikon in einer direkten Partnerschaft den Partner als „offiziellen“ Nikon Händler ausweist und die erweiterten Garantieleistungen gewährt. Wir haben Nikon daraufhin mitgeteilt, dass eine komplette Verlagerung des Einkaufs nur in Frage kommt, wenn die Rahmenbedingungen entsprechend stimmen. Über diese Rahmenvereinbarungen haben wir, [...] verhandelt und schliesslich eine Einigung gefunden, so dass es für uns gepasst hat. [...]. Würde sich eine Preisdifferenz oder andere Nachteile ergeben, würde Digitec nicht zögern und wieder im Ausland oder bei inoffiziellen Quellen einkaufen. Es gab zu keinem Zeitpunkt Androhung von Konsequenzen, sollte Digitec trotz der Partnerschaft Importe tätigen. Es wurden auch keine Lieferanten speziell erwähnt, bei denen Digitec nicht einkaufen sollte.“⁵⁰

157. Zum Vorwurf, dass möglicherweise eine unzulässige Gebietsschutzabrede zwischen Nikon und Digitec vorliege, hat Letztere folgendermassen Stellung genommen:

„Nikon hat sich dahingehend geäussert, dass sie nur an einer Zusammenarbeit interessiert sind, wenn wir das gesamte Volumen bei Nikon CH einkaufen und es gab auch die Äusserung, dass Nikon von uns eine Zusicherung diesbezüglich erwartet. Daraufhin haben wir Nikon signalisiert, dass sich durch Konditionen, welche besser sind als im Ausland, automatisch eine Verlagerung des Einkaufsvolumens vom Ausland in die Schweiz ergeben wird. Entscheidend ist aber, dass niemals in irgendeiner Form Bedingungen existierten und auch keine Konsequenzen angedroht wurden seitens Nikon, falls wir dennoch importieren würden. Für Digitec waren deshalb alle Äusserungen zur Exklusivität - seitens Nikon, wie auch seitens Digitec - Floskeln ohne weitere Bedeutung. Digitec hätte sich niemals auf eine Zusammenarbeit eingelassen, wenn uns irgendwelche Einschränkungen auferlegt worden wären, unseren Einkauf jederzeit wieder

⁵⁰ Hervorhebung durch die WEKO.

weg von Nikon CH, zu inoffiziellen Quellen zu verlangen.⁵¹ Da uns aber Nikon – wie in der den Antworten vom letzten Mai angefügten Excel-Kalkulation dargelegt – bessere Konditionen angeboten hatte, machte ein Import für uns aus wirtschaftlichen Gründen absolut keinen Sinn mehr.“

158. Der WEKO liegen keine ausreichenden Beweise vor, dass Digitec sich gegenüber Nikon verpflichtet hat, auf Parallelimporte zu verzichten und effektiv auch von Importen absehen würde, wenn sich diese wirtschaftlich lohnen würden. Die bei Nikon beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz und die Aussagen von Digitec sind insofern stimmig, als Digitec mit Nikon über die Konditionen verhandelt und in diesem Zusammenhang Nikon gegenüber ihre Bezugspreise im Ausland offengelegt hat, um einen gewissen Druck auf Nikon auszuüben. Da es sich bei Digitec um einen der grössten Händler in der Schweiz handelte, der seine Ware zu einem Grossteil nicht über Nikon Schweiz, sondern auch über ausländische Händler bezog, hatte Nikon ein grosses Interesse, Digitec „ins Boot“ zu holen. Dies deckt sich wiederum mit der Aussage, wonach Nikon Digitec bessere Konditionen angeboten hat, so dass sich ein Bezug im Ausland wirtschaftlich gar nicht mehr lohnte.

159. Das soeben aufgezeigte Verhalten von Digitec gegenüber Nikon wird zusammen mit dem nachfolgend zu beschreibenden Verhalten von [...] im Anschluss daran gewürdigt (siehe unten Rz 166 ff.).

Keine Abrede mit [...]

160. Bei [...] handelt es sich um einen Einzelhändler, der – zumindest vor 2010 – ebenfalls in bedeutendem Ausmass Parallelimporte von Nikon Produkten tätigte. Das Sekretariat fand im Laufe der Ermittlungsarbeiten Anhaltspunkte dafür, dass sich [...] möglicherweise gegenüber Nikon dazu verpflichtet hat, auf Parallelimporte zu verzichten. Dies kann eine unzulässige Gebietschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen. Vor einer möglichen Ausdehnung der Untersuchung auf [...] hat das Sekretariat die Vertreter des Unternehmens am 17. Januar 2011 zu einer Anhörung nach Art. 40 KG eingeladen (siehe oben Rz 53).

161. Anlässlich dieser Anhörung wurden den Vertretern von [...] u.a. die nachfolgenden Auszüge aus der bei Nikon beschlagnahmen E-Mail Korrespondenz zur Stellungnahme vorgelegt. Die E-Mail Auszüge lassen vordergründig darauf schliessen, dass sich [...] gegenüber Nikon möglicherweise dazu verpflichtet hat, bei einer Zusammenarbeit mit Nikon auf Parallelimporte zu verzichten.

a. From: [Nikon Schweiz], To: [Nikon Schweiz], Subject: [...], Sent: 06.04.2009 09:19:54, Attachments: [...]

[...]

b. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 21.08.2009 11:15 An: [Nikon Schweiz] Betreff: WG: D700 offers from [...] to Swiss Dealers

„Bitte Herrn [...] anfragen, ob er D700 bei [...] für uns kaufen könnte. Wir bezahlen alle Kosten. Des Weiteren müssen wir unbedingt wissen, um wie

viele D700 es sich handelt. Herr [...] soll bitte die Totalmenge anfragen.“

AW: „[...] wird 2pcs von der D700 bestellen sowie die Lagermenge eruieren. I'll keep you up to date.“

Am 27. Juli 2009 hat [...] Offerten der deutschen [...] für Nikon Digitalkameras ohne Wechselobjektiv (Coolpix) und digitale Spiegelreflexkameras von Nikon mit Wechselobjektiv (D300 und D700) und der US-amerikanischen [...] für die Nikon Digitalkameras S630 und S220 an Nikon weitergeleitet.

Am 30. September 2009 hat [...] ein Angebot für eine Spiegelreflexkamera von Nikon mit Wechselobjektiv (D300) von [...] an Nikon weitergeleitet.

c. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 16.09.2009 16:31 An: [Nikon Schweiz] Cc: [Nikon Schweiz], [Nikon Schweiz] Betreff: RG [...] Anlagen: SCAN160909[1].pdf; ATT296047.htm

„Im Anhang eine RG von [...]. Gesamthaft wurde von GmbH⁵² an [...] 600pcs D700 geliefert, davon 520pcs D700 Speedkit (Body + MB-D10) und 40pcs D700 Speedkits 24-120mm. Neben den bereits bekannten Importen von D700 [...] und Objektiven [...] hat [...] dieses Jahr noch folgende Produkte importiert D300 Body 8 pcs [...] D90 Body 12 pcs [...]. Herr [...] hofft, dass wir damit etwas bewirken können und wünscht, dass er wieder seinem normalen Geschäftsalltag mit CH-Ware nachgehen kann.“

d. From: [Nikon Schweiz] Sent: 29.09.2009 22:21 To: [Nikon BV] Cc: [Nikon Schweiz], [Nikon BV], [Nikon BV] Subject: AW: Grey Imports⁵³ from [...] and [...] (vgl. Rz 154 b)

“While we have succeeded with one large grey importer / Internet trader [...] to supply us with freight documents / bills, we are still in negotiations with Digitec, the other large Internet player in the market. [...] supplied us with documents from German traders [...], approx. 70 pcs D700!!! but he did not source goods from [...] as Digitec did.”

162. Das Sekretariat hat [...] ebenfalls einen Fragebogen zugestellt, der Fragen zur Parallelhandelstätigkeit enthielt. Den Antworten von [...] lässt sich entnehmen, dass [...] im Jahr 2009 noch Nikon Produkte im Umfang von [...] % des mit Nikon erwirtschafteten Gesamtumsatzes parallel importierte und im Jahr 2010 [...].

⁵¹ Hervorhebung durch die WEKO.

⁵² Mit GmbH ist die Nikon GmbH in Deutschland gemeint (Anmerkung der WEKO).

⁵³ Als sog. „Grauimporte“ oder „Graumarktwaren“ werden Waren bezeichnet, die der Händler von einem Wiederverkäufer bezogen hat, der nicht zum Vertrieb im selektiven Vertriebssystem zugelassen ist (STEFFEN NOLTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 2010, Art. 81 EGV N 642).

⁵⁴ Bei [...] handelt es sich um den Generalimporteur von Nikon Produkten in Spanien und Portugal und damit um einen Händler, der zum offiziellen Vertriebssystem von Nikon gehört. Folglich handelt es sich gemäss der Definition in Fn 53 nicht um Graumarktwaren, wenn [...] an Digitec liefert.

163. Aufgrund dieser Angaben und der Auszüge aus den bei Nikon beschlagnahmten E-Mails, lagen substantiierte Anhaltspunkte dafür vor, dass sich [...] möglicherweise gegenüber Nikon verpflichtet hatte, auf Parallelhandel zu verzichten, was eine unzulässige Gebietschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen kann. Das Sekretariat hat [...] daher am 17. Januar 2011 zu einer Anhörung nach Art. 40 KG vorgeladen (siehe oben Rz 53).

164. Die Vertreter von [...] haben anlässlich dieser Anhörung ausgesagt, dass [...] den Markt permanent beobachte. Sofern die Bedingungen im Ausland besser seien, werde parallel importiert. Seit 2010 sei das Angebot im Ausland allerdings nicht mehr so attraktiv und die Kunden wollten Nikon Produkte mit „Swiss Garantie“. ⁵⁵ Zudem habe Nikon die Bezugspreise gesenkt.

165. Den Wettbewerbsbehörden liegen keine Beweise dafür vor, dass sich [...] gegenüber Nikon dazu verpflichtete, auf Parallelimporte zu verzichten, und auch tatsächlich davon absehen würde, wenn es sich wirtschaftlich lohnen würde, im Ausland zu beziehen. Die Vertreter von [...] bestätigen vielmehr die Aussage von Digitec, wonach Nikon die Preise angepasst hat und sich ein Bezug im Ausland im Jahr 2010 deshalb wirtschaftlich nicht mehr lohnte.

Würdigung

166. Zusammenfassend bestreiten sowohl Digitec als auch [...], mit Nikon eine Abrede darüber getroffen zu haben, auf Parallelimporte zu verzichten. Der WEKO liegen keine ausreichenden Beweise für eine derartige Abrede vor. Namentlich enthält die Konditionenvereinbarung 2010 zwischen Nikon und [...] keine Klausel, wonach [...] auf Parallelimporte zu verzichten hat. Hinzu kommt, dass [...] den Vertrag für den Vertrieb der Spiegelreflexkamera D3S, in dem der Händler sich zum Bezug in der Schweiz oder in Liechtenstein verpflichtet (siehe oben Rz 107), nicht unterzeichnet hat. Auch in Bezug auf Digitec liegen der WEKO keine vertraglichen Abmachungen vor, wonach Digitec bei einer Zusammenarbeit mit Nikon auf Parallelimporte verzichtet.

167. Unter diesen Umständen haben die Wettbewerbsbehörden die Folgen der Beweislosigkeit für eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Nikon und Digitec bzw. Nikon und [...] zu tragen, weshalb die Untersuchung nicht auf [...] ausgedehnt wurde und das Verfahren gegen Digitec ohne Folgen eingestellt wird.

B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

168. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es müssen folglich nicht beide Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist allerdings, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf die Wettbewerbsabrede zurückführen lässt. ⁵⁶

169. Nikon macht geltend, die WEKO lasse die geforderte Kausalität zwischen den einzelnen von der WEKO in den in- und ausländischen Händlerverträgen von Nikon identifizierten Abreden und der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung gänzlich ungeprüft. Über eine Reihe von sog. Massnahmen zur Verhinderung von Paralle-

limporten in die Schweiz werde sodann versucht, die Wettbewerbsbeschränkung zu konstruieren, obwohl diese Massnahmen in keinem direkten Zusammenhang zu den in- und ausländischen Vertriebsverträgen stehen und selbst keine Wettbewerbsabreden darstellen würden. Folglich fehle es an der Kausalität.

170. Dem ist entgegen zu halten, dass für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG die Umsetzung der Wettbewerbsabrede nicht erforderlich ist. Ebensowenig müssen bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst worden sein. ⁵⁷ Dieser Nachweis ist praxismässig bei der materiellen Prüfung von Art. 5 KG zu erbringen. Wie die WEKO bereits im Entscheid „Gaba“ festhielt, liegt eine Besonderheit von Gebietschutzabreden darin, dass im Gegensatz zu einer Preisbindung zweiter Hand eine absolute Gebietschutzabrede die daran beteiligten Unternehmen nicht zur Vornahme, sondern typischerweise zur Unterlassung einer Handlung verpflichtet. ⁵⁸ Die Unterlassungshandlung – sei es durch den unterlassenen Export oder durch den unterlassenen Import aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung – kann folglich naturgemäss kaum je mit Sicherheit auf die einzelne Wettbewerbsbeschränkung (Beschränkung des Absatz- resp. des Bezugsgebietes) zurückgeführt werden. Die vorgenannten Vereinbarungen ⁵⁹ sind jedoch allesamt objektiv geeignet, Parallelimporte zu verhindern.

171. Darüber hinaus ist Folgendes festzuhalten: Auch wenn Art. 4 Abs. 1 KG von „Bezwecken“ spricht, kommt es nicht auf die subjektive Absicht der Unternehmen an, deren Nachweis in der Regel kaum zu erbringen sein dürfte. Vielmehr muss es für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG genügen, dass der Inhalt der Abrede, durch Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter, objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (sog. objektivierter Zweckbegriff). ⁶⁰

172. Nikon bringt dagegen vor, das Verständnis der WEKO, wonach der „objektivierte Zweckbegriff“ i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG lediglich verlange, dass sich die Abrede objektiv eigne, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, sei falsch und werde durch die angegebenen Quellen nicht gestützt. Es müsse auch unter dem „objektivierten Zweckbegriff“ die subjektive Absicht der Abrededpartner nachgewiesen werden, wobei auf objektive Beweiselemente, wie etwa den Wortlaut der Abrede, abgestützt werden dürfe.

⁵⁵ Siehe Ausführungen dazu in Rz 292 ff.

⁵⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 34), Art. 4 Abs. 1 KG N 68 m.w.N.

⁵⁷ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 34), Art. 4 Abs. 1 KG N 70 m.w.N.

⁵⁸ RPW 2010/1, 103 Rz 309, *Gaba*.

⁵⁹ Vgl. vorne Rz 98 ff.

⁶⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 34), Art. 4 Abs. 1 KG N 69 ff., m.V.a. RPW 2006/4, 593, Rz 26 – Tarif des Verbands Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen.

173. Dieses Vorbringen stösst ins Leere: Unter dem objektivierten Zweckbegriff ist der Nachweis des Unrechtsbewusstseins oder des Willens der Beteiligten zur Wettbewerbsbeschränkung eben gerade nicht erforderlich (siehe oben Rz 171). Aber selbst nach dem Verständnis der Verfügungsadressatin können die einzelnen Vertragsklauseln insofern nicht anders verstanden werden, als letztlich zumindest eine Aufteilung der einzelnen Vertragsgebiete bezweckt wurde. Somit wurden für den freien Wettbewerb wesentliche Wettbewerbsparameter wie namentlich die Bezugsquelle oder der Vertriebsort eingeschränkt.

174. Weiter hätten gemäss Nikon weder die ausländischen Ländergesellschaften von Nikon noch die Nikon-Europazentrale und die Händler als Vertragspartner die Absicht gehabt, mit den identifizierten Vertragsklauseln den Wettbewerb zu beschränken (Art. 4 Abs. 1 KG). Sie hätten lediglich vereinbart, was nach den für sie primär relevanten Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts zulässig und üblich sei. Schon gar nicht hätten sie die Absicht gehabt, den Wettbewerb konkret in der Schweiz zu beschränken (Art. 2 Abs. 2 KG).

175. Diese Überlegungen vermögen die objektive Eigenschaft der Abreden, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beschränkung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (z.B. Vertriebskanal, Parallelimporte) herbeizuführen, nicht in Frage zu stellen. Inwiefern es sich dabei um eine zulässige oder unzulässige Wettbewerbsbeschränkung handelt, ist nicht im Lichte von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern bei der materiellen Prüfung nach Art. 5 KG abzuhandeln.

176. Im Folgenden wird geprüft, ob die Verträge von Nikon eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken bzw. bezweckt oder bewirkt haben.

Alter Grossistenvertrag, Vertriebsvereinbarungen „D3S/D3X“, „Nikon Professional Service“

177. Im alten Grossistenvertrag, in den Vertriebsvereinbarungen „D3S/D3X“ und im Vertrag „Nikon Professional Service“ ist eine Klausel enthalten, wonach sich der Vertragspartner dazu verpflichtet, die Vertragsware nur im Vertragsgebiet zu beziehen (siehe Rz 99, 107, 112), wobei das Vertragsgebiet auf die Schweiz und Liechtenstein beschränkt ist. Eine derartige Vertragsklausel ist objektiv geeignet, Parallelimporte ins Vertragsgebiet zu unterbinden und den Wettbewerb damit zu beschränken.

178. Aus dem klaren und unzweideutigen Wortlaut der entsprechenden Klauseln muss geschlossen werden, dass die Abrededpartner zumindest den Wettbewerbsparameter der Bezugsquelle beschränken wollten. Welche Bedeutung letztlich dem einzelnen Parameter und damit der Wettbewerbsbeschränkung als Ganzem beigemessen wird, ist nicht Gegenstand der Beurteilung einer Abrede im Lichte von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der materiellen Prüfung nach Art. 5 KG.⁶¹ Eine anderslautende Abrede liegt bis zum 1. September 2009 nicht vor. Es fehlen auch sonst Hinweise wie namentlich Protokolle, Besprechungsnotizen und (E-Mail) Korrespondenzen welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen.

Neuer Selektivvertriebsvertrag Grossisten ab 1. September 2009

179. Der neue Selektivvertrag für Grossisten, welcher seit dem 1. September 2009 in Kraft ist, enthält kein Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets mehr. Unter dem neuen Vertrag verpflichteten sich die Grossisten, die Vertragsware nur bei zugelassenen Händlern zu beziehen und sie ausschliesslich an zugelassene Händler zu vertreiben. Obwohl eine derartige Klausel für sich alleine in der Regel den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt, kann sie unter gewissen Umständen als Instrument zur Abschottung des Schweizer Marktes dienen (vgl. Rz 99 ff.).

Ausländische Händlerverträge der Nikon Gruppe

180. In Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn bestehen in den Vertriebsverträgen Klauseln, wonach die Vertragswaren nicht in Länder ausserhalb des EWR exportiert werden dürfen (Rz 119 ff.). In den USA bestehen ebenfalls Vertragsbestimmungen, die Exporte aus den USA nicht zulassen (Rz 143). Diese expliziten vertraglichen Exportverbote sind objektiv geeignet, Parallelimporte durch die Vertragshändler in die Schweiz zu unterbinden und damit den Wettbewerb zu beschränken.

181. In Grossbritannien, Griechenland und Polen sehen die Vertriebsverträge den Verkauf nur im jeweiligen Staatsgebiet vor (Rz 126 ff.). Diese impliziten Exportverbote vermögen für sich alleine keine Parallelimporte durch die Vertragshändler in die Schweiz zu verhindern. Allerdings sind sie im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen, wie sie zumindest bei Parallelimporten aus Grossbritannien, Griechenland und Polen ergriffen wurden (siehe unten Rz 272 a und b, 283 und 286), geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und damit den Wettbewerb zu beschränken.

182. Nikon bringt vor, dass für die ausländischen Händlerverträge jede einzelne Vertragsklausel unter dem Gesichtspunkt des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung hätte separat geprüft werden müssen. Dabei wären für die beanstandeten Vertragsklauseln sämtliche Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 2 KG zu untersuchen gewesen, anstatt die verschiedenen Vertragsklauseln in unzutreffende und irreführende Kategorien (implizite und explizite Exportverbote) einzuordnen. Die von Nikon vorgenommene separate Prüfung der einzelnen Vertragsbestimmungen hält im Ergebnis fest, dass die meisten dieser Klauseln keine Wettbewerbsbeschränkung beinhalten, jedenfalls eine solche nicht bezwecken würden und ausnahmslos auch keine qualifizierte Auswirkung auf den Schweizer Markt gegeben sei.

⁶¹ BGE 129 II 18 E. 8.3.

183. Entgegen den Vorbringen von Nikon ist eine Kategorisierung der einzelnen Abreden in ausländischen Händlerverträgen in explizite und implizite Exportverbote aus zwei Gründen gerechtfertigt: Einerseits drängt sich die Einteilung in die beiden Gruppen von expliziten und impliziten Exportverbotsklauseln angesichts der nahezu identischen Vertragsbestimmungen innerhalb derselben Gruppe auf. Andererseits ist zwar mit der Verfügungsadressatin übereinzustimmen, dass einzelne implizite Vereinbarungen für sich alleine genommen den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG nicht zu erfüllen vermögen. Wie unter Rz 181 aufgeführt, sind aber auch die impliziten Exportverbote im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen, wie sie nachweislich zumindest bei Parallelimporten aus Grossbritannien, Griechenland und Polen ergriffen wurden, geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und damit den Wettbewerb zu beschränken.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

184. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des 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. Vorliegend kommt eine Gebietschutzabrede in Frage, weshalb nachfolgend die entsprechenden Tatbestandselemente geprüft werden.

185. Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu fahren.⁶² Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden sollte.⁶³ Dementsprechend lehnt sich die Vertikalbekanntmachung der WEKO⁶⁴ an die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission⁶⁵ und die entsprechenden Vertikal-Leitlinien⁶⁶ an und hat die WEKO die europäischen Regeln als analog anwendbar erklärt (Erw.-Gr. VI. f. VertBek; siehe unten Rz 202).

B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten

186. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

187. Nikon macht geltend, der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes von Art. 5 Abs. 4 KG sei nur erfüllt, wenn kumulativ:

- der Hersteller das Gebiet der Schweiz einem Händler exklusiv zuweise, und
- der Hersteller sich gegenüber diesem Exklusivhändler in der Schweiz verpflichte, Passivverkäufe (bzw. Querlieferungen im Falle eines Selektivvertriebs) absolut (wasserdicht) in die Schweiz zu unterbinden.

188. Laut Nikon sind alle anderen Formen von Gebietsbeschränkungen in Vertikalabreden höchstens unter Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Auf diese Vorbringen wird nachfolgend im Zusammenhang mit der Prüfung der einzelnen Tatbestandselemente eingegangen.

B.3.2.1.1. Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten

189. Zunächst setzt Art. 5 Abs. 4 KG Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten voraus.

Abrede

190. Für die Definition von Wettbewerbsabreden wird nach oben verwiesen (Rz 92 ff.).

Vertriebsvertrag

191. Gemäss dem Gesetzestext werden sämtliche Vertriebsverträge erfasst, unabhängig davon, ob der Vertrieb selektiv, exklusiv oder offen organisiert ist. Darüber hinaus werden auch Vertriebsklauseln erfasst, die sich nicht in eigentlichen Vertriebsverträgen, sondern z.B. in Franchise- oder Lizenzverträgen befinden.⁶⁷ Damit stösst das Argument von Nikon, wonach es sich beim alten Grossistenvertrag (Rz 99) und beim „D3S/D3X“-Vertrag (Rz 107) nicht um einen selektiven Vertriebsvertrag bzw. beim „NPSD“-Vertrag (Rz 112) nicht um einen Vertriebsvertrag i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG handle, ins Leere.

Gebiet

192. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art geographischer Aufteilung von Absatzgebieten, die eine Marktabschottung zum Resultat hat, indem anderen oder potenziellen Wettbewerbsteilnehmern der Zutritt auf den fraglichen Markt erschwert oder verunmöglicht wird. Damit soll der freie markeninterne Wettbewerb (sog. Intra-brand-Wettbewerb) grundsätzlich auf allen Gebieten gewährleistet werden. Folglich kann sich Art. 5 Abs. 4 KG sowohl auf den rein inländischen als auch auf den grenzüberschreitenden Vertrieb eines Produkts beziehen.⁶⁸

Zuweisung

193. Die Bildung eines geografischen Verkaufsgebiets muss kausal auf eine Zuweisung durch den Lieferanten bzw. Hersteller zurückzuführen sein. Nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fällt somit eine auf dem freien Entschluss des Wiederverkäufers basierende Beschränkung des Vertragsgebiets. Unter

⁶² RPW 2009/2 151 Rz 70 *Sécateurs et cisailles*, m.V.a. DEISS, AB 2002 N 1434 ff.

⁶³ RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, m.V.a. BÜHRER, AB 2002 1293.

⁶⁴ Siehe oben Fn 25.

⁶⁵ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (im Folgenden: Vertikal-GVO).

⁶⁶ Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S.1, Rz 50 (im Folgenden: Vertikal-Leitlinien).

⁶⁷ Vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 534 ff.

⁶⁸ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 528.

Art. 5 Abs. 4 KG wird sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten erfasst (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek, siehe Rz 222).⁶⁹ Namentlich können auch Klauseln wie Alleinbezugsverpflichtungen in selektiven Vertriebsverträgen, die den Händler verpflichten, einen wesentlichen Anteil seines Bedarfs beim Schweizer Generalimporteur oder Grossisten zu beziehen, zu einem indirekten Gebietsschutz führen.⁷⁰

194. Vorliegend bestehen folgende Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten:

- im alten Grossistenvertrag, im „D3S/D3X“-Vertrag und im „NPSD“-Vertrag wird den Vertriebspartnern das Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein zugewiesen;
- in den Vertriebsverträgen in Deutschland, Österreich, Slowenien, Ungarn, den USA, Grossbritannien, Polen und Griechenland wird den Vertriebspartnern das jeweilige Staatsgebiet zugewiesen.

Keine Beschränkung auf schweizerische Vertriebsverträge

195. Nikon bringt vor, der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG decke (wie auch die Entstehungsgeschichte zeige) nur die Abrede mit dem schweizerischen Händler, nicht jedoch diejenige mit dem gebietsfremden Partner ab. Nikon macht geltend, Art. 5 Abs. 4 KG setze einen schweizerischen Vertriebsvertrag voraus. Der Inhalt der Vertriebsverträge mit gebietsfremden Händlern sei für die Tatbestandsmässigkeit nicht relevant. Insbesondere sehe der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG nicht vor, dass ausländische Vertriebsverträge eine unzulässige Abrede im Sinne dieser Bestimmung sein können. Dies sei dadurch zu erklären, dass der Gesetzgeber genau die Beweisführungsprobleme vermeiden wollte, über welche sich die WEKO im Zusammenhang mit ausländischen Abreden beklage.

196. Den im Zusammenhang mit der historischen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG durch Nikon aufgeführten Materialien ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass nur Abreden in schweizerischen Vertriebsverträgen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden sollten. Art. 5 Abs. 4 KG spricht denn auch einfach von „Vertriebsverträgen“, ohne eine Differenzierung in ausländische und schweizerische Vertriebsverträge vorzunehmen. Die historische Auslegung führt zum selben Resultat: Als der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 4 KG schuf, hatte er nämlich gerade jene Sachverhalte im Auge, bei welchen ausländische Hersteller über Vertriebssysteme den Schweizer Markt abschotten und das Preisniveau höher halten als in der EU. So war in den Voten mehrerer Parlamentarier⁷¹ von der „Hochpreisinsel Schweiz“, von Marktabschottung und Verhinderung bzw. Erschwerung von Parallelimporten die Rede.⁷² Diese Marktabschottung kann sowohl über Bezugsbeschränkungen in schweizerischen Vertriebsverträgen als auch über Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen herbeigeführt werden. Folglich verlangt eine wirksame Bekämpfung von Marktabschottungen, dass auch Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen erfasst werden. Im Übrigen legt auch das Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG; Rz 74) nahe, dass Gebietsabreden in ausländischen Vertriebsverträgen, die zu einer Abschottung des Schweizer Markts

nach aussen führen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden. Auf die Frage der erforderlichen Intensität der Abschottung bzw. des Ausschlusses von Verkäufen wird nachfolgend eingegangen (siehe Rz 210 ff.).

Keine exklusive Zuweisung des Gebiets

197. Nikon macht geltend, der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes von Art. 5 Abs. 4 KG sei nur erfüllt, wenn der Hersteller das Gebiet der Schweiz einem Händler exklusiv zuweise.

198. Dies lässt sich weder dem Gesetzestext noch der Vertikalbekanntmachung entnehmen. Art. 5 Abs. 4 KG setzt „Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten voraus“ und Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b der Vertikalbekanntmachung „die Zuweisung von Gebieten“. Auch aus den nachfolgenden Ausführungen zum Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner geht klar hervor, dass das Gebiet nicht einem Händler exklusiv zugewiesen werden muss.

B.3.2.1.2. Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner

199. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Ausschluss von passiven Verkäufen

200. Im Vordergrund des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG steht der *Ausschluss von passiven Verkäufen* (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek).⁷³ Zwecks besseren Verständnisses wird zunächst auf den Begriff passiver Verkäufe eingegangen, bevor der Frage nach dem Ausmass des Ausschlusses nachgegangen wird.

201. Unter passivem Verkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter

⁶⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 530 ff.; vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 50.

⁷⁰ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 530.

⁷¹ Die historische Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG stützt sich in erster Linie auf die parlamentarische Diskussion, da die Bestimmung erst in diesem Stadium des Gesetzgebungsprozesses Eingang ins Gesetz gefunden hat. Die Diskussion im Nationalrat drehte sich um eine Formulierung von Art. 5 Abs. 4 KG, welche letztlich keinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat.

⁷² Vgl. z.B. HILDEGARD FÄSSLER, JOHANN N. SCHNEIDER, GEROLD BÜHRER, RUTH GENNER, LUCREZIA MEIER-SCHATZ, WALTER DONZÉ, RUDOLF STRAHM, SIMONETTA SOMMARUGA, AB 2002 S 1290 ff.; BSK-Krauskopf/Schaller (Fn 67), Art. 5 KG N 36.

⁷³ Nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fällt das Verbot des aktiven Verkaufs. Darunter ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 2 VertBek). Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Beschränkung von aktiven Verkäufen kartellrechtlich unproblematisch ist. Vielmehr werden Abreden über die Beschränkung des aktiven Verkaufs als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich der Anbieter das Gebiet nicht selbst vorbehalten oder exklusiv einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek). Auch innerhalb von selektiven Vertriebsverträgen werden solche Beschränkungen als qualitativ schwerwiegend betrachtet (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c VertBek) und können den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.

sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 3 VertBek).

202. Nikon bringt vor, an dieser Stelle werde richtig festgehalten, dass das Gebiet ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen sein müsse. Dazu ist zu sagen, dass sich die zitierte Definition von Passivverkäufen in Ziff. 3 der schweizerischen Vertikal-Bekanntmachung an jene in den europäischen Vertikal-Leitlinien anlehnt, die analog auch für die Schweiz gelten (Erw.-Gr. VI. f. Vert-Bek). Die Definition in der schweizerischen Vertikal-Bekanntmachung ist insofern etwas unglücklich formuliert, als von einem Gebiet die Rede ist, das „ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen“ ist: Es geht nicht darum, dass das Gebiet einem Händler exklusiv zugewiesen wird, sondern darum, dass jene Händler, denen ein anderes Gebiet zugewiesen wird, nicht einmal passiv, d.h. auf Anfrage hin, in das fragliche Gebiet verkaufen dürfen. Das Gebiet kann also auch mehreren Händlern zugewiesen sein, z.B. kann das Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein allen Vertragspartnern von Nikon Schweiz zugewiesen sein und das Vertragsgebiet Deutschland allen Vertragspartnern von Nikon Deutschland. Massgebend ist einzig, dass Händler, denen das Gebiet Deutschland zugewiesen wurde, nicht passiv in die Schweiz verkaufen dürfen und zwar unabhängig vom Vertriebssystem.

203. Aus den europäischen Vertikal-Leitlinien selbst wird ersichtlich, dass passive Verkäufe nicht zwingend einen Alleinvertriebsvertrag voraussetzen:

„Passiver Verkauf bedeutet die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden, d. h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden. Allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die Kunden in Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, erreichen, die aber eine vernünftige Alternative zur Ansprache von Kunden ausserhalb dieser Gebiete oder Kundengruppen, z. B. im eigenen Gebiet, darstellen, sind passive Verkäufe. Allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen werden als vernünftige Alternative zur Ansprache dieser Kunden angesehen, wenn es für den Abnehmer auch dann attraktiv wäre, die entsprechenden Investitionen zu tätigen, wenn Kunden in den Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, nicht erreicht würden.“⁷⁴

204. Aus dieser Definition geht eindeutig hervor, dass passive Verkäufe nicht nur Verkäufe in ein Gebiet umfassen, welches ausschliesslich einem einzigen Händler zugewiesen ist, sondern auch Verkäufe in Gebiete, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind. Aufgrund der Klammerbemerkung wird klar, dass die Gebiete anderen Händlern ausschliesslich zugewiesen sein können, aber nicht sein müssen.

205. Zum selben Ergebnis führt auch eine systematische Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts. Dieses kennt sog. Kernbeschränkungen, d.h. Vertragsklauseln, welche die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken und bei denen zu vermuten ist, dass sie den Verbrauchern so stark schaden, dass sie gegen Art. 101 AEUV⁷⁵ verstossen. Findet sich auch nur eine Kernbeschränkung in einem Vertrag, führt dies dazu, dass der gesamte Vertrag nicht mehr von der Freistellung durch die Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) profitieren

kann. Die Vermutung ist allerdings durch eine Effizienzverteidigung widerlegbar, wobei die Beweislast den Parteien obliegt.⁷⁶

206. In der EU gehört namentlich folgende Beschränkung zu den Kernbeschränkungen, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führt:

Die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf (vgl. Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO).

207. Jedoch gilt eine Ausnahme für:

Die Beschränkung des *aktiven* Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder *ausschliesslich einem anderen Abnehmer* zugewiesen hat, sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird (vgl. Art. 4 Bst. b Abs. 1 Vertikal-GVO).

208. Im europäischen Wettbewerbsrecht stellen Verbote des Aktiv- und Passivverkaufs also grundsätzlich eine unzulässige Kernbeschränkung dar (Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt für Alleinvertriebsvereinbarungen (d.h. Exklusivvertriebsverträge), in deren Rahmen ein vertragliches Verbot von Aktivverkäufen in Vertragsgebiete anderer Händler zulässig ist (Art. 4 Bst. b Abs. 1 Vertikal-GVO).⁷⁷ Im Unterschied zu dieser Ausnahme setzt der Grundtatbestand in Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO allerdings keinen Alleinvertriebsvertrag voraus. Genau so wenig setzt Art. 5 Abs. 4 KG eine Alleinvertriebsvereinbarung bzw. ein Exklusivvertriebssystem voraus:

„Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, [...]“

209. Auch aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG wird also klar ersichtlich, dass der Tatbestand nicht nur Abreden in einer bestimmten Art von Vertriebsverträgen, namentlich in Exklusivvertriebsverträgen, erfassen soll, sondern allgemein Abreden in „Vertriebsverträgen“, welche Passivverkäufe in die Schweiz verhindern. Folglich stösst das Argument von Nikon, wonach das Gebiet der Schweiz vorliegend an einen (einigen) Händler hätte zugewiesen werden müssen, damit der Sachverhalt von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird, ins Leere.

210. In Bezug auf das erforderliche Ausmass des Ausschlusses von passiven Verkäufen vertritt Nikon die Auffassung, der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes nach Art. 5 Abs. 4 KG sei nur erfüllt, wenn der Hersteller sich gegenüber einem Exklusivhändler in der Schweiz verpflichte, Passivverkäufe (bzw. Querlieferungen im Falle eines Selektivvertriebs) in die Schweiz absolut (wasserdicht) zu unterbinden (vgl. Rz 184).

⁷⁴ Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 51.

⁷⁵ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008 S. 47 (AEUV).

⁷⁶ STEPHAN SIMON, Die neue Kartellrechtsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für Vertriebs- und Lieferverträge, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 12. Dezember 2010, S. 497 ff., S. 500.

⁷⁷ Langen/Bunte-Nolte (Fn 53) Art. 81 EGV EGV N 526.

211. Vorliegend bestehen in folgenden Nikon Verträgen Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein), welche zum Ausschluss von Parallelimporten durch die Vertragshändler führen: Alter Grossistenvertrag (Rz 99), D3S-/D3X-Vertrag (Rz 107) und „NPSD“-Vertrag (Rz 112). Zudem bestehen in folgenden Ländern Vertriebsverträge der Nikon Gruppe mit expliziten Exportverboten, die zum Ausschluss von Parallelexporten in die Schweiz führen: Deutschland (Rz 119), Österreich (Rz 124), Slowenien (Rz 124), Ungarn (Rz 124) und USA (Rz 143). Schliesslich bestehen in den Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe in Grossbritannien (Rz 126), Griechenland (Rz 134) und Polen (Rz 130) implizite Exportverbote, die in Zusammenhang mit weiteren Massnahmen zum Ausschluss von Parallelexporten in die Schweiz führen. Dass derartige Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz vorliegend ergriffen wurden, geht aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz (siehe unten Rz 272 a und b, 283 und 286) hervor.

212. In den Vertriebsverträgen in Dänemark, Schweden, Norwegen, Portugal, Spanien, Italien und Ex-Jugoslawien bestehen zwar Klauseln, die im Zusammenhang mit Massnahmen gegen passive Verkäufe aus diesen Ländern in die Schweiz als implizite Exportverbote qualifiziert werden könnten. Allerdings liegen der WEKO keine Beweise vor, dass Nikon in diesen Ländern derartige Massnahmen ergriffen hat. Darüber hinaus verfügen die Wettbewerbsbehörden über keine Hinweise, dass aus diesen Ländern nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Folglich bilden die Vertriebsverträge in diesen Ländern nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung (siehe oben Rz 150).

213. In Bezug auf die Länder, in denen Nikon tätig ist, die vorangehend aber nicht genannt wurden (z.B. Frankreich), bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte für vertragliche Exportverbote, die zum Ausschluss von passiven Verkäufen in die Schweiz führen (siehe oben Rz 151).

214. Vorliegend scheinen insbesondere aus den Nachbarländern der Schweiz, in welchen die Nikon Gruppe keine vertraglichen Exportverbote in die Schweiz implementiert hat (Frankreich) bzw. keine impliziten vertragliche Exportverbote verbunden mit weiteren Massnahmen gegen Parallelimporte in die Schweiz bestanden (Italien), keine nennenswerten Parallelimporte stattgefunden zu haben. Von den befragten inländischen Händlern hat denn auch keiner angegeben, im Jahr 2009 aus Frankreich oder Italien parallel importiert zu haben (vgl. Tabelle 1 Anhang E.1. und Tabelle 1 Anhang E.2.). Basierend auf den Angaben dieser Händler scheint der von Parallelimporten aus den Nachbarländern generierte Druck primär von Deutschland ausgegangen zu sein (Tabelle 1 Anhang E.1. und Tabelle 1 Anhang E.2.). Auch gemäss Nikon werden Nikon Imaging Produkte primär aus Deutschland in die Schweiz importiert. Dies ist insofern plausibel, als es sich bei Deutschland um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz handelt.⁷⁸ Mit anderen Worten scheint es nicht nötig gewesen zu sein, die Schweiz von Frankreich und Italien abzuschotten, da aus diesen Ländern ohnehin kein (bedeutender) Druck aus Parallelhandel zu erwarten war.

215. Betreffend das vertragliche Bezugsverbot ist weiter festzuhalten, dass nicht alle Händler, die in der Schweiz mit Nikon Imaging Produkten gehandelt haben, die vom Verbot betroffen waren, sondern nur jene, die den alten Grossistenvertrag, den D3S-/D3X-Vertrag oder den „NPSD“-Vertrag unterzeichnet haben. Laut Nikon wurden diese Verträge zudem innerhalb eines offenen Vertriebssystems abgeschlossen, so dass nichtvertragsgebundene Händler Nikon Imaging Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets beziehen konnten. Ebenfalls festzuhalten ist, dass nicht in allen Ländern, in denen Nikon tätig ist, Exportverbote in Bezug auf die Schweiz bestehen. Folglich besteht keine absolut wasserdichte Unterbindung von Passivverkäufen in die Schweiz, wie sie laut Nikon bestehen müsse, damit Art. 5 Abs. 4 KG vorliegend greife. Nachfolgend wird geprüft, ob Art. 5 Abs. 4 KG tatsächlich eine wasserdichte Unterbindung von Passivverkäufen in die Schweiz voraussetzt.

216. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG verlangt, dass mit Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete ausgeschlossen werden. Nikon hat im Rahmen der historischen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG u.a. auf die Beratung der Revisionsvorlage durch die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 29. und 30. Januar 2003⁷⁹ verwiesen. Anlässlich dieser Beratung standen sich die folgenden Formulierungsanträge gegenüber:

„Antrag der Mehrheit: 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.“⁸⁰

„Antrag der Minderheit (DAVID BÉGUELIN, LEUENBERGER, MAISSEN, WICKI): Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, welche eine Marktabschottung zum Gegenstand haben.“⁸¹

217. FRITZ SCHIESSER sagte in seinem Votum, dem von Nikon – angesichts des Fehlens einer Botschaft (vgl. Fn 71) – für die systematische Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG zentrale Bedeutung beigemessen wird, Folgendes:

„Worum geht es konkret? Es geht darum, ob der Begriff der Marktabschottung, wie er im Nationalrat hineingekommen ist und von der Minderheit der Kommission übernommen wird, verwendet oder ob der Begriff des absoluten Gebietschutzes umschrieben werden soll. Diese beiden Begriffe sind für die Mehrheit nicht deckungsgleich. Die Mehrheit zielt auf den absoluten Gebietschutz ab. Dieser besteht

⁷⁸ Eidgenössische Zollverwaltung, Analyse Aussenhandel, S. 20 abrufbar unter <http://www.ezv.admin.ch/themen/00504/01530/03209/index.html?lang=de> (28.11.2011).

⁷⁹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2003, Ständerat (S), Frühjahrssession, 12. Sitzung vom 20.03.03, 317 ff.

⁸⁰ AB 2003 S 329 (Fn 79).

⁸¹ AB 2003 S 329 (Fn 79).

dann, wenn ein Unternehmen sein gesamtes Vertriebsgebiet so aufteilt, dass in jedem Teilgebiet nur ein Händler über die fragliche Ware verfügt, z. B. Automobile der Marke X, ohne dass die fragliche Ware aus einem anderen Gebiet importiert werden kann. Um ein System absoluten Gebietschutzes aufzuziehen, braucht ein Hersteller nicht marktbeherrschend zu sein. Es genügt, dass er seinen Händlerverträgen folgende Klauseln beifügen kann: 1. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nur sie und keine anderen Händler in diesem Gebiet zu beliefern. 2. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nicht direkt an Endabnehmer zu liefern. 3. *Dies ist entscheidend: Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, dafür zu sorgen, dass seine Händler in den anderen Vertragsgebieten keine Lieferungen in das fragliche Vertragsgebiet ausführen.* Ein solches System – wenn es eingehalten wird – ist wasserdicht. Der Wettbewerb innerhalb der Marke X ist ausgeschaltet. Gemäss der Rechtsprechung der Europäischen Union – und wir haben uns immer auch an der Europäischen Union orientiert – liegt ein solcher absoluter Gebietsschutz nicht vor, wenn passive Verkäufe in andere Vertragsgebiete erlaubt sind. *Das bedeutet, dass ein Hersteller die oben genannten Klauseln 1 und 2 in seine Vertriebsverträge aufnehmen darf, nicht aber die Klausel 3. Wenn Kunden aus anderen Vertragsgebieten an einen vertraglich gebundenen Händler gelangen, so muss es diesem erlaubt sein, in das andere Vertragsgebiet zu verkaufen und zu liefern, und es darf ihm durch den Hersteller nicht untersagt werden.* Genau dies wird mit der von der Mehrheit vorgeschlagenen Formulierung möglich sein. Damit werden inskünftig Schweizer – Private und Händler – im Ausland Waren einkaufen können, sowohl für den Privatgebrauch als auch für den Weitervertrieb. Ausgeschlossen ist dies bei Medikamenten; hier gilt die Lex specialis des Heilmittelgesetzes.

Kommen wir zum Begriff der Marktabschottung, wie er vom Nationalrat und von der Minderheit der Kommission verwendet wird. Herr Professor Baudenbacher vertritt ganz klar die Auffassung, dass dieser Begriff unscharf sei. "Abschotten" bedeutet ja in einem sehr allgemeinen Sinn "isolieren" und "abriegeln". Nach Aussage von Herrn Professor Baudenbacher handelt es sich nicht um einen stehenden Rechtsbegriff. Sollte dieser Begriff in Artikel 5 Absatz 4 verwendet werden, so wäre in der Tat nicht klar, ob damit nur der Ausschluss des passiven Wettbewerbes untersagt wird oder auch der Ausschluss des aktiven Wettbewerbes. Das wäre Sache der Weko; sie hätte ein relativ freies Ermessen und könnte damit letztlich auch Selektiv- und Exklusivverträge nach Artikel 5 Absatz 4 verfolgen. Mit dem Einbezug des aktiven Wettbewerbes unter die Norm wäre die schweizerische Regelung schärfer als jene der Europäischen Union. Das wollte die Mehrheit nicht. Unser Grundsatz war: Gleich scharfe Regelungen, aber nicht schärfere Regelungen als die Europäische Union.⁸²

218. Wie SCHIESSER einleitend bemerkt, war es das Ziel seines Votums, den absoluten Gebietsschutz in Abgrenzung zur allgemeineren Marktabschottung zu umschreiben. Im Ergebnis unterscheidet sich der absolute Gebietsschutz dadurch von der Marktabschottung, dass absoluter Gebietsschutz nur dann vorliegt, wenn auch passive Verkäufe ausgeschlossen werden.

219. Dasselbe geht auch aus dem Votum von JOSEPH DEISS betreffend die Anträge zur Formulierung von Art. 5 Abs. 4 KG hervor:

„ Le Conseil fédéral n'avait pas l'intention, lors de la rédaction du message, d'inclure cette question dans son projet. Suite au débat au Conseil national, nous avons décidé que

nous pouvions nous rallier à cet ajout, au fond, au projet, et nous avons proposé une formulation puisque celle qui avait été adoptée au Conseil national, aux yeux de ses auteurs mêmes, n'était pas encore définitivement au point. Il s'agit ici des accords verticaux sur les prix, mais aussi des accords sur l'attribution de territoires. Dans ce deuxième cas, notamment lorsque de tels accords prévoient une protection territoriale absolue ou lorsque toute importation parallèle est impossible. *Les contrats de concession exclusive prévoient évidemment une certaine protection territoriale qui doit pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'a pas un caractère absolu. On peut dire que le caractère absolu n'existe pas tant que des ventes passives sont possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'est pas impossible.*⁸³

220. Dementsprechend greift gemäss Praxis der WEKO der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG, wenn Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vorliegen und passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz).⁸⁴

221. Im Prinzip greift der Vermutungstatbestand bereits dann, wenn Passivverkäufe aus einem bestimmten Gebiet bzw. Land in die Schweiz ausgeschlossen werden. Bestehen beispielsweise in den deutschen Vertriebsverträgen für ein bestimmtes Produkt Exportverbote, die zum Ausschluss von Parallelimporten aus Deutschland in die Schweiz führen, reicht dies bereits für die Erfüllung des Vermutungstatbestands. Ob ein derartiges Exportverbot zur Beseitigung des Wettbewerbs bzw. zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten führt, ist Gegenstand der Prüfung der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots. Je nach Produkt ist es durchaus denkbar, dass ein vertragliches Exportverbot in Deutschland derartige Auswirkungen haben kann. Dies zumal es sich bei Deutschland laut Import- und Exportstatistik um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz handelt (siehe oben Rz 212). Vorliegend bestehen neben Deutschland in sechs weiteren EWR-Ländern und in den USA Exportverbote, die zum Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz führen. Hinzu kommen die vertraglichen Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein). Sofern diese Bezugs- und Exportverbote zum Ausschluss von passiven Verkäufen in die Schweiz führen, was nachfolgend im Einzelnen geprüft wird (Rz 226 ff.), greift damit die Vermutung der Beseitigung in Art. 5 Abs. 4 KG für jede einzelne Vertragsklausel.

⁸² AB 2003 S 329 f. (Fn 79).

⁸³ AB 2003 S 331 (Fn 79); Hervorhebung durch die WEKO.

⁸⁴ RPW 2010/1, 73 Rz 98, Gaba.

Direkter und indirekter Gebietsschutz

222. Art. 5 Abs. 4 KG umfasst sowohl Abreden, die direkt als auch solche, die indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b. und Abs. 2 VertBek). In diesen Fällen liegt eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung vor (Rz 489 ff.). Folglich werden nicht nur Verkaufsverbote in die Schweiz, sondern auch Bezugsverbote ausserhalb der Schweiz erfasst, die ebenfalls zum Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz führen.

223. Daher stösst das Argument von Nikon, die Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG erfasse nur Abreden über „den Ausschluss von Verkäufen in ein Gebiet“ und nicht die genannten Vertragsbestimmungen, die sich nicht auf Verkäufe, sondern auf Bezüge von Produkten beziehen, ebenfalls ins Leere.

Gebietsfremde Vertriebspartner

224. Art. 5 Abs. 4 KG setzt einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt. Gebietsfremd ist der Vertriebspartner, wenn ihm ein Gebiet ausserhalb des fraglichen Gebiets zugewiesen wurde.⁸⁵

225. Nachfolgend wird im Einzelnen geprüft, ob vorliegend mittels Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten direkt oder indirekt passive Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die Schweiz ausgeschlossen werden bzw. wurden.

Alter Grossistenvertrag, „D3S/D3X“-Vertrag, „NPSD“-Vertrag

226. Mit den Bezugsbeschränkungen im alten Grossistenvertrag (Rz 99), im „D3S/D3X“-Vertrag (Rz 107) und im „NPSD“-Vertrag (Rz 112) wurden die Vertragspartner verpflichtet, die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Händler *im Vertragsgebiet* zu beziehen. Damit wurden indirekt passive Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner der Nikon Gruppe in das Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein ausgeschlossen, denn die Vertriebspartner von Nikon konnten gar keine entsprechenden Kaufanfragen im Ausland stellen, welche passive Verkäufe hätten auslösen können. Folglich erfüllen diese Abreden den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

227. Nikon wendet ein, die genannten Verträge seien innerhalb eines offenen Vertriebssystems abgeschlossen worden. Eine geografische Bezugsbeschränkung einiger weniger Händler könne in einem offenen Vertrieb weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn von Art. 5 Abs. 4 KG den Vermutungstatbestand der Wettbewerbsbeseitigung erfüllen.

228. Wie bereits erwähnt (Rz 191), kommt es für die Erfüllung der Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG nicht darauf an, ob die Abrede im Rahmen eines selektiven, exklusiven oder offenen Vertriebssystems vereinbart wurde, sondern einzig darauf, dass es sich um eine Vertriebsklausel handelt, mit der passive Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Ob die Abrede sämtliche Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen vermag (Vermutungsfolge), ist eine Frage der Auswirkungen der Abrede, die weiter unten geprüft wird (Rz 352 ff.).

229. In Bezug auf das Argument von Nikon, wonach es den nicht vertraglich gebundenen Händlern in der Schweiz und in Liechtenstein möglich war, ausserhalb des Vertragsgebiets Nikon Produkte zu beziehen, ist dennoch bereits an dieser Stelle zu erwähnen, dass neben den Bezugsbeschränkungen in den Verträgen innerhalb des Vertragsgebiets (Rz 98) in Nikon Händlerverträgen ausserhalb des Vertragsgebiets vertragliche Exportverbote (Rz 116) bestanden, so dass auch jene Händler, welche keinen Vertrag mit Nikon Schweiz hatten und daher vom Bezugsverbot nicht betroffen waren, beim Bezug von Nikon Produkten ausserhalb des Vertragsgebiets in Folge der Exportverbote beschränkt wurden.

230. Weiter bringt Nikon vor, dass vertragsgebundene Händler im Inland die Möglichkeit hatten, indirekt Parallelimporte über nicht-vertragsgebundene Händler im Inland zu beziehen. In den entsprechenden inländischen Verträgen steht allerdings etwas anderes. Gemäss dem alten Grossistenvertrag, dem „D3S/D3X“-Vertrag und dem „NPSD“-Vertrag verpflichtet sich der Grossist bzw. der Einzelhändler, Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten (d.h. zugelassenen) Distributor im Vertragsgebiet zu beziehen (Rz 99, 107, 112). Folglich war für Vertragspartner des alten Grossistenvertrags, des „D3S/D3X“-Vertrags und des „NPSD“-Vertrags ein Bezug über nicht-vertragsgebundene Händler im In- und Ausland vertraglich ausgeschlossen. Für Retailhändler, die über Vertriebsverträge ohne Bezugsbeschränkungen verfügten, war ein Bezug bei Nichtvertragshändlern im Ausland eingeschränkt. Beispielsweise hat Nikon selbst geltend gemacht, Nikon Deutschland habe Warenflüsse an [...], einen deutschen Parallelhändler, der nicht zum selektiven Vertrieb zugelassen war, legitimerweise unterbunden. Darüber hinaus erhalten Nichtvertragshändler von Nikon beim Einkauf in der Regel schlechtere Konditionen (Rz 409). Folglich können Nichtvertragshändler Nikon Produkte in der Regel auch zu schlechteren Konditionen weiterverkaufen als Vertragshändler. Daher ist ein Bezug bei Nichtvertragshändlern weniger attraktiv als bei Vertragshändlern. Somit stossen die Vorbringen von Nikon ins Leere.

231. Schliesslich macht Nikon geltend, die Bezugsbeschränkung auf das Vertragsgebiet Liechtenstein und Schweiz im alten Grossistenvertrag beschränke die Bezugsquellen weniger stark, als dies bei einer Alleinbezugspflicht der Fall wäre. Immerhin stelle die Bezugsbeschränkung – unter der Annahme, dass sie den Grossisten zum Bezug von mehr als 80 % seiner auf der Grundlage des Einkaufswerts berechneten Einkäufe von Nikon Imaging Produkten und ihrer Substitute von Nikon Schweiz oder den schweizerischen Vertriebspartnern von Nikon Schweiz verpflichte – ein Wettbewerbsverbot gemäss Ziff. 6 VertBek dar. Nikon verweist auf Ziff. 12 VertBek 2007⁸⁶, wonach lediglich Wettbewerbsverbote,

⁸⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 547.

⁸⁶ (Ehemalige) Bekanntmachung der WEKO vom 2. Juli 2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek; im Folgenden: VertBek 2007). Die WEKO stützt sich für die vorliegende Beurteilung auf die VertBek 2010, weil darin die jüngste Fallpraxis zu vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG berücksichtigt wurde (vgl. Fn 25).

welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden, den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen. Das Wettbewerbsverbot gemäss § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags – unter der Annahme, dass ein solches im Einzelfall auf der Basis des tatsächlichen Einkaufs bestanden habe – habe jedoch in keinem einzigen Fall länger als drei Jahre gegolten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern ein so kurzes Wettbewerbsverbot den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen solle.

232. Mögliche Wettbewerbsverbote sind Verpflichtungen des Abnehmers, nicht mit Waren zu handeln, die mit den Vertragswaren im Wettbewerb stehen bzw. mehr als 80 % seiner gesamten Einkäufe von Vertragswaren sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen (Ziff. 6 VertBek; Art. 1 Abs. 1 Bst. d Vertikal-GVO). Als Wettbewerbsverbote gelten also zum einen Verbote, mit der Vertragsware konkurrierende Produkte anzubieten. Auf der anderen Seite werden aber auch Mindestabnahmeverpflichtungen erfasst, weil diese dazu führen können, dass der Händler gar nicht in der Lage ist, konkurrierende Produkte zu beziehen bzw. anzubieten.⁸⁷ Derartige Wettbewerbsverbote werden unter bestimmten Umständen als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek). Im Vordergrund steht dabei der Schutz des Wettbewerbs zwischen Waren unterschiedlicher Marken (sog. Interbrand-Wettbewerb).

233. Die Bezugsbeschränkung auf das Vertragsgebiet in den Vertriebsverträgen von Nikon erfüllt mangels Beschränkung des Vertriebs konkurrierender Produkte die Definition eines Wettbewerbsverbots nach Ziff. 6 VertBek nicht. Im Übrigen werden Wettbewerbsverbote, die für eine unbestimmte Dauer vereinbart werden, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet (Ziff. 12 Bst. f VertBek). Die vorliegende Bezugsbeschränkung in den Vertriebsverträgen von Nikon wurde auf unbestimmte Dauer vereinbart (Rz 99, 107 und 112). Dies müsste bei einem Vergleich, der vorliegend nicht angebracht ist, ebenfalls berücksichtigt werden.

234. In Bezug auf Alleinbezugspflichten macht Nikon geltend, diese würden den Wettbewerb unbestrittenermassen nicht erheblich beeinträchtigen. Sie würden in Ziff. 12 VertBek 2007 nicht unter den Verhaltensweisen aufgeführt, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnten. Auch aus der Praxis der WEKO würden sich keine Hinweise dafür ergeben, dass Alleinbezugspflichten im offenen Vertrieb den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen können. Gemäss den Vertikal-Leitlinien sei sogar eine Kombination von Alleinvertrieb und Alleinbezugspflichten vom Kartellverbot freigestellt (Ziff. 152 und 162 Vertikal-Leitlinien). Wenn aber eine Alleinbezugspflicht den Intra-brand-Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt, ergebe sich *a maiore ad minus*, dass dies auch die Pflicht zum Bezug von Nikon Schweiz oder Schweizer bzw. Liechtensteiner Händlern nicht tun könne.

235. Hierzu ist zunächst zu sagen, dass eine Kombination von Alleinvertrieb und Alleinbezugspflichten nach der

Vertikal-GVO nur dann freigestellt ist, wenn sowohl der Anbieter als auch der Abnehmer auf ihrem jeweiligen Markt nicht mehr als 30 Prozent Marktanteil halten. Für die Würdigung von Alleinvertriebsverträgen in Einzelfällen, in denen diese Marktanteilschwelle überschritten wird, enthalten die Vertikal-Leitlinien Hinweise (Ziff. 152 Vertikal-Leitlinien). Gemäss den Vertikal-Leitlinien erhöht eine Verknüpfung von Alleinvertrieb und Alleinbezug die Gefahr des Verlusts an markeninternem Wettbewerb und einer Aufteilung von Märkten, was insbesondere der Preisdiskriminierung Vorschub leisten könne. Alleinvertrieb alleine enge schon die Möglichkeiten der Kunden ein, Preisunterschiede auszunutzen, weil er die Zahl der Vertriebshändler begrenze und gewöhnlich auch deren Freiheit in Bezug auf aktive Verkäufe einschränke. Der Alleinbezug wiederum, der die Händler zwingt, die Produkte der betreffenden Marke direkt beim Hersteller zu beziehen, nehme darüber hinaus den Alleinvertriebshändlern die etwaige Möglichkeit, Preisunterschiede auszunutzen, da er sie am Bezug der Produkte bei anderen dem System angeschlossenen Händlern hindere. Damit erhalte der Anbieter mehr Möglichkeiten, den markeninternen Wettbewerb zu begrenzen und gleichzeitig unterschiedliche Verkaufsbedingungen anzuwenden, es sei denn, die Kombination aus Alleinvertrieb und Alleinbezug ermögliche Effizienzgewinne, die sich in niedrigeren Preisen für die Endverbraucher niederschlagen (Ziff. 162 Vertikal-Leitlinien; vgl. auch das Beispiel in Ziff. 167 Vertikal-Leitlinien). Daraus erhellt, dass die Kombination von Alleinvertrieb und Alleinbezug nur unter ganz bestimmten Umständen, deren Vorliegen im Einzelfall zu prüfen ist, mit dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar ist. Da wir es vorliegend nicht mit einer Alleinbezugspflicht, sondern mit Bezugsbeschränkungen zu tun haben, die zum Ausschluss von passiven Verkäufen in die Schweiz führt, erübrigt sich eine derartige Prüfung vorliegend; der von Nikon vorgebrachte Vergleich stösst daher ins Leere.

Neuer Selektivvertriebsvertrag Grossisten ab 1. September 2009

236. Per 1. September 2009 wurden die alten Grosshandelsverträge durch neue selektive Vertriebsverträge ersetzt, welche keine Bezugsbeschränkung auf das Vertragsgebiet mehr enthalten. Selektive Vertriebsverträge ohne Bezugsbeschränkung erfüllen für sich alleine in der Regel den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht. Allerdings können sie unter gewissen Umständen als Instrument zur Abschottung des Schweizer Marktes dienen. Ob in casu derartige Umstände vorliegen, wird in Rz 315 ff. geprüft.

Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn

237. Die Vertriebsverträge von Nikon in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn enthalten eine Verpflichtung des Händlers, keine Nikon Imaging Produkte ausserhalb des EWR zu verkaufen (Rz 119, 124). Damit werden passive Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die Schweiz ausgeschlossen. Folglich erfüllen diese Abreden den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

⁸⁷ BSK KG-NEFF (Fn 26), Ziff. 6 Vert-BM N 1.

238. Nikon ist der Auffassung, diese Bestimmungen und der erstellte Sachverhalt würden die Voraussetzungen des Auswirkungsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht erfüllen. Die Verpflichtung der Händler, keine Produkte ausserhalb des EWR zu verkaufen, habe keine qualifizierte Inlandauswirkung auf die Schweiz. Sie falle auch nicht unter den Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG. Nikon geht davon aus, dass Art. 5 Abs. 4 KG kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale voraussetze: Das Vorliegen eines schweizerischen Vertriebsvertrags sowie eine Abrede in diesem Vertriebsvertrag, welche ein Vertragsgebiet einem einzigen Händler zuweise (exklusive Gebietszuweisungsabrede) und wonach sich der Lieferant verpflichte sicherzustellen, dass keine Verkäufe in das zugewiesene Gebiet durch gebietsfremde Vertriebspartner erfolgen (Verkaufsausschlussabrede; vgl. Rz 187).

239. Wie beim räumlichen Geltungsbereich (Rz 74) erwähnt, wird im Rahmen der Analyse der Auswirkungen der vorliegenden Wettbewerbsabreden auf den Wettbewerb in den relevanten Märkten geprüft, ob sich die vertraglichen Exportverbote in den genannten Händlerverträgen auf die Schweiz auswirken (siehe unten Rz 352 ff.).

240. In Bezug auf die Subsumtion der vertraglichen Exportverbote unter Art. 5 Abs. 4 KG ist Folgendes festzuhalten: Dass nicht nur Gebietsabreden in schweizerischen Exklusivvertriebsverträgen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, wurde bereits aufgezeigt (Rz 196 und 200). Ebenfalls bereits widerlegt wurde das Argument von Nikon, wonach eine „wasserdichte“ Unterbindung passiver Verkäufe vorausgesetzt sei (Rz 210 ff.).

241. Vorliegend haben sich die deutschen, österreichischen, slowenischen und ungarischen Grosshändler bzw. Einzelhändler gegenüber Nikon verpflichtet, innerhalb des EWR den aktiven Verkauf von Nikon Produkten in Vertragsgebieten, die Nikon exklusiv unabhängigen Importeuren/Distributoren zugewiesen hat, zu unterlassen sowie die Nikon Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen (vgl. Rz 119 ff.). Damit werden sowohl passive als auch aktive Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen. Folglich greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG.

Grossbritannien

242. Die Vertriebsverträge in Grossbritannien enthalten eine Vertriebspflicht in Bezug auf das Vereinigte Königreich (Rz 126). Diese Zuweisung des Vertragsgebiets ist im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte aus dem Vereinigten Königreich (siehe unten Rz 286) im Sinne eines impliziten Exportverbots geeignet, passive Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen. Folglich greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG.

243. Damit ist das Argument von Nikon, wonach eine solche Abrede nicht als Abrede über den Ausschluss von Passivverkäufen in die Schweiz ausgelegt werden könne, hinfällig.

Polen

244. Die Vertriebsverträge in Polen enthalten Vertriebsrechte für Polen (siehe oben Rz 130). Diese Zuweisung des Vertragsgebiets ist im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte aus Polen (siehe unten Rz 272 a und b) ebenfalls im Sinne eines impliziten Exportverbots geeignet, passive Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen. Folglich greift auch hier die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG.

245. Damit ist das Argument von Nikon, eine solche Bestimmung könne nicht als Abrede über den Ausschluss von Passivverkäufen in die Schweiz ausgelegt werden, ebenfalls hinfällig.

Griechenland

246. Der Vertriebsvertrag mit dem griechischen Generalimporteur enthält eine Vertriebsklausel und eine Informationspflicht betreffend Kaufanfragen (Rz 134). Wie bereits erwähnt (Rz 139), eröffnet diese Informationspflicht Nikon die Möglichkeit, auf Exporte des Generalimporteurs Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Eine derartige Informationspflicht vermag für sich alleine noch keine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG darzustellen.⁸⁸ Im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte aus Griechenland (siehe unten Rz 282), ist allerdings auch dieses implizite Exportverbot geeignet, passive Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen, weshalb die Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG greift.

247. Das Argument von Nikon, wonach der Vertriebsvertrag mit dem Generalimporteur [...] (Griechenland) nur den aktiven Verkauf ausserhalb des jeweiligen Vertragsgebiets beschränke, nicht aber den passiven Verkauf, stösst folglich ins Leere.

USA

248. Das „Retail Dealer Sales Agreement“ und das „Internet Dealer Sales Agreement“ in den USA enthalten eine fett gedruckte Bestimmung, wonach der Händler in keinem Fall direkt oder indirekt Vertragsware in Gebiete ausserhalb des Vertragsgebiets (USA) verkaufen soll (Rz 143). Damit werden passive Verkäufe in die Schweiz vertraglich ausgeschlossen, weshalb auch hier die Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG greift.

249. Somit stösst das Argument von Nikon, wonach Passivverkäufe von Nikon Imaging Produkten aus den USA in die Schweiz nicht vertraglich ausgeschlossen würden, ins Leere.

250. Darüber hinaus bleibt darauf hinzuweisen, dass gemäss den Angaben eines US amerikanischen Internethändlers, der über einen Vertriebsvertrag „Nikon Sport Optics“ verfügt (Rz 145), es dem Internethändler ausdrücklich untersagt wurde, „Nikon Sport Optics“ Produkte international zu verkaufen. Dies sei sowohl von Nikon USA als auch von Vertretern von Nikon in Japan

⁸⁸ RPW 2010/1, 80 Rz. 130 f., *Gaba*.

mündlich und schriftlich so kommuniziert worden. Dem Internethändler sei die Auflösung des Vertriebsvertrags angedroht worden für den Fall, dass er „Nikon Sport Optics“ Produkte international vertreibe. Beim Exportverbot handle es sich folglich um eine Bedingung, die erfüllt werden müsse, um weiterhin als zugelassener Händler von Nikon tätig zu sein. Der Internethändler habe seine Geschäftstätigkeit deshalb anpassen müssen. Er gab an, ein Interesse daran zu haben, Nikon Produkte international und vor allem in Europa zu vertreiben. Er sei der Ansicht, dass internationale Kunden, insbesondere europäische, stark von einem internationalen Vertrieb durch ihn profitieren würden.

251. Die Angaben des Internethändlers beziehen sich allerdings allesamt auf den für diese Untersuchung nicht massgebenden Markt der Sport Optics Produkte. Aufgrund der im Ergebnis identischen Vertragsbestimmung für die Sport Optics Produkte und Imaging Produkte (vgl. Rz 143 und Rz 145) indizieren die Angaben des Internethändlers jedoch, dass im Imaging Markt das gleiche Prinzip gilt und Exporte von Nikon Imaging Produkten in die Schweiz ebenfalls nicht erlaubt sind.

B.3.2.1.3. Fazit

252. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die folgenden Vertragsklauseln in den Vertriebsverträgen von Nikon resp. der Nikon Gruppe – einzeln für sich sowie im Bündel – die Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen:

- die Bezugsbeschränkungen auf das Vertragsgebiet in den schweizerischen Vertriebsverträgen (alter Grossistenvertrag, „D3S/D3X“-Vertrag, „NPSD“-Vertrag);
- die expliziten vertraglichen Exportverbote in Deutschland, Österreich, Slowenien, Ungarn und den USA;
- die impliziten vertraglichen Exportverbote in Grossbritannien, Polen und Griechenland im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz.

B.3.2.1.4. Umsetzung des vertraglichen Gebietschutzes

253. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorgenannten Vertragsbestimmungen tatsächlich umgesetzt wurden. Dazu wird zu einem grossen Teil auf Dokumente (v.a. E-Mails) abgestellt, die bei Nikon anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmt wurden. Vorliegend werden lediglich einzelne Auszüge aus diesen Dokumenten wiedergegeben.

B.3.2.1.4.1. Umsetzung der Bezugsbeschränkungen und Exportverbote

254. Gemäss der Bezugsbeschränkung im alten Grossistenvertrag (Rz 99), „D3S/D3X“-Vertrag (Rz 107) und „NPSD“-Vertrag (Rz 112) verpflichteten sich die Vertragshändler, die Vertragsware nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Händler im Vertragsgebiet (Schweiz und Liechtenstein) zu beziehen. Diese Klausel verbietet passive Anfragen von Schweizer Vertragshändlern im Ausland. Sie ist somit geeignet, passive Verkäufe aus sämtlichen Ländern, mit Ausnah-

me der von Liechtenstein, an Vertragshändler in die Schweiz auszuschliessen.

Argument des „toten Buchstabens“

255. Nikon macht geltend, die kartellrechtliche Zulässigkeit von § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags wäre möglicherweise anders zu beurteilen, wenn sie im Rahmen eines tatsächlich gelebten Selektivvertriebs vereinbart worden wäre. Beim alten Grossistenvertrag habe es sich nicht um einen selektiven Vertriebsvertrag gehandelt, da keine Zulassungskriterien definiert worden seien und entsprechend nicht zwischen zugelassenen und nicht zugelassenen Händlern unterschieden worden sei. Unter anderem daraus wird geschlossen, dass es sich bei § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags um „toten Buchstaben“ gehandelt habe.

256. Damit wird aber ausser Acht gelassen, dass § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags den Grossisten unabhängig davon, ob ein selektives Vertriebssystem mit autorisierten Händlern bestand, verbot, ihre Ware ausserhalb des Vertragsgebietes zu beziehen. Insofern tatsächlich kein selektives Vertriebssystem bestand, wovon vorliegend ausgegangen wird, und es keine autorisierten Distributoren gab, musste die Vertragsklausel von den Grossisten zumindest dahingehend verstanden werden, dass sie die Ware mangels Existenz zugelassener Händler zwar bei sämtlichen Händlern, aber nur im Vertragsgebiet beziehen durften. Der Vollständigkeit halber sei noch einmal erwähnt, dass die Qualifikation als Selektivvertriebsvertrag vorliegend gar keine Rolle spielt, da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift, sofern Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vorliegen und Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG; Rz 101).

257. Das Argument, wonach das Bezugsverbot nicht gelebt worden sei, scheint lediglich vorgeschobener Natur zu sein. Anlässlich der Anhörung hat Nikon nämlich bestätigt, dass Parallelimporteure bekämpft werden sollten. Dass Parallelimporte effektiv behindert wurden bzw. behindert werden sollten, belegen die nachfolgenden Auszüge aus beschlagnahmter E-Mail Korrespondenz. Sie zeigen, dass Nikon bereits unter der Geltung des alten Grossistenvertrags keine Parallelimporte von Vertragsware aus anderen Ländern als Liechtenstein duldete. Die beschlagnahmten E-Mails zeigen, dass Nikon nicht mit parallel importierenden Händlern zusammenarbeiten wollte, dass Nikon mit Hilfe von Testkäufen bei parallel importierenden Händlern anhand der Seriennummern der Nikon Produkte deren Herkunft nachverfolgte und unter Beizug der ausländischen Nikon Ländergesellschaften Druck auf die parallel in die Schweiz exportierenden Händler im Ausland ausübte.

258. Auf die Vorbringen von Nikon, wonach keiner der sechs durch das Sekretariat befragten Grossisten angegeben habe, aufgrund der Bestimmung in § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags (oder einer ausservertraglichen Abrede mit Nikon Schweiz) auf Parallelimporte verzichtet zu haben, wird unten eingegangen (siehe Rz 326, 430, 452).

Disziplinierung von bzw. keine Zusammenarbeit mit Parallelhändlern im Vertragsgebiet

259. Die nachfolgenden E-Mails zeigen, dass Nikon unter Geltung des alten Grossistenvertrags nicht mit Parallelhändlern zusammenarbeitete.

- a. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Montag, 20. April 2009 09:13 An: [Nikon Deutschland] Cc: [Nikon Schweiz] Betreff: D5000 Grauimportangebote von [...] in die Schweiz; Wichtigkeit: Hoch

„[...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um Deutsche Ware handeln wird. Die D5000 ist für uns alle ein wichtiges Produkt, damit wir unsere Position im Entry-D-SLR Segment festigen können. Dazu haben wir in der CH die Konditionen von Palettenschiebern weiter verschlechtert, damit die D5000 für den stationären Handel ein attraktives Produkt sein wird und nicht bereits vor dem Verkaufsstart im Internet verrissen wird. *Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen! Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen.* Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH⁸⁹ geschehen.“⁹⁰

260. Laut Nikon seien Nikon Schweiz und Nikon Deutschland bestrebt gewesen, Aktivverkäufe von [...] und Liechtenstein in die Schweiz zu unterbinden. [...] habe gegenüber den Wettbewerbsbehörden aber ausgeführt, dennoch weiterhin „Parallelhandel“ in die Schweiz getätigt zu haben. Die Verträge mit seien im Anschluss an die zitierte E-Mail nicht aufgelöst worden. Die Zusammenarbeit mit [...] sei erst per Ende August 2009 aufgelöst worden, weil [...] die Zulassungskriterien des neu eingeführten Selektivvertriebs nicht erfüllen konnte oder wollte.

261. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass aus dem Wortlaut der zitierten E-Mail nicht eindeutig hervorgeht, dass nur Aktivverkäufe verhindert werden sollten. Vielmehr bittet Nikon Schweiz Nikon Deutschland, dafür zu sorgen, dass [...] und andere „Palettenschieber“ keine Ware mehr in die Schweiz liefern und alle Angebote auf Schweizer Plattformen zurückziehen. Mit dem ersten Satzteil werden auch Passivverkäufe in die Schweiz ausgeschlossen. Einem Grossteil der zitierten E-Mail Korrespondenz lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob aktive und passive Verkäufe in die Schweiz verhindert wurden. Immerhin geht aus einer beschlagnahmten E-Mail des [Geschäftsleitungsmitglied] Nikon Imaging Schweiz klar hervor, dass auch passive Verkäufe in die Schweiz verhindert wurden (Rz 279). Weiter kann einer E-Mail des [Geschäftsleitungsmitglied] Nikon Imaging, entgegen der Vorbringen von Nikon, entnommen werden, dass der Vertrag mit [...] infolge von deren Parallelhandelstätigkeiten aufgelöst wurde. Darin steht nämlich: „We have cancelled our contract with [...] a few

months ago, as our opinion is that Nikon should not work with box movers“.

262. Der folgenden E-Mail ist ebenfalls zu entnehmen, dass Nikon unter Geltung des alten Grossistenvertrags nicht mit Parallelhändlern zusammenarbeitete:

- b. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Mittwoch, 22. Juli 2009 13:52 An: [Händler]; [Nikon Schweiz] Cc: [Nikon Schweiz]; [Händler] Betreff: AW: Zusammenarbeit digitale Produkte

„Unsere Voraussetzungen für eine mögliche Zusammenarbeit sind immer noch dieselben:

1. Keine Exportgeschäfte
2. Keine Importgeschäfte
3. Keine Direktgeschäfte

Sondern 100% Bezug der Waren (analog und digital) über Nikon Schweiz und Aufbau einer nachhaltigen Distribution an Wiederverkäufer.“

263. Es sei noch einmal darauf verwiesen, dass zum Zeitpunkt des Versands dieser E-Mails gemäss Angaben von Nikon auf Stufe Grosshandel in der Schweiz noch kein Selektivvertriebssystem implementiert war. Damit wurden Parallelimporte insgesamt, d.h. ohne Unterscheidung zwischen Querlieferungen⁹¹ (siehe unten Rz 315) und Graumarkthandel,⁹² verhindert oder behindert. Eine solche Verhaltensweise ist geeignet, eine absolute Gebietsabschottung herbeizuführen.

264. Nikon macht geltend, die E-Mail von [Nikon Schweiz] an [Händler] sei aus dem Zusammenhang gerissen worden. Ernsthafte Schlüsse zur Frage, ob Nikon Schweiz die Zusammenarbeit mit Parallelhändlern generell verweigere, liessen sich daraus nicht ziehen. Die Beziehung zwischen Nikon Schweiz und [Händler] sei seit Jahren vorbelastet. Zwischen Herrn [Nikon Schweiz] und Herrn [Händler] würden persönliche Differenzen bestehen, weshalb Nikon Schweiz nicht an einer direkten Zusammenarbeit interessiert sei. Nikon Schweiz habe davon ausgehen können, dass [Händler] die drei Voraussetzungen nicht akzeptieren würde und die Anfrage damit erledigt sei.

265. In diesem Zusammenhang wendete [Händler] anlässlich der Anhörung ein, dass es sich bei der Aussage, wonach Nikon nicht mit Parallelimporteuren zusammenarbeite, nicht um eine spontane Äusserung des [Geschäftsleitungsmitglied] Nikon Imaging Schweiz gehandelt habe. Gemäss [Händler] habe Nikon systematisch darauf hingearbeitet, den schweizerischen Markt abzuschotten.

⁸⁹ Nikon GmbH Deutschland [Anmerkung der WEKO].

⁹⁰ Hervorhebung durch die WEKO.

⁹¹ Siehe oben Fn 38.

⁹² Als sog. „Grauimporte“ oder „Graumarktwaren“ werden Waren bezeichnet, die der Händler von einem Wiederverkäufer bezogen hat, der nicht zum Vertrieb im selektiven Vertriebssystem zugelassen ist (Langen/Bunte-NOLTE [Fn 53], Art. 81 EGV N 642).

266. Auch wenn diese E-Mail möglicherweise durch persönliche Differenzen zwischen Herrn [Nikon Schweiz] und Herrn [...] motiviert sein mag, steht fest, dass die darin genannten Voraussetzungen für eine Zusammenarbeit grundsätzlich mit den Pflichten im Grossistenvertrag übereinstimmen. Unter dem alten Grossistenvertrag hat sich der Grossist nämlich verpflichtet, den aktiven Verkauf von Nikon Produkten ausserhalb des Vertragsgebietes zu unterlassen (§ 4 Abs. 1), die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet zu beziehen (§ 6 Abs. 1) und Nikon Produkte nicht an Endverbraucher zu verkaufen (§ 4 Abs. 5). Folglich hat es sich nicht bloss um vorgeschobene Kriterien gehandelt, um einen nicht erwünschten Geschäftspartner abzulehnen, sondern um Voraussetzungen der Zusammenarbeit mit Grossisten, wie sie damals vertraglich vorgeesehen waren.

267. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass der zwischenstaatliche Handel mit Nikon Imaging Produkten ein Problem für die Nikon Europazentrale BV darstellte. Es wird allgemein von Grauimporten (siehe Rz 99) gesprochen, obwohl in verschiedenen Ländern – insbesondere in der Schweiz, in Polen und in Grossbritannien – noch kein Selektivvertrieb implementiert war.

From: [Nikon Schweiz], To: [Nikon Europe BV], Sent: March 08, 2009 1:20 PM Cc: [Nikon BV], Subject: GM Meeting: European Grey Import

“After talking to different markets and first feedback from PMA it is evident that currently *trade between the countries is a concrete topic. A Situation, as you might be aware, where local market disturbances lead to anger and frustration.*”⁹³

268. Nikon bestreitet nicht, dass der Parallelhandel für die einzelnen Nikon Ländergesellschaften in Europa zu Ärger führen kann. Der Unmut rühre daher, dass die einzelnen Ländergesellschaften bonusrelevante Zielvorgaben betreffend Umsatz, Marktanteil und Gewinn vorgeschrieben erhielten und so untereinander im Wettbewerb stünden. Um diese Umsatzvorgaben zu erreichen, würden verschiedene Nikon Ländergesellschaften gewisse Produkte regelmässig unter dem von der Nikon-Europazentrale gruppenintern vorgeschriebenen, absoluten Mindesthändlerpreis (sog. „triple-net“ oder „BDNNN“) verkaufen. Namentlich sei konzernintern bekannt, dass Nikon [...] wie auch Nikon [...] in den letzten Jahren verschiedentlich unter dem Mindesthändlerpreis verkauft hätten. Dieser Verstoss gegen konzerninterne Vorschriften löse bei anderen Nikon Ländergesellschaften, namentlich Nikon Schweiz, selbstverständlich grossen Unmut aus, weil sie sich mit importierten Nikon Produkten konfrontiert sähen, die im Ausland offensichtlich unter dem konzernweit vorgeschriebenen Mindesthändlerpreis verkauft worden seien. Letztlich würden Nikon Schweiz damit bonusrelevante Geschäfte entgehen.

269. Derartige konzerninterne Mindesthändlerpreise können aus kartellrechtlicher Sicht, mangels einer Abrede zwischen wirtschaftlich selbständigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 1 KG), nicht geahndet werden. Hingegen wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn konzernunabhängige ausländische Vertragshändler angehalten werden, keine passiven Verkäufe an Ver-

tragshändler in der Schweiz zu tätigen (Art. 5 Abs. 4 KG), wie es vorliegend praktiziert wurde (siehe unten Rz 270). Im Übrigen lassen sich längst nicht alle beschlagnahmten E-Mails im Zusammenhang mit der Eindämmung von Parallelimporten damit begründen, dass eine Nikon Ländergesellschaft die fraglichen Nikon Produkte unter dem konzerninternen Mindesthändlerpreis verkaufte, was nachfolgend aufgezeigt wird.

Testkäufe bei Parallelhändlern, „Tracking“ von Seriennummern und Druckausübung auf Parallelexporteure im Ausland

270. Das bei Nikon beschlagnahmte Material sowie Antworten auf die Fragebögen, die das Sekretariat an Nikon Händler verschickt hat, belegen, dass Nikon – unter Geltung des alten Grossistenvertrags und vor Implementierung des Selektivvertriebs – bei Parallelhändlern Testkäufe tätigte und anhand der Seriennummern ausfindig machte, aus welchem Land die fraglichen Nikon Produkte stammten, um anschliessend die entsprechende Nikon Ländergesellschaft dazu anzuhalten, solche Parallelexporte zu unterbinden. Es sei erneut darauf verwiesen, dass in der Schweiz noch kein Selektivvertriebssystem galt und daher nicht zwischen Quertiefenlieferungen und Graumarktlieferungen (siehe Rz 263) unterschieden wurde, sondern Parallelimporte generell nachverfolgt wurden, um die entsprechenden Quellen abzumachen.

271. Das Tracking von Seriennummern und das Auffordern ausländischer Nikon Ländergesellschaften, dafür zu sorgen, dass aktive Parallelexporte unterlassen werden, bestreitet Nikon nicht. Allerdings wird geltend gemacht, Nikon würde über folgende legitime Gründe verfügen, ihre Produkte zu „tracken“: Die Identifikation von Händlern, die sich nicht an die Regeln des Selektivvertriebs hielten, die Ermittlung der Nikon Ländergesellschaften, die Nikon Imaging Produkte unter dem konzernintern vorgegebenen Mindesthändlerpreis verkauft hatten sowie die Identifikation von Diebesgütern und Fälschungen.

272. Es mag durchaus sein, dass das Tracking von Seriennummern unter anderem dazu benutzt wurde, Fälschungen und Diebesgüter zu ermitteln. Aus den nachfolgenden E-Mails, die bei Nikon beschlagnahmt wurden, geht allerdings hervor, dass die Seriennummern auch dazu verwendet wurden, die Herkunft parallel in die Schweiz importierter Ware zu ermitteln und die jeweiligen Nikon Ländergesellschaften dazu anzuhalten, diese Parallelhändler von weiteren Verkäufen in die Schweiz abzuhalten. Es handelt sich bei den nachfolgend aufgeführten E-Mails lediglich um einen Auszug aus dem anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon beschlagnahmten Beweismaterial:

- a. From: [Nikon Schweiz] Sent: Friday, June 05, 2009 3:59 PM To: [Nikon Polen] Cc: [Nikon BV] Subject: D5000 from Poland at Swiss Internet dealer [...] ruins our market pricing Importance: High

⁹³ Hervorhebung durch die WEKO.

“Unfortunately, it seems that your efforts to better control exports from Poland did not show the (desired) success. The [...] Swiss Internet dealer [...] is offering the DS5000 with AF-S 18-55mm VR for CHF 989.- (Euro 650.-) and is crashing our market price. [...] indicates a stock level of higher than 50 pieces. We sourced one camera, the serial number is 6011280 and it is from Poland. We can easily source more, but at your expenses. We take serious actions to improve your and our retailer's profitability by controlling our street prices as much as possible.⁹⁴ But when a Nikon family member is shooting in your back, it is not that easy.”

273. Nikon macht diesbezüglich geltend, Nikon [...] habe die D5000 unterhalb des konzerninternen Mindesthändlerpreises verkauft, weshalb sich Nikon Schweiz über die Herkunft erkundigt und sich anschliessend bei Nikon [...] über den Verstoß gegen die konzerninternen Preisvorgaben beklagt habe. Wie bereits erwähnt (Rz 269), rechtfertigen derartige konzerninterne Mindesthändlerpreise keine Massnahmen gegen konzernunabhängige Parallelexporteure.

b. From: [...] To: [...]; [...], Cc: [...]; [...]; [...], [...] Sent: July 03, 2009 5:13 PM, Subject: AW: NIKON PL REPORT ON GREY STOCK OF D5000 FROM POLAND AT [...]

“Please find attached all 122 D5000 serial numbers of our purchase from [...]. All serial numbers are from Poland, so there must be a source for bulk purchases in your country, despite your explanations.”

RE: “We investigated roughly this case. As we expected there is no one dealer which supplied directly wholesale in Germany and [...] in Switzerland (please look into enclosed table). About second shipment of 55 pcs to German wholesale, we can imagine that supply chain could be as follows: NIKON PL > [...] (NIKON' official local dealer) > [...] (non NIKON's dealer, middle size retail chain + internet shop) > [...] > [...]. Unfortunately [...] refused [...] to provide him with his business partner. In reaction [...] has stopped sales to [...]. Nevertheless: 1. It is likely the same reason and the same mechanism occurred as I presented in my previous report. 2. We have just introduced complex of countermeasures against grey. Unfortunately some stock purchased from NIKON Polska at old trade terms by July 1th could be found in Europe in next 1-2 months. Sorry. But just introduced countermeasures will lead to grey elimination however it is not possible in 100% what we are facing in Poland now.”⁹⁵

274. Gemäss Nikon sei die deutsche [...] nicht zum selektiven Vertrieb in Deutschland zugelassen, weshalb der Warenfluss gegen den deutschen Selektivvertrieb verstossen habe. Daher sei es absolut legitim, dass Nikon Polen sämtliche Weiterverkäufe an [...] in Deutschland unterbunden habe.

275. Dieses Argument scheint aus folgenden Gründen vorgeschobener Natur zu sein: Zunächst ist festzuhal-

ten, dass zum Zeitpunkt, als [Geschäftsleitungsmitglied] der Imaging Division von Nikon Schweiz die E-Mail geschrieben hat, in der Schweiz noch kein selektives Vertriebssystem implementiert war. Vor diesem Hintergrund ist es unplausibel, dass die E-Mail Korrespondenz lediglich auf die Tatsache zurückzuführen sein soll, dass ein in Deutschland angeblich nicht zugelassener Händler Ware an den Schweizer Händler [...] geliefert hatte. Vielmehr ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass die Parallelimporte Nikon Schweiz unabhängig von der Art des Vertriebssystems im Ausland ein Dorn im Auge waren. Dies suggerieren auch die Aussagen in obiger E-Mail Korrespondenz, gemäss welcher die Lieferungen an [...] – selbst nicht offizieller Nikon Händler – eingestellt worden sind, weil dieser seine Geschäftspartner nicht offenlegen wollte. Wäre es lediglich um das Kriterium ihrer Zulassung gegangen, hätte [...] von [...] (offizieller Nikon Händler in Deutschland) erst gar nicht beliefert werden dürfen. Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems darf den zugelassenen Händlern nämlich untersagt werden, die Vertragsprodukte an nicht zum Vertrieb zugelassene Händler im In- und Ausland zu vertreiben (vgl. unten Rz 312).

276. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Lieferungen von europäischen Grosshändlern an Händler in der Schweiz für Nikon ein Problem darstellten und verhindert werden sollten.

From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Deutschland] CC: 1. [Nikon Schweiz] 2. [Nikon Deutschland] 3. [Nikon Europe BV] Subject: S210 from [...] to [...] Sent: 08.01.2009 20:20:28 Attachments: image001.jpg

“We discovered some S210 at a [...] near Zurich that were supplied by [...] (please check the serial number in the e-mail below). I think this is a serious issue. If [...] starts to purchase Nikon merchandise from wholesaler all-over Europe, we are all in deep trouble. Let's cross our fingers that this will stay a single case. Please do your outmost and stop [...] to do such things, especially with a camera which is in a backorder situation since months.”⁹⁶

277. Nikon behauptet, dass die Verkäufe von [...] in die Schweiz in den auf diese E-Mail folgenden Monaten stark zugenommen haben, was belege, dass Nikon Deutschland die Aufforderung von Nikon Schweiz ignoriert habe. Weiter habe in Bezug auf diese spezifische Kamera eine sog. „Backorder Situation“ bestanden. Dies bedeute, dass Nikon Schweiz zu diesem Zeitpunkt selber nicht in der Lage gewesen sei, die Kamera an die Händler zu liefern, so dass sich Lieferungen aus dem Ausland umso gravierender auf die Reputation von Nikon Schweiz ausgewirkt hätten.

⁹⁴ Hervorhebung durch die WEKO.

⁹⁵ Hervorhebung durch die WEKO.

⁹⁶ Hervorhebung durch die WEKO.

278. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden: Die E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz Nikon Deutschland aufgefordert hat, gegen Verkäufe von deutschen Grosshändlern an Händler in der Schweiz vorzugehen. Zudem kann allein aus dem Umstand, dass die Verkäufe des abgemahnten Parallelhändlers in der Folge zu- und nicht abnahmen nicht geschlossen werden, dass die Abmahnung keine Wirkung hatte. Es ist nämlich genau so gut denkbar, dass ohne Abmahnung noch mehr parallel in die Schweiz exportiert worden wäre. Schliesslich kann eine „Backorder Situation“ nicht als Rechtfertigung dienen, im Ausland gegen Parallelexporteure vorzugehen. Ein solches Verhalten schränkt die Angebotsvielfalt im Schweizer Handel (temporär) künstlich ein und reduziert somit die Konsumtenwohlfahrt (Rz 514).

279. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz nicht nur bei aktiven Verkäufen von ausländischen Nikon Händlern in die Schweiz intervenierte, sondern auch dann, wenn schweizerische Händler im Ausland Nikon Ware suchten. Folglich wurden sowohl aktive als auch passive Verkäufe in die Schweiz blockiert.

From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz], Sent: 17.02.2009 14:31:38, Subject: [...] D90

„Soeben hat mich Deutschland informiert, dass [...] wie wahnsinnig D90 auf dem deutschen Markt sucht. GmbH wird die Lieferungen blockieren.“

280. Die nachfolgenden Dokumente zeigen des Weiteren, dass Nikon Schweiz nicht mehr mit Händlern zusammenarbeitete, die Parallelhandel betrieben (a.) und in solchen Fällen eine Vertragsauflösung erwog (b.).

a. Semiannual Report, April – September 2008

“On the other hand the revenue of our distributors decreased by 8%. Main reason for this is that *we stopped business with [...]* for the last 6 months due to export/import problems.”⁹⁷

b. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Montag, 20. April 2009 09:13 An: [Nikon Deutschland] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon Deutschland]; Betreff: D5000 Grauimportangebote von [...] in die Schweiz (siehe oben Rz 259)

„[...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um deutsche Ware handeln wird. [...] *Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen!* Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen. Besten Dank für die entsprechenden Informationen.“⁹⁸

281. Nikon verweist in diesem Zusammenhang auf den „Semiannual Report, April – September 2008“, in dem Nikon Schweiz ausführte, „due to export/import problems“ im Jahr 2008 keine Geschäfte mit [...] getätigt zu haben. Nikon macht in diesem Zusammenhang geltend,

Nikon Schweiz habe weniger Produkte an [...] verkauft, weil diese im Vorfeld regelmässig viel zu viele – wohl für den Export bestimmte – Produkte bei Nikon Schweiz einkaufte, diese dann aber weder in der Schweiz noch anderswo verkaufen konnte. Nikon Schweiz habe schliesslich grosse Lagerbestände an veralteten Produkten wieder zurücknehmen müssen.

282. Damit lassen sich zwar die „export problems“, aber nicht die ebenfalls erwähnten „import problems“ erklären, die Nikon Schweiz mit [...] Liechtenstein offenbar hatte. Wie aus einer bei Nikon beschlagnahmten E-Mail hervorgeht, hat Nikon den Vertrag mit [...] aufgrund von deren Parallelhandelstätigkeiten aufgelöst.

283. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon bei einem Parallelhändler in der Schweiz Testkäufe machte und anhand der Seriennummer feststellen konnte, dass die Produkte von Nikon Europe BV an den griechischen Generalimporteur geliefert worden waren. Nikon Schweiz verweist darauf, dass die Preise, die der Parallelhändler [...] in der Schweiz verlangte, weit unter der europäischen Preiskoordination gelegen hätten, was ein ernsthaftes Problem dargestellt habe. Der E-Mail ist weiter zu entnehmen, dass in Zusammenarbeit mit dem griechischen Generalimporteur herausgefunden werden sollte, auf welchem Weg die Ware in die Schweiz kam, um die nötigen Massnahmen gegen die involvierten „Box Movers“⁹⁹ zu ergreifen.

Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Dienstag, 14. Juli 2009 15:08 An: [Nikon Europe BV] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon BV]; [Nikon Schweiz] Betreff: D300 grey from [...]

“[...], the largest Swiss Internet dealer (with 3 Shops!), advertised in a Sunday newspapers the D300 for CHF 1799.- (Euro 1'175.-) and the AF-S 70-200mm for CHF 2'169.- (Euro 1'417.-). A *test purchase (D300) identified the serial number 4169609, supplied from BV to [...] end of May.* Even considering EOL activities, both prices are far away from European price coordination and caused us serious troubles. Some retailers informed us that they will ship back their entire D300 stock and cancel all open orders. We had to pay compensation money. Total costs for this operation are estimated at Euro 30k. Considering the high costs for advertising in Sunday newspapers, the stock level at [...] is estimated at >30pcs for D300 and >15pcs for the AF-S 70-200mm. Please check with [...] which way the merchandise took (for which prices) and how many pieces might be involved. Please kindly report to us ASAP, as we need to control the involved box movers and take necessary actions.”¹⁰⁰

⁹⁷ Hervorhebung durch die WEKO.

⁹⁸ Hervorhebung durch die WEKO.

⁹⁹ Siehe oben Rz 88.

¹⁰⁰ Hervorhebung durch die WEKO.

284. Nikon macht geltend, in diesem Fall seien Lieferungen von D300 Kameras aus Griechenland in die Schweiz gelangt, die von Nikon unter dem Mindesthändlerpreis nach Griechenland verkauft worden seien. Dies habe dazu geführt, dass Händler in der Schweiz ihre Erwartungen an ihre eigene Marge nicht erfüllen konnten und gegenüber von Nikon Schweiz Kompensationszahlungen für Margenverluste forderten. Die Händler hätten Nikon Schweiz gedroht, sämtliche Bestellungen von D300 Kameras zu annullieren und vorhandene Lagerware der D300 an Nikon Schweiz zurückzuschicken. Nikon Schweiz sei aufgrund des internationalen Drucks der Händler gezwungen gewesen, solche Zahlungen im Umfang von CHF 30'000 an Händler zu leisten. Nikon Schweiz habe die Nikon-Europazentrale daher aufgefordert dafür zu sorgen, dass keine Imaging Produkte unter dem Mindesthändlerpreis an den griechischen Generalimporteur verkauft würden.

285. Wie bereits mehrmals erwähnt (Rz 269 und 273), rechtfertigt die angeblich konzerninterne Problematik betreffend den Verkauf unter Mindestverkaufspreisen keine Massnahmen gegenüber den von Nikon unabhängigen Händlern, welche die D300 in die Schweiz verkauft haben („we need to control the involved box movers and take necessary actions“; Rz 283). Vielmehr greift in diesem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG, weil dadurch – zusammen mit dem vertraglichen Exportverbot in Griechenland (Rz 134) – Verkäufe in die Schweiz durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen wurden.

286. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz bereits im Jahr 2008 mit den ausländischen Nikon Ländergesellschaften Kontakt aufnahm, damit diese Parallelexporte in das Vertragsgebiet von Nikon Schweiz verhinderten.

From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz] Subject: Probleme mit Grauimporten > Nikon D300 Cash-Back Promotion > [...] Sent: 27.05.2008 09:04:34 Attachment @

„Ich möchte Sie gerne informieren, dass wir (... obwohl die Promotion noch nicht voll durchgestartet ist) bereits gravierende Probleme mit Käufern haben, die eine Nikon D300 bei Wahl Trading gekauft haben (... und die natürlich nicht von Nikon AG ausgeliefert wurden). *Alle bisher aufgetauchten und von Wahl Trading verkauften Nikon D300 stammen ursprünglich von [...] in London / UK. Könnten Sie bitte bei Gelegenheit mit [Mitarbeiter von Nikon UK]¹⁰¹ darüber sprechen.* Besten Dank.“¹⁰²

287. Nikon macht hierzu geltend, es habe sich um eine interne Besprechung darüber gehandelt, wie über die Händlerverkaufspreise von Nikon Grossbritannien der Anreiz der englischen Händler verkleinert werden konnte, Exporte ins Ausland zu tätigen. Aus der E-Mail gehe aber nicht hervor, ob es sich um aktive oder passive Verkäufe gehandelt habe. Aus diesem Argument kann Nikon nichts zu ihren Gunsten ableiten.

288. Die nachfolgende E-Mail stammt zwar aus der Zeit kurz nach der Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz, ist allerdings dennoch geeignet, zu zeigen,

was Nikon unter dem alten Grossistenvertrag für ein System aufgebaut hat, um Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Insbesondere geht deutlich daraus hervor, dass Nikon die Parallelexporteure identifiziert hat, um die entsprechenden Nikon Ländergesellschaften bei der Verhinderung von Parallelexporten in die Schweiz beiziehen zu können.

Von: [Nikon Deutschland] Gesendet: Mittwoch, 14. Oktober 2009 07:23 An: [Nikon Schweiz] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon Deutschland] Betreff: AW: Parallel imports from Germany > updated list > documents

„I will come back to our issue of deliveries from Germany to the Swiss. First of all thank you very much for providing us the clear information about the dealers which are acting into the cross border activities. I will refer to your list and as we can see, three dealers have continuously sold to your country. [...]: Since this customer already was outed and still ignore our Policy we drove down all kind of activities. This means, we are not offering any promotion or special price to them, only standard pricing. Of course this will be and should be in line with the current law to avoid a caught case. Beginning of the new business term 147Ki we will do not offer a new contract to this customer and stop the relationship. [...]: [...] do not direct sold to Switzerland. The goods were delivered to the central warehouse at Frankfurt and then they sold to a member. We are still waiting for their feedback to whom this goods were sold. As far as we will get the information we will keep you updated. [...]: [...] is specialized IT distributor where we have a good relationship until now. *We told them the whole story and what damage we have had by this company. He understood, excused this mistake and promise not to do and take care in the future. All other named dealers we already have or we will contact and make the situation / our policy clear.*“¹⁰³

289. Nikon macht hierzu geltend, Nikon habe davon ausgehen müssen, dass [...] und [...] in Deutschland aktiv Nikon Imaging Produkte in die Schweiz verkauft hatten bzw. nach Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz per 1. September 2009 nicht unterschieden hätten, ob es sich bei den Abnehmern in der Schweiz um zugelassene oder nicht zugelassene Händler gehandelt habe. Es gehe aus den Untersuchungsakten hervor, dass z.B. [...] aktiv Angebote an Händler in der Schweiz verschickt habe. In Bezug auf [...] habe Nikon Deutschland keine Informationen darüber erhalten, wie die Verkäufe in die Schweiz erfolgt waren.

290. Fest steht, dass es in der fraglichen E-Mail um Verkäufe aus Deutschland in die Schweiz ging und um Massnahmen gegen die entsprechenden Händler in Deutschland. Im Zusammenhang mit den deutschen Vertriebsverträgen, in denen sich der Händler verpflichtet, Nikon Produkte nicht ausserhalb des EWR zu verkaufen (Rz 119), wird klar, dass sowohl aktive als auch passive Verkäufe aus Deutschland in die Schweiz gestoppt werden sollten.

¹⁰¹ [...]

¹⁰² Hervorhebung durch die WEKO.

¹⁰³ Hervorhebung durch die WEKO.

Fazit

291. Die erwähnten Auszüge aus den bei Nikon beschlagnahmten Dokumenten und E-Mails zeigen deutlich, dass die vertraglichen Bezugsbeschränkungen und die vertraglichen Exportverbote umgesetzt wurden. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass es sich bei den oben zitierten E-Mails lediglich um Auszüge aus dem Beweismaterial handelt, das die Wettbewerbsbehörden anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon beschlagnahmt haben.

B.3.2.1.4.2. Einführung „Swiss Garantie“

System der „Swiss Garantie“

292. Per 1. September 2009 führte Nikon Schweiz das Programm „Nikon Swiss Garantie“ (nachfolgend: „Swiss Garantie“) ein. Dabei handelt es sich um eine Garantieverlängerung von Nikon Schweiz.¹⁰⁴ Die einjährige „Nikon European Service Warranty“ bzw. die einjährige „Nikon Worldwide Service Warranty“ verlängert sich dadurch je nach Produkt von einem Jahr auf zwei oder drei Jahre. Nikon Kameras profitieren nach der Verlängerung von einer insgesamt zweijährigen und Nikon Objektive und Blitzgeräte von einer insgesamt dreijährigen Garantieperiode.

293. Seit Einführung des Programms im September 2009 sind sämtliche von Nikon vertriebenen Nikon Imaging Produkte mit einem „Swiss Garantie“-Aufkleber versehen. Um von dieser Garantieverlängerung zu profitieren, muss der Endkunde das Produkt innert 90 Tagen auf der Website von Nikon registrieren. Er muss dazu den Code auf dem „Swiss Garantie“-Aufkleber (z.B. CH KIT XXXXXXXX) angeben und diverse Pflichtfelder ausfüllen. Neben Namen und Adresse des Kunden verlangt Nikon auch das Kaufdatum und den Händler, bei dem das Nikon Produkt gekauft wurde.

294. Darüber hinaus musste der Kunde in der Einführungsphase die Seriennummer des Produkts registrieren, um die erweiterte Garantie in Anspruch nehmen zu können. Die zwingende Angabe der Seriennummer wird von Nikon damit begründet, dass für Produkte, die ab dem 1. Januar 2009 gekauft worden waren, eine rückwirkende Registrierung („Swiss Garantie“ wurde erst per 1. September 2009 eingeführt) zugelassen wurde. Die Produkte, die zwischen dem 1. Januar 2009 und dem 1. September 2009 verkauft worden seien, hätten über keine Aufkleber mit „Swiss Garantie“-Code verfügt. Erst die Registrierung der Seriennummer durch den Endkunden habe es Nikon ermöglicht zu prüfen, ob es sich um ein von Nikon Schweiz verkauftes Produkt gehandelt habe.

295. Für parallel in die Schweiz importierte Nikon Produkte kann die Garantieverlängerung „Swiss Garantie“ nämlich nicht in Anspruch genommen werden. Nikon macht in diesem Zusammenhang geltend, der Code auf dem „Swiss Garantie“-Aufkleber diene nicht der Nachverfolgung der Herkunft des entsprechenden Nikon Produkts, sondern stelle nur sicher, dass es sich um ein durch Nikon Schweiz vertriebenes Nikon Produkt handle.

296. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass seit dem 1. März 2010 laut Angaben von Nikon grundsätzlich nur

noch Kameras mit einem „Swiss Garantie Code“ registriert werden können. Seit diesem Zeitpunkt sei die Eingabe der Seriennummer des Geräts nicht mehr erforderlich, um das Produkt für die „Swiss Garantie“ zu registrieren. Seit Ende 2009 seien praktisch keine Nikon Produkte mehr anhand der Seriennummer registriert worden. Falls der Endverbraucher bei der Registration neben dem „Swiss Garantie Code“ auch noch die Seriennummer angebe, prüfe Nikon Schweiz die Seriennummer nicht. Nur in denjenigen Fällen, in denen ein Endverbraucher ein Gerät nur anhand der Seriennummer registrieren möchte und über keinen „Swiss Garantie Code“ verfüge, prüfe Nikon Schweiz, ob sie das Gerät selbst verkauft habe.

Zweck der „Swiss Garantie“

297. Nach dem Zweck der „Swiss Garantie“ gefragt, hat Nikon geantwortet, es handle sich in erster Linie um ein Mittel zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber konkurrierenden Lieferanten von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz, d.h. gegenüber Parallelimporteuren (Intrabrand-Wettbewerb). Als weiteres Ziel wurde die Stärkung der Konkurrenzfähigkeit von Nikon Imaging Produkten gegenüber Produkten anderer Hersteller (Interbrand-Wettbewerb) genannt. Schliesslich wurde darauf verwiesen, dass mit der „Swiss Garantie“ ein [...] werden soll, damit [...].

298. Es ist durchaus denkbar, dass ein Marketinginstrument wie die „Swiss Garantie“ aus Sicht von Nikon ein wirksames Mittel zur Steigerung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Importkanal darstellt und somit als Ausdruck von Leistungswettbewerb interpretiert werden kann. Damit hat der Schweizer Kunde zumindest theoretisch die Wahl zwischen billigeren importierten Produkten ohne erweiterte Garantie und (falls verfügbar) teureren Produkten mit erweiterter Garantie.

299. Offenbar zieht der Schweizer Konsument die teurere Variante mit erweiterter Garantie vor: Laut Angaben der befragten Händler würden die Schweizer Endkunden grossen Wert auf Garantieverlängerung legen, weshalb etliche Händler parallel importierte Produkte, auf denen die „Swiss Garantie“ nicht gewährt werde, nicht im Angebot hätten. Dass die „Swiss Garantie“ aus Sicht der Händler tatsächlich ein Argument gegen Parallelimporte darstellt, wird auch von Seiten von Nikon bestätigt, indem im Rahmen einer [...] Gegen einen Rückgang von parallel importierten Produkten mangels Nachfrage der Schweizer Kunden für ein Produkt mit einer kürzeren Garantiedauer ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden.

¹⁰⁴ „Nikon Swiss Garantie“ wird von Nikon Schweiz finanziert. Die Einführungskosten der „Swiss Garantie“ beliefen sich gemäss Nikon auf ca. CHF [...] bis [...], jene für die Einführung des „Loyalty Management“ Programms (Rz 297) auf ca. CHF [...] bis [...]. Die laufenden Kosten für „Swiss Garantie“ würden CHF [...] bis [...] betragen.

300. Allerdings kann die „Swiss Garantie“ auch ein wirksames Instrument zur Identifikation der Herkunft jener Nikon Produkte darstellen, die nicht über Nikon Schweiz auf den Schweizer Markt gekommen sind. Dies wiederum eröffnet Nikon die Möglichkeit, Massnahmen gegen die entsprechenden ausländischen Bezugsquellen zu ergreifen.

301. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz geht deutlich hervor, dass Nikon die „Swiss Garantie“ u.a. dazu benutzte, um die Herkunft parallel importierter Nikon Ware ausfindig zu machen. Um dies zu illustrieren, werden im Folgenden einzelne Auszüge aus diesen E-Mails abgedruckt.

302. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon sich bereit erklärte, parallel importierte Nikon Produkte zur „Swiss Garantie“ zuzulassen, falls der Parallelimporteur seinen Lieferanten, d.h. den Parallelexporteur, preisgibt:

From: [Nikon Schweiz] To: [Händler] CC: [Nikon Schweiz] Subject: [...] Sent: 23.10.2009 08:26:27

[...]

303. Für die Zulassung zur „Swiss Garantie“ sollte es nur darauf ankommen, dass das Produkt nicht parallel importiert ist (siehe oben Rz 130). Mit anderen Worten muss Nikon Schweiz einzig feststellen können, ob sie das Produkt importiert hat oder nicht. Die Identifikation des Parallelexporteurs spielt für die „Swiss Garantie“ keine Rolle. Möglicherweise hat Nikon die Namen der Parallelexporteur ermittelt, um sie an die jeweiligen Nikon Ländergesellschaften weiterzugeben, damit diese wiederum die Parallelexporteur unter Druckausübung dazu anhalten konnten, derartige Lieferungen in die Schweiz in Zukunft zu unterlassen (siehe oben Rz 270).

304. Nikon bestreitet dieses Vorgehen und erklärt, dass anhand der Kaufunterlagen des Händlers [...] geprüft worden sei, ob es sich bei den Verkäufen im Ausland um nicht-zugelassene Händler aus einem Selektivvertriebsgebiet gehandelt habe (z.B. mit Bezug auf Ware aus Deutschland und Österreich) und ob es sich allenfalls um gefälschte oder gestohlene Ware gehandelt habe.

305. Dass Nikon aufgrund der Registrierungen für die „Swiss Garantie“ die Quelle von Parallelimporten ausfindig gemacht hat, geht auch aus den nachfolgenden E-Mails deutlich hervor.

a. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz] CC: [Nikon Schweiz] Subject: [...] Sent: 03.09.2009 11:31:39 Attachments: [...]

[...]

306. Die Tabelle in der Beilage zu dieser E-Mail enthält [200-300] Nikon Produkte, die im Jahr 2009 parallel in die Schweiz importiert wurden. [...] Bei jenen Artikeln, [...]

b. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon UK] Cc: [Nikon UK] Sent: Tue Oct 13 09:26:08 2009 Subject: [...] / [...]

[...]

307. Nikon hält hierzu fest, Nikon Schweiz habe in der Tat den Warenfluss von importierten Produkten zurück-

verfolgt und dies aus guten und legitimen Gründen (Identifikation der Nikon Ländergesellschaft, die unter dem konzerninternen vorgegebenen Mindesthändlerpreis verkauft hätten, Unterbindung von Lieferungen durch nicht-zugelassene ausländische Händler in die Schweiz, Unterbindung von Aktivverkäufen in die Schweiz, Unterbindung von Verkäufen an nicht-zugelassene Händler in der Schweiz nach 1. September 2009, Identifikation gestohlener bzw. gefälschter Produkte, vgl. Rz 271). Die Investitionskosten für den Aufbau und den Unterhalt der „Swiss Garantie“ sowie des [...] würden in keinem Verhältnis zu den [200-300] Kameras stehen, die während der Periode vom 1. September 2009 bis Ende Oktober 2009 zurückverfolgt worden seien. Nikon Schweiz habe bereits vor Einführung der „Swiss Garantie“ Möglichkeiten gehabt, Informationen über den Warenfluss von Parallelimporten zu erhalten (z.B. Testkäufe). Eine Investition von weit über CHF [...] wäre zu diesem Zweck nicht notwendig gewesen.

Würdigung der „Swiss Garantie“

308. Nikon hat laut eigenen Angaben während ca. drei Monaten systematisch die Herkunft der im Rahmen der „Swiss Garantie“ registrierten Produkte ermittelt. Es habe sich dabei um [200-300] Produkte gehandelt, die zwischen Januar 2008 und November 2009 in der Schweiz verkauft worden seien. Für Nikon Schweiz sei diese Übergangsphase eine einmalige Gelegenheit gewesen, einen Überblick über die Warenflüsse der vorangegangenen ca. 15 Monate zu erhalten. Das Tracking habe ausschliesslich legitimen Zwecken (vgl. Rz 307) gedient. Zudem habe das Tracking erlaubt, die identifizierten Parallelexporteur darauf hinzuweisen, dass in der Schweiz per 1. September 2009 der Selektivvertrieb eingeführt worden sei (vgl. unten Rz 312 ff.) und somit nur noch Querlieferungen an in der Schweiz zugelassene Händler erfolgen dürften.

309. Tatsache ist, dass die „Swiss Garantie“ das Tracking von Seriennummern vorübergehend erleichterte. Jedoch war das Tracking auch ohne „Swiss Garantie“ bereits möglich (vgl. Rz 270 ff. und 307). Weiter wurden seit Ende 2009 praktisch keine Nikon Produkte mehr anhand der Seriennummer registriert. Vor diesem Hintergrund ist es zwar nicht unproblematisch, dass Nikon mit Hilfe der „Swiss Garantie“ Registrierung eine temporäre Liste von Parallelexporteur anfertigte. Diese Liste reicht jedoch nicht aus, um eine (indirekte) Gebietsabschottung zu beweisen.

310. Seit dem 1. März 2010 ist die Eingabe der Seriennummer des Geräts nicht mehr erforderlich, um das Gerät für die „Swiss Garantie“ zu registrieren. In Abwesenheit eines Trackings von Seriennummern bestehen aus kartellrechtlicher Sicht keine Bedenken, dass mit dem Garantieprogramm eine Marktabschottung umgesetzt werden könnte. Als solches ist die „Swiss Garantie“ ein legitimes Programm von Nikon Schweiz im Leistungswettbewerb mit dem inoffiziellen Importkanal. Die Antworten der befragten Händler bestätigen denn auch, dass die „Swiss Garantie“ zu einem wichtigen Verkaufsargument gegenüber parallel importierten Produkten wurde. Dementsprechend führte ein bedeutender Schweizer Händler im Jahr 2009 für parallel importierte

Produkte (herstellerübergreifend) eine eigens finanzierte erweiterte Garantie ein.

311. Zusammenfassend ergeben sich keine rechtsgenügenden Hinweise dafür, dass die „Swiss Garantie“ infolge des damit verbundenen erleichterten Trackings von Seriennummern als Instrument zur Abschottung des Schweizer Marktes benutzt worden wäre.

B.3.2.1.4.3. Selektivvertrieb von Nikon Schweiz

Grundsätzliche Regeln im Selektivvertrieb

312. Nikon führte per 1. September 2009 in der Schweiz eine Selektivvertriebssystem für Nikon Imaging Produkte ein. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek definiert selektive Vertriebssysteme als Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, wonach

- der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und
- diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

313. Im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen darf ein Hersteller seinen zum Vertrieb zugelassenen Händlern somit verbieten, die Vertragsprodukte an nicht zugelassene Händler weiterzuverkaufen.

314. Herstellern steht es grundsätzlich frei, sich für ein selektives Vertriebssystem zu entscheiden. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung solcher Vertriebssysteme erfolgt dabei nach den Bestimmungen der Vertikalbeurteilung.

315. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek stellen Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen dar.¹⁰⁵ Dies bedeutet, dass der Bezug der Vertragsware durch einen zugelassenen Händler bei allen anderen zugelassenen Händlern zulässig sein muss. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Austauschmöglichkeiten von zugelassenen Händlern innerhalb von selektiven Vertriebssystemen und damit insbesondere systeminterne Arbitragemöglichkeiten und Parallelimporte zu ermöglichen.¹⁰⁶ Daraus folgt, dass auch Bezüge bei offiziellen ausländischen Lieferanten zulässig sein müssen. Mit anderen Worten kann der offizielle Generalimporteur oder die jeweilige Ländergesellschaft des Herstellers nicht gegen Lieferungen von ausländischen offiziellen Vertriebspartnern an offizielle inländische Vertriebspartner vorgehen. In Ländern mit selektivem Vertriebssystem sind dies sämtliche zugelassenen Händler und in Ländern, in denen der Vertrieb über ein offenes Vertriebssystem erfolgt, sind dies alle Händler, welche die Produkte anbieten.

Selektivvertrieb von Nikon als Instrument zur Abschottung des Schweizer Markts?

316. Ob der Selektivvertrieb von Nikon als solcher kartellrechtlich zulässig ist, wird in der vorliegenden Untersuchung offen gelassen, da die Untersuchung nicht auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Selektivver-

triebs von Nikon fokussiert ist, sondern auf die Frage, ob Nikon Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verhindert oder behindert und dadurch gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstossen hat. Vor diesem Hintergrund wird in Zusammenhang mit dem Selektivvertrieb lediglich untersucht, ob Nikon den Selektivvertrieb als unterstützendes Instrument für eine Abschottung des Schweizer Marktes benützte. Ein selektives Vertriebssystem kann insofern als Instrument für die Abschottung des Schweizer Marktes verwendet werden, als Querlieferungen behindert oder verhindert werden und/oder unliebsame Händler, die Druck auf das Preisniveau ausüben, vom Vertrieb ausgeschlossen werden.

317. In den neuen Selektivvertriebsverträgen auf Grosshandels- und Einzelhandelsstufe für Nikon Imaging Produkte (ohne „D3S/D3X“) werden Querlieferungen im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek zum Teil ausdrücklich zugelassen und die Möglichkeit, Parallelimporte zu tätigen, erwähnt.

318. Beschlagnahmte Dokumente suggerieren jedoch, dass die Zulassung zum selektiven Vertrieb mit einem Verzicht auf Parallelimporte verbunden war: In der internen Präsentation von Nikon mit dem Titel [...] wird festgehalten, dass [...]

319. Nikon bestreitet, dass der Status „Nikon autorisierter Internethändler“ an die Bedingung geknüpft worden sei, dass der Händler auf Parallelimporte verzichten würde. Dies werde von den betroffenen Händlern auch gar nicht behauptet. Tatsächlich lieferten die Antworten der bzw. die Korrespondenz mit den befragten Händlern keine Hinweise dafür, dass diese intern diskutierte Spielregel nach aussen kommuniziert worden wäre.

320. Im Zusammenhang mit der Anzeigerin Wahl Trading führt Nikon zudem aus, dass diese mangels Erfüllung der Zulassungskriterien nicht zum Vertrieb zugelassen werden könne. Einer Zulassung von Wahl Trading als Grossistin würden insbesondere Wahl Tradings Direktgeschäfte mit Endverbrauchern entgegenstehen, welche gegen Ziff. 6.3 der Selektivvereinbarung Grossisten verstossen würden. Dass Wahl Trading Direktgeschäfte tätige, ergebe sich aus der Website von Wahl Trading, gemäss welcher Wahl Trading u.a. Berufsfotografen beliebere. Im Übrigen habe sich Wahl Trading bis im Herbst 2010 gar nie um die Zulassung zum Selektivvertriebssystem bemüht.

321. Zusammenfassend ergeben sich keine rechtsgenügenden Hinweise, dass Nikon mit Hilfe des Selektivvertriebs nach dem 1. September 2009 unliebsame Händler vom Vertrieb ausgeschlossen hat, um Parallelimporte zu verhindern. Zudem enthalten die neuen selektiven Vertriebsverträge keine Klauseln, welche Querlieferungen behindern würden.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2002/3, 455 ff. Rz 25, *Système de distribution Citroën*.

¹⁰⁶ BSK KG-NEFF (Fn 26), Ziff. 12 Vert-BM N 18.

B.3.2.1.4.4. Fazit

322. Aus den oben aufgeführten Dokumenten, die bei Nikon beschlagnahmt wurden, geht hervor, dass die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote, für welche die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 4 KG greift, umgesetzt wurden. Ob neben den vertraglichen Parallelimportverboten auch Massnahmen wie die „Swiss Garantie“ und die Einführung von Selektivvertriebsverträgen der Umsetzung des absoluten Gebietschutzes gedient haben, kann vorliegend nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.

323. Da sich die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote auf die gesamte Produktpalette von Nikon Imaging beziehen (Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Objektive in Einzelausführung, Blitzgeräte), gilt die Unzulässigkeitsvermutung für sämtliche Nikon Imaging Produkte.

B.3.2.1.5. Abredepartner

Inländische Abredepartner

324. In der Schweiz sind auf der einen Seite Nikon Schweiz und auf der anderen Seite alle Händler als Abredepartner zu qualifizieren, die sich Nikon gegenüber verpflichtet haben, Nikon Produkte nicht von ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu beziehen. Folglich sind all diejenigen Händler als Abredepartner zu qualifizieren, die den alten Grossistenvertrag (Rz 99), den Vertriebsvertrag D3S oder D3X (Rz 107 ff.) oder den NPDS-Vertrag (Rz 112 ff.) mit der darin enthaltenen Bezugsbeschränkung unterzeichnet haben.

325. Nikon macht geltend, sie könne ihre Verteidigungsrechte nur dann wahrnehmen, wenn die angeblichen Abredepartner im Inland namentlich bezeichnet würden und zudem belegt würde, welchen Inhalt welche Abrede mit welchem Abredepartner gehabt haben soll. Die Bezugsbeschränkung sei weder von Nikon Schweiz durchgesetzt, noch sei sie von den betroffenen Händlern beachtet worden:

- Grosshandelsstufe: Die Antworten der sechs Grossisten als Vertragspartner des alten Grossistenvertrags ([...]) würden deutlich zeigen, dass die Grossisten entweder trotz des Bezugsverbots Produkte importierten oder aber dass sie aus anderen Gründen (z.B. Vertriebspolitik, fehlende Logistik, exzellentes Verhältnis zu Nikon Schweiz) keine Parallelimporte tätigten;
- Einzelhandelsstufe: Keiner der vom Sekretariat befragten Vertragspartner der „D3S/D3X“- und der „NPDS“-Verträge habe auf die expliziten Fragen des Sekretariats geantwortet, er sei vertraglich oder anderweitig daran gehindert geworden, Parallelimporte zu tätigen.

326. Die Vorbringen von Nikon stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Eine Auflistung der inländischen Vertragspartner von Nikon erübrigt sich, da diese Nikon bestens bekannt sind. Zu den von Nikon zitierten Antworten der Grossisten und der Einzelhändler ist Folgendes festzuhalten:

- Grosshandelsstufe: Wie der Tabelle 1 in Anhang E.4 zu entnehmen ist, importierte von den fünf in-

ländischen Grossisten, welche bis zum 31. August 2009 durch den alten Grossistenvertrag von Nikon gebunden waren, lediglich ein einziger Nikon Imaging Produkte. Der Anteil an Parallelimporten dieses Grosshändlers betrug weniger als [...] % seines jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte. Wie bereits erwähnt (Rz 103), dürfte es für einen Hersteller schwieriger sein, Querlieferungen zwischen Schwestergesellschaften innerhalb desselben Konzerns zu unterbinden als solche zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen. Weitere drei Händler begründeten ihren Verzicht auf Parallelimporte mit guten Geschäftsbeziehungen mit Nikon Schweiz, einem Widerspruch zur Geschäftsstrategie und einer exklusiven Zusammenarbeit mit Nikon. Der fünfte inländische Grossist wies in diesem Zusammenhang auf die vertragliche Bindung mit Nikon hin. Insgesamt haben sich also vier von fünf Schweizer Grossisten nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* an die Bezugsbeschränkung in ihrem Vertriebsvertrag mit Nikon gehalten und keine Nikon Produkte von ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) parallel importiert.

Der von Nikon Schweiz genannte sechste Grossist, [...], ist in Liechtenstein und nicht in der Schweiz ansässig. Dieser Grosshändler konnte laut eigenen Angaben über [...] Deutschland – also tatsächlich von einem Händler ausserhalb des Vertragsgebiets – importieren. Allerdings stellt [...] wiederum einen Spezialfall dar (siehe Rz 103, weil seine Bezugsquelle in Deutschland – [...] – zur selben Unternehmensgruppe gehört. Im Übrigen seien die beiden Unternehmen der [...] Gruppe von Nikon wiederholt mündlich dazu angehalten worden, Parallelhandel zu unterlassen; Parallelhandel sei aber weiterhin betrieben worden. Ein solches Ignorieren von Vorgaben des Herstellers dürfte innerhalb eines Konzerns – wie gesagt – einfacher sein, als wenn es sich beim Exporteur und Importeur um zwei voneinander unabhängige Unternehmen handeln würde (siehe Rz 103).

- Einzelhandelsstufe: Die von Nikon zitierten Händler haben in der Tat keine Schwierigkeiten beim Parallelimport geltend gemacht. Allerdings geht aus diesen Antworten hervor, dass fünf dieser elf zitierten Händler gar nicht erst versucht haben, parallel zu importieren ([...]); zwei weitere liessen die Frage nach Schwierigkeiten beim Import unbeantwortet ([...]). Von den zitierten elf Händlern haben deren [...] Parallelimporte getätigt ([...]). Wie aus Tabelle 2 in Anhang E.4 hervorgeht, erreichten die getätigten Parallelimporte lediglich einen bescheidenen Umfang. Zudem stammten in zwei der genannten [...] Fälle sämtliche Parallelimporte aus Liechtenstein und somit aus dem

Vertragsgebiet. Insgesamt haben also lediglich drei der zitierten Händler – in bescheidenem Umfang – Nikon Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets bezogen. Die restlichen Händler haben sich nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* an die Bezugsbeschränkung gehalten.

Ausländische Abredepartner

327. Im Ausland sind auf der einen Seite Nikon Europe BV bzw. die Nikon Ländergesellschaften jener Länder, in denen offizielle Vertriebspartner von Nikon vertraglich oder faktisch dazu angehalten wurden, Lieferungen in die Schweiz zu unterlassen, als Abredepartner zu qualifizieren. Auf der anderen Seite handelt es sich bei den Parallelexporteurern, die sich dazu verpflichtet haben, nicht in die Schweiz zu exportieren, um Abredepartner von Nikon. Damit sind zum einen sämtliche Händler, die einen Vertrag mit Nikon unterzeichnet haben, in dem sie sich direkt oder indirekt dazu verpflichtet haben, nicht an Abnehmer in der Schweiz zu liefern, als Abredepartner zu qualifizieren. Zum anderen sind auch jene Parallelhändler, die sich unabhängig von einer derartigen Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und nicht mehr im gleichen Ausmass bzw. gar nicht mehr in die Schweiz geliefert haben, als Abredepartner zu qualifizieren.

328. Hierzu bringt Nikon wiederum vor, dass hätte aufgezeigt werden müssen, welche Nikon Ländergesellschaft mit welchem namentlich bezeichneten Händler welche Abrede mit welchem Inhalt getroffen habe. Ansonsten könne Nikon ihre Verteidigungsrechte nicht wahrnehmen. Tatsache sei, dass kein einziger ausländischer Händler identifiziert worden sei, der eine solche Verpflichtung mit Bezug auf die Schweiz eingegangen wäre. Insbesondere bleibe unklar, welches die Parallelhändler seien, die sich angeblich unabhängig von einer Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und darum weniger oder nicht mehr in die Schweiz geliefert hätten.

329. Die Vorbringen von Nikon zu den ausländischen Abredepartnern stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Eine Auflistung der ausländischen Vertragspartner von Nikon erübrigt sich, da diese den einzelnen Ländergesellschaften der Nikon Gruppe bestens bekannt sind. Gleiches gilt für die Frage, welche Ländergesellschaften von Nikon die oben identifizierten problematischen Verträge mit ihren Vertriebshändlern abgeschlossen haben. Von einer fehlenden Identifikation ausländischer Händler, welche sich zu einem Exportverbot in die Schweiz verpflichtet hatten, kann aus diesem Grund und angesichts des oben dargelegten Wortlauts der Vertriebsverträge von Nikon keine Rede sein.

330. Ferner erübrigt sich eine Auflistung der Parallelhändler, die sich unabhängig von einer Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und deshalb weniger bzw. gar nicht mehr in die Schweiz geliefert haben, aus folgenden Gründen: Eine abschliessende Nennung dieser Parallelhändler ist basierend auf den verfügbaren Informationen gar nicht möglich. Die Wettbewerbsbehörden kennen die Namen sämtlicher ausländischer Vertragshändler von Nikon nicht. Somit lässt sich nicht feststellen, ob ein gewisser Parallelhändler allein infolge von Druckausübung durch Nikon auf Parallelhandel verzichtet hat oder ob dies auch eine Folge einer vertragli-

chen Verpflichtung mit Nikon war. Eine abschliessende Identifikation sämtlicher Abredepartner – darunter insbesondere der Gruppe, welche in Abwesenheit von vertraglichen Verpflichtungen infolge Druckausübung durch Nikon auf Parallelhandel verzichteten – ist indes auch gar nicht nötig, da sich die vorliegende Untersuchung ausschliesslich gegen Nikon richtet, was unter dem Titel Untersuchungsadressaten begründet wird (vgl. Rz 345).

B.3.2.1.6. Abrededauer

Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets

331. Der alte Grossistenvertrag wurde durch Nikon Schweiz ca. Ende 2004 eingeführt und nach und nach mit den Grosshändlern abgeschlossen. Bis Ende August 2009 bestand zwischen Nikon und insgesamt sechs Grossisten ([...], siehe oben Rz 99) ein derartiger Vertrag, mit dem der Bezug ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) ausgeschlossen wurde. Per 1. September 2009 wurden diese Grosshandelsverträge durch neue, selektive Vertriebsverträge ersetzt, welche kein Bezugsverbot mehr enthalten (vgl. Rz 179 und 236).

332. Die Vertriebsvereinbarungen Einzelhändler Nikon „D3S/D3X“ enthalten seit November 2008 bzw. 2009 ein solches Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets (vgl. Rz 226 ff.). Dasselbe gilt für die „NPSD“-Verträge seit 2007 (vgl. Rz 226 ff.). Die Bezugsverbote in diesen Verträgen sind zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids der WEKO noch in Kraft.

333. Diese Verträge waren bzw. sind geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern. Die beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz zeigt denn auch, dass diese Verträge Anwendung fanden (Rz 259 und 261).

Exportverbote in die Schweiz in ausländischen Verträgen

334. In Deutschland (2004 bis 2009), Österreich/Slowenien (2006 bis 2010), Ungarn (seit 2005) und den USA (z.B. im Jahr 2007 und 2010) bestehen bzw. bestanden in den Vertriebsverträgen von Nikon Klauseln, wonach die Vertragswaren nicht in Länder ausserhalb des EWR bzw. der USA verkauft und damit nicht in die Schweiz exportiert werden dürfen bzw. durften (sog. explizite Exportverbote). Diese Verträge waren bzw. sind geeignet, Parallelexporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern.

335. In Griechenland (1996 bis 2010), Grossbritannien (z.B. im Jahr 2003) und Polen (z.B. im Jahr 2006) sehen die Vertriebsverträge den Verkauf nur im jeweiligen Staatsgebiet vor (sog. implizite Exportverbote). Diese Verträge waren bzw. sind zusammen mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte geeignet, Parallelexporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern.

336. Den Wettbewerbsbehörden liegen zumindest für die Zeitspanne von Frühjahr 2008 bis Oktober 2009 beschlagnahmte Dokumente vor, die beweisen, dass ausländische Parallelexporteurern durch die jeweilige Nikon Ländergesellschaft dazu angehalten wurden, nicht mehr in die Schweiz zu liefern und dies zumindest teilweise befolgt haben (siehe oben Rz 280, 286 ff.).

337. Für diese Zeitspanne ist die Umsetzung der expliziten Exportverbote und der impliziten vertraglichen Exportverbote in den genannten ausländischen Vertriebsverträgen folglich erstellt. Ein dauerhafter Verstoss seit Inkrafttreten der Verträge kann basierend auf den vorliegenden Beweisen jedoch nicht nachgewiesen werden. Diesem Umstand wird bei der Sanktionsbemessung Rechnung getragen (vgl. Rz 567 f.).

Strategieänderung per 1. September 2009

338. Im Laufe des Jahres 2009 schienen die Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel (gebietsabschottende Klauseln und Druckausübung auf Parallelhändler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets) nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Offensichtlich wurde der Druck aus Parallelhandelstätigkeiten genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon die alten Grossistenverträge mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig wurde die erweiterte „Swiss Garantie“ eingeführt, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Der Preis hierfür waren preisliche Zugeständnisse an [...]. In der Folge tätigte [...] mangels Arbitragepotenzial keine Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten mehr.

339. Des Weiteren liegen der WEKO für den Zeitraum nach Oktober 2009 auch keine E-Mail Korrespondenzen mehr vor, die belegen, dass die nach wie vor bestehen-

den Bezugsverbote in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie die expliziten und impliziten Exportverbote in den ausländischen Verträgen umgesetzt worden wären.

Fazit

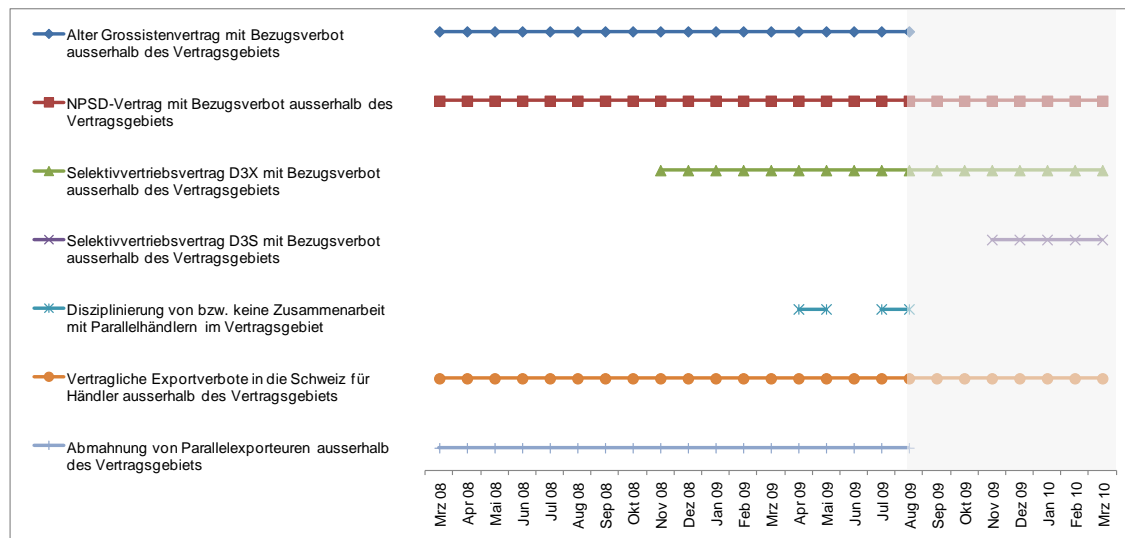
340. Seit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes und somit der direkten Sanktionierbarkeit von harten Vertikalabreden am 1. April 2004 bestehen bzw. bestanden in gewissen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe Klauseln, bei welchen der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG greift. Zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids der WEKO haben die Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen, Bezugsbeschränkungen in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen nach wie vor Gültigkeit.

341. Es liegt in der Verantwortung von Nikon, die zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids immer noch geltenden vertraglichen Bezugsbeschränkungen und die vertraglichen Exportverbote der Nikon Gruppe kartellrechtskonform umzugestalten.

342. Die vertraglich vereinbarten Bezugsbeschränkungen, die expliziten Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen sowie die impliziten Exportverbote in Zusammenhang mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte waren in der gesamten Zeitperiode seit dem 1. April 2004 geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu behindern oder zu verhindern.

343. Die folgende Abbildung illustriert die zeitliche Abfolge der verschiedenen Verträge bzw. Abreden und der unterstützenden Massnahmen.

Abb. 1: Zeitachse der Abreden und Massnahmen gegen Parallelimporte



344. Für die Zeitspanne Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 ist die Behinderung von Parallelimporten aufgrund der beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz erstellt. Ein dauerhafter Verstoss seit Inkrafttreten der Verträge kann Nikon basierend auf den vorliegenden Beweisen jedoch nicht nachgewiesen werden. Zudem hat Nikon im Herbst 2009 einen Strategiewechsel vollzogen (vgl. Rz 338).

Diesen Umständen wird bei der Sanktionsbemessung Rechnung getragen (vgl. Rz 567 f.).

B.3.2.1.7. Untersuchungsadressaten

345. Die vorliegende Untersuchung wurde am 24. März 2010 gegenüber Nikon eröffnet und am 5. Oktober 2010 auf Digitec ausgedehnt. Weil die WEKO nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen konnte, dass es

zwischen Nikon und Digitec zu einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG gekommen ist (siehe oben Rz 166 f.), wird das Verfahren gegenüber Digitec ohne Folgen eingestellt.

346. Das Sekretariat hat im Übrigen auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf sämtliche inländischen und ausländischen Händler verzichtet, was sich aus den folgenden Gründen rechtfertigt:

Interessenasymmetrie

347. Die Gebietsschutzabrede begünstigte insbesondere Nikon. Mit anderen Worten lag die Gebietsschutzabrede vor allem im Interesse von Nikon; die in- und ausländischen Abrededpartner konnten daraus, wenn überhaupt, lediglich einen geringen Vorteil ziehen:

- *Inländische Händler*, welche sich vertraglich zu einem Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets verpflichteten, befanden sich in einer „take it or leave it“-Position: Entweder sie unterschrieben den Vertrag oder sie waren kein offizieller Vertriebshändler von Nikon. Eine Nichteinhaltung des Bezugsverbots hatte die fristlose Kündigung zur Folge (§ 11 Abs. 2 Bst. d [alter Grossistenvertrag]; § 5 Abs. 2 Bst. b [D3S-/D3X-Vertrag]; § 7 Abs. 2 Bst. b [„NPSD“-Vertrag]). Ein derartiges Bezugsverbot kann nicht im Interesse der Schweizer Händler gewesen sein, da ihnen das Ausnützen von Arbitragemöglichkeiten eine Erhöhung der eigenen Marge erlaubt hätte.
- *Ausländische Lieferanten* bedienen in aller Regel schwerpunktmässig den eigenen Markt. Die Auswirkungen der vorliegenden Gebietsschutzabreden zeitigten durch die Verringerung des Wettbewerbsdrucks in der Schweiz jedoch Auswirkungen auf dem Schweizer Markt und nicht auf denjenigen Märkten, auf welchen die ausländischen Lieferanten schwerpunktmässig tätig waren (vgl. Rz 505 ff.). Insofern konnten ausländische Lieferanten im Gegensatz zu inländischen Händlern nicht vom geringeren Preisdruck infolge der Gebietsabschottung profitieren. Zudem bedeutet eine Einschränkung des Kundenkreises für ausländische Lieferanten eine Reduktion ihres Absatz- und Gewinnpotenzials. Gewinnmaximierende Lieferanten haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften ausländische Lieferanten ein noch geringeres Interesse an den absoluten Gebietsschutzabreden gehabt haben als inländische Händler. Wenn sie sich jedoch nicht an die Vorgaben der jeweiligen Nikon Ländergesellschaft – und somit an die Wettbewerbsabrede – hielten, mussten sie mit Retorsionsmassnahmen rechnen, welche sogar in einer Vertragskündigung bestehen konnten (vgl. Rz 270).
- *Parallelhändler*: Schliesslich gab es sowohl im In- als auch im Ausland diverse Parallelhändler, die sich über die Massnahmen von Nikon zur Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz hinweggesetzt und trotzdem Parallelhandel betrieben haben. Es lässt sich allerdings nicht abschliessend feststellen, auf welche Händler im In- und

Ausland dies zutrifft bzw. zutraf. Würde die Untersuchung auf alle Händler ausgedehnt, würden falsche Signale gesetzt. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es in erster Linie, den Urheber der möglicherweise unzulässigen Massnahmen gegen Parallelimporte in die Schweiz gegebenenfalls zu sanktionieren und nicht die Händler, die sich zu deren Einhaltung gezwungen sahen und schon gar nicht jene, die sich allenfalls darüber hinweggesetzt haben.

Praxis der Europäischen Kommission

348. Es entspricht der Praxis der Europäischen Kommission, bei vertraglich vereinbarten Exportverboten nur den Hersteller bzw. Importeur zu büssen:

- In ihrem Entscheid in Sachen „Peugeot“¹⁰⁷ hatte die Kommission Massnahmen (im Wesentlichen ging es um Boni, die nur für Verkäufe in den Niederlanden ausbezahlt wurden) zu beurteilen, die von der Automobiles Peugeot SA ergriffen worden waren, um Exportverkäufe zu beschränken.¹⁰⁸ Sie hielt dabei fest, es würde sich nicht um einseitige Verhaltensweisen handeln, denn sie hätten sich in die vertragliche Beziehung zwischen Peugeot und den offiziellen Vertriebspartnern von Peugeot in den Niederlanden eingefügt.¹⁰⁹ Die Kommission verwies dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach ein Vertragshändler nur in ein Vertriebsnetz aufgenommen werden kann, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend die Politik des Herstellers und seines Lieferanten akzeptiere.¹¹⁰ Im Zusammenhang mit einer möglichen Verhängung einer Geldbusse gegen die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden war die Kommission der Auffassung, dass die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden zwar an den gegen das Wettbewerbsrecht verstossenden Vereinbarungen beteiligt waren, die Initiative dazu allerdings von Automobiles Peugeot SA ausgegangen war, weshalb gegen die Vertriebspartner keine Geldbussen zu verhängen seien.¹¹¹ Dementsprechend wurde nur der Automobiles Peugeot SA bzw. Peugeot Nederland NV eine Geldbusse auferlegt.¹¹²
- Im Entscheid in Sachen „Opel“ hatte die Kommission Massnahmen von Opel Nederland BV zur Einschränkung von Exporten aus den Niederlanden zu beurteilen.¹¹³ Sie kam darin zum Schluss,

¹⁰⁷ KOMM ABI. L 173/20 vom 27.6.2006, Peugeot (Zusammenfassung), bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 *Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009 S. II-02533; für eine Vollversion vgl. Kommission vom 5.10.2005 i.S. *Automobiles Peugeot SA*, Rz 11, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_190_1.pdf (28.11.2011);

¹⁰⁸ *Automobiles Peugeot SA* (Fn 106), Rz 11.

¹⁰⁹ *Automobiles Peugeot SA* (Fn 106), Rz 89.

¹¹⁰ *Automobiles Peugeot SA* (Fn 106), Rz 91.

¹¹¹ *Automobiles Peugeot SA* (Fn 106), Rz 160.

¹¹² *Automobiles Peugeot SA* (Fn 106), Rz 159.

¹¹³ KOMM ABI. L59/1 vom 28.02.2001 – *Opel*.

dass eine Geldbusse gegen Opel Nederland BV und deren Muttergesellschaft, die General Motors Nederland BV, angebracht sei. Sie qualifizierte „die niederländischen Opel-Vertragshändler als zusammen mit Opel Nederland BV Beteiligte an Vereinbarungen zur Verhinderung oder Einschränkung von Exporten“ als „Opfer der von ihrem Vertragspartner beschlossenen restriktiven Politik, der sie auf Druck zustimmen mussten“. Nach Ansicht der Kommission hatten die Händler nicht aktiv mitgewirkt, weshalb gegen sie keine Geldbusse verhängt wurde.¹¹⁴

- Bereits in ihrem Entscheid in Sachen „Volkswagen“ war die Kommission zum Schluss gekommen, dass es sich bei den von Volkswagen AG, Audi AG und Autogerma SpA (Generalimporteurin von VW und Audi in Italien) ergriffenen Massnahmen zur Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelexporten nicht um einseitige Massnahmen handle, sondern um solche, die sich in die vertraglichen Beziehungen zwischen der Herstellerin bzw. der Generalimporteurin und den Händlern des selektiven Vertriebsnetzes einfügen.¹¹⁵ Unter dem Titel „Adressat dieser Entscheidung“ führte die Kommission allerdings aus, die Volkswagen AG, als Muttergesellschaft der Audi AG und der Autogerma SpA, sei für die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht allein verantwortlich.¹¹⁶ Dementsprechend hat sie nur gegen die Volkswagen AG eine Geldbusse verhängt.¹¹⁷

Grundsatz der Gleichbehandlung

349. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV¹¹⁸ hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Nikon hat im In- und Ausland zahlreiche Händler unter Vertrag. Den Wettbewerbsbehörden sind basierend auf die verfügbaren Informationen (insbesondere die beschlagnahmten Dokumente) nur eine Auswahl von Abredepartnern bekannt. Vorliegend wurde nicht zuletzt aus Gründen der Gleichbehandlung auf die Eröffnung einer Untersuchung gegenüber einzelnen Abredepartnern verzichtet. Im Übrigen besteht in der Regel kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

Territorialitätsprinzip

350. Gemäss dem Territorialitätsprinzip kann ein Staat Hoheitsakte nur in seinem eigenen Hoheitsgebiet vornehmen. Wie im Rahmen des Geltungsbereichs (siehe oben Rz 74) aufgezeigt, steht das Territorialitätsprinzip einer Anwendung des Kartellgesetzes auf Auslandsachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings kann die Durchsetzung des Kartellrechts im Zusammenhang mit extraterritorialen Unternehmen ohne Vertretung in der Schweiz zu Problemen führen, weil den Wettbewerbsbehörden in diesen Fällen grundsätzlich die Kompetenz fehlt, im Ausland sowohl die nötigen Ermittlungsmassnahmen vorzunehmen, als auch allfällige Sanktionen mittels hoheitlicher Gewalt durchzusetzen.¹¹⁹ Diese prozessökonomischen Gründe sprachen zusätzlich gegen eine Eröffnung der Untersuchung gegenüber den ausländischen Abredepartnern.

Fazit

351. Basierend auf diesen Überlegungen wurde auf die Ausdehnung der Untersuchung auf die in- und ausländischen Abredepartner von Nikon verzichtet. Somit ist Nikon Schweiz bzw. die Nikon Gruppe vorliegend neben Digitec die einzige Untersuchungsadressatin.

B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

352. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbeurteilung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

353. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Händler von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Händler hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters – insbesondere des Preises – einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.).

354. Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern von Imaging Produkten (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.). Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.¹²⁰

355. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.2.1. Relevante Märkte

B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte

Vorbemerkungen

356. 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 VKU¹²¹, analog).

¹¹⁴ Opel (Fn 112), Rz 174.

¹¹⁵ KOMM, ABl. 1998 L 124/60, VW, Rz 128, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P Volkswagen AG, Slg. 2003, I-9189, Rz 52 ff.

¹¹⁶ VW (Fn 114), Rz 205.

¹¹⁷ VW (Fn 114), S. 94.

¹¹⁸ Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹¹⁹ BSK KG-LEHNE (Fn 8), Art. 2 KG N 57.

¹²⁰ Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171 und 103 Rz 300, Gaba.

¹²¹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

357. Marktgegenseite von Nikon auf der Absatzseite sind zum einen Distributoren (Grosshändler bzw. Grossisten), welche Nikon Imaging Produkte ihrerseits an Retailhändler vertreiben. Andererseits gehören grosse Retailhändler, sog. Direktkunden, wie [...] zu den Kunden von Nikon. Da die Nachfrage von Retailhändlern nach Nikon Imaging Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktdefinition.

358. Die bisherige Praxis der europäischen Kommission im Zusammenhang mit Fotokameras tendierte dahin, den Markt für Kameras in einen Markt für Kompaktkameras, einen Markt für Spiegelreflexkameras und einen Markt für Digitalkameras aufzuteilen. Auf eine abschliessende Marktabgrenzung wurde indes verzichtet.¹²² Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass die aus dem Jahr 2003 stammenden Überlegungen zur Marktdefinition infolge der technologischen Entwicklung heute überholt sind. So sind heute sowohl Kompaktkameras als auch Spiegelreflexkameras in der Regel digital.¹²³ Entsprechend produzieren heute viele Kamerahersteller überhaupt keine analogen Kompakt- und Spiegelreflexkameras mehr. Die Kunden dieser Kameras sind laut Angaben von Nikon entweder Liebhaber und Nostalgiker oder professionelle Fotografen, die mehrere Monate in der Abgeschiedenheit Fotoaufnahmen machen und eine analoge Spiegelreflexkamera als Ersatzkamera bei sich haben. Abgesehen von diesen Ausnahmen hat die analoge Kamera keine Bedeutung mehr. So verkaufte Nikon zwischen April 2009 und März 2010 gerade noch [...] analoge Spiegelreflexkameras in der Schweiz, [...] analogen Kompaktkameras. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf weitere Ausführungen zu analogen Kameras verzichtet.

359. Vorliegend sind Produkte aus den Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte von Behinderungen beim Parallelimport betroffen (vgl. Rz 323). Nachfolgend wird analysiert, wie die relevanten Märkte für diese Produktgruppen zu definieren sind.

Digitalkameras ohne Wechselobjektiv

360. Als digitale Kameras ohne Wechselobjektiv (auch Kompaktkameras genannt) werden Fotoapparate bezeichnet, die als Aufnahmemedium einen elektronischen Bildsensor enthalten und über ein fest eingebautes Objektiv verfügen. Das Licht gelangt bei diesen Kameras durch das fest installierte Objektiv auf den Bildsensor. Die fest eingebauten Objektive unterscheiden sich in der verfügbaren Brennweite (Zoom- und Weitwinkelobjektive) und Lichtstärke. Assistenzfunktionen unterstützen den Fotografen bei der Bilderstellung. Beispielsweise analysiert die Motivautomatik das Motiv und die Umgebungsbedingungen und wählt dann automatisch das zur Aufnahme passende Motivprogramm aus. Einige Kameras ohne Wechselobjektiv lassen sich auch manuell einstellen. Weiter können mit einigen Kameras ohne Wechselobjektiv auch Filmaufnahmen gemacht werden. Kameras ohne Wechselobjektive sind meistens kompakt, so dass sie leicht mitgeführt werden können.

361. Digitalkameras ohne Wechselobjektive können sich hinsichtlich ihrer Qualität bzw. Leistung beträchtlich unterscheiden. So verfügen digitale Kompaktkameras von Nikon entweder über CCD (Charge Coupled Device¹²⁴)- oder CMOS (Complementary Metal Oxide Semiconductor¹²⁵)-Bildsensoren mit unterschiedlichen Auflösungen und Leistungswerten. Diese Unterschiede schlagen sich im Preis nieder.

362. Auf dem Markt wird denn auch je nach Bedürfnis eine breite Preis- und Qualitätspalette von der günstigen Einsteigerkamera bis zur hochwertigen Kamera für anspruchsvolle Konsumenten angeboten. Zu den Kunden von Digitalkameras ohne Wechselobjektive gehören Fotografie-Einsteiger, Hobbyfotografen und Profifotografen, welche die Kameras im Alltagsgebrauch und zu Hobbyzwecken (z.B. Reisefotografie) sowie in der professionellen Fotografie (d.h. dort, wo das Gewicht eine grosse Rolle spielt, z.B. Extremklettern) einsetzen.

Digitalkameras mit Wechselobjektiv

363. Als digitale Kameras mit Wechselobjektiv werden Fotoapparate bezeichnet, bei denen das Objektiv ausgewechselt werden kann, um den unterschiedlichen fotografischen Anforderungen besser gerecht zu werden. Digitale Kameras mit Wechselobjektiv werden auch als Systemkameras bezeichnet. Bei einer Systemkamera lässt sich unterschiedliches Zubehör vom Hersteller oder von Drittanbietern montieren, um das Kamerasystem zu erweitern, wie z.B. Blitzgeräte, Objektive, Fernbedienungs-, WLAN-, GPS-, Sucher- und Computerzubehör.

364. Mit einer Kamera mit Wechselobjektiv kann sowohl manuell wie auch automatisch fotografiert werden. Verschiedene Assistenzsysteme unterstützen den Fotografen. Dank diesen Systemen können auch Anfänger ohne Schwierigkeiten mit einer Kamera mit Wechselobjektiv fotografieren. Mit einigen Kameras mit Wechselobjektiv können auch Filmaufnahmen gemacht werden.

¹²² KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, *Konica/Minolta*, Rz 18–23.

¹²³ Im Jahr 2003 gab es auch bereits sowohl digitale Kompaktkameras als auch digitale Spiegelreflexkameras. Da es sich damals um einen jungen und schnell wachsenden Markt handelte, wurde es indes als zu früh beurteilt, den Markt für digitale Kameras weiter zu unterteilen. KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, *Konica/Minolta*, Rz 20.

¹²⁴ Ein CCD ist ein elektronischer lichtempfindlicher Sensor, der das einfallende Licht in ein zur Lichtmenge proportionales Signal umwandelt. CCD-Bildsensoren bestehen aus einer Matrix mit lichtempfindlichen Fotodioden, die Pixel genannt werden. In den Anfangsjahren enthielten die Digitalkameras fast ausschliesslich CCD-Sensoren. Mittlerweile existiert eine Vielzahl unterschiedlicher Sensortypen.

¹²⁵ Ein Active Pixel Sensor (APS, dt. aktiver Pixelsensor) ist ein Halbleiterdetektor zur Lichtmessung, der in CMOS-Technik gefertigt ist und deshalb oft als CMOS-Sensor bezeichnet wird. Durch die Verwendung der CMOS-Technik wird es möglich, weitere Funktionen in den Sensorchip zu integrieren, wie beispielsweise die Belichtungssteuerung oder die Kontrastkorrektur. CMOS-Sensoren verbrauchen weniger Strom. CCD-Sensoren hingegen produzieren weniger Störungen im Bild, sogenanntes Bildrauschen, und können Licht etwas effizienter nutzen. Mit CMOS-Sensoren wurden früher nur die preisgünstigen „low-end“-Geräte ausgestattet. Seitdem deren wesentliche Nachteile weitgehend auf ein vergleichbares Mass minimiert wurden, verdrängen CMOS-Sensoren zunehmend die CCD-Sensoren auch im Bereich der digitalen Spiegelreflexkameras.

365. Zu den Kunden von Digitalkameras mit Wechselobjektiven zählen Fotografie-Einsteiger, Hobbyfotografen sowie Profi-Fotografen, welche die Kameras im Alltagsgebrauch (z.B. zur Aufnahme von Schnappschüssen), zu Hobbyzwecken (z.B. für die Reisefotografie) und in der professionellen Fotografie (z.B. Reportage und Sport) einsetzen.

366. Es gibt zwei Konstruktionstypen von digitalen Kameras mit Wechselobjektiv: Kameras mit Spiegel und Kameras ohne Spiegel. Bei Kameras mit Spiegel (digitale Spiegelreflexkameras) wird das Motiv zur Betrachtung und Einstellung vom Objektiv über einen Spiegel umgelenkt, auf einer Mattscheibe abgebildet und durch einen optischen Sucher betrachtet. Die Belichtung erfolgt nach Aufklappen des Spiegels auf digitalen Bildsensoren. Bei Kameras ohne Spiegel (DCIL-Kameras) erfolgen die Betrachtung direkt auf dem eingebauten Monitor und die Belichtung direkt auf dem Bildsensor. Dabei handelt es sich um Kameras, welche wie die Kompaktkamera über keinen Spiegel verfügen, aber wie die Spiegelreflexkamera die Möglichkeit bieten, verschiedene Objektive auf das Gehäuse zu montieren.

367. In Zusammenhang mit den beiden Konstruktionstypen von Kameras mit Wechselobjektiv (Kameras mit Spiegel und Kameras ohne Spiegel) stellt sich die Frage, ob der Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv je nach Konstruktionstyp zu segmentieren ist. Nikon verneint dies mit dem Argument, dass die Bilderstellungstechnik (digitale Spiegelreflextechnik oder spiegellose Digitaltechnik) im Bereich der Digitalkameras für den Endverbraucher und die Branche nur noch eine untergeordnete Bedeutung habe. Von grösserer Bedeutung sei, ob eine Digitalkamera über ein fest installiertes Objektiv oder über Wechselobjektive verfüge. Wichtig sei in dieser Hinsicht vor allem die Geschwindigkeit des Autofokus und des Bildverarbeitungsprozessors der Kamera sowie die Qualität und Lichtempfindlichkeit des Objektivs. Bei Kameras mit Wechselobjektiven sei die Leistung mit Bezug auf diese Funktionen wesentlich höher als bei Kameras ohne Wechselobjektiv.

368. In Anbetracht dieses Arguments sowie der Tatsache, dass es sich bei der spiegellosen Digitaltechnik um eine Innovation handelt, die erst im Jahr 2008 durch Olympus und Panasonic auf den Markt gebracht wurde – sie wird heute zusätzlich von Sony, nicht jedoch von Nikon angeboten – und deshalb im Vergleich zur Spiegelreflextechnik weitaus geringere Umsätze generieren dürfte, verzichtet die WEKO auf eine Segmentierung des Marktes für Digitalkameras mit Wechselobjektiven nach Konstruktionstyp (mit/ohne Spiegel).

369. Jedoch ist nach Ansicht von Nikon eine Segmentierung des Marktes für Kameras mit Wechselobjektiv je nach Leistung bzw. Qualität angezeigt: Bei Kameras mit Wechselobjektiv gibt es beträchtliche Leistungs- bzw. Qualitätsunterschiede, welche sich im Preis niederschlagen. Auf dem Markt wird denn auch je nach Bedürfnis eine breite Preis- und Qualitätspalette von der günstigen Einsteigerkamera bis zur hochwertigen Kamera für anspruchsvolle Konsumenten angeboten. Laut einem Beitrag der Konsumentenzeitschrift Saldo würden heute immer häufiger Einsteigermodelle für rund CHF 600 angeboten. Semiprofessionelle Geräte gebe es für

CHF 1'000 bis CHF 2'000; Profimodelle würden schnell mehrere tausend Franken kosten.¹²⁶

370. Gemäss Nikon sind diese Leistungs- bzw. Qualitätsunterschiede zwischen Kameras für professionelle Fotografen (Pro-Segment, Pro-DSLR) und den übrigen Kameras (Hobby-Segment, Hobby-DSLR) derart signifikant, dass die beiden Segmente eigene sachlich relevante Märkte darstellen würden. Pro-DSLR Kameras (Nikon „D3S/D3X“¹²⁷) würden nur von einer sehr kleinen Kundengruppe nachgefragt, die zu ca. 90 % aus Berufsfotografen bestehe. Diese Kunden würden auch bei einem geringen, aber signifikanten und dauerhaften Preisaufschlag von 5–10 % nicht auf eine Hobby-DSLR umsteigen (SSNIP-Test¹²⁸). Somit bestehe aus Sicht der Berufsfotografen nur eine sehr geringe Substituierbarkeit zwischen Pro-DSLR und Hobby-DSLR Kameras. Für die in Bezug auf Qualität und Funktionalität hochwertigen D3-Kameras seien Berufsfotografen denn auch bereit, einen deutlich höheren Preis zu bezahlen (ab ca. CHF 5'500 für die Nikon D3S) verglichen mit der teuersten Kamera im Hobby-DSLR Segment (ca. CHF 2'400 für die D700 für ambitionierte Amateure). Zudem würden die unterschiedlichen Verkaufskanäle für eine Marktsegmentierung sprechen: Pro-DSLR Kameras seien in der Regel dem hoch spezialisierten Fachhandel vorbehalten, welcher verschiedene Dienstleistungen für Berufsfotografen erbringe (z.B. Wartung und Reparaturen). Berufsfotografen seien darauf angewiesen, dass sie weltweit unverzüglich Support- und Serviceleistungen des Herstellers in Anspruch nehmen könnten. Einzig Nikon und Canon seien in der Lage, diese Ansprüche zu erfüllen. Dementsprechend führten keine anderen Hersteller vergleichbare Kameras des Pro-DSLR Segments im Angebot.

371. Die von Nikon dargelegten Argumente legen nahe, dass in Bezug auf Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwei sachlich relevante Märkte voneinander zu unterscheiden sind: Digitalkameras mit Wechselobjektiv für professionelle Fotografen (Pro-DSLR) und Digitalkameras mit Wechselobjektiv ohne professionelle Kameras (Hobby-DSLR).

372. Obwohl die Argumente von Nikon, die für eine Segmentierung des Produktmarktes für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sprechen, plausibel erscheinen, wird die Frage nach der genauen Marktabgrenzung offen gelassen, da sie das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung aus folgenden Gründen nicht beeinflusst: Erstens betreffen die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote beide Segmente (vgl. Rz 323). Zweitens bestehen laut beschlagnahmter E-Mail Korrespondenz und der nachfolgenden Analyse betreffend Arbitragemöglichkeiten (vgl. Rz 387 ff.) in beiden Segmenten Arbitragemöglichkeiten (vgl. Rz 428), deren Ausnutzung

¹²⁶ Vgl. Spiegelreflexkameras – nicht nur für Profis geeignet, Saldo, 02/2010.

¹²⁷ Vgl. Fn 36.

¹²⁸ Der sogenannte SSNIP-Test (Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices) erfasst die Reaktion von Nachfragern auf Preiserhöhungen quantitativ.

durch Parallelhändler einen Anreiz geben können, Parallelhandel zu unterbinden. Drittens ist davon auszugehen, dass Nikon im Pro-Segment über [...] Marktanteile verfügt als im Gesamtmarkt „Digitalkameras mit Wechselobjektiv“ (vgl. hierzu Rz 462). Im Pro-Segment sind nämlich lediglich Nikon und Canon tätig. Andere Hersteller wie z.B. Olympus oder Sony haben laut Angaben von Nikon keine vergleichbaren Kameras des Pro-Segments im Angebot, die den hohen Ansprüchen der Berufsfotografen genügen würden. Darüber hinaus gehören die Kameras im Pro-Segment [...] im Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv (vgl. Tabelle 2 Anhang E.1). Nikon Schweiz erzielt [...] im Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv im Pro-Segment. Angesichts dieser Umsatzanteile sowie der [...] Marktanteile im Pro-Segment haben die nachfolgenden Aussagen zur Wettbewerbsintensität im Produktbereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv auch Gültigkeit bei einer isolierten Betrachtung der einzelnen Segmente. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass auch das Marktforschungsinstitut GfK den Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv nicht weiter segmentiert. Somit stünden aus dieser Quelle keine Daten für die vorliegende Analyse zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund werden die beiden Marktsegmente in der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse gemeinsam betrachtet.

Kein Gesamtmarkt für Digitalkameras

373. Die WEKO ging im Zusammenhang mit der Markt- abgrenzung von Digitalkameras ebenfalls der Frage nach, ob Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv einem Gesamtmarkt für Digitalkameras zuzuordnen sind. Folgende Elemente sprechen gegen eine solche Markt- abgrenzung:

- Mangelnde Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrager von Kameras ohne Wechselobjektiv: Infolge des höheren Preisniveaus von Kameras mit Wechselobjektiv (vgl. Abbildung 2) dürfte es für einen potenziellen Nachfrager nach einer Kamera ohne Wechselobjektiv in der Regel zu teuer sein, eine Kamera ohne Wechselobjektiv durch eine mit Wechselobjektiv zu substituieren. Zudem stellen Kameras mit Wechselobjektiven im Schnitt höhere Anforderungen an den Fotografen als Kameras ohne Wechselobjektive. Die befragten Kamera- hersteller – darunter Nikon – geben denn auch mehrheitlich an, dass nicht eine Kamera mit Wechselobjektiv das beste Ersatzprodukt für eine Kamera ohne Wechselobjektiv darstelle, sondern vielmehr eine Mobiltelefonkamera. Im Übrigen verneinte Nikon die Frage, ob eine Preiserhöhung von 10 % auf digitalen Kameras ohne Wechselobjektive bei Konstanz der Preise von Kameras mit Wechselobjektiven einen Durchschnittskonsumen- ten dazu veranlassen würde, eine digitale Kamera mit Wechselobjektiv zu kaufen (sog. SSNIP-Test [vgl. Fn 127]). Dieses vermutete Konsumenten- verhalten spricht gegen eine breitere Marktdefini- tion.

Abb. 2: Preisvergleich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010

[...]

Quelle: GfK.

- Asymmetrische Substituierbarkeit aus Sicht der Kamerahersteller: Die Befragung der Kameraher- steller ergab, dass die Umstellung der Produktion von Kameras mit Wechselobjektiv auf Kameras ohne Wechselobjektiv einfach möglich ist, da für die Herstellung von digitalen Kameras mit Wechselobjektiv eine höherwertige Technologie erforderlich ist als für die Herstellung digitaler Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv. Alle Hersteller von Kameras mit Wechseloptik bieten denn auch Kameras ohne Wechseloptik an. Laut Nikon bestehe heute zudem die Möglichkeit, die Produk- tion oder Teile der Produktion für digitale Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv an Erstausrü- ster auszulagern. Unter diesen Voraussetzungen könne ein Hersteller von digitalen Kameras mit Wechselobjektiv innerhalb eines Jahres auf die Herstellung und den Verkauf von Kompaktkame- ras ohne Wechselobjektiv umstellen. Die damit verbundenen Umstellungskosten würden von ver- schiedenen Faktoren abhängen, wie beispielswei- se von der Benutzung von Outsourcing- Möglichkeiten, der Strategie, vom Budget, vom Marktanteil und von der Grösse des Unterneh- mens. Im Rahmen einer Produktionsumstellung bestehe ein grosses Potential zur Nutzung von Synergien, sowohl mit Bezug auf Herstellung wie auch auf die Vermarktung und Markenbil- dung/Branding.

Auch die Umstellung der Produktion von digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv auf digi- tale Kameras mit Wechselobjektiv sei grundsätz- lich möglich, in Folge der qualitativen Unterschiede und Patente im Bereich der Spiegelreflex- technologie jedoch nur mit erheblichem Investment bzw. einer Partnerschaft zu bewältigen. Momentan bestehe für Kameras mit Wechselobjektiv auch kei- ne Möglichkeit des Outsourcing an Erstausrü- ster. Zudem sei mit längeren Produktionsumstellungs- zeiten zu rechnen und die Möglichkeiten zur Nut- zung von Synergien seien begrenzter.

Zusammenfassend ist von einer asymmetrischen Produktionsumstellungsflexibilität der Kameraher- steller auszugehen: Die Produktionsumstellung von Kameras mit Wechselobjektiv auf Kameras ohne Wechselobjektiv ist einfacher als umgekehrt. Insgesamt wird die vorhandene Angebots- substituierbarkeit jedoch nicht als genügend hoch erach- tet, um von einem Gesamtmarkt für Digitalkame- ras auszugehen.

Wechselobjektive (Einzelausführung)

374. Wechselobjektive in Einzelausführung werden als Zubehör für Kameras mit Wechselobjektiv angeboten. Es gibt Wechselobjektive für unterschiedliche Anwen- dungen (Makroaufnahmen, Landschaftsaufnahmen, Architekturaufnahmen, Sportfotografie etc.). Weiter kann zwischen Objektiven mit Fixbrennweiten und Zoom-

Objektiven¹²⁹ sowie zwischen Objektiven mit manueller und solchen mit automatischer Scharfstellung unterschieden werden. Wechselobjektive verfügen zudem über verschiedene Lichtstärken¹³⁰. Sie werden mittels genormtem Verschluss an eine Kamera mit Wechselobjektivvorrichtung befestigt. Wechselobjektive werden von Kameraherstellern und von spezialisierten Objektivherstellern wie Tamron angeboten. Sie ermöglichen die Abdeckung eines breiten fotografischen Spektrums.

375. Eine Unterteilung des Marktes für Wechselobjektive scheint nicht sachgerecht zu sein: Wechselobjektive lassen sich zwar auf der Grundlage gewisser technischer Werte sowie von Qualitätsmerkmalen unterscheiden. Als Unterscheidungsmerkmale könnten beispielsweise die Lichtstärke, die Brennweite (Fixbrennweite/Zoom) des Wechselobjektivs oder das Format des Bildsensors (FX/DX)¹³¹ dienen. Hersteller von Wechselobjektiven verfügen jedoch über eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität über die gesamte Breite der heute angebotenen Lichtstärken, Brennweiten und Bildsensormformate hinweg. Dementsprechend führen auch alle Hersteller von Wechselobjektiven – namentlich Canon, Sigma, Tamron, Tokina, Sony, Olympus, Zeiss, Pentax, Samyang und Nikon (Nikkor) – als Vollsortimentanbieter die gesamte Produktpalette im Verkaufssortiment. Weiter lassen sich innerhalb des Geschäfts mit Wechselobjektiven keine Preisgruppen bilden, sondern es besteht ein preisliches Kontinuum über die gesamte Produktbreite hinweg.

Blitzgeräte

376. Blitzgeräte (auch Elektronenblitzgeräte genannt) dienen dazu, die natürlichen Lichtverhältnisse zu verändern. Sie werden im Alltagsgebrauch (z.B. zur Aufnahme von Schnappschüssen), zu Hobbyzwecken (z.B. für die Reisefotografie) und in der professionellen Fotografie (z.B. Reportage- und Studiofotografie) eingesetzt und von Fotografie-Einsteigern, Hobbyfotografen sowie von professionellen Fotografen gekauft.

377. Blitzgeräte lassen sich in mobile Blitzgeräte und Studioblitz unterteilen oder können auch auf der Grundlage der sogenannten Leitzahl¹³² unterschieden werden. Wie nachfolgend dargelegt wird, scheint es dennoch nicht sachgerecht zu sein, den Markt für Blitzgeräte zu segmentieren.

378. Bis vor ungefähr sieben Jahren wurde in der Branche grundsätzlich zwischen mobilen Blitzgeräten und Studioblitzanlagen unterschieden. Heute sind die beiden Gerätetypen aufgrund der fortgeschrittenen Technologie weitgehend austauschbar geworden: Einerseits sind die Funktionen der mobilen Blitzgeräte in den letzten Jahren stetig verbessert worden, so dass sie heute vergleichbare Resultate erzielen wie die meisten Studioblitzanlagen. Deshalb sind sie heute auch im Studio einsetzbar. Andererseits sind Studioblitzanlagen wesentlich kleiner und handlicher geworden, so dass diese auch im Ausenbereich zum Einsatz kommen. Zudem werden heute spezielle Lichteffekte nicht mehr mit dem Blitz erzielt, sondern zunehmend mithilfe der nachträglichen Bildbearbeitung am Computer in das Bild eingefügt.

379. Nebst dieser Zunahme der Substituierbarkeit von mobilen Blitzgeräten und Studioblitzanlagen während

der letzten Jahre scheint eine Segmentierung des Marktes für Blitzgeräte auch deshalb nicht sachgerecht zu sein, weil sich innerhalb des Geschäfts mit Blitzgeräten keine Preisgruppen bilden lassen. So sind Studioblitzanlagen teilweise günstiger als mobile Blitzgeräte. Darüber hinaus steht Nikon laut eigenen Angaben im direkten Wettbewerb mit Herstellern von Studioblitzanlagen, obwohl Nikon selbst ausschliesslich mobile Blitzgeräte herstellt. Zwar würde der Eintritt von Nikon in das Geschäft mit Studioblitzanlagen [...] erfordern. Aufgrund der hohen Substituierbarkeit der Nachfrage [...]. Nikon verfolge die Geschäftsstrategie, [...].

380. Auch eine Segmentierung des Marktes von Blitzgeräten hinsichtlich deren Leitzahl ist nicht angezeigt, da die Leitzahl der verschiedenen Kameraprodukte graduell ansteigt und Blitzgeräte mit unterschiedlichen Leitzahlen keinen Preisgruppen zugeordnet werden können. Blitzgeräte mit identischen Leitzahlen werden sodann in unterschiedlichen Preissegmenten angeboten.

Fazit

381. Im vorliegenden Fall sind die folgenden sachlich relevanten Märkte voneinander zu unterscheiden:

- Digitalkameras ohne Wechselobjektiv;
- Digitalkameras mit Wechselobjektiv: Ob dieser Markt weiter zu segmentieren ist in den Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv für professionelle Fotografen (Pro-DSLR) und Digitalkameras mit Wechselobjektiv ohne professionelle Kameras (Hobby-DSLR) wird vorliegend offen gelassen, da die Ergebnisse der Untersuchung dadurch nicht beeinflusst werden. Vor diesem Hintergrund werden die beiden Marktsegmente in der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse gemeinsam betrachtet;
- Wechselobjektive;
- Blitzgeräte.

B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte

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

¹²⁹ Gewisse Wechselobjektive verfügen über eine fixe Brennweite, was bedeutet, dass diese Wechselobjektive über keine Zoom-Funktion verfügen. Wechselobjektive mit Zoom-Funktion decken verschiedene Brennweiten ab.

¹³⁰ Anhand der Lichtstärke eines Wechselobjektivs lässt sich beurteilen, wieviel Originalhelligkeit eines Gegenstandes auf den Sensor übertragen wird.

¹³¹ Die lichtempfindliche Fläche eines DX-Format-Bildsensors hat eine andere Grösse als die eines FX-Format-Bildsensors. Das FX-Format basiert auf der Bildgrösse eines Kleinbildfilmes (24 x 36 mm), während die Sensorgrösse beim DX-Format ungefähr 16 x 24 mm beträgt.

¹³² Die Leitzahl beziffert die Lichtenergie eines Blitzgerätes und bezieht sich auf die Helligkeit, die ein Blitz erzielen kann. Die Leitzahl der verschiedenen Kameraprodukte steigt graduell an.

383. Wie in Rz 357 erwähnt, bilden auf der Absatzseite die Distributoren (Grosshändler) und Direktkunden die Marktgegenseite von Nikon. Auch wenn deren Nachfrage nach Nikon Imaging Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), kann sich die räumliche Dimension des relevanten Marktes aus Sicht der direkten Nachfrager (Gross- und Retailhändler) von jener aus Sicht der indirekten Nachfrager (Endverbraucher) unterscheiden, etwa infolge eines unterschiedlichen Nachfragevolumens oder weil ein ganzes Sortiment nachgefragt werden muss. Deshalb wird die räumliche Dimension des Absatzmarktes nachfolgend aus Sicht der direkten Abnehmer betrachtet. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Einnahme der Perspektive der direkten Abnehmer die räumliche Marktdimension in der Tendenz vergrössert, da der typische Endkunde infolge geringerer Einkaufsmengen und der damit verbundenen höheren Transaktionskosten pro Stück im Vergleich zu Gross- und Einzelhändlern innerhalb eines tendenziell kleineren Einkaufsradius einkauft.¹³³

384. Die EU-Kommission hat bisher offen gelassen, ob die Märkte für Kameras national oder EWR-weit abzugrenzen sind.¹³⁴ Im vorliegenden Fall sprechen folgende Faktoren dafür, dass sämtliche relevanten Produktmärkte eine nationale Dimension haben:

- In allen betrachteten Produktgruppen sind Produkte zu identifizieren, deren Preise in der Schweiz und anderen (europäischen) Ländern unterschiedlich hoch sind. Diese Preisunterschiede schlagen sich in Arbitragemöglichkeiten in allen Produktgruppen nieder (vgl. Rz 387 ff. und 482). Weil diese Preisunterschiede u.a. wechsellkursbedingt sind, fallen sie zwischen der Schweiz und dem Euroraum tendenziell höher aus als zwischen einzelnen Ländern im Euroraum.
- Den Vertrieb in Europa organisieren die verschiedenen Hersteller grundsätzlich entweder über ihre eigenen Niederlassungen bzw. Länderorganisationen in den jeweiligen Ländern oder über Generalimporteure. In der Schweiz verfügen Nikon, Sony, Olympus und Canon über eine eigene Niederlassung oder Landesorganisation; Panasonic, Elinchrom, Tamron und Sigma sind durch Generalimporteure vertreten. Die Notwendigkeit von nationalen Ländergesellschaften wird in der Regel durch spezifische Vertriebs- und Kundencharakteristika, welche eine Marktbearbeitung mit dem entsprechenden Know-how vor Ort erfordern, begründet. Deshalb spricht die Existenz von nationalen Niederlassungen für eine nationale Marktabgrenzung.
- Einige nationale Vertriebsgesellschaften und Generalimporteure gewähren eigens finanzierte, erweiterte Garantieleistungen für Produkte, die sie selbst importiert haben. So gewährt Nikon Schweiz mit der im August 2009 eingeführten „Nikon Swiss Garantie“ eine erweiterte Garantie für Kameras (Garantieverlängerung von einem auf zwei Jahre) sowie für Objektive und Blitzgeräte (Garantieverlängerung von einem auf drei Jahre). Der Generalimporteur von Tamron-Produkten ge-

währt eine Garantieverlängerung von einem auf drei Jahre auf Objektiven, Fujifilm (Switzerland) AG eine Verlängerung von einem auf zwei Jahre. Der Generalimporteur von Sigma-Objektiven bietet sogar eine lebenslange Garantie auf eigens eingeführten Produkten an. Werden solche erweiterten Garantien aufgrund der Präferenzen der Endkunden in einem Land rege nachgefragt, werden weniger Produkte mit einer geringeren Garantieleistung importiert. Laut Aussage von Marktteilnehmern ist die erweiterte Garantie von Nikon für Schweizer Kunden ein wichtiges Verkaufsargument. Schweizer Kunden seien dementsprechend bereit, für die Garantie einen Preisaufschlag in Höhe von ca. 10 % zu zahlen. Ein solches Nachfrageverhalten spricht ebenfalls für eine nationale Marktabgrenzung.

- Der Anteil an Parallelimporten am Gesamtvolumen der in der Schweiz abgesetzten Imaging Produkten variiert laut Schätzungen der befragten Hersteller vom tiefen einstelligen Bereich bis zu beträchtlichen 45 %. Die hohen Importschätzungen stammen jedoch von einem Hersteller, der seinen Vertrieb in der Schweiz über einen Generalimporteur organisiert hat und insofern eine Ausnahme darstellt. Die Importquote von Nikon Imaging Produkten lag im Zeitraum 2005 bis 2007 laut Angaben von Nikon zwischen [...] % und im Zeitraum 2008 bis 2009 infolge Wechselkursveränderungen sowie der zunehmenden Preistransparenz durch das Internet bei [...] % (vgl. Rz 431). Basierend auf Angaben von Schweizer Distributoren und Retailhändlern ergeben sich für den Zeitraum 2008 bis 2009 Importquoten zwischen 3–10 % auf Grosshandelsebene und zwischen 7–8 % auf Retailhandelsebene (vgl. Rz 434). In Anbetracht dieser Zahlen ist festzuhalten, dass von der Importtätigkeit der Schweizer Händler zwar ein gewisser disziplinierender Effekt ausgeht, welcher bei der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse (vgl. Rz 483) berücksichtigt wird. Die vorhandene Importtätigkeit reicht unter Berücksichtigung der übrigen oben genannten Elemente, welche für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, jedoch nicht aus, um den Markt grösser als national zu definieren.
- Das Vertriebssystem von Nikon weist europaweit [...] auf. Die einzelnen Nikon Niederlassungen verfügen laut Aussagen von Nikon denn auch über eine [...]. Wie bereits erwähnt, ist der Vertrieb in den einzelnen Ländern entweder über eigene Niederlassungen oder über Generalimporteure organisiert. Ferner ist der Vertrieb in den [...] europäischen Ländern ([...]) offen – d.h. weder selektiv noch exklusiv – gestaltet. In [...] und (seit

¹³³ Diese Einschätzung schliesst nicht aus, dass gewisse Endkunden Imaging Produkte über den Internet-Kanal im Ausland bestellen. Wird der durchschnittliche Einkaufsradius der Endkunden mit jenem der Händler verglichen, dürfte Ersterer in aller Regel jedoch kleiner ausfallen.

¹³⁴ Vgl. KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, Rz 29 ff., *Konica/Minolta*.

2009) der Schweiz besteht ein Selektivvertrieb. In jenen Ländern, in welchen Nikon ihre Produkte über Generalimporteure vertreibt ([...] etc.), ist der Vertrieb oft exklusiv organisiert. Diese unterschiedliche Gestaltung des Vertriebssystems in den einzelnen Ländern spricht ebenfalls für eine nationale Marktabgrenzung.

- Nach Ansicht von Nikon ist die räumliche Dimension der relevanten Produktmärkte grösser als national. Die Abgrenzung nationaler räumlicher Märkte stehe im Widerspruch zum Zweck der gesamten Untersuchung. Die nationale räumliche Abgrenzung bedeute, dass in- und ausländische Nikon Imaging Produkte von Händlern und Endverbrauchern nicht als substituierbar betrachtet würden. Ohne eine Nachfrage für ausländische Produkte hätte jedoch ein absoluter Gebietsschutz gar keine Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dieses Vorbringen stösst ins Leere: Es ist sehr wohl denkbar, dass Händler und Endverbraucher ein im In- und Ausland identisches Produkt, das aus Nachfragersicht an sich sehr gut substituierbar ist und wofür eine grosse Nachfrage besteht, nicht importieren, weil etwa staatliche oder private Marktschranken – wie etwa Behinderungen von Parallelhandel – bestehen und sich deshalb ein Import nicht lohnt oder erst gar nicht möglich ist. Im Übrigen basiert die geografische Marktabgrenzung nicht auf dem Verhalten eines Marktteilnehmers allein, sondern auf dem Verhalten sowie den Marktstrukturen einer ganzen Branche. Entsprechend beziehen sich die obigen Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung auf Aussagen aller Hersteller von Imaging Produkten und nicht nur auf jene von Nikon.

385. Die obigen Ausführungen sprechen gegen homogene Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz und dem EWR. Deshalb wird der räumlich relevante Markt für alle sachlich relevanten Märkte national abgegrenzt.

B.3.2.2.2. Intra-brand-Wettbewerb

386. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Nikon Imaging Produkten in den verschiedenen sachlich relevanten Märkten wird geprüft, ob Parallel- und Direktimporte¹³⁵ von Nikon Imaging Produkten in jedem Produktmarkt in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war (B.3.2.2.2.1.) und ob Parallelimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.2.2.2.2.). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen Nikon Händlern unabhängig von allfälligen Parallelimporten ein funktionierender Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service. Dieser Frage wird in Abschnitt B.3.2.2.2.3. nachgegangen.

B.3.2.2.2.1. Arbitragemöglichkeit

Vorbemerkung

387. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel durch Händler und/oder Direktimporte durch Endkunden und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung oder Ver-

hinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind internationale Preisunterschiede bzw. Arbitragemöglichkeiten.¹³⁶ Zunächst stellt sich deshalb die Frage, ob es sich für Schweizer Distributoren, Retailhändler und Endkunden aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland lohnt, Nikon Imaging Produkte (parallel) zu importieren. Im Zentrum des Interesses stehen dabei mögliche Preisunterschiede bei Gross- und Retailhandelspreisen, da die hier beanstandeten Massnahmen von Nikon auf die Behinderung oder Verhinderung von Parallelimporten durch Grosshändler und Retailer abzielten. Für eine allfällige Behinderung von Direktimporten durch Endkunden (etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen bei importierten Produkten) ergaben sich keine glaubhaften Anhaltspunkte (vgl. unten Rz 442 f.). Der Vollständigkeit halber werden die Preisunterschiede dennoch auf allen drei Ebenen (Grosshandel, Retailhandel, Endkunden) untersucht.

388. Für den internationalen Preisvergleich stehen vor allem Preisdaten aus den Jahren 2009 und 2010 zur Verfügung. Im Laufe der Untersuchung zeigte sich, dass die Abrede für die Zeitperiode von Frühling 2008 bis Herbst 2009 rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Somit deckt sich die Zeitperiode, für welche die Preisdaten vorhanden sind, nicht vollumfänglich mit der Untersuchungsperiode. Dennoch erlauben die Preisdaten aus den Jahren 2009 und 2010 Rückschlüsse auf das Arbitragepotenzial im Zeitraum 2008, da das Arbitragepotenzial im Jahr 2008 im Vergleich zu den Jahren 2009 und 2010 gemäss Aussagen von Marktteilnehmern höher war. Mit anderen Worten gelten die unten stehenden Ausführungen zu internationalen Preisunterschieden in den Jahren 2009 und 2010 umso mehr für das Jahr 2008.

Internationale Unterschiede der Grosshandels-Einstandspreise

389. Zur Analyse internationaler Preisunterschiede auf Grosshandelsebene fragte das Sekretariat Distributoren (Grosshändler) von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz und Liechtenstein nach jenen parallel importierten Produkten, bei welchen die Einsparung bei einem Bezug im Ausland am grössten war. Tabelle 1 in Anhang E.1 fasst die Antworten der Grosshändler zusammen.

390. Der Tabelle ist zu entnehmen, dass die Einsparungen beim Import in den Jahren 2009 bis 2010 in der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [0-10] % und [0-10] % und in der Produktgruppe Wechselobjektive zwischen [10-20] % und [40-50] % lagen. Die Tabelle enthält lediglich Beispiele für die Produktgruppen Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Wechselobjektive. Laut Angaben von [...] werden jedoch Produkte aus allen vier relevanten Produktmärkten

¹³⁵ Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Schweizer Händler über den inoffiziellen Kanal im Ausland Nikon Imaging Produkte beschaffen (siehe Fn 1). Ein Einkauf von Endkunden im Ausland wird Direktimport genannt.

¹³⁶ Nebst Preisunterschieden kann auch die mangelnde Verfügbarkeit von gewissen Produkten Anreiz zu Parallelhandel geben (vgl. Rz 513 f.).

(Kompaktkameras, Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte) importiert. Die fehlenden Angaben für die Produktmärkte Kompaktkameras und Blitzgeräte dürften mit der von den befragten Marktteilnehmern geltend gemachten fehlenden Verfügbarkeit der Vergleichszahlen bei einem Bezug in der Schweiz zu begründen sein (vgl. auch Rz 391).

391. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis eines liechtensteinischen Grosshändlers interessant, welcher angab, dass in den Jahren 2008 und 2009 aufgrund der zunehmend hohen Warenbezugspreise bei Nikon Schweiz bedeutend mehr im Ausland eingekauft wurde als bei Nikon Schweiz. Die durchschnittlichen Einsparungen bei einem Bezug ausserhalb der Schweiz konnte der Distributor auf Nachfrage des Sekretariats jedoch nicht beziffern, weil die Beschaffungsentscheide einzelfallweise aufgrund von aktuellen Preisvergleichen und Verfügbarkeitsüberlegungen getroffen würden. Zudem würden die Einkaufspreise auch über einen kurzen Zeitraum von einem oder wenigen Monaten starken Schwankungen unterliegen, was beispielsweise auf Monatsendaktionen zurückzuführen sei. Schliesslich sei ein internationaler Vergleich der Warenbezugspreise auch infolge des schwankenden Wechselkurses zwischen dem Euro (bei einem Bezug in Deutschland) und dem Schweizer Franken (bei einem Bezug in der Schweiz) schwierig.

392. Nikon kritisiert den vorgenommenen Preisvergleich in Tabelle 1 in Anhang E.1 mit den folgenden Argumenten:

- Erstens würde er sich auf eine extrem dünne und für eine repräsentative Analyse unbrauchbare Datenbasis abstützen;
- Zweitens sei [...] von einem unzutreffenden Vergleichspreis von Nikon Schweiz ausgegangen. Zur Richtigstellung des Preisvergleichs von [...] und der Tabelle 1 in Anhang E.1 stellte Nikon in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ihre Rechnungspreise¹³⁷ (vor Skonti) für die Periode vom 1. Juni 2009 bis 31. März 2010 für die von [...] bezeichneten Produkte zusammen. Diese Übersicht mache deutlich, dass die Rechnungspreise von Nikon Schweiz in vielen Fällen gar unter den von [...] behaupteten Importpreisen liegen würden;
- Drittens seien viele der verwendeten zehn Datensätze irrelevant, da der behauptete Importpreis von einem Produkt aus einem Gebiet (Hong Kong) stamme, in dem gar keine Abrede behauptet werde.

393. Diese Kritik stösst ins Leere:

- Ad erstens: Es wurde nie behauptet, der vorgenommene Preisvergleich sei repräsentativ. Es handelt sich um eine Aufstellung sämtlicher verwertbaren Daten, welche die Händler den Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stellten.
- Ad zweitens: Den von Nikon zur Verfügung gestellten SAP-Auszügen ist in der Tat zu entnehmen, dass gewisse Grosshändler die in Tabelle 1 in Anhang E.1 aufgeführten Produkte von Nikon

Schweiz punktuell zu tieferen Preisen bezogen haben als [...] beim Bezug im Ausland. Berücksichtigt man hingegen den durchschnittlichen Bezugspreis der Schweizer Grosshändler bei einem Bezug bei Nikon Schweiz gemäss SAP-Auszug von Nikon, wird deutlich, dass die Angaben von [...] dadurch nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden (vgl. Tabelle 1 Anhang E.1). Lediglich die neu berechnete Preisdifferenz beim Objektiv NIKKOR AF-S DX 18-200/3.5-5.6G ED VR II in Höhe von [0-10] % dürfte nach Abzug von Skonti und sonstigen nachgelagerten Konditionen (Sonderrabatte und Kick-backs) vernachlässigbar sein. Hingegen erhöht sich das Arbitragepotenzial bei einem anderen Objektiv (NIKKOR Objektiv AF-S DX VR 55-200/4-5.6G IF-ED) mit den Daten von Nikon von [40-50] % auf [40-50] %.

- Ad drittens: In Hong Kong gibt es laut Angaben von Nikon keine [...] zwischen der Nikon Niederlassung in Hong Kong und den Nikon Händlern. Nikon Hong Kong beliebere ihre Händler auf Grundlage von [...], welche keine Bestimmungen zu Parallelhandel, Export in andere Länder oder Vertragsgebieten enthalten würden. Dennoch macht es Sinn, auch Arbitragepotenziale in Hong Kong zu berücksichtigen, zumal die Begrenzung des Bezugsgebiets im alten Grossistenvertrag sowie in den „D3S/D3X“- und den „NPSP“-Verträgen auch Bezüge in Hong Kong verboten. Darüber hinaus waren Preisunterschiede zu Hong Kong und die Behinderung des dadurch entstehenden Parallelhandels auch Gegenstand interner E-Mail Korrespondenz von Nikon.

394. Weiter stellte Nikon dem Sekretariat die durchschnittlichen Einstandspreise von Distributoren in ganz Europa (inkl. Schweiz) der jeweils fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte je Produktmarkt für die Zeitperiode April 2009 bis März 2010 zu.¹³⁸ Die fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt sind der Tabelle 2 in Anhang E.1 zu entnehmen. Diese Daten benutzte das Sekretariat, um einen internationalen Preisvergleich durchzuführen und eine Aussage zu den Arbitragemöglichkeiten der Distributoren zu machen.

395. Bezüglich der zur Verfügung gestellten Einstandspreise brachte Nikon den Vorbehalt an, dass nachgelagerte Konditionen (z.B. [...]) und die Preisreduktion von Nikon per 15. April 2010 infolge des tieferen Eurowechselkurses in den Daten unberücksichtigt blieben. Ferner würden die Nikon Ländergesellschaften in Europa die Rechnungspreise unterschiedlich berechnen: So würden die sog. „cash discounts“ von einigen Ländergesellschaften vor, von anderen Ländergesellschaften hingegen erst nach den Rechnungspreisen in Abzug gebracht. Die Rechnungspreise der Nikon Niederlassungen in Europa seien somit nicht vergleichbar. Hierzu ist anzumerken, dass Preisvergleiche stets mit gewissen Ungenauigkeiten behaftet sind und sie deshalb lediglich

¹³⁷ Quelle: SAP von Nikon.

¹³⁸ Quelle: SAP von Nikon.

Grössenordnungen von Preisdifferenzen – und keine exakten Preisunterschiede – angeben können. Dennoch stellen sie als Indikator von Preisunterschieden ein nützliches Analyseinstrument dar. Darüber hinaus wird den Vorbehalten von Nikon durch eine grosszügig gewählte Filterschwelle (vgl. Rz 400 f.) Rechnung getragen.

396. Nikon kritisiert am vorgenommenen Preisvergleich weiter, dieser liesse keine Aussage über die Arbitragemöglichkeiten eines Schweizer Händlers zu, weil die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland auf verschiedenen Handelsstufen berechnet würden: Schweizer Händler könnten Nikon Imaging Produkte nämlich nicht direkt bei einer ausländischen Nikon Niederlassung beziehen, sondern nur bei einem ausländischen Händler, dessen Preise höher seien, weil er seine Kosten und eine Marge draufschlage. Auch diesem Vorbehalt wird unten durch das Setzen einer hohen Filterschwelle (vgl. Rz 400 f.) Rechnung getragen. Darüber hinaus wird der geforderte Vergleich der Bezugspreise bei ausländischen Händlern mit jenen bei Nikon Schweiz oder inländischen Händlern in Tabelle 1 in Anhang E.1 basierend auf die verfügbaren Händlerantworten vorgenommen.

397. Im Folgenden werden die Ergebnisse der Preisanalyse des Sekretariats präsentiert. Abbildung 1 in Anhang E.1 zeigt die Einstandspreise der Distributoren in der Schweiz (Basis) im Ländervergleich mit Deutschland (DE), Grossbritannien (GB), Frankreich (FR), Italien (IT), Österreich (AT), Tschechien (CZ), der Niederlanden (NL), Slowenien (SI) und Schweden (SE). Die Ordinate bildet den Preisindex ab (Schweiz = 100). Liegen die Punkte unterhalb von 100, sind die Produkte in der Schweiz teurer und umgekehrt. Die Abszisse zeigt die verschiedenen Produkte nach Produktnummern, wie sie Tabelle 2 in Anhang E.1 zu entnehmen sind.

398. Der Ländervergleich lässt erkennen, dass die grosse Mehrheit der betrachteten Produkte¹³⁹ einzig in den Niederlanden und Slowenien auf der Grosshandelsebene billiger ist als in der Schweiz. In den übrigen Ländern bestehen keine systematischen Preisunterschiede.

399. Das Punktediagramm in Abbildung 2 in Anhang E.1 zeigt zudem für alle beobachteten Produktpreise, ob die jeweiligen Produkte in der Schweiz oder im Ausland teurer sind. Liegen die Punkte unterhalb von 100, sind die Produkte im Ausland billiger und umgekehrt. Im Diagramm liegen 126 von 261 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind ca. 48 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. Allerdings variieren die Preisunterschiede innerhalb der einzelnen Produktgruppen beträchtlich:

- In der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiven liegen 51 von 72 Beobachtungen unterhalb der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 70 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz.
- In der Produktgruppe Digitalkameras ohne Wechselobjektiv liegen 35 von 44 Beobachtungen unterhalb der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 80 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz.

- In der Produktgruppe Objektive liegen 34 von 79 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 43 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz.
- In der Produktgruppe Blitzgeräte beträgt der entsprechende Wert lediglich 9 %.
- Dem Punktediagramm ist auch zu entnehmen, dass die Preisdifferenzen der Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv (Punkte bis Laufnummer 116, linke Hälfte des Diagramms) weniger gross sind als jene der Produktgruppen Objektive und Blitzgeräte (Punktwolke ab Laufnummer 117, rechte Hälfte des Diagramms).

400. Schliesslich wurden die Preisdaten gefiltert, um jene Produkte zu identifizieren, die im Ausland bedeutend billiger sind als in der Schweiz. Als Schwellenwert wurde ein Preisunterschied von 15 % gewählt, auch wenn laut beschlagnehmter Nikon interner E-Mail Korrespondenz bereits Preisunterschiede von mehr als 5 % ausreichen, damit Händler Parallelimporte tätigen. Diese Filterschwelle erscheint auch vor dem Hintergrund hoch angesetzt, dass das Arbitragepotenzial gemäss Aussage eines Distributors in den Jahren 2008 und 2009 noch grösser war als im hier vorliegenden Vergleichsjahr von April 2009 bis März 2010.

401. Die Filterschwelle wurde deshalb so hoch angesetzt, um den von Nikon genannten Vorbehalten, wonach in den zur Verfügung gestellten Preisdaten diverse Posten bzw. Tatsachen unberücksichtigt blieben (vgl. Rz 395), Rechnung zu tragen.

402. Die Filterung von Preisdifferenzen von mindestens 15 % der betrachteten¹⁴⁰ Einstandspreise für Distributoren (vgl. Tabelle 2 in Anhang E.1) führte zu folgenden Resultaten:

- In der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind 4 von 72 Beobachtungen und damit ca. 6 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15 % günstiger als in der Schweiz.
- In der Produktgruppe Digitalkameras ohne Wechselobjektiv sind 5 von 44 Beobachtungen und damit ca. 11 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15 % günstiger als in der Schweiz.
- In der Produktgruppe Objektive sind 11 von 79 Beobachtungen und damit ca. 14 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15% günstiger als in der Schweiz.
- In der Produktgruppe Blitzgeräte ist das Preisniveau bei allen untersuchten Produkten nicht signifikant (>15 %) tiefer im Ausland.
- Die Preise im Ausland sind bis zu 36 % billiger als in der Schweiz.

¹³⁹ Es handelt sich um die Preise der fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt (vgl. Rz 394).

¹⁴⁰ Es handelt sich um die Preise der fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt (vgl. Rz 394).

403. Die Filterung zeigt, dass für einzelne Produkte in den Märkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv sowie Objektive sehr wohl ein beträchtliches Arbitragepotenzial besteht, jedoch nicht für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz.

404. Zusammenfassend führen die verschiedenen Analysen internationaler Unterschiede der Einstandspreise auf Grosshandelsstufe sowie die Angaben der befragten Marktteilnehmer zu folgendem Resultat:

- Die Schweiz befindet sich bezüglich des Niveaus der Grosshandelspreise im europäischen Mittelfeld;
- Ein Ländervergleich über alle beobachteten Produkte hinweg zeigt, dass die Grosshandelspreise im Ausland weder systematisch billiger noch systematisch teurer sind als in der Schweiz. Einzig in den Niederlanden und Slowenien ist die grosse Mehrheit der Nikon Imaging Produkte auf der Grosshandelsebene billiger als in der Schweiz;
- Werden hingegen die Preisunterschiede innerhalb einzelner Produktgruppen fokussiert, zeigt sich, dass Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in der grossen Mehrheit der Länder billiger sind als in der Schweiz. Diese Kameras entsprechen ca. 77 % des Gesamtumsatzes von Nikon und stellen somit die zentralen Produktgruppen dar;
- Die Preisunterschiede übertreffen bei gewissen Produkten die Schwelle von 15 %, welche in casu unter Berücksichtigung aller Erhebungsungenauigkeiten als Daumenregel für beträchtliche Preisunterschiede benutzt wurde.

405. Insgesamt ist für einzelne Produkte auf Grosshandelsebene ein beträchtliches Arbitragepotenzial festzustellen, nicht jedoch für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz. Ungeachtet der Filterschwelle sind vor allem Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv im Ausland billiger im Angebot. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass diese Produktgruppen zusammen ca. 77 % des Gesamtumsatzes von Nikon ausmachen und somit die zentralen Produktgruppen darstellen.

Internationale Unterschiede der Retailhandels-Einstandspreise

406. Zur Analyse internationaler Preisunterschiede auf Retailhandelsebene fragte das Sekretariat Schweizer Retailhändler von Nikon Imaging Produkten nach jenen parallel importierten Produkten, bei welchen die Einsparung bei einem Bezug im Ausland am grössten war. Tabelle 1 in Anhang E.2 fasst die Antworten für jeden Produktmarkt zusammen. Wird in der Tabelle als Herkunftsland die Schweiz angegeben, hat der Retailhändler das Produkt über einen Schweizer Distributor bezogen, der das Produkt seinerseits parallel importierte. Mit anderen Worten handelt es sich in diesem Fall um einen Bezug über den „inoffiziellen Kanal“ in der Schweiz. Bei diesen Tabelleneinträgen kann keine direkte Aussage zum Preisunterschied zwischen der Schweiz und dem Ausland gemacht werden, sondern lediglich zum Preisunterschied zwischen dem offiziellen Nikon Kanal und dem inoffiziellen Kanal. Weiter bleibt festzuhalten, dass die Preisunterschiede im offiziellen und inoffiziellen Ka-

nal je nach Abnehmer variieren können. Laut Informationen aus dem Markt würden gewisse Händler über gute Konditionen bei inoffiziellen Händlern und über weniger gute Konditionen im offiziellen Kanal verfügen. Bei anderen Händlern sei dies gerade umgekehrt. Die Preisunterschiede dürften deshalb nicht verallgemeinert werden. Diesem Vorbehalt wird insofern Rechnung getragen, als sich die in der Tabelle ausgewiesenen Einsparungen beim Import – sprich: das Arbitragepotenzial jedes einzelnen Händlers – auf die konkreten Bezugspreise des jeweiligen Händlers beziehen.

407. Der Tabelle 1 in Anhang E.2 ist zu entnehmen, dass die Einsparungen beim Import in den Jahren 2009 und 2010 im Produktmarkt Digitalkameras ohne Wechselobjektiv zwischen [0-10] % und [40-50] %, im Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [0-10] % und [30-40] %, im Produktmarkt Wechselobjektive zwischen [0-10] % und [30-40] % und im Produktmarkt Blitzgeräte zwischen [10-20] % bis [10-20] % lagen. Die Anzahl der Tabelleneinträge pro Produktmarkt lässt vermuten, dass vor allem bei Produkten in den Märkten Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Wechselobjektive verbreitet Arbitragegewinne zu erzielen waren. Der beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz ist denn auch zu entnehmen, dass Nikon Parallelimporte dieser Produkte besonders fokussierte (vgl. Rz 428).

408. Hinsichtlich bestehender Arbitragepotenziale erhielt das Sekretariat aus dem Markt zudem die folgenden Informationen:

- Gemäss einer beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz zwischen einem Schweizer Retailhändler und Nikon bestand bei Objektiven – zumindest im Zeitraum 2008/2009 – in der Regel ein Arbitragepotenzial im Umfang von 12–15 %, im Extremfall bis 40 %. Diese Zahlen sind insofern mit Vorsicht zu lesen, weil – wie von Nikon geltend gemacht – nicht auszuschliessen ist, dass der fragliche Händler die Preisdifferenzen zum Ausland gegenüber Nikon Schweiz überzeichnet dargestellt habe, um seine Verhandlungsposition zu stärken und von Nikon Schweiz möglichst günstige Konditionen zu erhalten;
- Eine weitere beschlagnahmte Nikon interne E-Mail Korrespondenz von Januar 2009 belegt, dass die Händlerpreise in der Schweiz zu diesem Zeitpunkt rund 25 % über den Endverkaufspreisen in den USA lagen. Daraus kann geschlossen werden, dass das Arbitragepotenzial für Händler mindestens 25 % betragen haben muss;
- Ein Händler gab ferner an, die Preise für Nikon Produkte in der Schweiz seien im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Frühjahr 2010 10–20 % höher gewesen als im europäischen Raum;
- Für einen weiteren Händler ([...]) sei seit Ende 2009 kein Arbitragepotenzial mehr vorhanden, weil Nikon ihm so gute Konditionen offeriert habe, dass er Ende 2009 praktisch das ganze Einkaufsvolumen auf Nikon Schweiz verlagert habe.

409. Nikon kritisiert den vorgenommenen Preisvergleich mit folgenden Argumenten:

- Erstens würde er sich auf eine extrem dünne und für eine repräsentative Analyse unbrauchbare Datenbasis abstützen;
- Zweitens dürfe zum Zwecke der Untersuchung nicht auf Preise in Ländern (Hong Kong) abgestellt werden, in denen keine nach Art. 5 Abs. 4 KG tatbestandsmässige Abrede behauptet würde;
- Drittens könne Nikon die Angaben der Händler mit den Informationen, die Nikon zur Verfügung stünden, nicht auf ihre Richtigkeit hin prüfen. Die Angaben würden von Nikon deshalb mit Nichtwissen bestritten;
- Viertens seien die für Nikon ersichtlichen Angaben bereits in sich widersprüchlich, da verschiedene Händler für dasselbe Produkt im selben Jahr unterschiedliche Preise bei einem Bezug in der Schweiz geltend gemacht hätten (D90 Body im Jahr 2009 und D700 Body im Jahr 2009) oder für ähnliche Produkte (Coolpix P90 und Coolpix P100) im gleichen Jahr beträchtliche Unterschiede im Arbitragepotenzial ([0-10] % versus [30-40] %) ausgewiesen würden;
- Fünftens werde ein Vergleich zwischen Preisen von zugelassenen Händlern und Preisen von nicht-zugelassenen Händlern vorgenommen, soweit sich die Einträge in Tabelle 1 in Anhang E.2 auf Preise nach Einführung des Selektivvertriebs am 1. September 2009 beziehen. Die Preise der zugelassenen Händler seien natürlich höher, da diese die Mehrkosten für die Erfüllung der Zulassungskriterien decken müssten.

410. Die Kritik von Nikon stösst aus folgenden Gründen ins Leere:

- Ad erstens und zweitens: Hinsichtlich der wiederholten Vorwürfe der mangelnden Repräsentativität der Daten und der fehlenden Abrede in Hong Kong wird auf die obigen Ausführungen in Rz 393 verwiesen;
- Ad drittens: Nikon hat anlässlich der Zeugeneinvernahmen (vgl. Rz 66) die Möglichkeit gehabt, ihre Zweifel an den Angaben der Zeugen aus dem Weg zu räumen. Die WEKO sieht keinen Anlass, die Antworten der befragten Händler in Frage zu stellen.
- Ad viertens: Da die befragten Händler Nikon Imaging Produkte bei verschiedenen Schweizer Bezugsquellen gekauft haben oder kaufen wollten, ist durchaus plausibel, dass sich die Einstandspreise (auch beträchtlich) unterscheiden können. Darüber hinaus hängt der Einstandspreis auch massgeblich vom genauen Zeitpunkt des Kaufs ab. Den von Nikon zur Verfügung gestellten Rechnungspreisen¹⁴¹ für die Periode 1. Juni 2009 bis 31. März 2010 ist denn auch zu entnehmen, dass Nikon in dieser Zeitspanne dasselbe Produkt zu sehr unterschiedlichen Preisen an die Händler verkaufte. So wurde das Objektiv NIKKOR AF-S DX 16-85mm/3.5-5.6G ED VR in der genannten Zeitperiode zwischen CHF [...] und CHF [...] an Händler weiterverkauft. Dies entspricht einem

Preisunterschied von rund [40-50] %. Darüber hinaus sieht die WEKO wiederum keinen Anlass, die Antworten der befragten Händler in Zweifel zu ziehen.

- Ad fünftens: Es ist unwahrscheinlich, dass Schweizer Händler, die ab 1. September 2009 ins selektive Vertriebssystem von Nikon aufgenommen wurden, dadurch derart höhere Kosten verzeichneten, dass die Angaben in Tabelle 1 in Anhang E.2 verfälscht worden wären. Der umsatzmässig wichtigste Grosshändler gab im Fragebogen denn auch an, dass die Anforderungen von Nikon Schweiz, um als offizieller Nikon Vertriebshändler zugelassen zu werden, mit der Einführung des Selektivvertriebs auf Grosshandelsstufe ähnlich geblieben seien wie vorher. Zudem wurde der neue Selektivvertrag den Retailhändlern erst im Herbst 2010 zugestellt. Somit konnte dieser im Herbst 2009 noch keine Auswirkungen auf die Kosten der Retailhändler haben.

411. Das Sekretariat analysierte zudem die von Nikon zur Verfügung gestellten durchschnittlichen Einstandspreise von Retailhändlern in ganz Europa (inkl. Schweiz) der jeweils fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte je Produktmarkt für die Zeitperiode April 2009 bis März 2010 (vgl. Rz 394).

412. Abbildung 1 in Anhang E.2 zeigt wiederum den Ländervergleich mit Deutschland (DE), Grossbritannien (GB), Frankreich (FR), Italien (IT), Österreich (AT), Tschechien (CZ), den Niederlanden (NL), Slowenien (SI) und Schweden (SE), diesmal bezüglich der Einstandspreise der Retailhändler. Die Schlussfolgerung dieses Ländervergleichs deckt sich mit jener betreffend die Einstandspreise der Grosshändler (vgl. Rz. 398): Lediglich in den Niederlanden und Slowenien ist die grosse Mehrheit der betrachteten Produkte auf der Retailhandelsebene billiger als in der Schweiz. In den übrigen Ländern bestehen keine systematischen Preisunterschiede.

413. Das Punktediagramm in Abbildung 2 in Anhang E.2 zeigt wiederum für alle beobachteten Produktpreise, ob die jeweiligen Produkte in der Schweiz oder im Ausland teurer sind (vgl. Rz 399). Im Diagramm liegen 109 von 310 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind ca. 35 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. Allerdings variieren die Preisunterschiede innerhalb der einzelnen Produktgruppen – mit Ausnahme der Produktgruppe Digitalkamera mit Wechselobjektiv – beträchtlich.

414. Bei den Preisen, die Retailhändler für den Bezug von Nikon Imaging Produkten bezahlen, finden sich in den relevanten Produktmärkten nur vereinzelt Produkte, die im Ausland mindestens 15 % billiger sind als in der Schweiz (vgl. Tabelle 2 in Anhang E.2). So ist etwa die Digitalkamera ohne Wechselobjektiv Coolpix S570 in Slowenien 18 %, die Digitalkamera mit Wechselobjektiv D700 in Norwegen 19 % und das Objektiv 70-300mm in den Niederlanden 24 % billiger als in der Schweiz.

¹⁴¹ Quelle: SAP von Nikon.

415. Aus dem internationalen Preisvergleich der Einstandspreise der Retailhändler kann zusammenfassend festgehalten werden,

- dass sich die Schweiz bezüglich des Niveaus der Retailhandelspreise im europäischen Mittelfeld befindet;
- dass für einzelne Produkte auf Retailhandelsebene ein beträchtliches Arbitragepotenzial festzustellen ist, nicht jedoch für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz;
- dass die Arbitragemöglichkeiten der Schweizer Retailhändler, insbesondere in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv, geringer sind als jene der Schweizer Distributoren. [...] Diese [...] Konditionen reduzieren die durchschnittlichen Einstandspreise der Retailhändler. Das Fazit, wonach die Arbitragemöglichkeiten in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv auf Stufe Retailhandel geringer sind als auf Grosshandelsebene, wird durch die Angaben der befragten Grossisten und Retailhändler allerdings nicht bestätigt (vgl. Tabellen 1 in Anhängen E.1 und E.2). Dieser scheinbare Widerspruch wird dadurch zu erklären sein, dass die Einträge in den Tabellen 1 der Anhänge E.1 und E.2 die individuellen Arbitragemöglichkeiten der einzelnen Händler wiedergeben, während die SAP Daten von Nikon die durchschnittlichen Einstandspreise auf Grosshandels- und Retailhandelsebene reflektieren.

416. Nikon kritisiert am vorgenommenen Preisvergleich wiederum, dass basierend darauf keine Aussage zu den Arbitragemöglichkeiten möglich sei, weil die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland auf verschiedenen Handelsstufen berechnet würden (vgl. Rz 396). Diese Kritik stösst angesichts der hoch angesetzten Filterschwelle ins Leere. Darüber hinaus wird der geforderte Vergleich der Bezugspreise bei ausländischen Händlern mit jenen bei Nikon Schweiz oder inländischen Händlern in Tabelle 1 in Anhang E.2 dargelegt (vgl. Rz 396).

Internationale Unterschiede der Endverkaufspreise

417. Zur Eruierung internationaler Unterschiede der Endverkaufspreise fragte das Sekretariat Schweizer Distributoren und Retailhändler, ob hinsichtlich der Endverkaufspreise Unterschiede in einem Ausmass bestehen würden, die einen Import von Nikon Imaging Produkten für Schweizer Endkunden lohnenswert machen. Die Antworten fielen widersprüchlich aus. Während gewisse Händler der Ansicht waren, dass keine signifikanten Preisunterschiede bestünden, schätzten andere Händler die Preisunterschiede – in einem Fall basierend auf Kundenangaben – auf 10–15 %. Ein Händler gab ferner an, dass die Endkundenpreise für Nikon Produkte in der Schweiz im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Frühjahr 2010 deutlich höher gewesen seien als im europäischen Raum. Zudem wurde das Niveau der Endkundenpreise in den USA und Asien tiefer eingeschätzt als in der Schweiz. Einigkeit bestand darin, dass (allenfalls kurzfristige) Arbitragemöglichkeiten für Endkunden massgeblich von Währungsdifferenzen abhängen.

418. Zudem analysierte das Sekretariat die durchschnittlichen Endverkaufspreise der wichtigsten Produktfamilien¹⁴² von Nikon in den Produktmärkten Digitalkamera mit und ohne Wechselobjektiv in ganz Europa für den Zeitraum April 2009 bis März 2010. Die Daten basieren auf Erhebungen des Marktforschungsinstituts GfK. Sie wurden durch das Sekretariat zu Vergleichszwecken Mehrwertsteuerbereinigt¹⁴³. Für die Produktmärkte Wechselobjektive und Blitzgeräte waren keine GfK-Zahlen erhältlich. Betreffend die Daten brachte Nikon den Vorbehalt an, dass das Marktforschungsunternehmen GfK in seiner Studie nicht die Preise der einzelnen Produktvarianten erfasse, sondern nur jene der Produktfamilien insgesamt. Dies sei bei einem internationalen Preisvergleich deshalb problematisch, weil in der Schweiz in gewissen Kits¹⁴⁴ qualitativ bessere Objektive enthalten seien als im Vergleichskit im Ausland. Diese Verzerrung des internationalen Preisvergleichs treffe für alle Kameras mit Wechselobjektiven zu. Diesem Vorbehalt wird in den nachfolgenden Ausführungen Rechnung getragen.

419. Der Ländervergleich der Endverkaufspreise der Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in Tabelle 1 in Anhang E.3 zeigt, dass 60 % der Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv im Ausland billiger verkauft werden als in der Schweiz. Ein möglicher Grund für den Aufpreis von Digitalkameras mit Wechselobjektiv in der Schweiz ist, dass die Wechselobjektive in der Schweiz laut Angaben von Nikon in der Regel von einer besseren Qualität sind (vgl. Rz 418).

420. Der Tabelle ist auch zu entnehmen, dass von den 126 Preisbeobachtungen 26 und damit ca. 20 % im Ausland über 15 % billiger sind als in der Schweiz. Es handelt sich hierbei um folgende Digitalkameras:

- Bei den Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind die [...] und die [...] beinahe in allen verglichenen Ländern über 15 % günstiger als in der Schweiz. Die Preisdifferenz beträgt bis zu [20-30] %. Laut Nikon ist der Vergleich mit Deutschland und den Niederlanden infolge von Erhebungsfehlern nicht aussagekräftig. Die Endverkaufspreise für die [...] sind in Grossbritannien, Slowenien, Ungarn und Polen über [...] % günstiger als in der Schweiz. Somit lässt sich auf dem Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv bei drei der fünf wichtigsten Produktfamilien ein beträchtliches Arbitragepotenzial feststellen;
- Bei den Digitalkameras ohne Wechselobjektiv ist einzig die [...] in Polen mindestens [...] % günstiger erhältlich als in der Schweiz.

¹⁴² Dabei handelt es sich nicht um die fünf umsatzstärksten Produkte von Nikon Schweiz. Ein internationaler Preisvergleich der Endverkaufspreise der fünf umsatzstärksten Produkte von Nikon Schweiz war mangels vorhandener Preisstatistik bei Nikon Schweiz nicht durchführbar.

¹⁴³ Die verwendeten Mehrwertsteuersätze sind in Tabelle 2 in Anhang E.3. aufgeführt. In jenen Fällen, in denen ein ausländischer Mehrwertsteuersatz in der massgebenden Periode April 2009 bis März 2010 angepasst wurde, ging die WEKO zugunsten von Nikon für die ganze Periode vom jeweils tieferen Satz aus.

¹⁴⁴ Von einem Kit wird gesprochen, wenn das Gehäuse (sog. Body) zusammen mit einem oder zwei Objektiven im Paket angeboten wird.

421. Zusammenfassend dürfte sich für Schweizer Konsumenten in der Zeitperiode April 2009 bis März 2010 – in Abhängigkeit der damit verbundenen Transaktionskosten (z.B. Suchkosten, Zollkosten) – ein Direktimport gewisser Modelle von Nikon Kameras gelohnt haben. Um entsprechende Aussagen für die Zeitperiode vor April 2009 und die Produktmärkte Objektive sowie Blitzgeräte machen zu können, fehlen die notwendigen Daten.

422. Betrachtet man nicht nur die wichtigsten Produktfamilien, sondern sämtliche Imaging Produkte in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in einer längeren Zeitperiode (April 2007 bis März 2010 anstelle April 2009 bis März 2010), fallen die Preisunterschiede zum Ausland etwas tiefer aus: BAKBASEL hat im Auftrag von Nikon Schweiz u.a. untersucht, wie hoch die Preisdifferenz von Imaging Produkten zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland ist. Als Datenquelle für die Preisvergleiche dienten

die von GfK erhobenen durchschnittlichen Monatspreise für die europäischen Imaging Märkte. BAKBASEL kommt zu folgenden Schlussfolgerungen (vgl. Tabelle 1):

- Digitalkameras mit Wechselobjektiv (SLR) waren zwischen April 2007 und Dezember 2010 im umliegenden Ausland durchschnittlich zwischen 14–18 % (exkl. Mwst.) günstiger zu kaufen als in der Schweiz. Wird die Mehrwertsteuer nicht abgezogen, reduziert sich die Preisdifferenz auf 1–6 %;
- Im Bereich Digitalkameras ohne Wechselobjektiv (Kompaktkameras) sind die gefundenen Preisdifferenzen über den gesamten untersuchten Zeitraum kleiner. Kompaktkameras waren im nahen Ausland rund 9–16 % (exkl. Mwst.) günstiger als in der Schweiz. Wird die Mehrwertsteuer in den Preisvergleich mit einbezogen, sind nahezu keine Preisunterschiede mehr auszumachen;
- Ein grosser Teil der grösseren Preisdifferenzen im Geschäftsjahr 2009 gegenüber 2007 lässt sich laut BAKBASEL durch die starke Aufwertung des Schweizer Frankens seit 2008 erklären.

Tabelle 1: Internationaler Preisvergleich Endverkaufspreise (ohne Mwst.)

SLR	CH	EU4	DE	FK	IT	AT
GJ 2009	100	83	79	85	89	80
GJ 2008	100	82	81	86	82	79
GJ 2007	100	86	83	85	88	87

Kompakt	CH	EU4	DE	FK	IT	AT
GJ 2009	100	86	81	82	91	88
GJ 2008	100	84	82	82	88	85
GJ 2007	100	91	88	90	96	92

Indexiert CH = 100, ohne MWST

Quelle: BFS

Quelle: BAKBASEL.

423. Die Gegenüberstellung der Resultate der Preisvergleiche des Sekretariats und derjenigen von BAKBASEL zeigen, dass das Ausmass der festgestellten internationalen Preisunterschiede davon abhängt, wie viele Preise miteinander verglichen werden (Vergleich der Preisdaten sämtlicher Kameras [Analyse BAKBASEL] versus der fünf wichtigsten im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv [Analyse Sekretariat]) und wie hoch der Aggregationsgrad der verglichenen Preisindizes ist (Vergleich der Durchschnittspreise pro Produkt [Analyse Sekretariat] oder des Durchschnittspreises sämtlicher Produkte [Analyse BAKBASEL]). Preisvergleiche, welche sich auf ein einzelnes Produkt beziehen (Analyse Sekretariat), eignen sich zur Beantwortung der hier interessierenden Frage – gibt es bei Nikon Imaging Produkten ein Arbitragepotenzial aufgrund internationaler Preisunterschiede – grundsätzlich besser als ein Vergleich aggregierter Preisindizes (Analyse BAKBA-

SEL). Unabhängig von der Wahl des Datensamples und des Aggregationsgrades zeigen die Preisanalysen jedoch auf, dass insbesondere für den Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv im Zeitraum 2007 bis 2009 für Endkonsumenten beträchtliche Arbitragepotenziale vorhanden waren.

Internationale Unterschiede der Endverkaufspreise im Vergleich zu Konkurrenzmarken

424. Basierend auf GfK-Daten untersuchte BAKBASEL, ob die Konsumentenpreise in der Schweiz im Vergleich zum umliegenden Ausland bei Nikon Kameras systematisch höher sind als bei den Kameras anderer Hersteller. Systematisch höhere Preise bei Nikon Imaging Produkten würden laut Nikon darauf hindeuten, dass der gebietsübergreifende Intra-brand-Wettbewerb bei Nikon weniger gut funktionieren würde als bei ihren Konkurrenten. Als eine von verschiedenen möglichen Ursachen

dafür würde ein absoluter Gebietsschutz in Frage kommen.

425. Die Studie zeigt auf, dass sich die internationalen Preisdifferenzen von Nikon Produkten in den allermeisten Fällen in einem ähnlichen Rahmen bewegen wie die Preisdifferenzen der Kameras anderer Hersteller. In den Jahren 2007 bis 2009 liessen sich laut der Studie sogar mehr Fälle identifizieren, wo die Preisdifferenz bei Nikon Kameras kleiner sei als bei den anderen Kameras. Laut Nikon könne daraus geschlossen werden, dass – wenn überhaupt – die Konkurrenten von Nikon, aber sicher nicht Nikon eine schweizerische Preisinsel geschaffen haben. Das Resultat der Studie sei ein sehr gewichtiges ökonomisches Indiz dafür, dass Nikon keinen absoluten Gebietsschutz mit Bezug auf die Schweiz betrieben habe.

426. Hierzu ist anzumerken, dass internationale Preisunterschiede von Konkurrenzmarken für die Frage nach bestehenden Arbitragemöglichkeiten bei Nikon Imaging Produkten und somit für den Anreiz, den Intra-Brand-Wettbewerb um Nikon Imaging Produkte durch Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, keine Rolle spielen. Im Übrigen kann aus festgestellten internationalen Preisdifferenzen allein weder bei Konkurrenzmarken von Nikon noch bei Nikon Imaging Produkten eine Wettbewerbsbeschränkung abgeleitet werden. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 387), dient die Identifikation von Arbitragemöglichkeiten lediglich zur Pfüfung der Frage, ob Anreize zur Behinderung von Importen bestehen.

Fazit

427. Aus den internationalen Preisvergleichen der Einstandspreise der Gross- und Retailhändler der umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte sowie der Endverkaufspreise der wichtigsten Kamera-Produktfamilien kann zusammenfassend festgehalten werden, dass in der Zeitperiode April 2009 bis März 2010

- die Rechnungspreise an Gross- und Retailhandel von Nikon Schweiz im europäischen Durchschnitt lagen;
- in jedem Produktmarkt Produkte mit einem Arbitragepotenzial zu identifizieren waren;
- das Arbitragepotenzial der Händler bei Blitzgeräten generell tiefer lag als in den übrigen Produktgruppen;
- die Arbitragemöglichkeiten der Schweizer Retailhändler, insbesondere in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektive, geringer ausfielen als jene der Schweizer Distributoren;
- ein Direktimport gewisser Modelle von Nikon Kameras für Schweizer Konsumenten lohnenswert war, was durch Aussagen der befragten Marktteilnehmer teilweise bestätigt wurde (vgl. Rz 417). Um entsprechende Aussagen für die Produktmärkte Objektive sowie Blitzgeräte machen zu können, fehlen die hierfür notwendigen Daten;
- das Arbitragepotenzial der Schweizer Endkunden im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechsel-

objektiv höher lag als jenes der Distributoren und Retailhändler in der Schweiz. Laut Nikon lässt sich dies mit einem kostenbedingten grösseren Preisaufschlag der Schweizer Händler erklären.

428. Unabhängig von den quantitativen Analysen internationaler Preisunterschiede, belegen in der Hausdurchsuchung beschlagnahmte Dokumente, dass es für Schweizer Händler im Untersuchungszeitraum offenbar attraktiv war, Produkte aus allen relevanten Produktgruppen aus dem Ausland zu beziehen. Die beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz legt nahe, dass Nikon besonders auf Parallelimporttätigkeiten von Digitalkameras mit Wechselobjektiv fokussierte. Dies ist insofern nachvollziehbar, als es sich dabei um den Markt mit den teuersten Produkten handelt.

429. Aus dem beschlagnahmten Material kann geschlossen werden, dass es in jedem relevanten Markt Produkte gab, die im Ausland günstiger beschafft werden konnten. Insbesondere müssen die Preisunterschiede genügend gross gewesen sein, dass sich der mit Parallelimporttätigkeiten verbundene administrative Aufwand für die Händler auch lohnte. Nikon unternahm denn auch beträchtliche Anstrengungen, um der Ausnutzung dieser Arbitragepotenziale Schranken zu setzen (vgl. Rz 253 ff.). Dass in sämtlichen relevanten Produktgruppen beträchtliche Arbitragemöglichkeiten bestanden, deren Ausnützung betriebswirtschaftlich lohnenswert war, belegen auch die nachfolgend aufgezeigten Parallelhandelstätigkeiten von Schweizer Händlern.

B.3.2.2.2. Parallelimporte

Ausmass Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten

430. Das Sekretariat ging des Weiteren der Frage nach, in welchem Umfang Parallel- und Direktimporte von Schweizer Händlern und Endkunden angesichts der teilweise beträchtlichen Arbitragemöglichkeiten getätigt wurden. Nachfolgend wird zunächst auf die Angaben von Nikon und anschliessend auf jene der befragten Händler eingegangen.

431. Zunächst fragte das Sekretariat Nikon, wie hoch der geschätzte Anteil der in der Schweiz jährlich abgesetzten Nikon Imaging Produkte sei, der aus Parallelimporten stammt. Nikon schätzt den Parallelimport von Nikon Imaging Produkten in den Jahren 2005 bis 2007 auf ca. CHF [...] Mio. In den Jahren 2008 und 2009 seien die Parallelimporte sprunghaft angestiegen und dürften im Jahr 2009 auf über CHF [...] Mio. angewachsen sein. Basierend auf die von Nikon zur Verfügung gestellten Gesamtumsätze in diesen Jahren entsprechen diese Schätzungen einem Importanteil von [...] % in den Jahren 2005 bis 2007 und [...] % in den beiden darauf folgenden Jahren. Der Hauptgrund des Anstiegs von Parallelimporten in den Jahren 2008 und 2009 sieht Nikon in den starken Devisenkursschwankungen. Ebenfalls zum Anstieg beigetragen habe die weltweite Preistransparenz, die das Internet in den letzten Jahren zunehmend ermöglicht habe. Mit dem Internet sei eine neue Generation von Parallelimporteuren geschaffen worden, die den gesamten Handel und Verkauf über das Internet abwickeln und sich fast ausschliesslich über den Preis im Wettbewerb positionieren würden.

432. Gefragt nach den Umsatzanteilen von Parallelimporten in den einzelnen Produktmärkten, schätzte Nikon den Importanteil im Produktmarkt Wechselobjektive auf [...] % und im Produktmarkt Blitzgeräte auf [...] %. Eine Schätzung für die Märkte Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektive sei Nikon nicht möglich.

433. Nikon geht davon aus, dass Nikon Imaging Produkte primär aus [...], vereinzelt aber auch aus [...] in die Schweiz importiert werden. Zudem würden Nikon Imaging Produkte in einzelnen Fällen vermutlich auch aus [...] parallel in die Schweiz importiert.

434. Basierend auf die Angaben der befragten Händler lassen sich die Parallelimporte auf Gross- und Einzelhandelsstufe abschätzen: Vergleicht man den Gesamtumsatz, den die befragten Nikon Händler in der Schweiz mit Nikon Imaging Produkten erzielen, mit dem Anteil parallel importierter Nikon Imaging Produkte dieser Händler, ergibt sich im Zeitraum 2008 bis 2009 ein Importanteil von 3–10 % auf Grosshandelsstufe und von 7–8 % auf Retailhandelsstufe über alle Produktgruppen (vgl. Tabellen 1 und 2 in Anhang E.4). Berücksichtigt man bei den Parallelimporten der Retailhändler auch indirekte Parallelimporte – d.h. Bezüge über Schweizer Grosshändler, welche die Produkte ihrerseits importiert haben – ergibt sich auf Retailstufe in den Jahren 2008 bis 2009 schätzungsgemäss ein Parallelimportanteil von 8–11 % (vgl. Tabelle 3 in Anhang E.4). Zu diesen Importanteilen ist festzuhalten, dass

- der Parallelimportanteil auf Grosshandelsstufe massgeblich auf den vertraglich nicht gebundenen Grosshändler [...] zurückzuführen ist. Von den vier übrigen inländischen Grossisten, welche bis Herbst 2009 alle durch den alten Grossistenvertrag von Nikon gebunden waren, importierte lediglich ein einziger Nikon Imaging Produkte im Umfang von weniger als [...] % seines jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte;
- die befragten Retailhändler keine repräsentative Stichprobe darstellen, da das Sekretariat bei der Auswahl der befragten Unternehmen darauf achtete, möglichst viele Unternehmen anzuschreiben, welche potenziell mit Parallelhandelstätigkeiten zu tun haben. Vor diesem Hintergrund dürfte die hier berechnete Importquote etwas höher liegen als dies basierend auf einer repräsentativen Stichprobe der Fall gewesen wäre. Ungeachtet dieser Verzerrung deckt sich die im Markt erhobene Importquote weitgehend mit den Schätzungen von Nikon. Für eine Aufschlüsselung des Importanteils der Retailhändler nach den verschiedenen Produktmärkten fehlen die hierfür notwendigen Daten.

435. Die parallel importierten Produkte der befragten Händler decken alle relevanten Produktmärkte ab. Den Tabellen 1 in den Anhängen E.1 und E.2 ist zu entnehmen,

dass Digitalkameras ohne Wechselobjektiv aus Deutschland, Digitalkameras mit Wechselobjektiv aus Deutschland und Hong Kong und Objektive aus Deutschland, Hong Kong und den USA importiert wurden.

436. Laut Angaben von [...] werden Digitalkameras (mit und ohne Wechselobjektiv) aufgrund der damit verbundenen Garantie und der Sprache der Bedienungsanleitungen grundsätzlich aus zwei EU-Ländern [...] importiert. Die Garantieleistung bei Digitalkameras sei nicht weltweit, sondern entweder europaweit oder USA-weit. Aus Ländern ausserhalb der EU [...] würden Wechselobjektive und Blitzgeräte importiert. Wechselobjektive und Blitzgeräte hätten entweder eine weltweite Garantie oder [...] übernehme das Risiko bei einem Garantiefall selbst. Dies sei bei Wechselobjektiven im Gegensatz zu Kameras möglich, weil Wechselobjektive billiger seien und eher selten eine Garantieleistung erfordern würden.

437. Basierend auf die Aussagen der befragten Händler kann festgehalten werden, dass in allen Produktmärkten in einem gewissen Umfang Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten getätigt werden. Diese Parallelimporttätigkeiten erreichen im Vergleich zu den geschätzten Parallelimportquoten von [...] und [...], den [...] Konkurrenten von Nikon (vgl. Rz 462 ff.), welche den Parallelimportanteil ihrer Produkte je nach Produktmarkt zwischen [...] % und [...] % schätzen, einen bescheideneren Umfang.

438. Die Importquoten von Nikon Imaging Produkten zeigen dennoch auf, dass die vorliegenden Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets sowie die Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen – wie von Nikon geltend gemacht (vgl. Rz 187) – nicht zu einer „wasserdichten“ Abschottung des Schweizer Marktes führten. Wie in Rz 210 ff. dargelegt, kann sich eine durch absoluten Gebietsschutz herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung jedoch auch in Fällen ergeben, in denen ein Gebiet nicht „wasserdicht“ abgeschottet wird. Die Beschränkung ergibt sich in solchen Fällen nicht aus der Elimination, sondern aus der Reduktion der getätigten Parallelimporte und des daraus resultierenden geringeren Preisdruckes auf dem Schweizer Markt. Inwiefern die gebietsabschottenden Klauseln das Ausmass an getätigten Parallelimporten beeinflussten, wird in Rz 440 ff. analysiert.

Ausmass Direktimporte von Nikon Imaging Produkten

439. Wie bedeutend Direktimporte durch Schweizer Endkunden sind, welche sich allenfalls disziplinierend auf das Preisniveau auswirken würden, muss mangels diesbezüglichen Informationen offen gelassen werden. In der Untersuchung wurden jedenfalls keine glaubhaften Hinweise auf Behinderungen von Direktimporten durch Nikon – etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen bei parallel importierten Produkten – gefunden (vgl. Rz 442 f.). Generell ist davon auszugehen, dass Direktimporte seit Einführung der „Swiss Garantie“ weniger attraktiv geworden sind.

Behinderungen des Imports in die Schweiz?

440. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die getätigten Parallelimporte bedeutender ausgefallen wären ohne entsprechende Behinderungen von Nikon

und ihren Abredepartnern. Zunächst gilt es zu unterscheiden zwischen Händlern, die trotz bestehender Arbitragepotenziale ohne Interventionen (vertraglicher oder sonstiger Art) von Nikon aus betriebswirtschaftlichen Gründen von Parallelhandel absahen (erste Gruppe), und jenen, welche dies infolge von Interventionen von Nikon unterliessen (zweite Gruppe).

441. Zur ersten Gruppe scheinen jene Händler zu gehören, welche keine Bezugsbeschränkungen in ihren Vertriebsverträgen haben und den Verzicht auf Parallelhandelstätigkeiten namentlich mit einem zu grossen Aufwand im Verhältnis zur Bezugsmenge und einem Widerspruch zur Geschäftsstrategie begründeten.

442. Zur zweiten Gruppe gehören nebst gewissen ausländischen Händlern (vgl. Rz 446 ff.) jene Schweizer Händler, die aufgrund von Interventionen (vertraglicher oder sonstiger Art) von Nikon entweder gänzlich auf Parallelhandel verzichteten oder diesen reduzierten. In den Antworten zu den Fragebögen gaben zunächst acht von 48 Händlern an, bei ihren Parallelhandelstätigkeiten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten (z.B. Druckausübung von Herstellerseite) oder daraus resultierenden Nachteilen konfrontiert gewesen zu sein:

- So habe es laut einem Händler Anzeichen gegeben, dass Nikon auf ausländische Lieferanten zugegangen sei und versucht habe, Parallelimporte zu verhindern; dennoch sei es dem Händler jederzeit möglich gewesen, im Ausland an die Ware zu gelangen;
- Ferner habe Nikon gewisse Händler angefragt, von welchen ausländischen Lieferanten sie Nikon Imaging Produkte beziehen würden;
- Zudem seien Händler, die Parallelimporte tätigten, von Nikon Schweiz auf eine sog. „black list“ gesetzt und in der Folge nicht mehr beliefert worden oder es sei mit einem Lieferstopp gedroht worden;
- Darüber hinaus bestand nach Einführung des selektiven Vertriebs laut Angaben eines Retailhändlers die Befürchtung, bei Parallelhandelsaktivitäten den Status als zugelassener Händler zu verlieren;
- Sodann habe Nikon gemäss Angaben eines weiteren Händlers bei importierter Ware Garantieleistungen verweigert und nicht für alle importierten Kameras Handbücher in deutscher Sprache bereitgestellt;
- Schliesslich gab ein Einzelhändler an, dass einer seiner Schweizer Lieferanten infolge Intervention von Nikon Schweiz seit September 2009 keine Nikon Imaging Produkte mehr aus dem Europäischen Raum bzw. Deutschland beziehen könne. Diese Angaben wurden vom betroffenen Lieferanten auf Nachfrage des Sekretariats hin jedoch nicht bestätigt.

443. Auf Antrag von Nikon wurden Händler, die in den Fragebögen angaben, bei ihren Parallelhandelstätigkeiten mit Schwierigkeiten oder daraus resultierenden Nachteilen konfrontiert gewesen zu sein, am 5. und 19. September 2011 von der WEKO als Zeugen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG (vgl. Rz 64 und 66) einvernommen.

An diesen Anhörungen revidierten die befragten Personen ihre Aussagen in dem Sinne, als sie verneinten, bei ihren Parallelhandelsaktivitäten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten konfrontiert gewesen zu sein:

- Namentlich stellte sich heraus, dass die Unternehmen, die angaben, auf einer „black list“ gestanden zu haben, deshalb nicht beliefert wurden, weil sie zu diesem Zeitpunkt die Selektionskriterien des Selektivvertriebs von Nikon nicht erfüllten. Beide Unternehmen wurden im Sommer 2011 zum Vertrieb zugelassen, nachdem sie zwecks Erfüllung der Zulassungskriterien ihre internen Strukturen angepasst hatten;
- Der Händler, welcher befürchtete, die Zulassung als Vertriebshändler zu verlieren, wenn er Parallelimporte tätigen würde, begründete diese Befürchtung anlässlich der Zeugeneinvernahme mit dem aktuell geltenden (neuen) selektiven Vertriebsvertrag von Nikon. Diesem Vertrag ist keine solche Klausel zu entnehmen. Laut dem Händler gab es keine weiteren Massnahmen von Seiten Nikon, welche diese Befürchtung stützen könnten;
- Schliesslich legte ein Mitarbeiter der Serviceabteilung in Form einer Zeugenaussage gemäss Art. 42 Abs. 1 KG glaubhaft dar, dass Nikon bei parallel importierten Produkten keine Garantie- und Reparaturarbeiten verweigert. Demgemäss honoriere Nikon die Herstellergarantie weltweit. Die Garantie werde lediglich in solchen Fällen verweigert, in denen die weltweite Herstellergarantie abgelaufen sei und sich das Produkt (infolge Parallelimport) nicht für die (durch Nikon Schweiz finanzierte) erweiterte „Swiss Garantie“ qualifiziere. Entgeltliche Reparaturarbeiten würden nach Ablauf der Garantie auch bei parallel importierten Produkten ausgeführt.

444. Somit bestehen gewisse Widersprüche zwischen den Angaben der Händler in den Fragebögen und deren Aussagen an den mündlichen Zeugeneinvernahmen. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist zu berücksichtigen, dass die Zeugeneinvernahmen in Präsenz von Nikon und deren Rechtsvertretern durchgeführt wurden, wobei einige der befragten Zeugen (inzwischen) in einem Vertragsverhältnis zu Nikon stehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass die Antworten der Zeugen teilweise strategisch motiviert waren.

445. Zusammenfassend gibt es abgesehen von den vertraglichen Bezugsbeschränkungen in den inländischen Vertriebsverträgen keine darüber hinausgehenden rechtsgenügenden Beweise, dass inländische Händler bei ihren Parallelhandelsaktivitäten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten (z.B. Druckausübung durch Nikon auf ausländische Lieferanten) konfrontiert waren. Allerdings haben Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets infolge des Grundsatzes *pacta sunt servanda* in aller Regel negative Auswirkungen auf das Importverhalten der Marktteilnehmer (vgl. Rz 451 f.).

Behinderungen des Exports in die Schweiz?

446. Zur zweiten Gruppe von Händlern, welche infolge von Interventionen von Nikon Parallelhandel unterlies-

sen, gehören auch ausländische Händler, die infolge vertraglicher Exportverbote und/oder Druckausübung durch die jeweilige Nikon Ländergesellschaft Parallelexporte in die Schweiz einschränkten oder gänzlich darauf verzichteten, Schweizer Händler oder Endkunden zu beliefern.

447. Von den befragten 19 ausländischen Händlern haben mangels Auskunftspflicht lediglich deren sechs den Fragebogen des Sekretariats beantwortet oder darauf reagiert (vgl. Rz 35 und 38, wobei ein Händler im Bereich Sport Optics tätig ist, welcher nicht zu den hier relevanten Produktgruppen gehört. Dieser Händler bestätigte jedoch eine Druckausübung durch Nikon, was ihn dazu veranlasst habe, von Exporten nach Europa abzusehen (vgl. Rz 250). Die Angaben dieses Händlers indizieren, dass sich die Einflussnahme von Nikon auf Händler in den USA nicht nur auf den Vertrieb von „Nikon Sport Optics“ Produkte beschränkt hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die hier relevanten Nikon Imaging Produkte von solchen oder ähnlichen Einflussnahmen betroffen waren.

448. Von den restlichen fünf Händlern gaben lediglich zwei zur selben Unternehmensgruppe zugehörige Händler ([...]) an, in den letzten Jahren von Nikon mehrfach angehalten worden zu sein, Parallelhandel zu unterlassen; Parallelhandel sei jedoch weiterhin betrieben worden. Nikon begründet diese geltend gemachte Einflussnahme mit dem Argument, dass es sich dabei um eine rechtmässige Unterbindung von Aktivverkäufen gehandelt habe, welche vor Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz stattgefunden habe.

449. Zu dieser zweiten Gruppe von Händlern gehört auch die Anzeigerin Wahl Trading. Deren Vorbringen, wonach ihre ausländischen Bezugsquellen durch Nikon dazu angehalten worden seien, sie nicht mehr zu beliefern, und wonach ihre Schweizer Kunden diszipliniert worden seien, weil sie bei Wahl Trading einkauften (vgl. Rz 1), konnten in der Untersuchung jedoch nicht belegt werden:

- Die Bezugsschwierigkeiten von Wahl Trading begannen zum Zeitpunkt der Einführung des selektiven Vertriebssystems von Nikon Schweiz im September 2009. Die Nichtbelieferung von Wahl Trading wird von Nikon mit der fehlenden Zulassung zum selektiven Vertriebssystem infolge Nichterfüllung der Zulassungskriterien für Grosshändler begründet. Einer Zulassung von Wahl Trading als Grossist seien insbesondere Wahl Tradings Direktgeschäfte mit Endverbrauchern (Berufsfotografen) entgegengestanden, welche gegen Ziff. 6.3 der Selektivvertriebsvereinbarung mit Grossisten verstossen hätten;
- Von den mutmasslich drei disziplinierten Kunden von Wahl Trading gab auf Nachfrage des Sekretariats hin keiner an, von Nikon diszipliniert oder mit Nachteilen bedroht worden zu sein, weil sie bei Wahl Trading einkauften: Der ehemals bedeutendste Handelspartner von Wahl Trading [...] stellte die Bestellungen bei Wahl Trading im Winter 2010 laut eigenen Angaben ein, weil er [...]. Ein weiterer Händler begründete seinen Entscheid mit der erweiterten „Swiss Garantie“, die nur für

Produkte gelte, die über Nikon Schweiz importiert werden. Der dritte Händler gab schliesslich an, entgegen den Vorbringen der Anzeigerin auch nach Herbst 2009 Produkte bei Wahl Trading bezogen zu haben, allerdings in deutlich reduziertem Umfang. Der Rückgang der Bestellungen bei Wahl Trading sei mit attraktiveren Bezugspreisen bei Nikon Schweiz zu begründen. Sobald Wahl Trading wieder interessante Angebote mache, würde der Händler wieder bei Wahl Trading beziehen. Gegen eine Einstellung bzw. Reduktion der Bestellungen bei Wahl Trading infolge billigerer Angebote bzw. besserer Leistungen („Swiss Garantie“) bei Nikon Schweiz ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden.

Fazit

450. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Beobachtungszeitraum in allen Produktmärkten in einem gewissen Umfang Parallelimporte getätigt wurden, welche sich bis zu einem gewissen Grad disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen in der Schweiz auswirken konnten. Ferner gab von den 48 inländischen und 19 ausländischen befragten Händlern keiner glaubhaft an, während der Abrededauer infolge von (nicht vertraglichen) Interventionen durch Nikon auf Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verzichtet zu haben. Lediglich hinsichtlich der hier nicht relevanten Nikon Sport Optics Produkte gab ein ausländischer Händler aus den USA an, infolge von Interventionen von Nikon auf Parallelexporte verzichtet zu haben (vgl. Rz 250 f.).

451. In Anbetracht dieser Händlernaussagen bleibt darauf hinzuweisen, dass inländische Händler, welche sich nicht an das Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets gehalten haben, mit einer Vertragskündigung rechnen mussten. Dasselbe galt bzw. gilt immer noch für ausländische Händler, deren Vertriebsvertrag ein Exportverbot vorsieht. Solche vertraglichen Verpflichtungen haben infolge des Grundsatzes pacta sunt servanda in aller Regel Auswirkungen auf das Import- und Exportverhalten der Vertragshändler. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parallelhandelstätigkeiten bedeutender ausgefallen wären und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten.

452. Eine genauere Betrachtung der konkreten Importe suggeriert denn auch, dass die gebietsabschottenden Klauseln den Parallelhandel reduzierten:

- Auf Grosshandelsstufe betrug der Importanteil im Zeitraum 2008 bis 2009 laut Schätzungen des Sekretariats lediglich 3–10 %. Dieser Importanteil ist massgeblich auf den vertraglich nicht gebundenen Grosshändler [...] zurückzuführen. Von den bis Herbst 2009 fünf vertraglich gebundenen inländischen Grossisten importierte lediglich ein einziger Nikon Imaging Produkte im Umfang von weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1).

Es handelt sich bei diesem Grossist zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte (vgl. Rz 434). Weitere drei Händler begründeten ihren Verzicht auf Parallelimporte mit guten Geschäftsbeziehungen mit Nikon Schweiz, einem Widerspruch zur Geschäftsstrategie und einer exklusiven Zusammenarbeit mit Nikon. Der fünfte inländische Grossist wies in diesem Zusammenhang auf die vertragliche Bindung mit Nikon hin.

- Auf Retailhandelsstufe betrug der direkte Importanteil der inländischen Händler im Zeitraum 2008 bis 2009 laut Schätzungen des Sekretariats 7–8%. Unter Berücksichtigung der indirekten Importe erhöht sich der Importanteil auf 8–11 % (vgl. Rz 434). Von den befragten 43 Retailhändlern verzichteten in den letzten Jahren deren 21 auf das Tätigen von Parallelimporten. Diese Zahl ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass das Sekretariat bei der Auswahl der befragten Unternehmen darauf achtete, möglichst viele Unternehmen anzuschreiben, welche potenziell mit Parallelhandeltätigkeiten zu tun hatten. Bei einer repräsentativen Stichprobe wäre die Zahl der Retailhändler, welche keinen Parallelhandel betreiben, vermutlich noch höher ausgefallen (vgl. Rz 434). Dabei liessen 13 dieser 21 Retailhändler die Frage nach dem Grund des Verzichts auf Parallelhandel unbeantwortet. Weiter tätigten von den elf vom Sekretariat befragten Vertragspartnern des „D3S/D3X“- und „NPSD“-Vertrags mit Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets lediglich zwei Händler Parallelimporte; und dies in einem bescheidenen Umfang (vgl. Rz 326, zweiter Punkt).

B.3.2.2.2.3. Intra-Brand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service

453. Die Tabellen 1 bis 4 in Anhang E.5 illustrieren das Ausmass an Intra-Brand-Preiswettbewerb in den relevanten Produktmärkten. Die Tabellen 1 und 2 basieren auf Daten einer GfK-Marktstudie und zeigen die Mindest-, Höchst- und Durchschnittspreise der wichtigsten Kamera-Produktfamilien von Nikon. Diesen beiden Tabellen ist zu entnehmen, dass sich die Mindest- und Höchstpreise im Markt in den betrachteten Jahren 2007 bis 2010 beträchtlich unterscheiden. Diese Preisheterogenität spricht für einen funktionierenden Intra-Brand-Preiswettbewerb in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv.

454. Für die Märkte Wechselobjektive und Blitzgeräte sind keine entsprechenden Daten von GfK erhältlich. Die Tabellen 3 und 4 enthalten deshalb die Normal-, Aktions- und Durchschnittsverkaufspreise der umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte der befragten Schweizer Retailhändler in den Produktmärkten Objektive und Blitzgeräte im Jahr 2009. Zusätzlich sind in den Tabellen die Tiefstpreise basierend auf Daten des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch für die Periode April bis Dezember 2009 angegeben. Hinsichtlich der beiden Tabellen muss der Vorbehalt angebracht werden, dass eine Einteilung der Retailpreise in Normal- und Aktionsverkaufspreise derweilen schwierig sein kann. So gaben

zwei Händler an, sie hätten permanent tiefe Preise, weshalb es keine eigentlichen Aktionspreise gäbe. Ungeachtet dieses Vorbehalts suggerieren die heterogenen Preisangaben der Händler sowie die Preisdaten des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch für die Produktmärkte Objektive und Blitzgeräte einen funktionierenden Intra-Brand-Preiswettbewerb.

455. Allerdings war der vorhandene Intra-Brand-Preiswettbewerb offenbar steigerungsfähig: Als ein bedeutender Schweizer Händler mit Nikon Imaging Produkten mit Nikon im Sommer 2011 (nach Aufhebung der Gebietsschutzabreden) einen Vertrag abschloss, erhielt er so tiefe Einstandspreise, dass sich ein Parallelimport nicht mehr lohnte. Die tieferen Einstandspreise hat der Händler laut eigenen Angaben jedoch nicht an die Endkunden weitergegeben, sondern stattdessen seine Marge erhöht. Würde ein intensiver Intra-Brand-Preiswettbewerb vorherrschen, würden solche Preisnachlässe den Kunden zumindest teilweise weitergegeben. Diese Aussage gilt ungeachtet der Tatsache, dass sich die Aussage des Händlers auf einen Zeitpunkt nach Auflösung der Abreden bezieht, da der Intra-Brand-Preisdruck in der Schweiz nach Auflösung der Abreden zugenommen haben dürfte. Mit anderen Worten gilt die Aussage der fehlenden Weitergabe tieferer Einstandspreise umso mehr für die Zeitperiode Frühling 2008 bis Herbst 2009.

456. Nebst dem Intra-Brand-Wettbewerb über den Preis besteht vorliegend auch ein gewisser Intra-Brand-Wettbewerb über verschiedene Niveaus an Serviceleistungen: So erhalten gewisse Nikon Händler den „NPSD“-Status (vgl. Rz 112 ff.), wenn sie gewisse Qualitätsvoraussetzungen erfüllen. Damit sollte laut Angaben von Nikon sichergestellt werden, dass professionelle Fotografen, die Nikon Produkte verwenden, einen hohen Bedürfnissen entsprechenden Service erhalten können. Zudem vertreibt Nikon die D3X- und D3S-Kameras aufgrund deren grossen Komplexität und der für professionelle Fotografen entwickelten Funktionen der beiden Modelle an [...], die professionelle Fotografen umfassend beraten und betreuen können (vgl. Rz 107 ff.). Diese unterschiedlichen Vertragstypen legen nahe, dass unter den Händlern von Nikon Imaging Produkten während des Untersuchungszeitraums ein gewisser Qualitätswettbewerb in Form unterschiedlicher Serviceniveaus bestand.

457. Schliesslich kann die „Swiss Garantie“ – wie von Nikon geltend gemacht – als Ausdruck eines gebietsübergreifenden Intra-Brand-Leistungswettbewerbs interpretiert werden. Die für diese Garantieverlängerung notwendigen Investitionen habe Nikon Schweiz primär getätigt, um die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte gegenüber von Parallelimporten zu steigern. Dieses Ziel scheint Nikon erreicht zu haben: So bestätigen die befragten Händler, dass die „Swiss Garantie“ zu einem wichtigen Verkaufsargument gegenüber parallel importierten Produkten wurde. Dementsprechend führte ein bedeutender Schweizer Händler im Jahr 2009 für parallel importierte Produkte (herstellerübergreifend) eine eigens finanzierte erweiterte Garantie ein.

B.3.2.2.4. Fazit

458. In sämtlichen Produktmärkten bestand im untersuchten Zeitraum ein (teilweise beträchtliches) Arbitragepotenzial für ausgewählte Produkte für Distributoren und Retailhändler. Infolge dieses Arbitragepotenzials wurden denn auch Parallelimporte getätigt, welche sich bis zu einem gewissen Grad disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen in der Schweiz auswirkten. Darüber hinaus bestand in der Schweiz ein gewisser Intra-Brand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service. Der vorhandene Intra-Brand-Preiswettbewerb war jedoch steigerungsfähig, ansonsten müssten Schweizer Händler eine Reduktion der Einstandspreise zumindest teilweise an die Kunden weitergeben, anstatt ihre Marge damit zu erhöhen.

459. Von den befragten 48 inländischen und 19 ausländischen Händlern gab keiner glaubhaft an, während der Abrededauer infolge von (nicht vertraglichen) Interventionen von Nikon auf Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verzichtet zu haben. Dennoch ist zu erwarten, dass das Ausmass an Parallelimporten bedeutender ausgefallen und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten, weil sich die meisten Vertriebspartner entsprechend dem Grundsatz pacta sunt servanda an die Bezugsbeschränkungen und die Exportverbote gehalten haben. Diese Vertragsklauseln wurden in casu durch folgende unterstützenden Massnahmen begleitet: Die Identifikation ausländischer Paral-

lelhändler über Seriennummern – welche mit Hilfe von Schweizer Händlern im Markt erhoben wurden (vgl. Rz 153 ff.) –, und anschliessende Druckausübung auf diese Parallelhändler via andere Nikon Ländergesellschaften (vgl. Rz 270 ff.).

460. Vor diesem Hintergrund geht die Einschätzung von Nikon, wonach in der Schweiz ein sehr intensiver Intra-Brand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service für Nikon Imaging Produkte bestehen soll, fehl. Die WEKO kommt aufgrund der vorstehenden Erwägungen vielmehr zum Schluss, dass auf den relevanten Produktmärkten ein gewisses Mass an Intra-Brand-Wettbewerb besteht.

B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

461. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Imaging Produkte wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf den relevanten Märkten untersucht.

B.3.2.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

Marktanteile

462. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile. Die nachfolgenden Tabellen 2 bis 5 zeigen die geschätzten umsatzbasierten Marktanteile von Nikon und deren wichtigsten Konkurrenten auf den relevanten Produktmärkten in der Schweiz in den Jahren 2007 bis 2009 oder – falls verfügbar – bis 2010.

Tabelle 2: Marktanteile Digitalkameras ohne Wechselobjektiv 2007–2010

Hersteller	2007	2008	2009	2010
Sony	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Canon	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Panasonic	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Olympus	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Nikon	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %
Casio	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Samsung	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fujifilm	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Pentax	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
BenQ, Rollei u.a.	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Quelle: GfK. Die von GfK ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich jeweils auf das erste Quartal pro Jahr.

Tabelle 3: Marktanteile Digitalkameras mit Wechselobjektiv 2007–2010

Hersteller	2007	2008	2009	2010
Nikon	[30-40] %	[40-50] %	[40-50] %	[30-40] %
Canon	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Sony	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Olympus	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Panasonic	[...] %	[...] %	n.a.	[...] %
Pentax	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Sigma, Fujifilm, Leica, Samsung u.a.	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Quelle: GfK. Die von GfK ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich jeweils auf das erste Quartal pro Jahr. Die Marktanteilsangaben für die Jahre 2007–2009 wurden auf Grundlage der Kit-view, d.h. inkl. Kit-Ausführungen, berechnet. Von einem Kit wird gesprochen, wenn das Gehäuse (sog. Body) zusammen mit einem oder zwei Objektiven im Paket angeboten wird. Die Marktanteilsangaben für das Jahr 2010 basieren auf einer Component-view, d.h. unter Abzug eines theoretischen Wertes für das Kit-Wechselobjektiv.

Tabelle 4: Marktanteile Wechselobjektive 2007–2009

Hersteller	2007	2008	2009
Canon	[...] %	[...] %	[...] %
Leica	[...] %	[...] %	[...] %
Nikon	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Olympus	[...] %	[...] %	[...] %
Panasonic	[...] %	[...] %	[...] %
Sigma	[...] %	[...] %	[...] %
Sony	[...] %	[...] %	[...] %
Tamron	[...] %	[...] %	[...] %
Weitere	[...] %	[...] %	[...] %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind die Hersteller in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Die Marktanteilsberechnungen basieren auf dem von Canon, Nikon und Sony geschätzten durchschnittlichen Gesamtumsatz aller Wettbewerber im Schweizer Markt in der Zeitperiode 2007–2009 sowie auf die jährlichen Umsatzzahlen der jeweiligen Hersteller.

Tabelle 5: Marktanteile Blitzgeräte 2007–2009

Hersteller	2007	2008	2009
Canon	[...] %	[...] %	[...] %
Elinchrom	[...] %	[...] %	[...] %
Leica	[...] %	[...] %	[...] %
Nikon	[30-40] %	[20-30] %	[30-40] %
Olympus	[...] %	[...] %	[...] %
Panasonic	[...] %	[...] %	[...] %
Profoto*	[...] %	[...] %	[...] %
Sigma	[...] %	[...] %	[...] %
Sony	[...] %	[...] %	[...] %
Weitere	[...] %	[...] %	[...] %

* Marktanteilsschätzung von Nikon.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind die Hersteller in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Die Marktanteilsberechnungen basieren auf dem durch Canon und Nikon geschätzten durchschnittlichen Gesamtumsatz aller Wettbewerber im Schweizer Markt in der Zeitperiode 2007–2009 sowie auf die jährlichen Umsatzzahlen der jeweiligen Hersteller.

463. Den Tabellen ist zu entnehmen, dass Nikon insbesondere im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv mit [30-50] % beträchtliche Marktanteile hält und seit dem Jahr 2008 Marktführer ist. [...] wurde in der Folge zur Nummer Zwei im Markt. Der Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv ist stark konzentriert: Nikon und [...] vereinen zusammen rund [70-80] % des Marktes auf sich (sog. Konzentrationsindex K2). Die übrigen relevanten Produktmärkte sind weniger stark konzentriert. Aber auch dort bewegen sich die K2-Konzentrationsindizes zwischen [...] % im Jahr 2008 auf dem Markt für Wechselobjektive und [...] % im Jahr 2007 auf dem Markt für Blitzgeräte.

464. Ein Vergleich der Struktur des Schweizer Imaging Marktes mit den vier Nachbarstaaten der Schweiz zeigt keine wesentlichen Unterschiede auf: Laut der von Nikon in Auftrag gegebenen Studie von BAKBASEL weist der Schweizer Imaging Markt in den Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv keine aussergewöhnlich hohe Marktkonzentration auf. Auch die Marktanteile von Nikon in der Schweiz würden sich in derselben Grössenordnung bewegen wie jene im umliegenden Ausland.

Tabelle 6: Marktanteilsentwicklung Digitalkameras ohne Wechselobjektiv 2007–2010

[...]

Quelle: GfK.

Tabelle 7: Marktanteilsentwicklung Digitalkameras mit Wechselobjektiv 2007–2010

[...]

Quelle: GfK.

465. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Zahl der Wettbewerber je nach Produktmarkt beträchtlich variiert. So waren im Markt für Kameras ohne Wechselobjektiv im Zeitraum April 2007 bis März 2010 57 unterschiedliche Produzenten tätig. Im Produktmarkt der Kameras mit Wechselobjektiv war die Zahl der Marktteilnehmer mit 11 Marken kleiner. Trotz der hohen Zahl an Wettbewerbern im Kompakt-Segment gibt es mit Sony, Canon und Panasonic klare Marktleader (vgl. Tabelle 2).

Marktanteilsentwicklung

466. Nachfolgende Tabellen geben Auskunft über die Marktanteilsentwicklung auf den relevanten Märkten in den Jahren 2007 bis 2009 oder – falls verfügbar – bis 2010. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilsschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.

Tabelle 8: Marktanteilsentwicklung Wechselobjektive 2007–2009

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 9: Marktanteilsentwicklung Blitzgeräte 2007–2009

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

467. Den Tabellen 6 bis 9 ist Folgendes zu entnehmen:

- Digitalkameras ohne Wechselobjektiv: [...] gelang es in der Zeitperiode 2007 bis 2010 als einziger Herstellerin, die Marktanteile kontinuierlich und signifikant zu erhöhen. Die Marktanteile der meisten übrigen Hersteller waren in derselben Zeitperiode (teilweise beträchtlichen) Schwankungen unterworfen ([...]) oder mussten beträchtliche Marktanteilsverluste hinnehmen ([...]). Lediglich bei [...] und [...] blieben die Marktanteile bei je [...] % konstant.
- Digitalkameras mit Wechselobjektiv: Im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind in der Zeitperiode 2007 bis 2010 wiederum beträchtliche Marktanteilsverschiebungen zu beobachten. Allein in der Periode 2009 bis 2010 [...] Nikon Marktanteile in Höhe von [...] %, während es [...] gelang, [...] % dazuzugewinnen. Dennoch konnte Nikon die im Jahr 2008 [...] bis ins Jahr 2010 [...]. Zudem bleibt darauf hinzuweisen, dass im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv in den nächsten Jahren Marktanteilsverschiebungen aufgrund der im Herbst 2008 von Olympus und Panasonic auf den Markt gebrachten spiegellosen Digitalkamera mit Wechselobjektiv zu erwarten sind (vgl. auch Rz 469). Dabei handelt es sich um Kameras, welche wie Kameras ohne Wechselobjektiv über keinen Spiegel verfügen, aber wie Spiegelreflexkameras die Möglichkeit bieten, verschiedene Objektive auf das Gehäuse zu montieren (vgl. Rz

366). Sony hat mit ihren NEX-Kameras im April 2010 ebenfalls ein solches Produkt eingeführt.

- Wechselobjektive: Im Markt für Wechselobjektive gehörten [...] in der Zeitperiode 2007 bis 2009 zu den Verlierern von Marktanteilen während die Marktanteile von [...] insgesamt konstant blieben, auch wenn bei [...] zwischen den einzelnen Jahren gewisse Schwankungen in Höhe von [...] % zu verzeichnen waren. Kontinuierlich Marktanteile dazugewinnen konnten [...].
- Blitzgeräte: In der Zeitperiode 2007 bis 2009 verlor [...] kontinuierlich Marktanteile. Die Marktanteile von [...] blieben in dieser Beobachtungsperiode konstant, waren jedoch in den einzelnen Jahren beträchtlichen Schwankungen unterworfen (+/-[...] %). Dennoch behielt [...] im gesamten Beobachtungszeitraum die Marktführerschaft. [...], der Nummer [...] im Markt, gelang es, die Marktanteile kontinuierlich zu erhöhen. Die Marktanteile der übrigen Marktteilnehmer verzeichneten keine signifikanten Veränderungen.

468. Zusammenfassend ist in allen relevanten Produktmärkten eine gewisse Dynamik zu beobachten. Dies gilt insbesondere für die Märkte Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv. Dieses Fazit wird verstärkt, wenn die Marktanteilsentwicklung von Kameras mit und ohne Wechselobjektiv auf monatlicher anstatt auf jährlicher Basis betrachtet wird, wie die beiden nachfolgenden Abbildungen zeigen.

Abb. 3: Marktanteilsentwicklung Nikon Digitalkameras ohne Wechselobjektiv (April 2007–März 2010)

[...]

Quelle: Berechnungen von BAKBASEL basierend auf GfK-Daten.

Abb. 4: Marktanteilsentwicklung Nikon Digitalkameras mit Wechselobjektiv (April 2007–März 2010)

[...]

Quelle: Berechnungen von BAKBASEL basierend auf GfK-Daten.

Produkt- und Preisdifferenzierung

469. Die Produktpalette von Imaging Produkten zeichnet sich in allen relevanten Märkten durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus (vgl. Rz 360 ff.), was für einen funktionierenden Interbrand-Wettbewerb spricht. So wurden im Zeitraum April 2007 bis März 2010 laut BAKBASEL im Kompakt-Segment (Kameras ohne Wechselobjektive) mehr als 1'200 verschiedene Typen von Kompaktkameras in der Schweiz verkauft. Im SLR-Segment (Kameras mit Wechselobjektiv) wurden in die-

sem Zeitraum 90 Kameratypen angeboten. Ausdruck dieser Produktdifferenzierung ist auch die Innovation der spiegellosen Kamera mit Wechseloptik im Herbst 2008, welche laut Angaben von Nikon innerhalb von zwei Jahren in der EU einen Marktanteil von ca. 5 % erreichte. In Japan betrage der Marktanteil bereits ca. 40 %. Ähnlich revolutionäre Innovationen werden von den befragten Herstellern in den nächsten zwei Jahren in keinem Produktmarkt erwartet.

470. Diese Produktdifferenzierung schlägt sich in einer Preisdifferenzierung nieder. Die bei Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv vorhandene Preisdifferenzierung je nach Marke wird in den folgenden Abbildungen 5

bis 8 basierend auf Daten von GfK für die Zeitperioden April 2008 bis April 2010 illustriert. Die Abbildungen geben die durchschnittlichen Preise für Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv pro Hersteller an.

Abb. 5: Preise Digitalkameras ohne Wechselobjektiv April 2008 bis April 2009

[...]

Quelle: GfK.

Abb. 6: Preise Digitalkameras ohne Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010

[...]

Quelle: GfK.

Abb. 7: Preise Digitalkameras mit Wechselobjektiv April 2008 bis April 2009

[...]

Quelle: GfK.

Abb. 8: Preise Digitalkameras mit Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010

[...]

Quelle: GfK.

471. Den Abbildungen 5 und 6 ist zu entnehmen, dass [...] im Produktmarkt Digitalkameras ohne Wechselobjektiv der durchschnittlich teuerste Anbieter ist. Nikon befindet sich mit ihren Produkten (ohne Berücksichtigung der billigeren Anbieter [...] und [...], welche erst in den letzten Jahren in den Markt eingetreten sind und von GfK erst für die Zeitperiode April 2009 bis April 2010 in die Erhebung aufgenommen wurden) im unteren Preisbereich. Die Abbildungen 5 und 6 zeigen ferner, dass die Preise für Kompaktkameras im Zeitraum April 2008 bis April 2010 in der Tendenz gefallen sind. Die verschiedenen Marken werden innerhalb einer bedeutenden Preisbandbreite angeboten, wobei pro Anbieter bedeutende Preisschwankungen zu beobachten sind.

472. Im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind die Preise im Zeitraum April 2008 bis April 2009 beträchtlich gefallen und blieben in der Periode April 2009 bis April 2010 eher konstant (vgl. Abbildungen 7 und 8). Laut Nikon ist die Senkung der Durchschnittspreise Ausdruck des intensiven Innovationswettbewerbs und des starken Interbrand-Preiswettbewerbs. Die Hersteller würden sich regelmässig mit Cash Back-Promotionen¹⁴⁵ für Endkunden und Händleraktionen, mit Rabatten im Umfang von ca. [...] % auf ausgewählten Modellen und regelmässig stattfindenden, umfassenden Preisaktionen konkurrieren. Schliesslich finde auch ein Wettbewerb über unterschiedliche Dienstleistungen wie etwa die Nachbetreuung der Kunden, die Fotografieausbildung sowie die Dauer und den Umfang der Garantie statt.

473. Auch im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv bestehen zwischen den einzelnen Marken Preisunterschiede. Nikon bot im Zeitraum April 2008 bis April 2009 durchschnittlich [...] an. Im darauf folgenden Jahr erfasste GfK zusätzlich die Firma [...], welche in dieser Periode von den beobachteten Marktteilnehmern Nikon als teuerste Anbieterin ablöste. Eine gewisse Rolle bei dieser Entwicklung dürfte die im Herbst 2008 von Olym-

pus und Panasonic auf den Markt gebrachten spiegellosen Kameras mit Wechselobjektiv gespielt haben (vgl. Rz 467).

474. Wie auch auf dem Markt für Kompaktkameras schwanken die beobachteten durchschnittlichen Preise pro Marke auf dem Markt für Kameras mit Wechselobjektiv während des beobachteten Zeitraums. Diese Schwankungen lassen sich laut Angaben von Nikon durch einen intensiven Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb, konstante technologische Fortschritte (z.B. Einführung der DCIL-Kamera [vgl. Rz 366] im Jahr 2008, Einführung der Video-Funktion in Digitalkameras mit Wechselobjektiv im September 2008, Weiterentwicklung der ISO-Werte¹⁴⁶ im November 2009, Weiterentwicklung der Bildschirme¹⁴⁷, der Belichtungsmessung und des Bildaufbereitungsprozesses) und kurze Technologiezyklen erklären. So würden die einzelnen Kameramodelle in regelmässigen und kurzen Zeitabständen von 2–3 Jahren durch jeweilige Nachfolgemodelle ersetzt. Dies führe dazu, dass grosse Mengen von Auslaufmodellen zu günstigen Preisen verkauft würden, was sich entsprechend auf die Durchschnittspreise auswirke.

475. Zusammenfassend ist auf beiden Kamera-Märkten eine Produkt- und Preisdifferenzierung festzustellen.

¹⁴⁵ Bei einer Cash Back-Promotion kauft der Endkunde bei einem Händler ein Produkt und erhält nach Registrierung über die Hersteller-Homepage vom Hersteller einen Betrag zurückerstattet. Der Vorteil für den Hersteller liegt darin, dass nicht alle Kunden den Betrag zurückfordern und der Hersteller selber bessere Marktkennntnisse gewinnt, da der Kunde oft angeben muss, welche andere Produkte er verwendet.

¹⁴⁶ Je höher die ISO-Empfindlichkeit, desto weniger Licht wird für die Fotoaufnahme benötigt.

¹⁴⁷ Neue Bildschirme sind wesentlich grösser, geben die Farben besser wieder und erreichen eine höhere Auflösung als ältere Bildschirme.

476. Für die Produktmärkte Wechselobjektive und Blitzgeräte existieren keine entsprechenden Grafiken von GfK. Das Sekretariat fragte jedoch die Hersteller von Wechselobjektiven und Blitzgeräten nach den Preisbandbreiten (Mindestpreis/Höchstpreis) sowie den Durchschnittspreisen, zu welchen ihre jeweils drei um-

satzstärksten Produkte im Jahr 2009 in der Schweiz an Endkunden verkauft wurden. Die Angaben der Hersteller sind den Tabellen 10 und 11 zu entnehmen. Auch in diesen beiden Produktmärkten schlägt sich die Produktdifferenzierung in einer Preisdifferenzierung nieder.

Tabelle 10: Endverkaufspreise verschiedener Hersteller von Wechselobjektiven im Jahr 2009

Hersteller	Produkt	Preisbandbreite		Durchschnittspreis
		Tiefstpreis	Höchstpreis	
Nikon*	AF-S DX VR 55-200	[261-278]	n.a.	n.a.
	AF-S VR Micro 105mm	[899-999]	n.a.	n.a.
	AF-S VR 70-300mm	[586-634]	n.a.	n.a.
	AF-S 24-70mm	[1'942-2'083]	n.a.	n.a.
	AF-S VR 18-200mm	[728-768]	n.a.	n.a.
	AF-S DX 35mm	[240-264]	n.a.	n.a.
	AF-S VR II 18-200mm	[850-985]	n.a.	n.a.
	AF-S 50mm/ 1.4G	[428-480]	n.a.	n.a.
	AF-S DX 16-85mm	[641-678]	n.a.	n.a.
	AF D50 / 1.8G	[158-163]	n.a.	n.a.
Canon	EF 70-300mm f/4-5.6 IS USM	586	988	n.a.
	EF-S 55-250mm IS	281	508	n.a.
	EF 100mm f/2.8L IS USM	1'117	1'1678	n.a.
Tamron	3.5-6.3 18-270mm VC	[500-600]	[800-900]	[...]
	3.5-6.3 18-200 mm VC	[200-300]	[300-400]	[...]
	2.8 17-50 mm VC	[400-500]	[800-900]	[...]
Leica	Summilux 35	[4'000-5'000]	[5'000-6'000]	[...]
	Summilux 50	[3'000-4'000]	[4'000-5'000]	[...]
Sigma	10-20mm	698	802.7	[...]
	18-250mm	768	883.2	[...]
	120-400mm	998	1147.7	[...]
Sony	SAL-18250	650	998	n.a.
	SAL-70400G	1799	2448	n.a.
	SAL-2470Z	2299	3198	n.a.
Olympus	70-300 mm	649	698	[...]
	50-200mm	1'599	1'898	[...]
	14-42 mm	358	398	[...]

* Die Werte von Nikon beziehen sich auf die Periode April bis Dezember 2009 basierend auf Angaben des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 11: Endverkaufspreise verschiedener Hersteller von Blitzgeräten im Jahr 2009

Hersteller	Produkt	Preisbandbreite		Durchschnittspreis
		Tiefstpreis	Höchstpreis	
Nikon*	SB-900	[432-456]	n.a.	n.a.
	SB-800	[450-617]	n.a.	n.a.
	SB-600	[278-295]	n.a.	n.a.
	SB-400	[129-136]	n.a.	n.a.
Canon	Speedlite 430 EX II	287	478	n.a.
	Speedlite 580 EX II	460	878	n.a.
	Speedlite 270 EX II	153	238	n.a.
Leica	SF 58	[700-800]	[800-900]	[...]
	SF 24	[400-500]	[400-500]	[...]
Olympus	FL-50R	750	828	[...]
	FL-36R	319	378	[...]
Sony	HVL-F42aM	299	499	n.a.
	HVL-F58AM	499	949	n.a.
	HVL-F20AM	169	249	n.a.

* Die Werte von Nikon beziehen sich auf die Periode April bis Dezember 2009 basierend auf Angaben des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Preissensitivität der Schweizer Konsumenten

477. BAKBASEL hat im Auftrag von Nikon mit ökonomischen Schätzverfahren untersucht, wie stark (potenzielle) Käufer von Kameras in der Schweiz auf Preisänderungen reagieren. Die Ergebnisse zeigen, dass eine Verschlechterung (d.h. Erhöhung) der relativen Preise von Nikon Kameras im Vergleich zu Konkurrenzprodukten in der Tendenz zu einem Nachfragerückgang nach Nikon Kameras führt. Umgekehrt bewirkt eine Verbesserung (d.h. Reduktion) der relativen Preise von Nikon Kameras einen Nachfrageanstieg nach Nikon Kameras. Daraus lässt sich in der Tendenz eine gewisse Preissensitivität der Schweizer Konsumenten ableiten. Allerdings waren die geschätzten Koeffizienten für die relative Preisvariable für einige Nikon Kameras nicht oder nur schwach signifikant. Bei nicht signifikanten Koeffizienten kann die Aussage zum Nachfragerückgang infolge einer relativen Preiserhöhung von Nikon Kameras nicht gemacht werden, da die die Irrtumswahrscheinlichkeit hoch ist ($> 10\%$). Zudem weisen die Schätzungen tiefe Werte für das Bestimmtheitsmass (R^2)¹⁴⁸ auf (i.d.R. < 0.4).

Fazit

478. Auf sämtlichen betrachteten Produktmärkten (Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte) liegt aktueller Interbrand-Wettbewerb vor.

479. Obwohl aktueller Wettbewerb besteht, wird der Vollständigkeit halber auch noch der potenzielle Wettbewerb untersucht.

B.3.2.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren und Markteintritte

480. Bei der Beurteilung der Markteintrittsbarrieren ist zwischen den verschiedenen relevanten Produktmärkten zu unterscheiden. Die befragten Hersteller von Imaging Produkten beurteilen die Markteintrittsbarrieren für die Produktmärkte Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Objektive als mittel bis hoch, jene für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv als insgesamt tief bis mittel. Bei Blitzgeräten sind die Meinungen geteilt: Die Beurteilung der Markteintrittsbarrieren bei Blitzgeräten erstreckt sich von tief bis sehr hoch. Überzeugender ist, dass die Eintrittshürden in den Markt für Blitzgeräte – gerade auch im Vergleich zu den übrigen relevanten Produktmärkten – eher tief sind (vgl. unten). Die Begründungen für diese Einschätzungen lauten wie folgt:

- Digitalkameras mit Wechselobjektiv: Viele Unternehmen z.B. im Bereich der Unterhaltungselektronik würden bereits über einen wesentlichen Teil des Know-how zur Digitaltechnologie verfügen und könnten daher mit einem mittleren zeitlichen und finanziellen Aufwand das restliche Know-how zur Herstellung von digitalen Spiegelreflexkameras erwerben. Dasselbe gelte grundsätzlich auch für den Erwerb des Know-how für die Herstellung

¹⁴⁸ Das Bestimmtheitsmass gibt den Anteil der Varianz einer abhängigen Variablen (hier: die Veränderung der [logarithmierten] Absatzmenge eines bestimmten Produktes) an, der durch die Schätzgleichung erklärt wird (erklärte Streuung). Mit anderen Worten signalisiert das Bestimmtheitsmass die Erklärungskraft eines Modells.

von spiegellosen Kameras mit Wechselobjektiv. Die Eintrittsschranken würden stark davon abhängen, aus welcher Branche das eintretende Unternehmen stamme und welche Vorkenntnisse, Marktposition usw. es mitbringe. Als konkretes Beispiel eines erfolgreichen Markteintritts im Bereich der digitalen Spiegelreflexkameras sei der Hersteller von Unterhaltungselektronik Panasonic zu erwähnen. Panasonic habe im Jahr 2008 mit der Herstellung und dem Verkauf von digitalen Spiegelreflexkameras begonnen und erreichte heute beispielsweise in Japan und Grossbritannien bereits einen Marktanteil von ca. [...] %. In der Schweiz beträgt der Marktanteil von Panasonic [...] % (vgl. Tabelle 3). Der Hersteller Sony ist im Jahr 2006 mit der Übernahme von Minolta in den Markt eingetreten und hält heute einen Marktanteil von [...] % (vgl. Tabelle 3). Im April 2010 habe Sony zudem ihre spiegellose Digitalkamera mit Wechselobjektiv (NEX) eingeführt und mit diesem Produkt in Japan innerhalb von zwei Monaten einen mengenbasierten Marktanteil von ca. [...] % erreicht.

- Digitalkameras ohne Wechselobjektiv: Im Vergleich zum Markt für digitale Kameras mit Wechselobjektiv seien die Markteintrittsbarrieren im Bereich der digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv tiefer. Insbesondere das für die Herstellung von digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv notwendige Know-how sei zeitlich wie auch finanziell einfacher zu erwerben als für Kameras mit Wechselobjektiv. Es ist davon auszugehen, dass die Markteintrittsbarrieren insbesondere für Hersteller von Digitalkameras mit Wechselobjektiven [...] zu überwinden sind. Dies gilt namentlich aufgrund der Möglichkeit, die Produktion oder Teile der Produktion an Erstausrüster auszulagern (vgl. Rz 373). In den letzten Jahren sind denn auch einige Unternehmen in den Markt eingetreten, wie etwa Hyundai, General Electric, Casio, BenQ und Samsung.
- Objektive: Die Entwicklung der Optiktechnologie für die Herstellung von Objektiven erfordere relativ viel Zeit. Immerhin bestehe für ein in diesen Markt neu eintretendes Unternehmen die Möglichkeit, in der Entwicklung des Objektivs mit Drittanbietern zusammenzuarbeiten. Solche Drittanbieter wie Sigma, Tamron oder Tokina würden bereits über die notwendige Technologie verfügen und diese neu eintretenden Unternehmen zur Verfügung stellen. Gesamthaft gesehen seien die Markteintrittsbarrieren für ein Unternehmen, welches nicht bereits im Bereich der Optik tätig sei, als „mittel“ zu bewerten.
- Blitzgeräte: Die Herstellung von Blitzgeräten beruhe auf einer weit weniger aufwändigen Technologie als etwa die Herstellung von Objektiven. Es bestünde eine Vielzahl von Drittanbietern wie Nissin oder Mertz, die Blitzgeräte für digitale Spiegelreflexkameras von Nikon und anderen Kameraherstellern anbieten würden. Gesamthaft betrachtet seien die Markteintrittsschranken im Bereich von Blitzgeräten als [...] einzustufen.

481. Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, welches Ausmass an Wettbewerbsdruck von Parallelimporten von Imaging Produkten aller Herstellermarken – und nicht nur von Nikon Imaging Produkten wie bei der Beurteilung des Intra-brand-Wettbewerbs – auf die relevanten Produktmärkte ausgeht.

Arbitragemöglichkeit und Parallelimporte

482. Die Arbitragemöglichkeiten bei verschiedenen Marken von Imaging Produkten können basierend auf die Antworten der befragten Hersteller wie folgt beurteilt werden: Fujifilm schätzt den Preisunterschied zum Ausland generell auf 20–35 %. Der Generalimporteur von Sigma-Produkten [...] beurteilt den Preisunterschied zum Ausland für Händler von Sigma-Produkten auf 5–10 %, für Endkunden auf 10 %. Olympus schätzt die möglichen Arbitragegewinne für Händler und Endkunden auf 3–5 %. Schliesslich existieren für Händler von Leica-Produkten laut eigenen Angaben infolge einheitlicher Abgabepreise an den Handel keine grossen internationalen Preisunterschiede. Endkunden könnten in den USA infolge der Dollarschwäche aktuell rund 15–20 % (exkl. Mehrwertsteuer) günstiger einkaufen. Nach Berücksichtigung der Mehrwertsteuer, der Bearbeitungsgebühr für die Mehrwertsteuererhebung und des Portos schmelze der Preisvorteil auf ca. 5–7 %. Somit bestehen je nach Herstellermarke Unterschiede hinsichtlich der Arbitragemöglichkeiten.

483. Dementsprechend variiert die Parallelimportquote der Schweizer Händler laut Schätzungen der befragten Hersteller vom tiefen einstelligen Bereich bis zu beträchtlichen 45 % (vgl. Rz 384). Die Schätzung eines Importanteils von 45 % stammt jedoch von einem Hersteller, der seinen Vertrieb in der Schweiz über einen Generalimporteur organisiert hat und insofern eine Ausnahme darstellt. Basierend auf diese Zahlen ist davon auszugehen, dass von Parallelimporten ein gewisser disziplinierender Effekt ausgeht.

Fazit

484. Die Analyse der Markteintrittsbarrieren und erfolgten Markteintritte in den letzten Jahren zeigt, dass die Eintrittsbarrieren je nach Produktmarkt variieren. Generell ist davon auszugehen, dass die Hürden, um in den Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv und Blitzgeräte einzutreten, tiefer sind als für die Märkte Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Objektive. In allen Märkten scheinen die Markteintrittsbarrieren jedoch zumindest für Unternehmen, die im Bereich Optik bereits aktiv sind, überwindbar zu sein. Ferner geht von Parallelimporten von Imaging Produkten verschiedener Hersteller ein gewisser disziplinierender Effekt aus.

B.3.2.2.3.3. Fazit

485. Der auf den relevanten Produktmärkten vorhandene Inter-brand-Wettbewerb reicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – in Kombination mit dem vorhandenen Intra-brand-Wettbewerb – widerlegen zu können.

B.3.2.3. Zwischenergebnis

486. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vor-

handenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Produktmärkte widerlegt werden.

B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

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

B.3.3.1. Qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs

489. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.¹⁴⁹ Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezwecken, als vertikale Gebietsabsprache und als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.¹⁵⁰ Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden Vertikalbekenntmachung 2002.

490. In ihrer jüngeren Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren sind.¹⁵¹ Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert.

491. In casu hat Nikon mit Hilfe von gebietsabschottenden Klauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets im alten Grossistenvertrag, in den „D3S/D3X“- und „NPSP“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) Parallelimporte behindert (vgl. Rz 252). Diesen vertraglichen Verpflichtungen wurde durch Druckausübung seitens Nikon Ländergesellschaften auf ausländische Parallelhändler zusätzlicher Nachdruck verliehen (vgl. Rz 253 ff.). Bei den vorliegenden absoluten Gebietsschutzabreden handelt es sich um qualitativ schwerwiegende Abreden i.S.v. Ziff. 12 Abs. 2 VertBek.

492. Laut Nikon liegt in casu im Wesentlichen aus folgenden Gründen keine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor:

- Die oben zitierte Praxis der WEKO vor Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG würde sich auf Beschrän-

kungen von Querlieferungen in selektiven Vertriebssystemen beziehen. Eine geografische Beschränkung des Bezugsgebiets im offenen Vertrieb – wie er in casu vor Einführung des Selektivvertriebs im September 2009 vorgelegen habe – habe jedoch eine wesentlich geringere „abschottende“ Wirkung als ein Querlieferverbot im Selektivvertrieb. Dies aus folgendem Grund: Die Unterbindung von Querlieferungen zwischen in- und ausländischen zugelassenen Händlern führe dazu, dass im Gebiet Schweiz weder zugelassene noch nicht-zugelassene Händler die Möglichkeit hätten, Parallelimporte zu tätigen. Würden hingegen Vertragshändler in einem offenen Vertrieb im Bezug aus dem Ausland eingeschränkt, so hätten daneben hunderte Händler, die in keinem Vertragsverhältnis mit dem Hersteller (vorliegend Nikon Schweiz) stehen würden, die Möglichkeit, uneingeschränkt Parallelimporte zu tätigen. Gleichzeitig könnten auch Vertragshändler an Parallelimporte gelangen, indem sie diese von den Händlern ohne Vertrag erwerben würden. Entsprechend dürfe im vorliegenden Fall nicht von einer per se qualitativen Erheblichkeit ausgegangen werden.

- Diese Auffassung werde auch durch den Wortlaut von Ziff. 12 VertBek gestützt: Nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek 2007 gelte als qualitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs die „geografische Beschränkung des Absatzgebiets“. Auch Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek 2010 spreche nur von Verkaufsausschlussabreden, nicht von Bezugsbeschränkungsabreden. Somit seien letztere Abreden auch nach der Vertikalbekenntmachung 2010 zu Recht nicht als qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu betrachten.

493. Diese Vorbringen von Nikon stossen aus folgenden Gründen ins Leere:

- Entgegen den Vorbringen von Nikon konnten auch Schweizer Händler ohne Vertrag mit Nikon während der Abrededauer nicht uneingeschränkt im Ausland einkaufen, weil sich ausländische Händler in einigen Ländern – darunter Deutschland als bedeutendste Handelsnation der Schweiz – vertraglich verpflichteten, keine Lieferungen in die Schweiz zu tätigen (vgl. Rz 252). Diesen vertraglichen Verpflichtungen wurde durch die Druckausübung seitens der Nikon Ländergesellschaften auf ausländische Parallelhändler zusätzlicher Nachdruck verliehen (vgl. Rz 253 ff.). Auch ein Bezug bei ausländischen Händlern, welche nicht zum Vertrieb zugelassen waren und somit in keinem Vertragsverhältnis mit Nikon standen, wurde von Nikon behindert (vgl. Rz 230).

¹⁴⁹ RPW 2000/2, 209 Rz 50, *Volkswagen Vertriebssystem*.

¹⁵⁰ RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., *Système de distribution Citroën*.

¹⁵¹ Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba*.

Schliesslich ist zwar nicht auszuschliessen, dass Vertragshändler in der Schweiz von inländischen Händlern, die nicht in einem Vertragsverhältnis mit Nikon Schweiz standen, inoffizielle Ware kaufen konnten. Allerdings dürfte dies – wenn überhaupt – nur zu einem höheren Preis möglich gewesen sein, da der Parallelimporteur eine Marge für sich einbehält;

- Die von Nikon zitierte ehemaligen Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek 2007 hielt fest, dass die „direkte oder indirekte Beschränkung des geografischen Absatzgebietes“ eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Geografische Bezugsbeschränkungen in inländischen Verträgen führen zu einem indirekten Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz während Exportverbote in Verträgen ausländischer Händler zu einem direkten Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz führen (vgl. Rz 222). In solchen Fällen lag gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek 2007 eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Gegenstandes vor. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 2010 spricht in solchen Fällen von einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung. Vorliegend stützt sich die WEKO auf die Vertikalbekenntmachung 2010 (vgl. Fn 25).

B.3.3.2. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

494. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;¹⁵² d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen (top-down). Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.¹⁵³ Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht (bottom-up). Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt, um die Frage der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).¹⁵⁴

495. Damit gilt für die sanktionierbaren „harten“ vertikalen Abreden dasselbe Prinzip wie für „harte“ horizontale Abreden:¹⁵⁵ Der Gesetzgeber hat mit der Unterstellung der drei „harten“ Typen von horizontalen Abreden unter den Vermutungstatbestand sowie unter die Sanktionierbarkeit eine erste Auswahl der schädlichsten Abredetypen getroffen. Mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im Jahr 2003 hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen (vgl. Rz 496) als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.¹⁵⁶ Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden.

496. Die in quantitativer Hinsicht geringen Anforderungen bei Vorliegen „harter“ (vertikaler und horizontaler) Abreden rechtfertigt sich insbesondere vor dem Hintergrund der europäischen Praxis, gemäss welcher die konkreten Auswirkungen einer Kernbeschränkung (vgl. Rz 205) nicht im Einzelnen berücksichtigt werden müssen: Kernbeschränkungen werden unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht von der de minimis-Bekenntmachung¹⁵⁷ gedeckt. Dementsprechend brauchen die konkreten Auswirkungen einer abgestimmten Verhaltensweise, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, nach ständiger Praxis des EuGH nicht berücksichtigt zu werden.¹⁵⁸ Für den wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, wenn die abgestimmte Verhaltensweise das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Demgemäss muss die abgestimmte Verhaltensweise

¹⁵² Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

¹⁵³ RPW 2009/2, 143 ff, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff.; *Gaba*; RPW 2010/4, 649 ff.; *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

¹⁵⁴ Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: « *En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets.* » RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*.

¹⁵⁵ RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹⁵⁶ Vgl. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, S. 214 Rz 445 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 8 f.

¹⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV) nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368 vom 22.12.2001, 13 ff.

¹⁵⁸ Urteil des EuGH vom 13.7.1966 verb. C-56/64 und 58/64 *Consten und Grundig*, Slg. 1966 322, 390; Urteil des EuGH vom 21.9.2006 C-105/04 *P-Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, Slg. 2006 I-8725; Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Beef Industry und Barry Brothers*, Slg. 2008 I-8637 Rz. 16; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 29 f.

also lediglich konkret geeignet sein, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen.¹⁵⁹ Somit ist in der EU die Einzelfreistellung vom Kartellverbot lediglich basierend auf eine Effizienzrede der Unternehmen (Art. 101 Abs. 3 AEUV) möglich, wobei die Beweislast den Unternehmen obliegt.

497. Im vorliegenden Fall zeigte die Wettbewerbsanalyse, dass die Unzulässigkeitsvermutung mit dem bestehenden Intra- und Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Produktmärkte widerlegt werden kann (vgl. Rz 386 ff.). Hinsichtlich des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs wird in Erinnerung gerufen, dass dieser steigerungsfähig war (vgl. Rz 458 ff.). Ausdruck hiervon ist die Tatsache, dass Händler Einsparungen bei den Beschaffungspreisen nicht einmal teilweise an ihre Kunden weitergeben mussten.

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

499. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, in einer Gesamtbeurteilung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf die relevanten Produktmärkte. Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.¹⁶⁰

Marktstellung von Nikon Imaging Produkten

500. Die Marke Nikon ist im Markt stark positioniert. Laut Markenstudien von Nikon gehört [...] Marken im Bereich Digitalkameras im Schweizer Markt. Ein Händler gab in diesem Zusammenhang an, dass es infolge der Stärke der Marke Nikon schwierig sei, Nikon Imaging Produkte ohne „Swiss Garantie“ (vgl. Rz 292) trotz Preisabschlag erfolgreich zu verkaufen. Bei schwächeren Konkurrenzmarken würde dies funktionieren. Bei Nikon handelt es sich somit um eine wohlbekannteste Marke, welche im Markt stark positioniert ist.

Marktanteile

501. Die Marktanteile von Nikon liegen auf dem Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv zwischen [0–20] %, auf dem Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [30–50] %, auf dem Markt für Wechselobjektive zwischen [10–20] % und auf dem Markt für Blitzgeräte zwischen [20–40] % (vgl. Tabellen 2–5, Rz 462). Mit diesen Marktanteilen gehört Nikon in allen relevanten Produktmärkten zu den [...] wichtigsten Wettbewerbern.

Preisunterschiede zum Ausland

502. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung von Parallelhandel zu beeinträchtigen, sind internationale Preisunterschiede.¹⁶¹ Deshalb wird im Rahmen der quantitativen Erheblichkeitsprüfung untersucht, ob während dem Untersuchungszeitraum Preisdifferenzen zum Ausland bestanden, deren Ausnutzung infolge der vorliegenden Gebietsschutzabreden nicht oder nur eingeschränkt möglich war.

503. Die Analyse internationaler Unterschiede der Einstandspreise auf Gross- und Retailhandelsebene basierend auf die SAP Rechnungsdaten von Nikon der jeweils fünf umsatzstärksten Produkte pro Produktmarkt zeigte, dass die Rechnungspreise an Gross- und Retailhandel von Nikon Schweiz im europäischen Durchschnitt liegen. Dennoch konnten in allen relevanten Märkten Produkte mit einem Arbitragepotenzial identifiziert werden. Dabei ist zu beachten, dass der basierend auf SAP Rechnungsdaten durchgeführte internationale Preisvergleich nicht das gesamte Preisspektrum abdeckt, da es sich um einen Vergleich von Durchschnittspreisen der jeweils fünf umsatzstärksten Produkte in jedem Produktmarkt handelt. Wird anstelle des Vergleichs der durchschnittlichen Einstandspreise der Gross- und Retailhändler das Arbitragepotenzial von einzelnen Händlern betrachtet, lassen sich internationale Preisdifferenziale von bis zu rund 50 % (vgl. Tabellen 1 Anhang E.1 und E.2, Rz 387 ff.) feststellen. Bei solchen Preisdifferenzen haben die Händler mit Sicherheit einen Anreiz, Parallelimporte zu tätigen. Laut interner E-Mail Korrespondenz von Nikon reichen bereits Preisunterschiede von mehr als 5 %, um Parallelhandel auszulösen (vgl. Rz 400). Die beschlagnete E-Mail Korrespondenz zeigt ebenfalls, dass es für Schweizer Händler im Untersuchungszeitraum attraktiv war, Produkte aus allen relevanten Produktgruppen aus dem Ausland zu beziehen (vgl. Rz 428).

504. Das durchschnittliche Arbitragepotenzial der Schweizer Endkunden im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv lag im Beobachtungszeitraum höher als jenes der Distributoren und Retailhändler in der Schweiz (vgl. Rz 427). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die internationalen Preisdifferenzen auf Endkundenstufe laut einer im Auftrag von Nikon durch BAKBASEL durchgeführten Studie bei Nikon Kameras in den allermeisten Fällen in einem ähnlichen Rahmen bewegen wie die Preisdifferenzen der Kameras anderer Hersteller. In den Jahren 2007 bis 2009 liessen sich laut der Studie sogar mehr Fälle identifizieren, wo die Preisdifferenz bei Nikon Kameras kleiner sei als bei den anderen Kameras (vgl. vorne Rz 424 f.). Im Fokus stehen hier jedoch die Einstands-

¹⁵⁹ Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz. 31; Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV), ABl. 2004 C 101/97, Rz 21.

¹⁶⁰ Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba*.

¹⁶¹ Nebst Preisunterschieden kann auch die mangelnde Verfügbarkeit von gewissen Produkten Anreiz zu Parallelhandel geben (vgl. Rz 513 f.).

preise der Händler, da die beanstandeten Massnahmen von Nikon auf die Behinderung von Parallelimporten durch Grosshändler und Retailer abzielten. Für eine mögliche Behinderung von Direktimporten durch Endkunden (etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen, vgl. Rz 442, fünfter Punkt) gab es in der Untersuchung keine genügend glaubhaften Anhaltspunkte (vgl. Rz 439 und 443, dritter Punkt).

Auswirkungen auf die relevanten Produktmärkte

a) Massnahmen von Nikon zur Behinderung von Parallelimporten

505. Das oben festgestellte Arbitragepotenzial wurde von Schweizer Händlern teilweise ausgenutzt (vgl. Rz 452). Der damit verbundene bescheidene Umfang der Importtätigkeiten der Schweizer Händler (vgl. Rz 430 ff.) weist darauf hin, dass die geografischen Bezugsbeschränkungen in inländischen Verträgen und die Exportverbote für Händler ausserhalb des Vertragsgebiets entgegen den Vorbringen von Nikon nicht tote Buchstaben waren. Solche vertraglichen Verpflichtungen haben infolge des Grundsatzes *pacta sunt servanda* in aller Regel Auswirkungen auf das Import- und Exportverhalten der Vertragshändler. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parallelhandelstätigkeiten bedeutender ausgefallen wären und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten (vgl. Rz 451 f.). Diese Vertragsklauseln wurden in casu durch unterstützende Massnahmen begleitet (vgl. beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz, Rz 270 ff.), welche die Identifikation ausländischer Parallelhändler über Seriennummern – welche durch Testkäufe oder mit Hilfe von Schweizer Händlern im Markt erhoben wurden – und anschliessende Druckausübung auf Parallelhändler via anderen Nikon Ländergesellschaften umfassten.

506. Es ist zu bezweifeln, dass ein gewinnmaximierendes Unternehmen die mit diesen Massnahmen verbundenen Aufwendungen tätigen würde, wenn sie keinen Effekt auf die relevanten Produktmärkte hätten.

b) Reduktion der Einstandspreise nach Aufhebung des absoluten Gebietsschutzes

507. Im Laufe des Jahres 2009 schienen diese Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Der Druck aus Parallelhandelstätigkeiten wurde offenbar genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon den alten Grossistenvertrag mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig führte Nikon die erweiterte „Swiss Garantie“ ein, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Imaging Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Der Preis hierfür waren preisliche Zugeständnisse an [...], welche die bestehenden Arbitragepotenziale beseitigten. In der Folge tätigte [...] keine Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten mehr.

508. Ein Rückgang der Verkaufspreise von Nikon an den Schweizer Handel nach Herbst 2009 wurde von weiteren Händlern bestätigt: Laut [...] seien die Bezugspreise im Jahr 2010 im Ausland nicht mehr attraktiv gewesen, da Nikon die Bezugspreise im Inland gesenkt habe. Zudem machte [...] geltend, dass das vorher vorhandene Arbitragepotenzial im Jahr 2010 nicht mehr bestanden habe. Als Grund hierfür wurden nicht tiefere Bezugspreise in der Schweiz, sondern schlechtere Bezugspreise im Ausland genannt. Schliesslich erhielt auch der Grosshändler [...] nach Aufnahme ins selektive Vertriebssystem im Sommer 2011 so tiefe Einstandspreise, dass sich ein Parallelimport nicht mehr lohnte.

509. Die Tatsache, dass die Bezugspreise nach der Strategieänderung gesunken sind, lässt darauf schliessen, dass es Nikon vorher gelungen war, den Schweizer Markt mit Hilfe der hier beanstandeten Vertragsklauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) und der Druckausübung auf ausländische Parallelhändler abzuschotten. Diese Gebietsabschottung hat dazu beigetragen, dass die Preise auf einem im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhten Niveau gehalten werden konnten.

c) Strukturbruchanalyse

510. Das Sekretariat verwendete GfK-Daten der durchschnittlichen Endverkaufspreise von Kompaktkameras und Digitalkameras mit Wechselobjektiv für die Jahre 2007 bis 2010, um zu untersuchen, ob in der Periode zwischen September 2009 (nach Einführung des Programms Nikon „Swiss Garantie“ und des Selektivvertriebs) bis Januar 2010 (nach der Vereinbarung mit [...]) ein preislicher Strukturbruch und somit eine Strategieänderung von Nikon zu identifizieren waren. Anhand von Strukturbruchttests können in einer Datenreihe allfällige ungewöhnliche Veränderungen in der Entwicklung der Daten identifiziert werden. Ein Strukturbruch liesse darauf schliessen, dass sich die Preise aufgrund gewisser Faktoren – wie etwa der Aufhebung des absoluten Gebietsschutzes im Herbst 2009 – stärker verändert (sprich: reduziert) haben als gemäss dem Trend in der Preisentwicklung erwartet würde.

511. Zur Analyse des Vorliegens eines Strukturbruchs führte das Sekretariat den in der Fachliteratur¹⁶² anerkannten sog. (prognostischen) Chow-Test durch. Im Auftrag von Nikon ergänzte BAKBASEL die Chow-Tests mit alternativen Verfahren der Strukturbruchanalyse (Recursive Estimates, Cumulative Sum-Tests). Die verschiedenen Testverfahren haben aufgezeigt, dass im Hinblick auf einen vermuteten Strukturbruch in der Periode zwischen September 2009 und Januar 2010 keine eindeutigen Schlussfolgerungen gezogen werden können. Mit anderen Worten konnte auf Basis der Gesamtheit der Strukturbruchttests die Aussage, wonach Nikon in der Periode zwischen September 2009 (nach Einführung des „Swiss Garantie“ Programms und des Selektivvertriebs) und Januar 2010 (nach der Vereinbarung mit

¹⁶² Vgl. dazu z.B. LUDWIG VON AUER, *Ökonometrie – Eine Einführung*, 4. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg 2007, 311 ff.

[...] ihre Preisstrategie geändert und damit das Niveau der Endverkaufspreise beeinflusst hat, nicht gestützt werden. Somit gelang es nicht, mit Hilfe der Strukturbruchanalyse allfällige Auswirkungen der Abreden nachzuweisen.

512. Zur Analyse der Preisdynamik untersuchte BAKBASEL im Auftrag von Nikon zusätzlich, inwieweit die Preisbewegungen von Nikon Kameras im Zeitraum Januar 2008 bis Dezember 2010 mit der Preisentwicklung von Konkurrenzprodukten nachvollzogen werden können. BAKBASEL kam zum Schluss, dass die Entwicklung der Durchschnittspreise der betrachteten neun Nikon Kameras zu einem grossen Teil mit der allgemeinen Marktentwicklung (sprich: der Preisentwicklung von Konkurrenzprodukten) erklärt werden kann. Dies spricht dafür, dass bei den betrachteten neun Kameras marktbezogene Faktoren oder die allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einen hohen Einfluss auf die Preisentwicklung hatten. Dies ist nicht weiter erstaunlich und wird in casu auch nicht in Abrede gestellt. Aus dem Resultat darf jedoch nicht geschlossen werden – und das tut die Studie auch nicht –, dass die vorliegenden Gebietschutzabreden keinen Einfluss auf das Preisniveau in der Schweiz gehabt hätten.

d) *Künstliche Einschränkung des Angebots in der Schweiz*

513. Gebietsabschottende Klauseln können nicht nur den Wettbewerbsparameter Preis beeinflussen, sondern auch die Auswahl an Produkten reduzieren. So können solche Klauseln dazu führen, dass Produkte, die in der Schweiz im Gegensatz zum Ausland (zeitweilig) nicht im Angebot sind, nicht im Ausland beschafft werden können. Dies verringert die Auswahlmöglichkeiten der Schweizer Konsumenten und somit die Konsumentenwohlfaht.

514. Im vorliegenden Fall fanden auch Behinderungen von Parallelhandel statt, der vermutlich weniger durch tiefere Preise im Ausland, sondern vielmehr durch mangelnde Verfügbarkeit der Ware in der Schweiz zu begründen war: An der Anhörung vom 5. September 2011 erklärten Vertreter von Nikon die in Rz 276 zitierte E-Mail – in welcher Nikon Deutschland von Nikon Schweiz aufgefordert wird, gegen einen deutschen Grossisten vorzugehen, der parallel in die Schweiz geliefert hat – mit dem Argument, dass es sich hierbei um die damals meistverkaufte Kompaktkamera gehandelt habe, bei der Nikon Schweiz zum damaligen Zeitpunkt seit Monaten in Lieferrückstand (sog. „Backorder Situation“) an einen wichtigen Kunden gewesen sei. Auch die in Rz 279 aufgeführte E-Mail, mit welcher Nikon Schweiz intern informierte, dass Nikon Deutschland die Lieferungen an Digitec blockieren werde, wurde anlässlich der Anhörung mit einer „Backorder Situation“ begründet. Solche Massnahmen behinderten den Parallelimport von Produktvarietäten, die Nikon Schweiz (vorübergehend) nicht liefern konnte. Damit wurde die Angebotsvielfalt im Schweizer Handel künstlich eingeschränkt oder zumindest zeitlich verzögert.

e) *Zwischenfazit*

515. Im Laufe des Jahres 2009 schienen die Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel (gebietsab-

schottende Klauseln und Druckausübung auf Parallelhändler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets) nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Offenbar wurde der Druck aus Parallelhandelstätigkeiten genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon die alten Grossistenverträge mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig führte Nikon die erweiterte „Swiss Garantie“ ein, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Imaging Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Hierfür musste Nikon Schweiz die Bezugspreise senken. In der Folge verzichtete [...] – wie auch andere Händler – mangels Arbitragepotenzial auf Parallelhandel.

516. Die Tatsache, dass die Bezugspreise nach der Strategieänderung gesunken sind, lässt darauf schliessen, dass es Nikon vorher gelungen war, den Schweizer Markt mit Hilfe der hier beanstandeten Vertragsklauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) und der Druckausübung auf ausländische Parallelhändler abzuschotten. Diese Gebietsabschottung hat dazu beigetragen, dass die Preise auf einem im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhten Niveau gehalten und die Angebotsvielfalt künstlich beschränkt wurden. Somit ist erstellt, dass die Abreden zumindest im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 Auswirkungen auf die relevanten Märkte zeitigten.

Fazit

517. Gestützt auf die Ergebnisse der Analyse des vorhandenen Intra- und Interbrandwettbewerbs sowie basierend auf einer Gesamtschau der dargelegten Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absoluten Gebietschutzabreden auf den relevanten Produktmärkten auch quantitative Auswirkungen zeitigten.

B.3.3.3. Fazit

518. Die gebietsabschottenden Vertragsklauseln (die Bezugsbeschränkung im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie die Exportverbote in den ausländischen Vertriebsverträgen) beeinträchtigen den Wettbewerb auf den relevanten Produktmärkten qualitativ schwerwiegend. Bei solchen Abreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX und Ziff. 12 Abs. 1 VertBek). Diese Anforderungen werden mit den oben festgestellten quantitativen Auswirkungen der Abreden auf den relevanten Produktmärkten erfüllt.

519. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absoluten Gebietschutzabreden zwischen Nikon und ihren Abredepartnern im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führten.

B.3.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

520. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

521. Im Falle einer absoluten Gebietsschutzabrede gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Ein möglicher Rechtfertigungsgrund für einen temporären absoluten Gebietsschutz könnte ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte darstellen (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek).¹⁶³ Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall eines Trittbrettfahrerverhaltens von Vertriebshändlern.¹⁶⁴

522. Die Intuition dieses Rechtfertigungsgrundes ist den europäischen Vertikal-Leitlinien zu entnehmen:

„Ein Händler, der als Erster eine neue Marke verkauft oder als Erster eine bestehende Marke auf einem neuen Markt verkauft, so dass von einem echten Eintritt in den relevanten Markt gesprochen werden kann, muss möglicherweise beträchtliche Mittel aufwenden, wenn für das betreffende Produkt im Allgemeinen oder für das betreffende Produkt von diesem Hersteller vorher keine Nachfrage bestand. Diese Aufwendungen gehen häufig verloren, so dass es durchaus möglich ist, dass ein Händler die Vertriebsvereinbarung nicht schliessen würde, wenn er nicht für einen bestimmten Zeitraum vor (aktiven und) passiven Verkäufen durch andere Händler in sein Gebiet oder an seine Kundengruppe geschützt wird.“¹⁶⁵

523. Wenn der Händler bedeutende Investitionen tätigen muss, um den neuen Markt zu erschliessen, darf in der EU in der Regel ein absoluter Gebietsschutz für die Dauer von zwei Jahren implementiert werden.¹⁶⁶

524. Bei den Produktneuheiten, die Nikon im untersuchungsrelevanten Zeitraum auf den Markt gebracht hat, kann nicht von einem „echten Eintritt“ in den relevanten Markt gesprochen werden, welcher einen temporären absoluten Gebietsschutz rechtfertigen könnte: Erstens ist die Marke Nikon in der Schweiz seit vielen Jahren etabliert (vgl. Rz 500). Mit anderen Worten ist Nikon weder eine neue Marke noch eine Marke, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum neu in der Schweiz verkauft wurde. Zweitens handelt es sich bei den Neuheiten um neue Produktvarietäten in Produktgruppen, welche Schweizer Händler von Nikon Imaging Produkten ohnehin schon im Sortiment führten. In solchen Fällen müssen vom Händler für die Markterschliessung keine schutzwürdigen Investitionen getätigt werden. Schweizer

Händler würden sich aufgrund der Notwendigkeit solcher Investitionen denn auch kaum weigern, mit Nikon eine Vertriebsvereinbarung für das neue Produkt zu schliessen, wenn Nikon ihnen hierfür keinen temporären absoluten Gebietsschutz gewähren würde. Drittens ist Nikon in der Schweiz durch eine konzerneigene Tochtergesellschaft vertreten, welche den Markt bei Produktneuheiten entsprechend bearbeiten kann. In diesem Fall sind schutzwürdige Investitionen weniger wahrscheinlich als in einem Vertriebssystem, in welchem ein unabhängiger Generalimporteur die Markteinführung übernimmt.

525. Nebst dem zeitlich begrenzten Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte sind für den vorliegenden absoluten Gebietsschutz keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich. Somit kann der absolute Gebietsschutz, den die Abredepartner auf den Produktmärkten Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräten umgesetzt haben, nicht gerechtfertigt werden.

B.3.5. Ergebnis

526. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum folgenden Ergebnis:

- Die folgenden Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe führen resp. führten zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener in Liechtenstein) in die Schweiz und stellen resp. stellten somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar:
 - Händlerverträge Distributor zwischen Nikon AG und den Grossisten [...] (Verträge im Herbst 2009 aufgehoben);
 - Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkameras D3S sowie D3X in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
 - Händlerverträge Nikon Professional Dealer zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
 - Händlerverträge Grosshandel sowie Händlerverträge Einzelhandel zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern;

¹⁶³ Vgl. Urteil des EuGH vom 30.6.1966 Rs. 56/65 *Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 282; Urteil des EuGH vom 9.7.1969 Rs. 5/69 *Voelck / Verweacke*, Slg. 1969, 295.

¹⁶⁴ Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 107 Bst. b; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2004, 313 ff.; LESTER G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, 86-105; BENJAMIN KLEIN, KEVIN M. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, *Journal of Law and Economics*, 1988, Vol. 31(2), 265-297.

¹⁶⁵ Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 61.

¹⁶⁶ Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 61.

- „Retail Dealer Sales Agreements“ sowie „Internet Dealer Sales Agreements“ zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA;
- „Distributor's Agreements“ zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien;
- Distributorship Agreement zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...];
- Resale Agreements zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen;
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Produktmärkten widerlegt werden;
- Die absoluten Gebietsschutzabreden beeinträchtigen den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG auf allen relevanten Produktmärkten erheblich;
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.

527. Es ist an der Nikon AG resp. der Nikon Gruppe, die zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids immer noch geltenden vorgenannten Vertriebsverträge im Sinne der Erwägungen mit dem schweizerischen Kartellgesetz in Übereinstimmung zu bringen. Es liegt letztlich in ihrer eigenen Verantwortung, die Konsequenzen einer Beibehaltung der unzulässigen Vertragsklauseln zu tragen. Inskünftige Widerhandlungen gegen das Kartellgesetz sind ausdrücklich mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bedroht.

B.4. Sanktionierung

B.4.1. Allgemeine Ausführungen

B.4.1.1. Einleitung

528. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.¹⁶⁷

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

B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

B.4.1.2.1. Unternehmen

530. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen ausgehen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.¹⁶⁸ Nikon und ihre in- und ausländischen Abredepartner sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren (vgl. Rz 72).

B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise

531. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.¹⁶⁹ Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen zu erfüllen:¹⁷⁰ (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (2) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

532. Die vorangehende Prüfung hat ergeben, dass die vertraglichen Bezugsbeschränkungen in den Vertriebsverträgen von Nikon mit ihren schweizerischen Vertragspartnern, die expliziten Exportverbote in den Vertriebsverträgen in Deutschland, Österreich, Ungarn, Slowenien und den USA sowie die impliziten Exportverbote in den Vertriebsverträgen von Grossbritannien, Polen und Griechenland im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen (Rz 252) – je einzeln für sich und im Bündel – den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Die Prüfung der Auswirkungen der genannten Abreden hat ergeben, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, der Wettbewerb auf den relevanten Märkten aber erheblich beeinträchtigt wurde. Folglich handelt es sich bei den genannten Abreden um unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. Damit sind die beiden vorgenannten Voraussetzungen für die Sanktionierung erfüllt.

533. Nikon ist der Auffassung, dass Vertikalabreden, welche von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, nur dann direkt sanktioniert werden können, wenn die Beseitigungsvermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht widerlegt werden kann.

534. Die Frage, ob Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG auch dann sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ist umstritten.¹⁷¹ Gemäss Praxis

¹⁶⁷ Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2033 ff.

¹⁶⁸ Vgl. anstelle vieler JÖRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 49a N 6, und PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8.

¹⁶⁹ Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2036 f.

¹⁷⁰ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

¹⁷¹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 6, m.w.N.

der WEKO ist die Frage zu bejahen: Weil Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergibt, ist die Sanktionierbarkeit unabhängig davon gegeben, ob der Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.¹⁷² Das Bundesgericht hielt fest, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.¹⁷³ Damit werden sowohl jene Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, die den Wettbewerb vollständig beseitigen, als auch jene, die ihn erheblich beeinträchtigen. Zudem ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt.¹⁷⁴ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.¹⁷⁵

B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit

535. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt.¹⁷⁶ Demenstprechend vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist.¹⁷⁷

536. Nikon macht geltend, dass die Unschuldsvermutung und das Schuldprinzip gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK auf direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG Anwendung finden. Es wird vorgebracht, die Bewirkung von absolutem Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG könne sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden. Der Sorgfaltsmassstab für eine fahrlässige Verletzung einer kartellrechtlichen Bestimmung sei dabei entgegen der Auffassung der WEKO nicht ein objektiver, sondern ein subjektiv-individueller. Weiter ergebe sich aus dem Schuldprinzip, dass sich eine Partei in einem Rechtsirrtum befinden könne.

537. In der Lehre sind die Meinungen geteilt: Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen ihrer rein verwaltungsrechtlichen Natur kein Verschulden voraussetzen. Auf der anderen Seite wird argumentiert, aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Verwaltungssanktionen würden diese ein Verschulden voraussetzen.¹⁷⁸

538. In ihrer bisherigen Praxis zu Art. 49a Abs. 1 KG¹⁷⁹ nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht *ausschliesslich* auf objektive Kriterien gestützt werden darf, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind.¹⁸⁰ Die REKO/WEF hat die Frage der Notwendigkeit des Verschuldens in diesem Entscheid jedoch offengelassen. Dennoch prüfte die WEKO den Aspekt in der Vergangenheit unter dem Titel der Vorwerfbarkeit.¹⁸¹ Gemäss Praxis der WEKO liegt Vorwerfbarkeit dann vor,

wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.¹⁸²

539. Vorliegend hat die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz folgende Massnahmen ergriffen, um Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten in die Schweiz zu behindern:

- Im alten Grossistenvertrag (vgl. Rz 99), in den Vertriebsverträgen D3S und D3X (vgl. Rz 107) und im „NPSD“-Vertrag (vgl. Rz 112) waren bzw. sind Bezugsbeschränkungen enthalten, mit denen (passive) Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen wurden bzw. werden. Beweise, dass Parallelimporte in die Schweiz effektiv behindert wurden, sind in der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz enthalten (Rz 253 ff., insb. 262, 279, 280). Die vertraglichen Bezugsverbote stellen unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG dar.
- In den Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe in Deutschland (Rz 119), Österreich (Rz 124), Slowenien (Rz 124), Ungarn (Rz 124) und den USA (Rz 143) befinden sich explizite Exportverbote, die (passive) Verkäufe in die Schweiz ausschliessen

¹⁷² Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*, RPW 2010/1, 108 Rz 332 *Gaba*.

¹⁷³ BGE 135 II 60, S. 63, E. 2.1.

¹⁷⁴ Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2037.

¹⁷⁵ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Kartellgesetz*, Bern 2007, Art. 49a Rz 8.

¹⁷⁶ Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2034. Schon die Botschaft KG 1994 (Fn 16) hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft KG 1994, 153).

¹⁷⁷ Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, 152 Rz 35, *BNP/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *X/C-AG und D-AG*, und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., insb. 589, sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, 515 ff.

¹⁷⁸ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 170), Art. 49a KG N 10, m.w.N.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 334, *Gaba*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 393, *Terminierung Mobilfunk*.

¹⁸⁰ Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., *Rhône-Poulenc/Merck*.

¹⁸¹ Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 333, *Gaba*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 391, *Terminierung Mobilfunk*.

¹⁸² RPW 2010/1, 65 Rz 334, *Gaba*.

(vgl. Rz 116 ff. und 147). In den Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe in Grossbritannien (Rz 126), Griechenland (Rz 134) und Polen (Rz 130) befinden sich Vertragsklausen, die in Kombination mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz als Exportverbot in die Schweiz verstanden werden können (implizites Exportverbot, vgl. Rz 116 ff. und 147). Die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz hat Unternehmen der Nikon Gruppe im Ausland beigezogen, um Parallelexporteure von weiteren Verkäufen in die Schweiz abzuhalten (siehe oben Rz 270 ff. insb. Rz 272 a und b, 273, 283 und 286). Die expliziten Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe stellen für sich alleine unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG dar. Die impliziten Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe sind im Zusammenhang mit weiteren durch die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz ergriffenen Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz ebenfalls als unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren.

540. In Bezug auf die Frage, ob sich die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz bewusst war, dass dieses Verhalten den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist zunächst Folgendes festzuhalten: Nikon ist ein weltweit tätiges Unternehmen. Daher muss der Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz die wettbewerbsrechtliche Problematik der Behinderung von Parallelimporten bekannt gewesen sein, zumal eine Behinderung von Parallelimporten namentlich auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig ist. Auf jeden Fall darf von einem Unternehmen in der Grösse von Nikon erwartet werden, dass es sich in umfassender Weise über die Tragweite seines Handelns informiert und namentlich wettbewerbsrechtliche Risiken abklärt bzw. abklären lässt.

541. Vorliegend geht aus den bei Nikon beschlagnahmten Akten hervor, dass sich die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz mit der kartellrechtlichen Problematik der Behinderung von Parallelimporten auseinandergesetzt hat. Aus anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumenten geht hervor, dass [...] Nikon zum Thema Parallelimporte und Kartellrecht Rechtsberatung eingeholt hat. Das entsprechende rechtsanwaltliche Memorandum vom 6. Oktober 2008 ging allerdings in Bezug auf die vorliegende kartellrechtliche Problematik nicht in der notwendigen Tiefe ein. Der Gutachter hält zunächst fest: „Damit ein Vorgehen gegen Parallelimporte als kartellrechtswidrig qualifiziert werden kann, müssen im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 5 oder Art. 7 KG erfüllt sein.“ Anschliessend zitiert der Gutachter Art. 5 Abs. 4 KG und begnügt sich mit folgender Einschätzung: „Sofern der Patentinhaber selber die Produkte im Inland wie auch im Land der Inverkehrsetzung der geschützten Produkte vertreibt, greift diese Bestimmung nicht, da sie sich nur auf (vertikale) Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen bezieht.“ Weiter wird nicht auf mögliche Probleme im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 KG eingegangen. Insbesondere werden die Vertriebsverträge von Nikon nicht auf unzulässige Klauseln hin untersucht. Daraus dürfte selbst für den

Laien ersichtlich sein, dass sich das Gutachten nicht in der erforderlichen Tiefe mit der Problematik von Parallelimportbeschränkungen im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 KG befasst hat. Der Gutachter schreibt denn auch: „Aufgrund meines heutigen Wissensstandes nehme ich an, dass der Einrede der Kartellrechtswidrigkeit des Einfuhrverbots kein Erfolg beschieden wäre.“

542. Aus den bei Nikon beschlagnahmten Akten wird also ersichtlich, dass sich die Geschäftsleitung Nikon Imaging Schweiz der kartellrechtlichen Problematik der Behinderung von Parallelimporten zwar bewusst war, sie aber dennoch weder die erforderlichen rechtlichen Abklärungen eingeholt noch die notwendigen Massnahmen ergriffen hat. Aus diesen Gründen scheidet ein Rechtsirrtum, dessen Vorliegen gemäss Nikon zu prüfen sei (Rz 536), vorliegend aus. In der einschlägigen Literatur wird nämlich die Auffassung vertreten, dass ein Rechtsirrtum – im Kartellgesetz wie im übrigen Recht – selten besteht.¹⁸³ Vorstellbar sei ein Rechtsirrtum aufgrund von (falschen) Auskünften durch Behörden oder wenn die zuständigen Behörden den fraglichen Sachverhalt dulden würden. Nicht allgemein beantworten lasse sich die Frage, was im Hinblick auf die Auskunft von Rechtsanwältin gelte. Eine rechtliche Abklärung von Sachverhalten scheine anzuzeigen, dass der Täter an der Rechtmässigkeit des eigenen Verhaltens gezweifelt habe. Dies greife allerdings zu kurz. Wenn die relevanten Rechtsfragen von komplexer Natur seien (was im Wettbewerbsrecht regelmässig zutreffen werde), so zeige die Abklärung, dass sich der Täter bemüht habe, rechtskonform zu handeln. Stelle er auf die Auskünfte eines Rechtsberaters ab, der den fraglichen Sachverhalt umfassend geprüft habe, so könne (und werde) ihm das Unrechtsbewusstsein durchaus fehlen. Fraglich sei primär, ob die Rechtsfragen vollständig und umfassend abgeklärt worden und die entsprechenden Empfehlungen tatsächlich eingehalten worden seien.¹⁸⁴

543. Wäre der vorliegende Sachverhalt tatsächlich vollständig und umfassend abgeklärt worden, hätten die Vertriebsverträge von Nikon in einer Art und Weise angepasst werden müssen, dass passive Verkäufe in die Schweiz durch gebietsfremde Vertriebspartner möglich sind. Jedenfalls bestehen vorliegend keine Hinweise, dass Nikon in Bezug auf den vorliegend relevanten Sachverhalt rechtliche Beratung erhalten hat, die einen Rechtsirrtum zu begründen vermöchte.

544. Zusammenfassend hat die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz vertragliche Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) implementiert und umgesetzt. Darüber hinaus hat sie vertragliche Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe, die zum Ausschluss (passiver)

¹⁸³ CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 74 f., MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 KG N 162 m.w.H.

¹⁸⁴ CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 71; BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 182), Vor Art. 49a-53 KG N 162 m.w.H.

Verkäufe in die Schweiz führen, umgesetzt. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz geht hervor, dass sich die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz bewusst war, dass die Behinderung von Parallelimporten in die Schweiz kartellrechtlich problematisch ist. Dennoch hat sie es unterlassen, den Sachverhalt in der erforderlichen Tiefe rechtlich abzuklären. Dieses Wissen und diese Sorgfaltspflichtverletzung werden Nikon zugerechnet. Aus diesen Gründen ist es Nikon vorwerfbar, dass sie mit ihren Vertriebspartnern unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vereinbart und umgesetzt hat. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen.

B.4.1.2.4. Ergebnis

545. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Nikon mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 (siehe oben Rz 344) erfüllte und somit zu sanktionieren ist.

B.4.2. Sanktionsbemessung

B.4.2.1. Einleitung und gesetzliche Grundlagen

546. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG¹⁸⁵). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

547. Im Folgenden wird zunächst die mögliche Maximalsanktion für Nikon bestimmt. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien (erschwerende und mildernde Umstände) nach SVKG angemessen zu berücksichtigen.

548. Trotz den gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.¹⁸⁶ Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

B.4.2.2. Sanktionsbemessung für Nikon

B.4.2.2.1. Maximalsanktion

549. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens, d.h. die Maximalsanktion, liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

550. Nikon erzielte in den Perioden April 2007 bis März 2008, April 2008 bis März 2009 und April 2009 bis März 2010 in der Schweiz Umsätze in der Höhe von CHF [...], CHF [...] und CHF [...].

551. Der Gesamtumsatz im Zeitraum April 2007 bis März 2010 beträgt somit CHF [...]. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in casu auf CHF [...].

552. Die einzelnen Ausführungen zur konkreten Sanktionsbemessung folgen im nächsten Abschnitt.

B.4.2.2.2. Konkrete Bemessung

553. Nach Art. 49a Abs. 1 KG sind bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des Verstosses und der dadurch erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.

554. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der WEKO steht.¹⁸⁷ Zur Bemessung des Sanktionsbetrages wird in der Botschaft konkretisiert, dass der Sanktionsrahmen von 0–10 % einerseits in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, andererseits „aber den Behörden in geringfügigen Fällen die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter“¹⁸⁸ ermöglicht. Damit steht der WEKO ein breiter Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemässen Ermessen auszuschöpfen hat. Dabei sind den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen.

555. Die effektive Höhe des Betrages wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen.¹⁸⁹ Die Literatur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission,¹⁹⁰ wobei zu beachten ist, dass die KG-Sanktionsverordnung¹⁹¹ über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Begebenheiten. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis der REKOWEF bzw. des BVGer überein.¹⁹²

¹⁸⁵ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

¹⁸⁶ RPW 2006/4, 662 Rz 242, *Unique*, RPW 2007/2, 299 Rz 401, *Terminierung Mobilfunk*, RPW 2007/2, 235 Rz 320, *Publigroupe*.

¹⁸⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden DUCREY (Fn 167), Art. 50 N 15.

¹⁸⁸ Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2038.

¹⁸⁹ Vgl. schon Botschaft KG 1994 (Fn 175), 154.

¹⁹⁰ Eingehend zur Frage der straf- oder verwaltungsrechtlichen Natur (von Art. 50 KG) LAURENT MOREILLON, in: *Droit de la concurrence*, Commentaire romand, Tercier/Bovet (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, Remarques liminaires aux art. 50–53 N 11 ff. m.w.Nw., Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (Fn 167), Art. 50 N 15, und zur europäischen Praxis die Nachweise in RPW 2006/4, 662.

¹⁹¹ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) des Sekretariats der WEKO, 1, abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

¹⁹² Auch die REKOWEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird (Entscheid REKOWEF, RPW 2002/2, 386 ff., insb. 400 ff. E 4, *Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc.*). Vgl. zum Ganzen auch BVGer, Urteil B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 673 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*, *Wettbewerbskommission*.

556. Nikon bemängelt die zwar korrekte Wiedergabe der gesetzlichen Anforderungen; diese seien jedoch in der konkreten Bemessung nicht erfüllt worden. Das Gesetz verlange zwingend eine angemessene Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns, welchen das Unternehmen durch den absoluten Gebietsschutz erzielt habe (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 Abs. 1 SVKG). Dieser mutmassliche Gewinn sei vorliegend überhaupt nicht geprüft worden. Mit Verweis auf die im Schnitt nicht höheren Einstandspreise im untersuchten Zeitraum in der Schweiz im Vergleich zum europäischen Ausland hätte Nikon somit gar keine Rente aus dem behaupteten absoluten Gebietsschutz abschöpfen können. Der fehlende mutmassliche Gewinn müsse somit zwingend zu einer Reduktion der beantragten Busse führen.

557. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass gemäss den Erläuterungen zur SVKG¹⁹³ die Gesetzesordnung entgegen der Auffassung der Verfügungsadressatin nicht als zwingende Vorschrift auszulegen ist. Konkret heisst dies, dass der Normalgewinn bereits im Basisbetrag enthalten ist. Lediglich für Ausnahmefälle, in welchen kein Gewinn erzielt wurde, *kann* die Wettbewerbsbehörde diesem Umstand im Sinne einer Sanktionsminderung Rechnung tragen. Nach den diesbezüglichen Leitlinien im Europäischen Wettbewerbsrecht für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen fehlt eine entsprechende Regelung für die Berücksichtigung einer inexistenten Kartellrente im Rahmen von mildernden Umständen.¹⁹⁴ Hingegen wird in den EU-Leitlinien ausdrücklich unter dem Aspekt eines Aufschlages zur Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung (Rz 33) ausgeführt, dass die Geldbusse erhöht werden kann, damit ihr Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten widerrechtlichen Gewinne übersteigt, *sofern diese Gewinne geschätzt werden können*. Eine Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns setzt somit voraus, dass dieser überhaupt ermittelt werden kann. Eine Kartellrente kann in der Praxis – insbesondere in Fällen von absolutem Gebietsschutz – kaum je geschätzt, geschweige denn ermittelt werden. Unabhängig davon vermag das von Nikon vorgebrachte Argument, dass mangels Preisdifferenzen gar keine Kartellrente hätte abgeschöpft werden können, nicht zu überzeugen: Wie in Abschnitt B.3.2.2.1. ausführlich dargelegt, bestanden im Untersuchungszeitraum sehr wohl Arbitragepotenziale.

B.4.2.2.2.1. Basisbetrag

558. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

Obergrenze des Basisbetrags

559. Die Umsätze, die Nikon in den Perioden April 2007 bis März 2008, April 2008 bis März 2009 und April 2009 bis März 2010 auf den relevanten Märkten Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte in der Schweiz erzielte, betragen CHF [...], CHF [...] und CHF [...]. Dies ergibt ein Total von CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich im vorliegenden Fall somit auf CHF [...].

560. Nikon bringt vor, die Obergrenze des Basisbetrages sei falsch berechnet worden. Die (bestrittene) Gebietsschutzabrede betreffe höchstens den relevanten Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiven, da nur für diesen Markt angebliche Belege für absoluten Gebietsschutz vorgelegt worden seien. Somit könnten nur die Umsätze von Nikon in diesem relevanten Markt, nicht aber die im Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektive erzielten Umsätze für die Sanktionsberechnung berücksichtigt werden.

561. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass die Wettbewerbsabreden in den einzelnen Vertriebsverträgen keine Unterscheidung nach den relevanten Produktmärkten vornehmen. Die Verträge galten resp. gelten für sämtliche relevanten Märkte. Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach der Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wurde (vgl. Rz 518).

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

562. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Gemäss den Erläuterungen zu Art. 3 SVKG ist beispielsweise eine horizontale Wettbewerbsabrede, welche gleichzeitig die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet) einschränkt, in der Regel schwerer zu gewichten als eine reine Gebietsabrede. Allerdings wird die Möglichkeit, Parallelimporte tätigen zu können, sowohl in der Praxis der WEKO¹⁹⁵ als auch in der Praxis der Europäischen Kommission¹⁹⁶ als besonders schutzwürdig angesehen.

563. Laut Nikon dürfe die Schwere des Kartellrechtsverstosses gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG nicht anhand einer generellen Praxis zum absoluten Gebietsschutz bestimmt werden. Die Schwere sei vielmehr anhand einer rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände zu bestimmen. Vorliegend müsste insbesondere Folgendes bei der Beurteilung der Art und Schwere des Verstosses berücksichtigt werden:

- Das vorgeworfene Verhalten habe keine konkreten Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb in der Schweiz gehabt. Die Schweiz sei im untersuchten Zeitraum mit Bezug auf die vorliegend relevanten Händlereinkaufspreise keine Preisinsel gewesen. Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten hätten in grossem und stark zunehmendem Umfang stattgefunden. Der Interbrand-Wettbewerb auf den schweizerischen Imaging Märkten sei ausserordentlich intensiv und der schweizerische Nikon-Intrabrand-Wettbewerb sei jedenfalls intensiver als derjenige der Konkurrenz.

¹⁹³ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), einsehbar unter www.weko.admin.ch.

¹⁹⁴ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006/C 210/02, Rz 29 e contrario.

¹⁹⁵ Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, *Gaba*.

¹⁹⁶ Vgl. LANGEN/BUNTE-NOLTE, Art. 81 EGV N 525 ff.; PETER STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2009.

Zudem würden keinerlei Schranken vertraglicher, regulatorischer oder technischer Art bestehen, welche Endverbraucher beim Direktimport von Nikon Imaging Produkten behindern würden bzw. im untersuchten Zeitraum behindert hätten. Es eigne sich im Gegenteil kaum ein Produkt besser dafür, im Ausland bei einem Internethändler bestellt zu werden, als eine Kamera. Eine Busse in der vorliegenden Grössenordnung verstosse vor diesem Hintergrund gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Erfordernis eines öffentlichen Interesses;

- Nikon habe mit dem behaupteten und bestrittenen Verhalten gar keinen Gewinn erzielen können, da keine Preisinsel vorliege und somit keine Rente abgeschöpft werden könne;
- Die Anwendung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG auf Sachverhalte wie die ausländischen Vertragsklauseln oder die inländischen Bezugsbeschränkungen im offenen Vertrieb sei nicht voraussehbar gewesen. Weder aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung noch aus der bisherigen Praxis der WEKO und der Beschwerdeinstanzen oder der Vertikalbekanntmachung der WEKO hätte auf die behauptete Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 4 KG geschlossen werden können.

564. Vor diesem Hintergrund lasse sich gemäss Nikon die Qualifikation des behaupteten Verhaltens als mittelschwerer Verstoss nicht aufrechterhalten. Wenn überhaupt, könne das angebliche Verhalten nur als leichter Verstoss gelten.

565. Unter Würdigung folgender Umstände ist das Verhalten von Nikon zumindest als mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellgesetz einzustufen:

- Neben den Bezugsverboten ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) im alten Grossistenvertrag, im D3S-/D3X-Vertrag und im „NPSD“-Vertrag bestanden in einigen ausländischen Nikon Händlerverträgen explizite und implizite Exportverbote, so dass passive Verkäufe in die Schweiz vertraglich ausgeschlossen wurden;
- Anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon konnten die Wettbewerbsbehörden E-Mails beschlagnahmen, aus denen hervorgeht, dass (passive) Verkäufe durch Parallelhändler in die Schweiz tatsächlich behindert wurden bzw. behindert werden sollten;
- Diese Massnahmen zum Gebietsschutz haben den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt;
- Dass die Möglichkeit Parallelimporte tätigen zu können vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehen wird, ist zumindest seit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG, der am 1. April 2004 in Kraft trat, bekannt.

566. Unter Berücksichtigung der vorgenannten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände sowie den Begebenheiten des konkreten Falles rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss

Art. 3 SVKG auf 5 % des Umsatzes festzusetzen, den Nikon in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.¹⁹⁷ Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

B.4.2.2.2. Dauer des Verstosses

567. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat; für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.¹⁹⁸

568. Im vorliegenden Fall bestand die unzulässige Abrede über einen absoluten Gebietsschutz zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 (vgl. Rz 344). Folglich hat der Wettbewerbsverstoss etwas mehr als ein Jahr gedauert. Von einem Zuschlag im Sinne von Art. 4 SVKG ist somit abzusehen.

B.4.2.2.3. Erschwerende und mildernde Umstände

569. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Es liegen keine erschwerenden und auch keine mildernden Umstände vor.

570. Gemäss Nikon bleibe die WEKO den Beweis schuldig, dass Nikon Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart worden seien, durchgeführt haben soll. Nikon habe im untersuchten Zeitraum nie Vergeltungsmassnahmen zur Durchsetzung eines absoluten Gebietsschutzes durchgeführt. Die Sanktion müsse folglich gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. b SVKG zwingend reduziert werden.

571. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG sind die Anordnung oder Durchführung von Vergeltungsmassnahmen gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten sanktionserhöhend und nicht sanktionsmildernd zu berücksichtigen. Infolgedessen kann der Sanktionsmilderungsgrund der *Nichtdurchsetzung* von Vergeltungsmassnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 SVKG nicht unabhängig von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG angewendet werden. Ansonsten würde dies zum völlig unhaltbaren Ergebnis führen, bei dem ein Unternehmen, welches Vergeltungsmassnahmen glaubhaft androht und damit die gewünschte Wirkung erzielt, ohne entsprechende Vergeltungsmassnahmen ergreifen zu müssen bzw. diese nicht durchsetzt, besser gestellt würde als ein anderes Unternehmen, welches überhaupt keine Vergeltungsmassnahmen androht (und auch keine durchführt).¹⁹⁹

572. Wenn, wie vorliegend keine Erhöhung der Sanktion infolge Anordnung von Vergeltungsmassnahmen erfolgt, kann auf eine vertiefte Prüfung der (glaubhaft angedrohten) Durchsetzung der Vergeltungsmassnahmen im Rahmen der mildernden Umstände verzichtet werden.

¹⁹⁷ Vg. RPW 2010/1, 111 f. Rz 358 ff., *Gaba*.

¹⁹⁸ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (Fn 192), 3.

¹⁹⁹ Dazu eingehend BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 170), Art. 49a KG N 92.

B.4.2.2.4. Ergebnis

573. Die nachfolgende Tabelle 12 fasst die Bussenberechnung für Nikon zusammen:

Tabelle 12: Bussenberechnung

	Zeitperiode			
	April 07-März 08	April 08-März 09	April 09-März 10	April 07-März 10
Gesamtumsatz in der Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximalsanktion				CHF [...]
Umsätze in relevanten Märkten:	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximaler Basisbetrag: 10 %				CHF [...]
Art und Schwere des Verstosses: 5 %				CHF [...]
Basisbetrag				CHF [...]
Dauer: 0 %				CHF 0
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG				CHF [...]
Erschwerende Umstände: 0 %				CHF 0
Mildernde Umstände: - 0%				CHF 0
Total				CHF 12'537'907

574. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung sämtlicher Umstände sowie sämtlicher sanktionserhöhenden und sanktionsmildernden Faktoren wird eine Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 12'537'907.– für Nikon als angemessen erachtet.

B.5. Ergebnis

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

- Es wird festgestellt, dass folgende Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener im Fürstentum Liechtenstein) in die Schweiz führen resp. führten und somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellen resp. darstellten:
 - Händlerverträge „Distributor“ zwischen Nikon AG und den Grossisten [...] (Verträge im Herbst 2009 aufgehoben);
 - Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkamera „D3S“ sowie „D3X“ in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
 - Händlerverträge „Nikon Professional Dealer“ zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
 - Vertriebsverträge „Grosshandel“ und „Einzelhandel“ zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowe-

nien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern;

- „Retail Dealer Sales Agreements“ sowie „Internet Dealer Sales Agreements“ zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA;
- „Distributor's Agreements“ zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien;
- „Distributorship Agreement“ zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...] (Griechenland);
- „Resale Agreements“ zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen;
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.
- Die absolute Gebietsschutzabrede beeinträchtigt den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG allerdings erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar sind.

576. Nikon AG wird mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 12'537'907.– gebüsst.

577. Es ist an der Nikon AG resp. der Nikon Gruppe, die zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids immer noch geltenden vorgenannten Vertriebsverträge im Sinne der Erwägungen mit dem schweizerischen Kartellgesetz in Übereinstimmung zu bringen. Es liegt letztlich in ihrer eigenen Verantwortung, die Konsequenzen einer Beibehaltung der unzulässigen Vertragsklauseln zu tragen. Inskünftige Widerhandlungen gegen das Kartellgesetz sind ausdrücklich mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bedroht.

C. Kosten

578. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG²⁰⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

579. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend wurde eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen, weshalb eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen ist.

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

581. Die Untersuchung hat insgesamt einen Zeitaufwand von [...] Stunden generiert. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

[...]

Demnach beläuft sich die Gebühr gemäss Art. 4 GebV-KG auf CHF [...].

582. Zudem hat der Gebührenpflichtige die Auslagen gemäss Art. 6 der Allgemeinen Gebührenverordnung sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten (Art. 5 GebV-KG). Demnach hat Nikon vorliegend die Kosten für die am 24. März 2010 bei Nikon durchgeführte Hausdurchsuchung zu tragen. Nebst den entsprechenden Personalkosten, die im Zeitaufwand (Rz 581) enthalten sind, belief sich der Aufwand für die Hausdurchsuchung auf CHF [...].

583. Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt CHF [...]. Sie gehen vollumfänglich zu Lasten von Nikon.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass folgende Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener im Fürstentum Liechtenstein) in die Schweiz führen resp. führten und somit unzulässige Gebietsabre-

den gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellen resp. darstellten:

- 1.1. Händlerverträge „Distributor“ zwischen Nikon AG und den Grossisten [...] (Verträge im Herbst 2009 aufgehoben);
- 1.2. Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkameras „D3S“ sowie „D3X“ in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
- 1.3. Händlerverträge „Nikon Professional Dealer“ zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;
- 1.4. Vertriebsverträge „Grosshandel“ und „Einzelhandel“ zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern;
- 1.5. „Retail Dealer Sales Agreements“ sowie „Internet Dealer Sales Agreements“ zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA;
- 1.6. „Distributor's Agreements“ zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien;
- 1.7. „Distributorship Agreement“ zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...] (Griechenland);
- 1.8. „Resale Agreements“ zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen.

2. Nikon AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässigen Gebietsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 12'537'907 belastet.

3. Die Untersuchung gegen Digitec AG wird ohne Kostenfolge eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF [...]. Sie werden vollumfänglich Nikon AG auferlegt.

5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Nikon AG in Egg, vertreten durch [...]
- Digitec AG, in Zürich

[Rechtsmittelbelehrung]

²⁰⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

E. Anhänge

E.1. Internationaler Preisvergleich Bezugspreise Distributoren

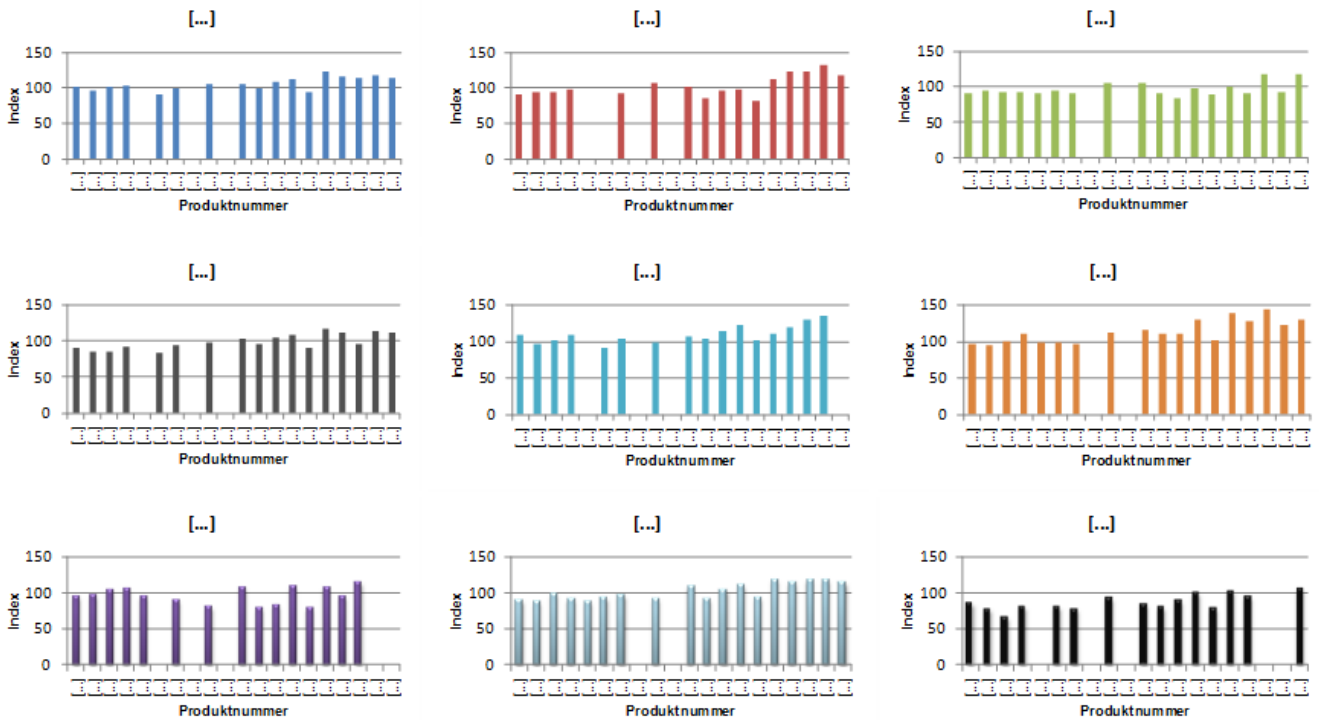
Tabelle 1: Internationale Unterschiede der Einstandspreise (EP) laut Distributoren (Basis = Schweiz)

Produktmarkt	Produkt	Jahr	Käufer	EP in CHF bei Bezug in CH	EP in CHF bei Bezug im Ausland	Einsparung bei Import in %	Durchschnittlicher EP in CHF bei Bezug bei Nikon CH gemäss SAP-Auszug von Nikon*	Einsparung bei Import in % basierend auf SAP-Auszug von Nikon*	Herkunftsland
Digitalkameras mit Wechselobjektiv	D90 18-105 VR	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %			Deutschland
	D700 Body	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %			Deutschland
Wechselobjektive	Nikkor AF-S DX VR 16-85mm / 3.5-5.6G ED	2010	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %	Deutschland
	Nikkor AF-S DX VR II 18-200mm / 3.5-5.6G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	Nikkor AF-S DX VR 55-200mm / 4.0-5.6G IF-ED	2009	[...]	[...]	[...]	[40-50] %	[...]	[50-60] %	Hong Kong
	Nikkor AF-S 14-24mm / 2.8G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	[...]	[20-30] %	USA
	Nikkor 14-24mm	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %			USA
	Nikkor AF-S 24-70mm / 2.8G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %	USA
	Nikkor AF-S VR 24-120mm / 3.5-5.6G IF-ED	2010	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	[...]	[20-30] %	Hong Kong
Nikkor AF-S VR 70-300mm/4.5-5.6G IF-ED	2010	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	[...]	[20-30] %	Deutschland	

*In den Rechnungspreisen aus dem SAP von Nikon sind Skonti, Sonderrabatte und Kick-backs nicht berücksichtigt.

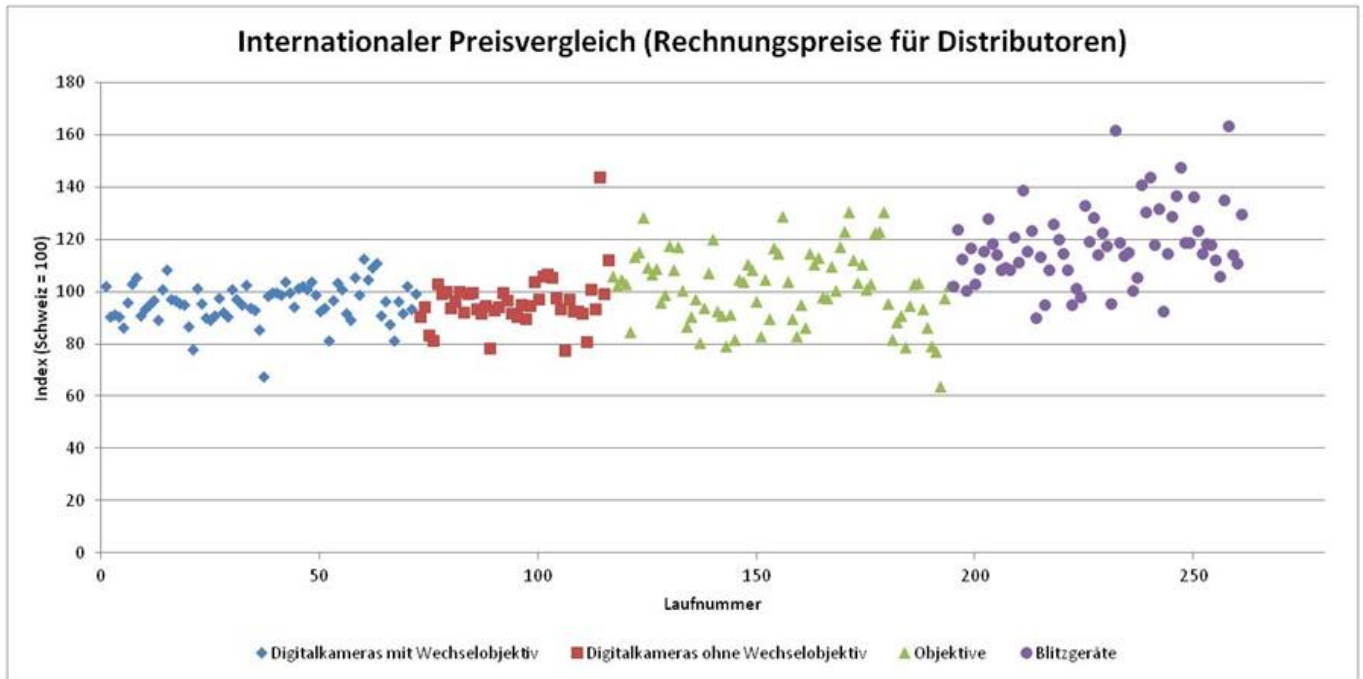
Quelle: Erhebungen des Sekretariats und SAP-Auszug der Rechnungspreise von Nikon für die Periode vom 1. Juni 2009 bis 31. März 2010.

Abbildung 1: Ländervergleich Einstandspreise Grosshandel, MwSt-bereinigt (Schweiz = 100) April 2009 bis März 2010



Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Ländergesellschaften, MwSt-bereinigt.

Abbildung 2: Punktwolke Einstandspreise Grosshandel, MwSt-bereinigt (April 2009 bis März 2010)



Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Landesgesellschaften, MwSt-bereinigt.

Tabelle 2: Filter internationaler Preisvergleich Distributoren

Nr.	Digitalkamera s mit Wechselobjektiv	CH	DE	GB	NL	AT	SI	HU	BeLux	RU	CZ	SK	SE	FI	NO	DK	PL	FR	IT
[...]	D90 kit + AF-S DX 18-105VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D5000 KIT AF-S DX 18-55mm f3.5-5.6G VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D5000 KIT 18-55VR + 55-200VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D3000 Kit 18-55VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D700 kit + AF-S NIKKOR 24-70	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Digitalkamera s ohne Wechselobjektiv																			
[...]	COOLPIX S230	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX P90 black	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S220	n.a.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S570	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S225 soft silver	n.a.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Objektive																			
[...]	70-200MM AF-S F2.8G ED VR II	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	24-70mm f2.8G ED AF-S ZOOM NIKKOR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	70-300MM F4.5-5.6G AF-S VR IF-ED	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	18-200mm f3.5-5.6G AF-S DX ED VR II	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	14-24mm f2.8G ED AF-S ZOOM NIKKOR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Blitzgeräte																			
[...]	SB-900 AF TTL SPEEDLIGHT	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-600 AF TTL SPEEDLIGHT	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-R200 SPEEDLIGHT COMMANDER KIT R1C1	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-400 Speedlight	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-R200 SPEEDLIGHT REMOTE KIT R1	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Landesgesellschaften, MwSt-bereinigt.

E.2. Internationaler Preisvergleich Bezugspreise Retailhändler

Tabelle 1: Internationale Unterschiede der Einstandspreise laut Retailhändler (Basis = Schweiz)

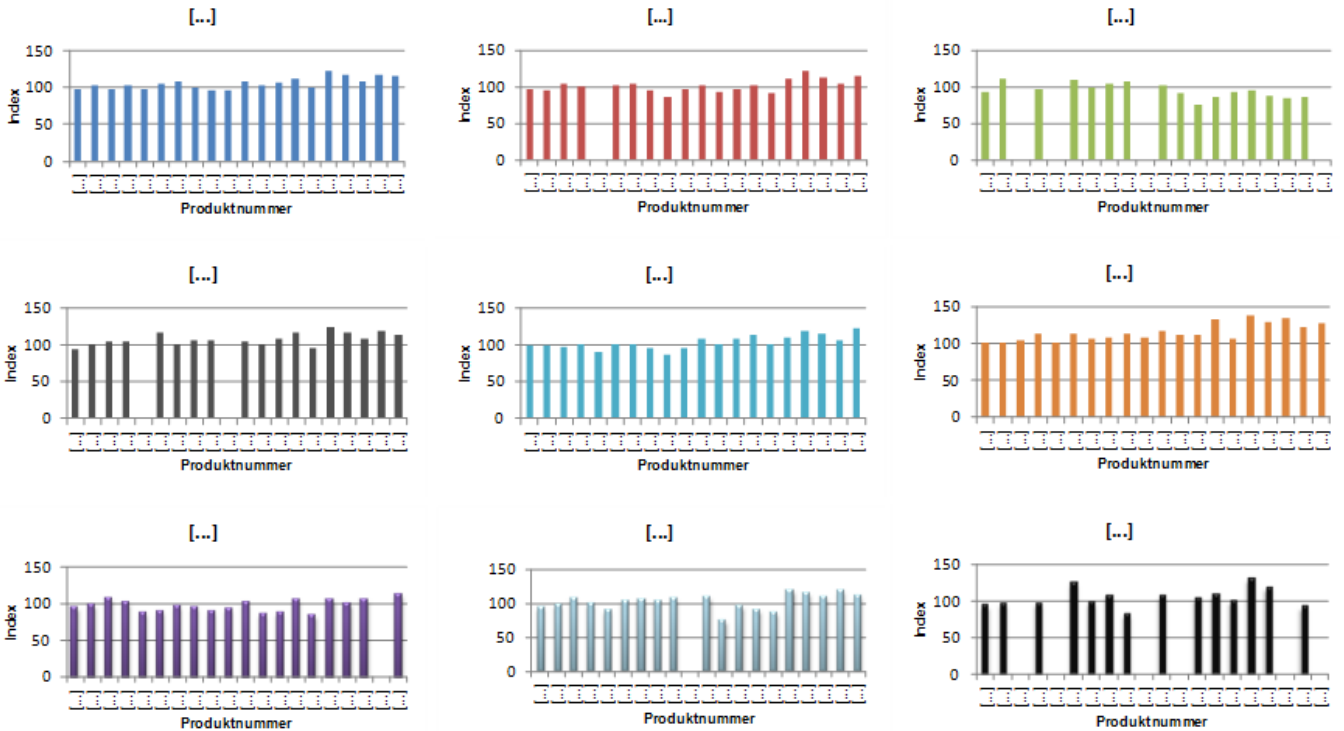
Produktmarkt	Produkt	Jahr	Käufer	EP in CHF bei Bezug in CH / über offiziellen Kanal	EP in CHF bei Bezug im Ausland / über inoffiziellen Kanal	Einsparung bei Import	Herkunftsland
Digitalkameras ohne Wechselobjektiv	Coolpix P90	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Deutschland
	Coolpix P100	2009	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	Deutschland
	Coolpix P100	2010	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	Deutschland
	Coolpix S570	2009	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	Deutschland
	Coolpix S570	2010	[...]	[...]	[...]	[40-50] %	Deutschland
Digitalkameras mit Wechselobjektiv	D90, 12.3 MPixel, SLR, Body	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	D90 Body	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Deutschland
	D90 Body	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D90 Body	2010	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	Hong Kong
	D90, 12.3 MPixel, 18-200mm VR KIT	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	D90 inkl. 18-105mm + 70-300mm VR	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	Deutschland
	D90 inkl. 18-105mm + 70-300mm VR	2010	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	Deutschland
	D300	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D300 Body	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
Digitalkameras mit Wechselobjektiv	D300s, 12.3MP, HD-Movie, 18-200mm VR II KIT	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	D700	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	Deutschland
	D700, 12.4 Megapixel, digital fullframe - SLR, Body	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	D700 Body	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D700 Body	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D3000	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D3000 inkl. AF-S DX VR 18-55mm	2009	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	Deutschland
	D3000 inkl. AF-S DX VR 18-55mm	2010	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	Deutschland
	D3000, 10.2 MPixel, SLR, Doublezoom Kit	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	D5000 18-55/55-200 VR	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Deutschland
	D5000 inkl. 18-55 VR	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D5000 inkl. 18-55 VR	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	D5000, 12.3 MPixel, HD-Movies, SLR, 18-105mm VR Kit	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]

	D5000, 12.3 MPixel, HD-Movies, SLR, Doublezoom Kit	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	D3S Body	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
Wechselobjektive	50mm, f/1.8D AF Nikkor	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF 70-300mm, f/4.5-5.6G AF-S VR	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	[...]
	AF 70-300 VR	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
Wechselobjektive	AF 70-300 VR	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	AF-S DX VR 18-200mm, f/3.5-5.6 G IF ED	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	ED AF-S, 24-70mm, f/2.8G	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF-S VR Micro 105mm, f/2.8 G IF-ED	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	AF-S 55-200mm f/4-5.6 VR DX	2009	[...]	[...]	[...]	[30-40] %	[...]
	AF-S VR DX 16-85mm f/3.5-5.6G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF 85mm f/1.8D Nikkor	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	AF 70-200mm, f/2.8G ED-IF AF-S VR	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	[...]
	AF-S 14-24mm f/2.8G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF DX Fisheye-Nikkor 10.5mm, f/2.8 G ED	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF-S DX VR ED 18-105mm	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	AF 80-400mm, f/4.5-5.6D ED VR AF	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	60mm, f/2.8G ED AF-S Micro	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	50mm, f/1.4D AF Nikkor	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	AF-S DX 17-55mm, f/2.8 G IF-ED, Nikkor	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	AF 24mm f/2.8D	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF 24-85mm, f/2.8-4D IF	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	AF 24-120mm, f/3.5-5.6G ED-IF AF-S VR	2009	[...]	[...]	[...]	[20-30] %	[...]
	24mm f/3.5D ED PC-E NIKKOR	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
	Wechselobjektive	Nikkor AF 200mm/4.0 D IF-ED Micro	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %
AF 85mm f/1.4D Nikkor		2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	[...]
AF-S DX 12-24mm, f/4G IF-ED Nikkor		2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
16mm f/2.8D AF Fisheye-Nikkor		2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
AF 60/2.8G		2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong

	AF 18-200	2009	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
	AF 18-200	2010	[...]	[...]	[...]	[0-10] %	Hong Kong
Blitzgeräte	SB-600	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]
	SB-400	2009	[...]	[...]	[...]	[10-20] %	[...]

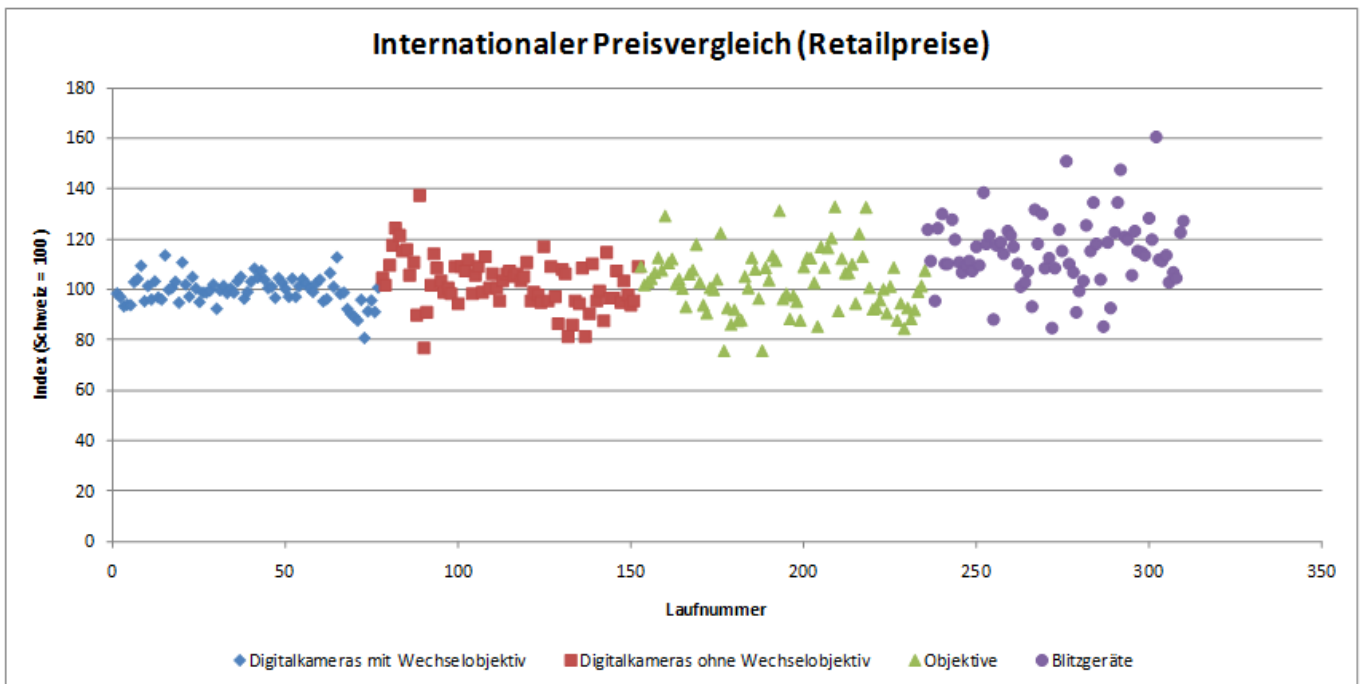
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Abbildung 1: Ländervergleich Einstandspreise Retailhandel Rechnungspreise in EUR, MwSt-bereinigt (Schweiz = 100) April 2009 bis März 2010



Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Ländergesellschaften, MwSt-bereinigt.

Abbildung 2: Punktwolke Einstandspreise Retailhandel in EUR, MwSt-bereinigt, April 2009 bis März 2010



Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Ländergesellschaften, MwSt-bereinigt.

Tabelle 2: Filter internationaler Preisvergleich Retailhandel (April 2009 bis März 2010)

Nr.	Digitalkameras mit Wechselobjektiv	CH	DE	GB	NL	AT	SI	HU	BeLux	RU	CZ	SK	SE	FI	NO	DK	PL	FR	IT
[...]	D90 kit + AF-S DX 18-105VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D5000 KIT AF-S DX 18-55mm f/3.5-5.6G VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D5000 KIT 18-55VR + 55-200VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D3000 Kit 18-55VR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	D700 kit + AF-S NIKKOR 24-70	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Digitalkameras ohne Wechselobjektiv																			
[...]	COOLPIX S230	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX P90 black	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S220	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S570	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	COOLPIX S225 soft silver	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Objektive																			
[...]	70-200MM AF-S F2.8G ED VR II	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	24-70mm f2.8G ED AF-S ZOOM NIKKOR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	70-300MM F4.5-5.6G AF-S VR IF-ED	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	18-200mm f/3.5-5.6G AF-S DX ED VR II	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	14-24mm f2.8G ED AF-S ZOOM NIKKOR	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Blitzgeräte																			
[...]	SB-900 AF TTL SPEEDLIGHT	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-600 AF TTL SPEEDLIGHT	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-R200 SPEEDLIGHT COMMANDER KIT R1C1	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-400 Speedlight	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	SB-R200 SPEEDLIGHT REMOTE KIT R1	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Rechnungspreise gemäss SAP der einzelnen Nikon Ländergesellschaften , MwSt-bereinigt.

E.3. Internationaler Preisvergleich Endverkaufspreise

Tabelle 1: Internationaler Ländervergleich der Endverkaufspreise, MwSt-bereinigt (April 2009 bis März 2010)

Produkt	Land															Anz. < 100	Anz. >100	Anz. =100	% < 100	% >100	
	CH	D	GB	NL	AT	SI	HU	BeLux	RU	CZ	IT	SE	FI	PL	F						
D700	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D300	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D90	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D5000	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D3000	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$220/\$225	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX P90	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$230	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$570	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Preise, die im Ausland mindestens 15% billiger sind als in der Schweiz																					
D700	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D300	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D90	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D5000	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
D3000	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$220/\$225	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX P90	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$230	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COOLPIX \$570	100	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Daten von GfK, MwSt-bereinigt.

Tabelle 2: Mehrwertsteuersätze

Mehrwertsteuersätze 2009/2010		
Staat	Abk.	Normalsatz
Belgien	BE	21
Dänemark	DK	25
Deutschland	DE	19
Finnland	FI	22
Frankreich	FR	19.6
Grossbritannien	GB	17.5
Italien	IT	20
Luxemburg	LU	15
Niederlande	NL	19
Norwegen	NO	25
Österreich	AT	20
Polen	PL	22
Rumänien	RU	19
Schweden	SE	25
Schweiz	CH	7.6
Slowakei	SK	19
Slowenien	SI	20
Spanien	ES	18
Tschechien	CZ	19
Ungarn	HU	25

Quelle: <http://www.tmf-vat.com/vat/eu-vat-rates> (21. April 2011).

E.4. Parallelhandelstätigkeiten mit Nikon Imaging Produkten

Tabelle 1: Parallelhandelstätigkeiten Schweizer Grosshändler

Distributoren	Umsätze mit Nikon Imaging Produkten in CHF		Anteil Parallelimporte am Unternehmensumsatz mit Nikon Imaging Produkten			Anteil Parallelimporte am Gesamtumsatz der Distributoren	
	2008	2009	2008	2009	2010	2008	2009
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
[...]	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Total	[...]	[...]				<3.2 %	<9.9 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 2: Direkte Parallelhandelstätigkeiten Schweizer Retailhändler

Retailhändler	Umsätze mit Nikon Imaging Produkten in CHF		Anteil direkte Parallelimporte am Unternehmensumsatz mit Nikon Imaging Produkten			Anteil direkte Parallelimporte am Gesamtumsatz der Retailhändler	
	2008	2009	2008	2009	2010	2008	2009
Abbo Informatique SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Brack Electronics	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
CompDesign Zubler	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Conrad	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Darest Informatique SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Digitec AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Dipl. Ing. Fust AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fantic-UW Foto AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Felbo AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fnac Suisse SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Lucini SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Marlin Basel GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Pro AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Video Plus GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Video Zumstein	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fuchs Foto Video	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Heiniger Unternehmensberatung AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Interdiscount	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Manor AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Manx SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Media Saturn Management AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Microspot	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Migros-Genossenschafts-Bund	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
OHC Computer	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
PCP.CH AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Grancy	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Verdaine	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Vision	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
powerCH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Ryf AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
STEG Computer GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Techmania AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Total	[...]	[...]				6.5 %	7.9 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 3: Direkte und indirekte Parallelhandelstätigkeiten Schweizer Retailhändler

Retailhändler	Umsätze mit Nikon Imaging Produkten in CHF		Anteil direkte und indirekte Parallelimporte am Unternehmensumsatz mit Nikon Imaging Produkten			Anteil direkte und indirekte Parallelimporte am Gesamtumsatz der Retailhändler	
	2008	2009	2008	2009	2010	2008	2009
Abbo Informatique SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Brack Electronics	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
CompDesign Zubler	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Conrad	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Darest Informatique SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Digitec AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Dipl. Ing. Fust AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fantic-UW Foto AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Felbo AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fnac Suisse SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Lucini SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Marlin Basel GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Pro AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Video Plus GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Foto Video Zumstein	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Fuchs Foto Video	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Heiniger Unternehmensberatung AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Interdiscount	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Manor AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Manx SA	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Media Saturn Management AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Microspot	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Migros-Genossenschafts-Bund	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
OHC Computer	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
PCP.CH AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Grancy	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Verdaine	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Photo Vision	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
powerCH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Ryf AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
STEG Computer GmbH	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Techmania AG	[...]	[...]	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Total	[...]	[...]				8.0%	11.0%

Legende: Die markierten Felder heben diejenigen Werte in der Tabelle hervor, welche im Vergleich zur Tabelle 2 Anhang E.4 (potenziell) höher ausfallen, wenn nebst den Parallelimporten, welche die Schweizer Retailhändler direkt im Ausland tätigten (vgl. Tabelle 2 Anhang E.4), ebenfalls jene Importe berücksichtigt werden, welche die Retailhändler indirekt über die Grosshändler [...] und [...] tätigten. Bei der Berechnung der indirekten Importanteile der Retailhändler wurde angenommen, dass die Importanteile von [...] und [...] bei den Lieferungen an alle Retailhändlern unverändert weitergegeben wurden. Lesebeispiel: [...] beschaffte im Jahr 2008 [...] % aller Nikon Imaging Produkte über [...]. Zudem importiert er [...] % direkt im Ausland (vgl. Tabelle 2 Anhang E.4). [...] tätigte im Jahr 2008 seinerseits [...] % Parallelimporte (vgl. Tabelle 1 Anhang E.4). Der Anteil direkter und indirekter Parallelimporte von Brack Electronics im Jahr 2008 beträgt somit $([...] \% \times [...] \%) + [...] \% = [...] \%$.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

E.5. Intra-brand-Preiswettbewerb Nikon Imaging Produkte

Tabelle 1: Endverkaufspreise für Kameras mit Wechselobjektiv April 2007 bis März 2010

	D300				D80				D40X				D40			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	D3				D90				D700				D60			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Nr. 5 Kitvariante D90				D5000				D3000				Nr. 5 Kitvariante D5000			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Daten von GfK.

Tabelle 2: Endverkaufspreise für Kameras ohne Wechselobjektiv April 2007 bis März 2010

	COOLPIX S200				COOLPIX P5000				COOLPIX P5100				COOLPIX P50			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	COOLPIX S500				COOLPIX P80				COOLPIX S210				COOLPIX S560			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	COOLPIX S600				COOLPIX P6000				COOLPIX S230				COOLPIX P90			
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	COOLPIX S220				COOLPIX S570				COOLPIX S225							
Jahr	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %	Ø Preis	Max Preis	Min Preis	Δ %				
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]				
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]				
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]				
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]				

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Daten von GfK.

Tabelle 3: Endverkaufspreise Wechselobjektive 2009

Produkt	Tiefstpreis gemäss www.toppreise.ch Apr. – Dez. 2009	Aktionsverkaufs- preis	Normalverkaufs- preis	Durchschnittspreis	Händler
AF-S VR Micro 105mm F/2.8G IF-ED	[899-999]	Keine Aktion	1'448	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
AF-S DX VR 18- 200mm 3.5-5.6G IF- ED	[728-768]	998	1'198	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
AF-S DX VR 55- 200mm 4.0-5.6G IF- ED	[261-278]	299	349-399	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
AF-S Nikkor 70- 200/2.8G VR	n.a.	Keine Aktion	1'929	[...]	[...]
AF-S Nikkor 70- 200/2.8G VR II	n.a.	2'798	3'368	[...]	[...]
AF-S Nikkor 24- 70mm/2.8G ED	[1'942-2'082]	2'498	2'998	[...]	[...]
		2'698	2'998	[...]	[...]
		Keine Aktion	1'811	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
AF-S Nikkor 14- 24mm/2.8G ED	n.a.	Keine Aktion	1'922	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
105/macro	n.a.	1'298	1'448	[...]	[...]
Nikkor 50mm f/1.4G AF-S	[428-480]	448	528	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
AF-S DX 35mm 1.8G	[240-264]	298	348	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 4: Endverkaufspreise Blitzgeräte 2009

Produkt	Tiefstpreis gemäss www.toppreise.ch Apr. – Dez. 2009	Aktionsverkaufspreis	Normalverkaufspreis	Durchschnittspreis	Händler
SB 900	[432-456]	499	528	[...]	[...]
		548	598	[...]	[...]
		490	598	[...]	[...]
		Keine Aktion	432	[...]	[...]
		498	598	[...]	[...]
		Keine Aktion	397	[...]	[...]
		Keine Aktion	598	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]
SB 600	[278-295]	n.a.	n.a.	[...]	[...]
SB 400	[129-136]	Keine Aktion	178	[...]	[...]
		n.a.	n.a.	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Verfügung vom 4. Juni 2012 gemäss Art. 23 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 46 VwVG in Sachen Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 in der Untersuchung Nikon betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation der Verfügung gegen Nikon AG, in Egg, vertreten durch [...]

A Sachverhalt

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) im Untersuchungsverfahren betreffend Nikon erging am 28. November 2011 (nachfolgend: Verfügung der WEKO vom 28. November 2011).¹ Darin kam die WEKO zum Schluss, dass diverse Vertriebsverträge der Nikon AG bzw. der Nikon Gruppe (nachfolgend: Nikon) zum Ausschluss von Passivverkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener im Fürstentum Liechtenstein) in die Schweiz führten bzw. geführt hatten und somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG² darstellten. Gegen Nikon wurde eine Sanktion von CHF 12'537'907.– verhängt.³ Die Untersuchung gegen die Digitec AG (nachfolgend: Digitec) wurde ohne Kostenfolgen eingestellt. In der Folge reichte Nikon beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO ein. Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde bis zum Entscheid des Bundesgerichts in der Rechtssache Nr. 2C 484/2010 sistiert. Weiter kam es im folgenden Verlauf zum Ersuchen Nikons, vorliegende Verfügung in Sachen Geschäftsgeheimnisse zu erlassen.

2. Die Parteien hatten während des Untersuchungsverfahrens wiederholt und fortlaufend Gelegenheit, allfällige Geschäftsgeheimnisse in den Akten zu kennzeichnen, wovon Nikon auch Gebrauch machte.

3. Die Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 wurde den Parteien am 14. Dezember 2011 zugestellt. Im gleichen Schreiben wurden die Parteien aufgefordert, allfällige Geschäftsgeheimnisse im Hinblick auf die anschließende Publikation der Verfügung bis zum 16. Januar 2012 zu kennzeichnen. Diverse Passagen waren durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) bereits als Geschäftsgeheimnisse akzeptiert und entsprechend markiert worden. Für den Fall, dass sich hinsichtlich der Qualifikation bestimmter weiterer Passagen als Geschäftsgeheimnisse Differenzen zwischen der Beurteilung der Parteien und des Sekretariats ergeben sollten, stellte das Sekretariat den Parteien das folgende Vorgehen in Aussicht: Das Sekretariat würde nach Ablauf der Frist den Publikationstext unter Abdeckung der als Geschäftsgeheimnisse anerkannten Passagen zuzüglich der noch strittigen Textstellen im Sinne einer vorläufigen Beurteilung auf der Homepage der WEKO aufschalten. Der definitiv bereinigte Text würde sodann nach Klärung der noch fraglichen Punkte publiziert werden. Auf entsprechende Ersuchen von Nikon hin, erstreckte das Sekretariat die Frist gegenüber Nikon zweimal bis zum 30. Januar 2012 bzw. 6. Februar 2012. Digitec stimmte der Publikation ohne weitere Anpassungen zu.

4. Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 reichte Nikon eine um diverse weitere Textstellen bereinigte Version der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ein. Daraufhin teilte das Sekretariat Nikon mit Schreiben vom 22. Februar 2012 mit, dass es der Auffassung sei, ein grosser Teil der von Nikon markierten Passagen würden den an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht genügen. Insbesondere war das Sekretariat der Auffassung, dass sich eine beachtliche Anzahl E-Mails nicht pauschal als Geschäftsgeheimnisse qualifizieren liessen. Das Sekretariat forderte Nikon unter Beilage des „Merkblattes Geschäftsgeheimnisse“⁴ auf, bis zum 2. März 2012 einerseits darzulegen, inwiefern die durch das Sekretariat nicht akzeptierten Passagen ihres Erachtens Geschäftsgeheimnischarakter aufwiesen und andererseits in Bezug auf die relevanten E-Mail-Passagen einen Wortlaut zur Umschreibung des Sinngehalts vorzuschlagen. Die Frist wurde auf einen entsprechenden Antrag von Nikon hin bis zum 12. März 2012 erstreckt.

5. Mit Schreiben vom 12. März 2012 nahm Nikon Stellung. Während Nikon der Publikation eines Teils der vormals markierten Passagen zustimmte, bestand sie insbesondere auf der Schwärzung des Wortlauts der in der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 wörtlich zitierten E-Mails. Nikon machte Gründe des Persönlichkeitsschutzes geltend und führte an, die E-Mails müssten im Kontext gelesen und interpretiert werden. Auf die Argumentation im Detail wird in den Erwägungen eingegangen. Nikon beantragte für den Fall, dass die vorgeschlagenen Änderungen nicht akzeptiert würden, dass die Wettbewerbsbehörden eine anfechtbare Verfügung zum Bestand der aus ihrer Sicht rechtmässigen Schwärzungen und Umschreibungen erlassen und dass bis zum Abschluss eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens keine der strittigen Stellen veröffentlicht werde.

6. Mit Schreiben vom 14. März 2012 teilte das Sekretariat Nikon mit, dass es nach Durchsicht der Begründung der Schwärzungen und der vorgeschlagenen Umschreibungen keine andere Möglichkeit sehe, als eine anfechtbare Verfügung zur Klärung der Frage des Geschäftsgeheimnischarakters der von Nikon bezeichneten Passagen zu erlassen und mit der definitiven Publikation der Verfügung bis zur Rechtskraft der entsprechenden Verfügung zuzuwarten.

¹ RPW 2016/2, S. 442, *Nikon* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Verfügung der WEKO vom 28. November 2011, Rz 549–574 und Dispositiv.

⁴ Merkblatt der Wettbewerbskommission vom 30.04.2008: Geschäftsgeheimnisse, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lana=de (14.05.2012).

7. Mit dem Erlass der vorliegenden Verfügung vom 4. Juni 2012 kommen die Wettbewerbsbehörden dieser Ankündigung nach. Zunächst wird in allgemeiner Weise auf Publikationen der Wettbewerbsbehörden und den damit einhergehenden Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Persönlichkeitsrechten eingegangen (vgl. unten, Rz 8–30). Daraufhin folgt eine Prüfung der einzelnen Vorbringen unter Angabe der jeweils betroffenen Randziffern der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 (vgl. unten, Rz 31–88).

B Erwägungen

B.1 Rechtliches

8. Nikon macht geltend, durch die von den Wettbewerbsbehörden beabsichtigte Publikation gewisser Passagen der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 würden Geschäftsgeheimnisse sowie Persönlichkeitsrechte ihrer selbst sowie einiger involvierter Personen verletzt.

9. Nachfolgend wird deshalb zunächst aufgezeigt, dass die Publikation nachvollziehbarer Verfügungen einen zentralen Aspekt der Erfüllung der rechtsstaatlichen Pflichten der Wettbewerbsbehörden darstellt und Einschränkungen mittels Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte nur unter klar definierten Voraussetzungen zulässig sind.

B.1.1 Die Publikation von Verfügungen durch die Wettbewerbsbehörden

10. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Wettbewerbsbehörden, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren.

11. Diese im Kartellgesetz enthaltenen Grundsätze sind auch im Kontext der durch das Öffentlichkeitsgesetz⁵ statuierten Pflicht der Verwaltung zu öffentlichem und transparentem Handeln zu sehen, einer Pflicht, die nicht zuletzt auch der Wahrung der Rechtssicherheit, einem Grundpfeiler eines jeden Rechtsstaates, dient.⁶

12. Der Aspekt der Begründung ist im Zusammenhang mit Publikationen zentral. Die Verfügungsadressaten haben ein durch die Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 2 BV⁷) garantiertes Recht auf Begründung.⁸ Die Wettbewerbsbehörden trifft die entsprechende Begründungspflicht.⁹ Da das kartellrechtliche Verfahren ferner nicht publikumsöffentlich¹⁰ ist und Sanktionen i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen Charakter¹¹ haben, kommt der Veröffentlichung nachvollziehbar begründeter Entscheide im Kartellrechtvollzug insofern eine umso grössere Wichtigkeit zu, als eine generalpräventive Wirkung erst durch die mittels Veröffentlichung erreichte Zugänglichkeit der Entscheide erzielt werden kann.

13. In Übereinstimmung mit Art. 21 ihres Geschäftsreglements¹² und entsprechend dem Streben nach Transparenz, Nachvollziehbarkeit und einer abschreckenden Wirkung bezüglich Kartellrechtsverstössen veröffentlichen die Wettbewerbsbehörden deshalb in langjähriger Praxis ihre abgeschlossenen Untersuchungen mittels ausführlich begründeter Verfügungen im Publikationsorgan Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW). Zusätzlich werden die Entscheide bereits vor ihrer RPW-Publikation im Internet veröffentlicht.¹³

B.1.2 Die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten

14. Während die Behörde ein Recht und eine Pflicht zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit hat, haben die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse (Art. 25 Abs. 4 KG). Beiden dieser an sich in einem Spannungsverhältnis stehenden Grundsätze wird durch die im Kartellgesetz enthaltene Regelung und die daraus hervorgegangene Praxis Rechnung getragen.

Der Geschäftsgeheimnisbegriff

15. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung im Kartellrecht lehnt sich daher in langer Praxis an die Rechtsprechung zu Art. 162 StGB¹⁴ (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)¹⁵ und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG¹⁶ an.¹⁷

16. Gemäss Rechtsprechung zu Art. 162 StGB gilt eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);

⁵ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGO; SR 152.3).

⁶ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, AMSTUTZ/REINERT (Hrsg.), 2010 (nachfolgend: BSK-KG), Art. 48 N 7; Stefan Koller, in: Kartellgesetz: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 48 N 1.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁸ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz 3041.

⁹ BGE 117 Ib 481, 492 E. 6b.bb; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 35 N 4 f.

¹⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, vom Bundesrat genehmigt am 30. September 1996 (SR 251.1).

¹¹ BGE 135 II 60, 71 E. 3.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008, E. 4.3, *Crédit Suisse et al./WEKO*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 4.2, *Swisscom/WEKO*; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinn und „Sozialethisches Unwerturteil“, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Amstutz/Hochreutener/Stoffel (Hrsg.), 2011, 91–111.

¹² Vgl. oben Fn.10.

¹³ Dies entspricht auch der Praxis der Kartellbehörden der Europäischen Union, vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, Abl. C 308 vom 20.10.2011 S. 6 ff., Rz 149.

¹⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

¹⁵ SIMON BANGERTER, BSK-KG (Fn 6), Art. 25 N 51.

¹⁶ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

¹⁷ BGE 103 IV 283, 283 E. 2.b; JEAN MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16 N 14; REGULA WALTER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 16 N 6; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 16 N 3; JACQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, Von Büren/David (Hrsg.), 1994, 192.

- b. der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c. der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).¹⁸

17. Durch das Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen dürfen weder in Publikationen noch in Verfügungen der Wettbewerbsbehörden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.¹⁹ Erfüllt jedoch eine Information die in Art. 25 Abs. 4 KG enthaltenen Anforderungen nicht, so darf sie grundsätzlich publiziert werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Verfügung direkt auf die entsprechende Information stützt, solange sie in verhältnismässiger Weise der Nachvollziehbarkeit, Transparenz oder Abschreckung dient.

18. Bezüglich des letzten Tatbestandsmerkmals sei darauf hingewiesen, dass ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bei rechts- oder sittenwidrigen Tatsachen gemeinhin zu verneinen ist. Textpassagen betreffend kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen können somit selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen mangels eines objektiven Geheimhaltungsinteresses grundsätzlich nicht unter den Geschäftsgeheimnisbegriff fallen.²⁰

Geschäftsgeheimnisgeschützte Informationen rechtserheblicher Art

19. Ist eine durch das Geschäftsgeheimnis geschützte Information rechtserheblich – das heisst, stützt sich die Argumentation in der Verfügung direkt auf eine bestimmte Information – so bedient sich die Behörde des Behelfs der Umschreibung der betreffenden Passage, um den Interessen sowohl der Verfahrensbeteiligten als auch der Öffentlichkeit gerecht zu werden.²¹ Durch eine Umschreibung wird nämlich zum einen das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Verfahrensbeteiligten gewahrt; zum anderen wird dem Interesse der Öffentlichkeit an der Nachvollziehbarkeit der Verfügungen der Wettbewerbsbehörden und der Rechtssicherheit Rechnung getragen.²²

20. Während das Verhältnismässigkeitsprinzip somit einem absoluten Anspruch auf Geheimhaltung entgegensteht, postuliert es auch, dass Umschreibungen den Schutz von Geschäftsgeheimnissen in keinem Fall seines Sinnes entleeren dürfen.²³

Konkretes Vorgehen der Wettbewerbsbehörden

21. Vor der Publikation einer Verfügung geben die Wettbewerbsbehörden den betroffenen Unternehmen gemäss langer Praxis Gelegenheit, den um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Publikationstext auf seine Übereinstimmung mit Art. 25 Abs. 4 KG zu überprüfen und dem Sekretariat eine allenfalls divergierende Einschätzung zur Kenntnis zu bringen.²⁴ Ist das Sekretariat mit der Qualifizierung einer Textpassage als Geschäftsgeheimnis nicht einverstanden, versucht es, gemeinsam mit dem Unternehmen eine Lösung zu finden.²⁵ Kann keine Einigung erzielt werden, erlassen die Wettbewerbsbehörden gestützt auf Art. 23 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 46 VwVG²⁶ eine anfechtbare Verfügung.²⁷

22. Diese Vorgehensweise gewährleistet, dass sich kein Unternehmen mit der Publikation von Informationen, die

es als Geschäftsgeheimnisse erachtet, konfrontiert sieht, ohne davor die Möglichkeit erhalten zu haben, sich an ein unabhängiges Gericht zu wenden.

B.1.3 Der Schutz der Persönlichkeit der Verfahrensbeteiligten

Persönlichkeitsschutz und Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden

23. Sowohl natürliche wie auch juristische Personen sind Subjekte des Persönlichkeitsschutzes und haben mithin Anspruch auf den Schutz ihrer Geheim- und Privatsphäre sowie ihrer geschäftlichen und beruflichen Ehre.²⁸

24. Die Rechtsordnung anerkennt die Wichtigkeit der Persönlichkeitsrechte als Garanten zentraler Rechtsgüter unter anderem durch ihre absolute Geltung und das Postulat, dass grundsätzlich jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich ist.²⁹

25. Es ist somit selbstverständlich, dass die Publikationen der Wettbewerbsbehörden in keinem Fall unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen enthalten dürfen.

26. Dennoch kennt auch der Grundsatz des Schutzes der Persönlichkeitsrechte Einschränkungen in der Form von Rechtfertigungsgründen. Überwiegen in einem konkreten Fall öffentliche Interessen, gehen sie den Persönlichkeitsrechten der betroffenen natürlichen oder juristischen Person vor.³⁰ Insbesondere vermag eine Person, die sich auf ihre Persönlichkeitsrechte beruft, eine Behörde nicht daran zu hindern, ihre per Definition im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben pflichtgemäss zu erfüllen.³¹ Handeln die Wettbewerbsbehörden somit im Rahmen ihrer verfassungsmässigen und gesetzlichen Kompetenzen, darf die Berufung Rechtsunterworfener auf Persönlichkeitsrechte nicht dazu führen, dass die

¹⁸ BGE 103 IV 283, 284 E. 2.b; vgl. betreffend das KG, Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

¹⁹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 716 E. 3.1.4, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

²⁰ Vgl. RPW 2010/4, 703, 705 Rz 14, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

²¹ RPW 2001/2, S. 373, 375 f. Rz 14 ff., *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*.

²² RPW 2001/2, S. 373, 376 Rz 15 f., *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*.

²³ RPW 2001/2, S. 373, 376 f. Rz 17, 25, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*.

²⁴ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1612/2010 vom 8. Juli 2010, E. 6.3.1, *SAP-Wartungspreiserhöhungen*; vgl. auch SIMON BANGERTER, BSK-KG (Fn 6), Art. 25 N 64.

²⁵ Vgl. Merkblatt Geschäftsgeheimnisse (Fn 4), Seite 2, wonach sich die Wettbewerbsbehörden mit dem Geheimnisherrn in Verbindung setzen.

²⁶ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). Art. 39 KG sieht vor, dass die Bestimmungen des VwVG auf das Kartellverwaltungsverfahren ergänzend Anwendung finden.

²⁷ Vgl. Merkblatt Geschäftsgeheimnisse (Fn 4), S. 2.

²⁸ BGE 97 II 97, 100 E. 2, m.w.H.; ANDREAS MEILI, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2002, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.) (nachfolgend: BSK-ZGB), Art. 28 N 32 f., m.w.H.

²⁹ Vgl. ANDREAS MEILI, BSK-ZGB (Fn 28), Art. 28 N 16 ff. und 45.

³⁰ Art. 28 Abs. 2 ZGB; vgl. ANDREAS MEILI, BSK-ZGB (Fn 28), Art. 28 N 46 ff.

³¹ Vgl. ANDREAS MEILI, BSK-ZGB (Fn 28), Art. 28 N 47.

Wettbewerbsbehörden ihrer Begründungspflicht nur in unzureichendem Ausmass nachkommen können. Dies würde nicht nur den gesetzlichen Pflichten der Wettbewerbsbehörden, sondern auch dem Anspruch der Bürger auf Transparenz und Nachvollziehbarkeit zuwiderlaufen (vgl. oben, Rz 10–13).

Reputationsschutz

27. Verfahrensparteien machen regelmässig geltend, durch die Publikation von Verfügungen würde in der Öffentlichkeit ein falsches Bild gezeichnet, das der Reputation abträglich sei und diese womöglich langfristig schädige.

28. Es ist vorwegzunehmen, dass der in einer begründeten Verfügung der Wettbewerbsbehörden festgestellte Verstoss gegen das Kartellgesetz der Reputation eines Unternehmens unweigerlich abträglich ist.³²

29. Die Aufdeckung und der Nachweis von Verstössen gegen das Kartellgesetz liegen jedoch im öffentlichen Interesse, was sich in der Informationspflicht der Behörden (Art. 49 Abs. 1 KG) und dem in Art. 48 Abs. 1 KG enthaltenen Recht widerspiegelt (vgl. oben, Rz 10–13). Die Publikation geschieht denn auch erst, nachdem die Behörden im Einklang mit den gesetzlichen Grundlagen den Sachverhalt abgeklärt, den Parteien Akteneinsicht gewährt, Geschäftsgeheimnisse unkenntlich gemacht und den Kartellrechtsverstoss substantiiert haben.³³ Die Rechte und Interessen der Verfahrensbeteiligten werden schliesslich auch dadurch gewahrt, dass die – allenfalls divergierenden – Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts in gleicher Weise veröffentlicht und durch die Medien verbreitet werden wie die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden.³⁴

30. Daraus folgt, dass eine allfällige Gefährdung der Reputation der betroffenen Unternehmen nicht der Veröffentlichung von Tatsachen entgegenstehen kann, welche der Ausübung der in Art. 48 und 49 KG enthaltenen Rechte und Pflichten der Wettbewerbsbehörden dienen. Zwar kann insbesondere mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen (vgl. oben, Rz 14–22) ein Reputationsschutz einhergehen; Reputationsgründe für sich alleine können jedoch weder einen genügenden Grund für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen, noch ein Hindernis für die gesetzliche Begründungspflicht der Wettbewerbsbehörden darstellen.³⁵

B.2 Prüfung der einzelnen Vorbringen

B.2.1 Die internen E-Mails

Vorbringen von Nikon

31. Die Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 enthält an diversen Stellen Auszüge des E-Mail-Verkehrs von Nikon-Mitarbeitern im Wortlaut.

32. Nikon macht in allgemeiner Weise geltend, „[einer] Publikation des E-Mail-Verkehrs [stehe] der Persönlichkeitsschutz der involvierten Personen [...] wie auch von Nikon selber entgegen“, zumal die entsprechenden Nachrichten interpretationsbedürftig seien und im Kontext gelesen werden müssten. Aus diesem Grund sei der entsprechende E-Mail-Verkehr integral zu schwärzen.

Erwägungen

i. Vorbemerkung betreffend die „involvierten Personen“

33. Die Stellungnahme der Rechtsvertreterin Nikons bezieht sich sowohl auf Nikon als auch auf nicht näher aufgeführte „involvierte Personen“. Bezüglich der „involvierten Personen“ ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Rechtslage insofern unproblematisch ist, als die E-Mail-Nachrichten ohne Ausnahme in anonymisierter Form veröffentlicht werden und keine Rückschlüsse auf konkrete Personen erlauben.

ii. Vorgehensweise des Sekretariats

34. Das Sekretariat teilte Nikon mit Schreiben vom 22. Februar 2012 mit, dass es den Inhalt des zitierten E-Mail-Verkehrs als nicht allgemein dem Geschäftsgeheimnisschutz unterstehend erachte, jedoch nicht ausschliesse, dass sich gewisse Textstellen unterdrücken liessen, ohne dass der wesentliche Inhalt verfälscht würde. Es forderte Nikon auf, solche Textstellen gegebenenfalls so zu umschreiben, dass der rechtserhebliche Inhalt weiterhin unverändert wiedergegeben werden könne.

35. Nikon verzichtete darauf, einzelne Textstellen zu umschreiben, und bestand pauschal auf der Schwärzung des gesamten Inhalts des E-Mail-Verkehrs.³⁶

iii. Erwägungen

36. Die Argumentation Nikons beruht alleine auf Gründen des Persönlichkeitsschutzes. Auf Geschäftsgeheimnisse nahm Nikon zu Recht nicht Bezug, zumal diese auch nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden bereits entfernt worden waren. Darüber hinaus bilden die einzelnen zu veröffentlichenden E-Mails zusammen mit den Verträgen in der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 einen wesentlichen Bestandteil des Nachweises der unzulässigen Wettbewerbsabrede, wonach Verkäufe durch Parallelhändler in die Schweiz tatsächlich behindert wurden. Die kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise wäre somit ohnehin nicht vom Geschäftsgeheimnisbegriff gedeckt.³⁷

³² Vgl. RPW 2010/4, 703, 706 Rz 20, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

³³ Vgl. RPW 2010/4, 703, 706 Rz 23, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

³⁴ Vgl. RPW 2010/4, 703, 706 Rz 23, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

³⁵ Vgl. RPW 2010/4, 703, 706 Rz 20, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

³⁶ Die Ausnahme bildet eine E-Mail-Nachricht vom 22. Juli 2009, 13.52 Uhr, da diese bereits ohne Zutun der Wettbewerbsbehörden über ein Massenmedium zugänglich gemacht worden war.

³⁷ Vgl. oben, Rz 18, wonach Textpassagen betreffend kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen mangels eines objektiven Geheimhaltungsinteresses grundsätzlich nicht unter den Geschäftsgeheimnisbegriff fallen können. Siehe auch unten, Rz 46.

37. Betreffend den Schutz der Persönlichkeitsrechte von Nikon ist zu erwähnen, dass die Wettbewerbsbehörden alle erforderlichen Schritte unternommen haben, um Nikon einen weitgehenden Schutz ihrer Geheim- und Privatsphäre zu ermöglichen. Nicht nur waren sämtliche Erwähnungen natürlicher Personen anonymisiert und die Geschäftsgeheimnisse entfernt worden, Nikon wurde darüber hinaus unmissverständlich und explizit aufgefordert, allenfalls strittige Stellen zu bezeichnen und eine Umschreibung vorzuschlagen.³⁸ Nikon hat sich jedoch gegen jegliche inhaltsbasierte Argumentation entschieden und den E-Mail-Verkehr gesamthaft als durch den Persönlichkeitsschutz gedeckt deklariert.

38. Die Wettbewerbsbehörden teilen gänzlich die Ansicht Nikons, dass E-Mail-Nachrichten – wie alle Beweismittel – im Kontext zu sehen und interpretationsbedürftig sind. Die Art der Wiedergabe des E-Mail-Verkehrs erlaubt denn auch nicht zuletzt dank der Zitierung des Original-Wortlauts ein grösstmögliches Verständnis des Kontexts der Geschäftsgebaren von Nikon.

39. Während zwar auch in diesem Fall die durch die Wettbewerbsbehörden substantiiert dargelegte Verletzung des Kartellgesetzes dem Unternehmen keine positive Publizität bescheren wird (vgl. oben, Rz 28), ist in aller Klarheit herauszustreichen, dass die publizierten Texte an keiner Stelle unrichtige, irreführende oder gar unnötig verletzend Äusserungen enthalten (vgl. oben, Rz 25). Sie dienen der Nachvollziehbarkeit und Transparenz der behördlichen Argumentation für die Öffentlichkeit und somit den in Verfassung und Gesetz festgeschriebenen Pflichten der Wettbewerbsbehörden.

B.2.2 Das Projekt [...]

Vorbringen von Nikon

40. Nikon führt an, das Projekt [...] – bei dem es um [...] ging – bilde nicht Teil der Grundlage der Verfügung und sei insbesondere nie umgesetzt worden.³⁹ Gemäss Nikon ist der Geschäftsgeheimnischarakter gegeben, vor allem, da es sich um ein internes Strategiepapier gehandelt habe und der Inhalt des Projekts Rückschlüsse auf die Vertriebsstrategie zulasse.

Erwägungen

41. Die nach Gesetz und Rechtsprechung zur Qualifikation einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis erforderlichen Tatbestandsmerkmale wurden in den Rz 15–17 behandelt. Sie sind der Reihe nach zu prüfen.

42. In Bezug auf das erste Tatbestandsmerkmal teilen die Wettbewerbsbehörden die Ansicht Nikons, dass es sich bei dem auf einem internen Strategiepapier enthaltenen Projekt um eine nicht offenkundige, nur einem beschränkten Kreis zugängliche Tatsache gehandelt haben dürfte.

43. Auch bezüglich des zweiten Tatbestandsmerkmals, dem subjektiven Geheimhaltungswillen, hat Nikon gegenüber der Behörde grundsätzlich dargetan, dass sie dieses Projekt geheim halten möchte. Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei einer strikten Anwendung der Eingabe Nikons der Ausdruck Projekt [...] zweimal ungeschwärzt publiziert werden dürfte. Da es sich hierbei jedoch offensichtlich um Ver-

sehen von Nikon handelt, bleibt dies *in casu* ohne negative Folgen.

44. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang ohnehin das dritte Tatbestandsmerkmal (objektives Geheimhaltungsinteresse). Entgegen der Auffassung Nikons ist das Projekt [...] nämlich Teil der Gesamtargumentation der WEKO und damit Grundlage der Verfügung.

45. In der [...] ist unter anderem die Rede von einem [...], von der Tatsache, dass insbesondere [...] würden, sowie vom [...]. Das Ziel der Einführung des Status „Nikon autorisierter Internethändler“ wurde [...]. Dass diese Elemente im Zusammenhang mit dem festgestellten Ausschluss von Passivverkäufen nicht unberücksichtigt bleiben können und mithin einen wesentlichen Punkt der Argumentation der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 bilden, dürfte nachvollziehbar sein.

46. Weiter ist nicht auf den ersten Blick klar – und Nikon substantiiert in keiner Weise – wie es sich bei einem „nie umgesetzten internen Strategiepapier[...]“ um ein Projekt handeln soll, das „Rückschlüsse auf die Vertriebsstrategie“ Nikons zulassen würde. Selbst wenn Letzteres der Fall wäre, wäre es irrelevant, zumal, wie oben erörtert (vgl. oben, Rz 18), das objektive Geheimhaltungsinteresse bei Vorliegen einer gegen das Kartellgesetz verstossenden Vertriebsstrategie nicht gegeben wäre. Die Aufdeckung und der Nachweis von Verstössen gegen das Kartellgesetz liegen nämlich im öffentlichen Interesse und begründen für die Wettbewerbsbehörden entsprechende Pflichten (vgl. oben, Rz 29).

B.2.3 Das Vertriebssystem der jeweiligen Nikon-Ländergesellschaften

Vorbringen von Nikon

47. Nikon macht geltend, dass die Organisation und Gestaltung des Vertriebs ein wichtiger Bestandteil der Geschäftsstrategie sei und dass insbesondere keiner öffentlich zugänglichen Quelle zu entnehmen sei, ob der Vertrieb in einem bestimmten Land selektiv oder offen ausgestaltet sei. Die Information ergebe sich einzig aus Vertragswerken von Nikon. Da diese Information Konkurrenten Rückschlüsse auf die strategische Ausrichtung, das Marketing und die Einbindung der Händler erlaube, stelle sie ein Geschäftsgeheimnis dar.

Erwägungen

48. Betreffend die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen kann wiederum auf den allgemeinen Teil in den Rz 15–17 verwiesen werden. Die Tatbestandsmerkmale sind auch hier der Reihe nach zu prüfen.

³⁸ Sekretariat der Wettbewerbskommission, E-Mail vom 22.02.2012 an Nikon: „Schliesslich enthalten auch die [...] markierten Inhalte der zitierten E-Mails aus unserer Sicht keine Geschäftsgeheimnisse. Wir schliessen jedoch nicht aus, dass sich gewisse Textstellen der zitierten E-Mails eliminieren lassen, ohne dass damit der wesentliche Inhalt des E-Mails gelöscht würde. Wenn es aus Ihrer Sicht solche Textstellen gibt, bitten wir Sie, diese [...] zu kennzeichnen. Gegebenenfalls bitten wir Sie, einen Wortlaut für die Umschreibung/Zusammenfassung gewisser Textpassagen aus den E-Mails vorzuschlagen, aus welchem jedoch der rechtserhebliche Inhalt der E-Mails unverändert wiedergegeben wird“.

³⁹ Die Ausführungen Nikons betreffen die Rz 89 und 318 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

49. Das Wissen um die Organisationsform des Vertriebs der jeweiligen Nikon-Ländergesellschaften (Selektivvertrieb oder offener Vertrieb) erfüllt bereits das erste Tatbestandsmerkmal, die fehlende Offenkundigkeit und Zugänglichkeit, nicht. In den fraglichen Vertriebssystemen haben mehrere hundert Händler Kenntnis von der jeweiligen Vertriebsorganisation Nikons, da beispielsweise jeder zugelassene Händler einen entsprechenden Vertrag unterschrieben hat und die Einhaltung der Qualitätsmerkmale, durch die das Selektivvertriebssystem erst ermöglicht wird, von der jeweiligen Nikon-Ländergesellschaft in einem aufwändigen Verfahren einzeln überprüft wird. Die Organisationsform des Vertriebs ist demnach aufgrund der zahlenmässig unübersehbaren Verbreitung als allgemein zugängliche Tatsache zu qualifizieren. Der Geschäftsgeheimnischarakter ist zu verneinen.

50. Während die blosser Tatsache, dass ein Selektivvertrieb oder ein offener Vertrieb vorliegt, somit kein Geschäftsgeheimnis darzustellen vermag, ist es durchaus denkbar, dass die konkrete Ausgestaltung einzelner selektiver Vertriebssysteme Geschäftsgeheimnisse enthält. Bezüglich dieser ist jedoch zu unterstreichen, dass die Verfügung nicht auf Einzelheiten der Ausgestaltung der behandelten Vertriebssysteme eingeht und solche folglich durch eine Publikation gar nicht erst offengelegt werden können.

B.2.4 Elemente der Vertriebsstrategie

Vorbringen von Nikon

51. Nikon führt an, die interne Beurteilung der Wirkung des Marketinginstruments [...] und die Tatsache [...] seien vom Geschäftsgeheimnis gedeckt.

Erwägungen

52. Betreffend die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen sei wiederum auf den allgemeinen Teil (Rz 15–17) verwiesen. Die Tatbestandsmerkmale werden der Reihe nach geprüft.

53. Es ist unstrittig, dass es sich bei der internen Beurteilung der Wirkung des Marketinginstruments [...] und bei [...] um nicht offenkundige Tatsachen handelt (Tatbestandsmerkmal 1). Ferner ist es unbestritten, dass Nikon diese beiden Tatsachen geheim halten möchte (Tatbestandsmerkmal 2).

54. Bezüglich des dritten Tatbestandsmerkmals, des objektiven Geheimhaltungsinteresses, scheint Nikon korrekt einzuschätzen, dass die interne Bewertung einer [...] und die [...] für Teile der Öffentlichkeit und Konkurrenten grundsätzlich von Interesse sind, da sie Rückschlüsse auf strategische Entscheide zulassen. Weiter ist es nachvollziehbar, dass Nikon (1.) nicht will, dass Konkurrenten vom [...] erfahren – was ungeachtet der Tatsache gilt, dass viele Wettbewerber selbst ähnliche Promotionsinstrumente verwenden dürften – und (2.) nicht möchte, dass [...]. Da es sich ferner weder bei der [...] noch bei [...] um rechtswidrige, insbesondere kartellrechtswidrige, Verhaltensweisen handelt (vgl. oben Rz 18), ist vorliegend das objektive Geheimhaltungsinteresse zu bejahen.

55. Die entsprechenden von Nikon bezeichneten Stellen werden durch die Wettbewerbsbehörden folglich in geschwärtzter Form publiziert werden.

B.2.5 Die Zusammenarbeit mit Digitec

Vorbringen von Nikon

56. Gemäss Nikon ist die Tatsache der Zusammenarbeit mit Digitec Teil der Vertriebsstrategie und durch das Geschäftsgeheimnis geschützt.

Erwägungen

57. Die in den Rz 15–17 erwähnten Tatbestandsmerkmale der Geschäftsgeheimniseigenschaft sind der Reihe nach zu prüfen.

58. Die Tatsache der Zusammenarbeit Nikons mit Digitec erfüllt schon das erste Kriterium der fehlenden Offenkundigkeit nicht, da es grundsätzlich jeder Person möglich ist, diese Information aus den nicht nur öffentlichen, sondern aktiv verbreiteten Katalogen bzw. aus der Internetseite von Digitec abzuleiten.

59. Während die Geschäftsgeheimniseigenschaft für die Tatsache der Zusammenarbeit aus diesem einfachen Grund zu verneinen ist, sei der Klarheit wegen darauf hingewiesen, dass dies in keiner Weise zur Folge hat, dass die Tatsache [...] kein Geschäftsgeheimnis wäre. Letztere ist, wie in Rz 55 ausgeführt, unkenntlich zu machen.

B.2.6 Die konzerninterne Preisgestaltung

Vorbringen von Nikon

60. Nikon macht geltend, die Erwähnung der jeweiligen Ländergesellschaften – konkret ging es um Nikon [...] und Nikon [...] – im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung konzerninterner Preisvorgaben würde dem Geschäftsgeheimnisschutz unterliegen, da es um die Organisation der konzerninternen Preisgestaltung gehe.⁴⁰

Erwägungen

61. Die Rz 15–17 behandeln Geschäftsgeheimnisse in allgemeiner Weise. Dieser Darstellung folgend sind die Tatbestandsmerkmale der Reihe nach zu prüfen.

62. Da es vorliegend um konzerninterne Kommunikationen geht, scheint es ausser Frage, dass es sich um nicht offenkundige und nicht öffentlich zugängliche Tatsachen handelt (Tatbestandsmerkmal 1). Ferner hat Nikon rechtsgenügend dargetan, dass sie die entsprechenden Passagen geheim halten möchte (Tatbestandsmerkmal 2).

63. Betreffend das dritte Tatbestandsmerkmal, das objektive Geheimhaltungsinteresse, ist festzuhalten, dass ein Unternehmen durchaus ein Interesse daran haben kann, konkrete Informationen über geografische Preisunterschiede der Öffentlichkeit und insbesondere den Konkurrenten vorzuenthalten. Da es sich bei den vorgeschriebenen Preisen ferner um einen rein konzerninternen, kartellrechtlich nicht relevanten Sachverhalt handelt (vgl. oben, Rz 18), ist vorliegend das objektive Geheimhaltungsinteresse zu bejahen.

⁴⁰ Die Ausführungen Nikons betreffen die Rz 268 und 273 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

64. Die Wettbewerbsbehörden werden daher die Erwähnung [...] und [...] im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung der konzerninternen Preisgestaltung schwärzen.

B.2.7 Die GfK-Daten

Vorbringen von Nikon

65. Nikon bringt vor, dass eine auf [...] % bezifferte Preisdifferenz auf vertraulichen und teuren GfK-Daten beruhe und „grundsätzlich“ vom Geschäftsgeheimnis abgedeckt sei.⁴¹

Erwägungen

66. Ob diese Zahl die in den Rz 15–17 wiedergegebenen Voraussetzungen erfüllt, ist anhand der drei Tatbestandsmerkmale zu prüfen.

67. Die Wettbewerbsbehörden gehen mit Nikon einig, dass sowohl die mangelnde Offenkundigkeit und Zugänglichkeit (Tatbestandsmerkmal 1) wie auch der subjektive Geheimhaltungswille (Tatbestandsmerkmal 2) gegeben sind.

68. Es fragt sich allerdings aus zwei Gründen, ob das objektive Geheimhaltungsinteresse als gegeben angesehen werden kann.

69. Erstens wurden die konkreten Produkte, auf die sich die Zahl [...] % bezieht, aus dem Text entfernt, so dass es in höchstem Masse unwahrscheinlich ist, dass von dieser Zahl und dem Kontext „Digitalkameras mit Wechselobjektiv“ Schlüsse gezogen werden könnten, die einen definierbaren wirtschaftlichen Wert hätten.

70. Zweitens handelt es sich beim Verhalten, das in dieser Textstelle beanstandet wird, um den Ausschluss von Passivverkäufen, einem vorliegend kartellrechtlich relevanten Verhalten.

71. Während es somit fragwürdig ist, ob ein objektives Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, leiden die Nachvollziehbarkeit und Transparenz der Argumentation der WEKO *in casu* in keiner Weise, wenn die konkrete Zahl [...] % durch die vorgeschlagene Bandbreite [20-30] % ersetzt wird. Die vorgeschlagene Bandbreite wird daher in der publizierten Version der Verfügung die konkrete Zahl – wie bereits an anderen Stellen geschehen – ersetzen.

B.2.8 Die kritisierten Bandbreitenangaben

Vorbringen von Nikon

72. Nikon ist in fünf Fällen mit der Umschreibung in Form von Bandbreiten nicht einverstanden und unterbreitet jeweils einen eigenen Vorschlag. Für den Fall, dass die Wettbewerbsbehörden mit den Vorschlägen von Nikon nicht einverstanden seien, müssten die entsprechenden Stellen geschwärzt werden.⁴²

Erwägungen

73. Den Vorschlägen Nikons kann entsprochen werden, wenn sie den üblichen Rundungskonventionen entsprechen.

i. Erste strittige Stelle (Rz 390)

74. In Rz 390 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ist von einer Preisersparnis von „zwischen [...] % und [...] %“ die Rede.

75. Nikon möchte, dass diese Werte durch die Bandbreiten „zwischen [0–10] % und [0–10] %“ anstatt, wie von den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen, „zwischen [0–10] % und [...] %“ wiedergegeben werden.

76. Weil die Zahlen [...] % und [...] % auf den gerundeten Werten [...] % (Ersparnis betreffend CHF [...] gegenüber CHF [...]) und [...] % (Ersparnis betreffend CHF [...] gegenüber CHF [...]) beruhen, ist der Argumentation Nikons zu folgen und es sind die Bandbreiten [0–10] % und [0–10] % zu verwenden.⁴³

ii. Zweite strittige Stelle (Rz 393)

77. In Rz 393, Punkt 2 in fine der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ist bezüglich dem NIKKOR Objektiv AF-S DX VR 55-200/4-5.6G IF-ED von einer Erhöhung des Arbitragepotenzials „von [...] % auf [...] %“ die Rede.

78. Nikon möchte, dass diese Werte durch die Bandbreiten „von [40–50] % auf [40–50] %“ anstatt, wie von den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen, „von [40–50] % auf [...] %“ wiedergegeben werden.

79. Weil die Zahlen [...] % und [...] % auf den gerundeten Werten [...] % (CHF [...] gegenüber CHF [...]) und [...] % (CHF [...] gegenüber CHF [...]) beruhen, ist der Argumentation Nikons zu folgen und es sind die Bandbreiten [40–50] % und [40–50] % zu verwenden.⁴⁴

iii. Dritte strittige Stelle (Rz 410)

80. In Rz 410, Punkt 3 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ist bezüglich dem Objektiv NIKKOR AF-S DX 16-85mm/3.5-5.6G ED VR von einem Preisunterschied von „rund [...] %“ die Rede.

81. Nikon möchte, dass der Wert [...] % durch die Bandbreite „[...] %“ anstatt, wie von den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen, „[30–40] %“ wiedergegeben wird.

82. Weil sich der Rechnungspreisunterschied von Nikon Schweiz in diesem Beispiel auf [...] % (CHF [...] gegenüber CHF [...]) beläuft, ist weiterhin die Bandbreite [40-50] % zu verwenden.⁴⁵

iv. Vierte strittige Stelle (Rz 462)

83. In Rz 462, Tabelle 2 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ist bezüglich den Marktanteilen Nikons auf dem Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv im Jahr 2010 von einem Wert von „[...] %“ die Rede.

⁴¹ Die Ausführungen Nikons betreffen die Rz 420 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

⁴² Die Ausführungen Nikons betreffen die Rz 390, 393, 410 und 462 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

⁴³ Vgl. Anhang E.1, Tabelle 1, Seite 150 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

⁴⁴ Vgl. Anhang E.1, Tabelle 1, Seite 150 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

⁴⁵ Vgl. Rz 410, Punkt 3 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011.

84. Nikon möchte, dass dieser Wert durch die Bandbreite „[...] %“ anstatt, wie von den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen, „[10–20] %“ wiedergegeben wird.

85. Weil die Zahl [...] % auf dem gerundeten Wert [...] % (Durchschnitt der Werte [...] % im Januar, [...] % im Februar, [...] % im März, [...] % im April 2010) beruht, ist die verwendete Rundung beizubehalten und es ist die Bandbreite [10–20] % zu verwenden.

v. Fünfte strittige Stelle (Rz 462)

86. In Rz 462, Tabelle 3 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 ist bezüglich den Marktanteilen Nikons auf dem Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv im Jahr 2010 von einem Wert von „[...] %“ die Rede.

87. Nikon möchte, dass dieser Wert durch die Bandbreite „[30–40] %“ anstatt, wie von den Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen, „[...] %“ wiedergegeben wird.

88. Weil die Zahl [...] % auf dem gerundeten Wert [...] % (Durchschnitt der Werte [...] % im Januar, [...] % im Februar, [...] % im März, [...] % im April 2010) beruht, ist der Rundung Nikons zu folgen und es ist die Bandbreite [30–40] % zu verwenden.

C Kosten

89. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴⁶ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht. Nikon hat den Erlass einer Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse beantragt und somit den Erlass der vorliegenden Verfügung verursacht.

90. Betreffend Geschäftsgeheimnisse ist Nikon mit ihrer Argumentation in drei von sieben Punkten durchgedrungen. Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich, neben dem Verursacherprinzip auch das Unterliegerprinzip zu beachten. Nikon sind deshalb lediglich 4/7 der anfallenden Kosten aufzuerlegen. Die Anpassung der Bandbreiten, die sich auf Stellen bezieht, wo der Geschäftsgeheimnischarakter unbestritten ist, ändert nichts an dieser Bewertung.

91. Da über die Kosten in der Hauptsache bereits mit Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 entschieden wurde, sind die Kosten für die vorliegende Verfügung hier separat zu verlegen.

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

93. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 72,42 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 52,25 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 6'792.50,

- 20,17 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 4'034.–.

94. Auslagen gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung⁴⁷ sind keine angefallen.

95. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 10'826.50. Davon hat Nikon wie dargetan 4/7, ergebend CHF 6'186.55, zu tragen.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Es wird festgestellt, dass die von Nikon bezeichneten Textstellen hinsichtlich der Randziffern 268, 273, 299, 338, 420, 507, 510, 511 und 515 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen erfüllen und im Rahmen der Publikation abgedeckt werden. Die von Nikon in den Randziffern 390, 393, 410 und 462 der Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 bezeichneten Bandbreiten werden im Sinne der Erwägungen offengelegt.
2. Es wird festgestellt, dass die übrigen von Nikon bezeichneten Textstellen die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen und folglich im Rahmen der Publikation nicht abgedeckt werden.
3. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 wird – nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung – in der Nikon mit Schreiben vom 22. Februar 2012 vorgelegten Form veröffentlicht, mit Ausnahme der in Ziffer 1 dieses Dispositivs ausdrücklich genannten Textstellen.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 10'826.50.– werden Nikon im Umfang von 4/7, ausmachend CHF 6'186.55.–, auferlegt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
Nikon AG, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴⁶ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁷ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Amcor/SIDEL/JV

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Oktober 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Oktober 2015

1. Am 1. Oktober 2015 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine gemeinsame Meldung der Amcor Group GmbH (nachfolgend: Amcor) und der Sidel Participations SAS (nachfolgend: SIDEL) über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach planen Amcor und SIDEL (nachfolgend gemeinsam auch: die Parteien) ein Joint Venture (nachfolgend: JV) bestehend aus der bereits bestehenden DISCMA AG (nachfolgend: DISCMA) und der neu gegründeten LiquiForm Group LLC (nachfolgend: LiquiForm).

2. Amcor ist eine Schweizer Tochtergesellschaft der Amcor-Gruppe, deren oberste Muttergesellschaft Amcor Limited mit Sitz in Melbourne, Australien, ist. Amcor Limited ist ein globales Verpackungsunternehmen, welches in der Herstellung und Lieferung von festen und flexiblen Verpackungsprodukten für die Lebensmittel-, Getränke-, Gesundheits-, Haushalts- und Körperpflege- sowie Tabakindustrien tätig ist. Im Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR) ist die Amcor-Gruppe in der Herstellung und Lieferung von flexiblen Verpackungen sowie Tabakverpackungen tätig. Die Tätigkeiten in der Schweiz umfassen die Verwaltung der Hauptsitze der Geschäftssegmente „Amcor Flexibles Europe, Middle East and Africa“, „Amcor Flexibles Americas“ und „Amcor Tobacco Packaging“ sowie andere Unternehmensfunktionen, welche die europaweiten Aktivitäten des Konzerns unterstützen. Zudem sind mehrere Produktionsanlagen sowohl für flexible Verpackungen als auch für Tabakverpackungen in der Schweiz operativ tätig.¹

3. SIDEL ist Teil der Tetra Laval-Gruppe, einer privaten Unternehmensgruppe mit globalen Aktivitäten. Die Tetra Laval-Gruppe besteht aus drei Industriegruppen: Tetra Pak, SIDEL und DeLaval. Tetra Pak bietet Verarbeitungs-, Verpackungs- und Distributionslösungen für Lebensmittel, insbesondere in Verpackungen aus Karton, an. SIDEL ist Anbieterin von Verpackungsanlagen für flüssige Lebensmittel, insbesondere Streckblasformmaschinen (nachfolgend: SBM-Maschinen²) für PET-

Flaschen sowie Abfüllmaschinen. DeLaval ist eine Full-Service-Anbieterin für Milcherzeuger. Das Unternehmen entwickelt, produziert und vermarktet Ausrüstungen und Komplettlösungen für die Milchproduktion und Tierhaltung. Alle drei Industriegruppen sind auch in der Schweiz tätig.³

4. DISCMA wurde im Jahr 2012 als Schweizer Aktiengesellschaft gegründet. Sie ist ein 50/50-Joint Venture der Parteien und wird von ihnen gemeinsam kontrolliert. DISCMA ist Inhaberin aller Immaterialgüterrechte in Bezug auf die sog. LiquiForm-Technologie, einer neuen Technologie, welche die zwei herkömmlichen Schritte des Blasformens und des Füllens von polymerbasierten Behältern mit Verbrauchsgütern (siehe hierzu auch unten, Rz 13 f.) in einem einzigen Schritt zusammenführt. DISCMA hat bislang nur Forschungs- und Entwicklungsarbeiten ausgeführt und ist nicht am Markt aufgetreten.

5. LiquiForm wurde am 14. Mai 2015 als Limited Liability Company (LLC) gegründet und untersteht dem Recht von Delaware, USA. Sie ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Amcor, wird von den Parteien aufgrund von vertraglichen Verpflichtungen jedoch gemeinsam kontrolliert. LiquiForm wird für die Kommerzialisierung der LiquiForm-Technologie zuständig sein.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) am 27. August 2015 gemeldet. Am 22. September 2015 erklärte die EU-Kommission das gemeldete Zusammenschlussvorhaben als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.⁴

7. Das geplante JV besteht aus DISCMA und LiquiForm, die direkt durch einen Lizenzvertrag und indirekt durch einen Rahmenvertrag zwischen ihren Muttergesellschaften und DISCMA miteinander verbunden sein werden. Das Zusammenschlussvorhaben wird durch die Unterzeichnung dieser beiden Verträge umgesetzt, sobald die Wettbewerbsbehörden das Zusammenschlussvorhaben genehmigt haben.

¹ <www.amcor.com> (13.10.2015) mit weiteren Informationen.

² SBM: Stretch Blow Molding.

³ <www.tetralaval.com> (13.10.2015) mit weiteren Informationen.

⁴ KOMM, M.7728, 22.9.2015, *Amcor/Sidel/JV*.

8. Gemäss 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.⁵ Massgeblich ist, ob die verschiedenen Transaktionen eine wirtschaftliche Einheit darstellen.⁶ In analoger Anwendung dieser Praxis wird die Gründung von LiquiForm durch Amcor und die beabsichtigte gemeinsame Kontrolle als wirtschaftliche Einheit betrachtet und die geplante Transaktion als Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]) qualifiziert.⁷

9. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren. Zwar ist LiquiForm eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Amcor (siehe oben, Rz 5), doch kann gemäss Praxis der WEKO gemeinsame Kontrolle auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen 100 % der Aktien des gemeinsam kontrollierten Unternehmens hält, sofern beide Gesellschaften strategisch wichtige Entscheide blockieren können.⁸ Dabei ging die WEKO davon aus, dass bereits die Tatsache, dass sich die Parteien über die Verabschiedung des jährlichen Entwicklungs- und Budgetplans einig sein müssen, zu gemeinsamer Kontrolle führen kann.⁹ Diese Praxis entspricht der Praxis der EU-Kommission, die in mehreren Fällen gemeinsame Kontrolle annahm, obwohl die Aktionärseigenschaft fehlte.¹⁰ In casu müssen Amcor und SIDEL u.a. das Budget von LiquiForm genehmigen. Die Vereinbarungen zwischen den Parteien, DISCMA und LiquiForm führen folglich zur gemeinsamen Kontrolle der Parteien über LiquiForm. DISCMA wird von den Parteien gemeinsam kontrolliert (siehe oben, Rz 4). Zudem sind auch die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt.

10. Die Parteien verfügen im EWR und in der Schweiz über unterschiedliche Geschäftsaktivitäten. SIDEL produziert und verkauft SBM-Maschinen mit hoher Kapazität und keimfreie sowie nicht keimfreie PET-Abfüllmaschinen. Gemäss Angaben der Parteien stellen weder Amcor noch das JV solche Maschinen her. Des Weiteren bestehen im EWR weder zwischen Amcor und dem JV noch zwischen Amcor und SIDEL vertikale Beziehungen.

11. Da es sich bei der LiquiForm-Technologie um eine neue Technologie handelt und noch keine Maschinen auf dem Markt sind, welche die Technologie verwenden, besteht noch keine Entscheidungspraxis, welche einen Markt für die LiquiForm-Technologie oder für Produkte, die die LiquiForm-Technologie verwenden, abgrenzen würde. Maschinen, die unter der Verwendung der LiquiForm-Technologie produziert werden, könnten einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen. Es ist aber auch möglich, dass basierend auf der LiquiForm-Technologie hergestellte Maschinen mit den von SIDEL produzierten Maschinen konkurrieren. Aus diesem Grund werden im Folgenden die Marktabgrenzungen betreffend die von

SIDEL produzierten und verkauften Maschinen, welche einen Bezug zur LiquiForm-Technologie aufweisen, gemacht.

12. Weiter ist denkbar, dass neben den Produktmärkten für Maschinen separate Technologiemarkte¹¹ bestehen. Möglich ist aber auch, dass die Technologien zum selben Markt gehören wie die Maschinen. Im vorliegenden Zusammenschlussverfahren kann die Frage, ob die Technologien und Maschinen separate Märkte bilden oder zum selben Markt gehören, offen gelassen werden, da die Antwort auf diese Frage am Ergebnis der Analyse nichts ändert.¹²

13. Die WEKO hat sich bislang nicht mit der Marktabgrenzung im Zusammenhang mit einer typischen PET-Verpackungsanlage befasst.¹³ In ihren Tetra Laval/Sidel-Entscheiden in den Jahren 2001¹⁴ und 2003¹⁵ hat die EU-Kommission vier Stufen einer typischen PET-Verpackungsanlage identifiziert, die nach spezifischen Maschinen verlangen: a) Produktion von Plastik-Vorformlingen (Injektionsmaschinen); b) Aufblasen der leeren Flaschen (SBM-Maschinen); c) Befüllung (keimfreie und nicht keimfreie Abfüllmaschinen) und d) End- oder Zwischenschritte (z.B. Förderbänder, Warenflussgeräte, Verpackungs- und Palettiermaschinen).

⁵ 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> (19.10.2015).

⁶ 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.

⁷ Ebenso RPW 2015/4, 763 Rz 34, *Coop/Swisscom*.

⁸ RPW 2013/1, 106 Rz 5 und 15 f., *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*

⁹ RPW 2013/1, 106 Rz 16, *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*

¹⁰ KOMM, M.3858, 20.7.2005, *Lehman Brothers/SCG/Starwood/LeMeridien*, Rz 9; KOMM, M.2632, 11.2.2002, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*; KOMM, M.2060, 29.8.2000, *Bosch/Rexroth*; KOMM, M.3136, 5.12.2003, *GE/AGFA NDT*.

¹¹ Technologiemarkte sind Märkte für lizenzierte Technologierechte und ihre Substitute, d. h. alle Technologierechte, die aufgrund ihrer Eigenschaften, der für sie zu entrichtenden Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks vom Lizenznehmer als austauschbar oder substituierbar angesehen werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. k der Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21.3.2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, Abl. L 93 vom 28.3.2014 S. 17).

¹² Sollten die Technologien und Maschinen zum selben Markt gehören, kommt es zu keiner Marktanteilsaddition, da die LiquiForm-Technologie neu ist, noch keine Maschinen unter Verwendung dieser Technologie auf dem Markt sind und mit der LiquiForm-Technologie somit noch kein Marktanteil erzielt wird. Sollten die Technologien und Maschinen unterschiedliche Märkte bilden, sind keine negativen vertikalen Effekte zu erwarten (siehe unten, Rz 21 und 23).

¹³ In RPW 2004/3, 846, *Gründung der Joint Venture Unternehmung "Planet" durch The Dow Chemical Company und Petrochemical Industries Company K.S.C.*, hat sich die WEKO mit der Herstellung, dem Vertrieb und dem Verkauf von PET-Granulaten auseinandergesetzt.

¹⁴ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 21.

¹⁵ KOMM, M.2416, 13.01.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 22.

14. Die LiquiForm-Technologie vereinigt die Stufen zwei und drei einer typischen PET-Verpackungsanlage. Somit könnten Maschinen auf Basis der LiquiForm-Technologie u.a. mit den herkömmlichen SBM- und (keimfreien und nicht keimfreien) Abfüllmaschinen für die PET-Verpackung, wozu auch Kombimaschinen gehören, konkurrieren. SIDEL produziert und verkauft derartige Maschinen.

15. SBM-Maschinen werden verwendet, um PET-Vorformlinge oder PET-Granulat in fertige PET-Flaschen zu formen. Die EU-Kommission hat festgehalten, dass SBM-Maschinen mit hohen (mehr als 8'000 Flaschen pro Stunde) und niedrigen (weniger als 8'000 Flaschen pro Stunde) Kapazitäten separate Produktmärkte bilden.¹⁶ Das Gericht (nachfolgend: EuG) und der Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) der Europäischen Union haben diese Auffassung bestätigt.¹⁷ SIDEL hat die Produktion von SBM-Maschinen mit niedriger Kapazität im Jahr 2013 eingestellt, womit vorliegend nur noch SBM-Maschinen mit hoher Kapazität interessieren. Eine weitere Unterscheidung der Märkte nach Endkundensegmenten ist gemäss der EU-Kommission nicht notwendig.¹⁸ Die EU-Kommission liess zudem offen, ob Kunden eine Kombimaschine einerseits und separate Standard-PET-SBM-Maschinen sowie Abfüllanlagen andererseits als substituierbar ansehen und Kombimaschinen folglich dem Markt für SBM-Maschinen und/oder dem Markt für PET-Befüllung zuzuordnen sind.¹⁹

16. Die WEKO hat bislang keine Marktabgrenzung für SBM-Maschinen vorgenommen. Die Marktabgrenzung für SBM-Maschinen kann die WEKO im vorliegenden Fall offen lassen, weil das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (siehe unten, Rz 20 ff.).

17. Die EU-Kommission hat festgehalten, dass keimfreie und nicht keimfreie Maschinen zur PET-Befüllung weder aus Nachfrage- noch aus Angebotssicht substituierbar sind und zu verschiedenen Produktmärkten gehören.²⁰ Dieser Ansatz wurde vom EuG bestätigt.²¹ Keiner der beiden Produktmärkte muss weiter unterteilt werden.²² Die EU-Kommission liess schliesslich offen, ob für Kunden eine Kombimaschine und Maschinen einer Standard-PET-Verpackungsanlage derart substituierbar sind, dass die Kombimaschine als Teil des Marktes für SBM-Maschinen und/oder Teil des Marktes für Maschinen zur PET-Befüllung betrachtet werden soll.²³

18. Die WEKO hat bisher keine Marktabgrenzung für PET-Abfüllmaschinen vorgenommen. Die Marktabgrenzung für Maschinen zur PET-Befüllung (keimfrei/nicht keimfrei) kann die WEKO im vorliegenden Fall offen lassen, weil das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (siehe unten, Rz 22 ff.).

19. Die EU-Kommission geht sowohl für SBM-Maschinen²⁴ als auch für keimfreie und nicht keimfreie PET-Abfüllmaschinen²⁵ von einem EWR-weiten räumlich relevanten Markt aus. Die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte kann vorliegend offen gelassen werden, da das Ergebnis der Analyse unter allen möglichen räumlichen Marktabgrenzungen dasselbe bleibt.

20. SIDEL ist in der Entwicklung und Produktion von SBM-Maschinen mit hoher Kapazität tätig. Die Produktion von SBM-Maschinen mit niedriger Kapazität hat SIDEL im Jahr 2013 eingestellt. Amcor und das JV produzieren keine SBM-Maschinen.

21. Der Marktanteil von SIDEL²⁶ im Markt für SBM-Maschinen (mit hoher Kapazität)²⁷ betrug im Jahr 2014 im Gebiet, welches den EWR und die Schweiz umfasst, [20–30] %, ²⁸ womit es sich nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. Es handelt sich aber um einen Markt mit stark schwankenden Marktanteilen. Der durchschnittliche Marktanteil von SIDEL im selben Gebiet im Zeitraum von 2010–2014 betrug [30–40] %. Gestützt auf den durchschnittlichen Marktanteil im Zeitraum von 2010–2014 handelt es sich folglich um einen betroffenen Markt. Es kommt in diesem betroffenen Markt jedoch zu keinen Marktanteilsadditionen und vom Zusammenschlussvorhaben sind auch keine nachteiligen vertikalen Effekte zu erwarten.

22. SIDEL ist auf den Märkten betreffend Entwicklung und Produktion von keimfreien und nicht keimfreien Abfüllmaschinen tätig, während Amcor und das JV keine solchen Maschinen herstellen.

¹⁶ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 166–168; KOMM, M.2416, 13.01.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 26.1.

¹⁷ Urteil des EuG vom 25.10.2002 T-5/02 *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002 II-4381 Rz 269; EuGH vom 15.2.2005 C-12/03 *Kommission/Tetra Laval*, Slg. 2005 I-987 Rz 102–105.

¹⁸ KOMM, M.2416, 13.01.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 32; Urteil des EuG vom 25.10.2002 T-5/02 *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002 II-4381 Rz 223, 261–269.

¹⁹ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 174 f.; KOMM, M.2416, 13.01.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 26.4.

²⁰ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 201; KOMM, M.2416, 13.1.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 38; KOMM, M.3746, 25.7.2005, *Tetra Laval/SIG*, Rz 11, 14 und 41.

²¹ Urteil des EuG vom 25.10.2002 T-5/02 *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002 II-4381 Rz 236 f.

²² KOMM, M.3746, 25.7.2005, *Tetra Laval/SIG*, Rz 14 und 42.

²³ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 174 f.; KOMM, M.2416, 13.1.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 26.4.

²⁴ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 210–212; KOMM, M.2416, 13.1.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 54.

²⁵ KOMM, M.2416, 30.10.2001, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 210–212; KOMM, M.2416, 13.1.2003, *Tetra Laval/Sidel*, Rz 54; KOMM, M.3746, 25.7.2005, *Tetra Laval/SIG*, Rz 15 und 43.

²⁶ Dieser sowie alle nachfolgend angegebenen Marktanteile von SIDEL beruhen auf Schätzungen von SIDEL.

²⁷ Würden SBM-Maschinen mit hoher und niedriger Kapazität zum selben sachlich relevanten Markt gehören, wäre der Marktanteil von SIDEL folglich tiefer als nachfolgend ausgewiesen.

²⁸ Da die EU-Kommission die genaue Marktabgrenzung hinsichtlich Kombimaschinen offen gelassen hat, stellen die Parteien Marktanteilschätzungen zur Verfügung, die Kombimaschinen als Teil des SBM- und PET-Befüllungsmarkts behandeln. Werden Kombimaschinen nicht als Teil des Marktes für SBM-Maschinen (mit hoher Kapazität) behandelt, weist SIDEL im Zeitraum von 2010–2014 im EWR einen durchschnittlichen Marktanteil von [20–30] % aus.

23. Der Marktanteil von SIDEL im Markt für Maschinen zur keimfreien PET-Befüllung betrug im Jahr 2014 im EWR und in der Schweiz [20–30] %, ²⁹ womit es sich nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. Auch bei diesem Markt schwanken die Marktanteile aber stark. So betrug der Marktanteil von SIDEL im Jahr 2013 [30–40] % und im Zeitraum 2012–2014 durchschnittlich [20–30] %. Es kommt in diesem Markt jedoch zu keinen Marktanteilsadditionen und vom Zusammenschlussvorhaben sind auch keine nachteiligen vertikalen Effekte zu erwarten.

24. Folglich bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für SBM-Maschinen (mit hoher Kapazität) resp. für Maschinen zur keimfreien PET-Befüllung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

25. Der Marktanteil von SIDEL im Markt für Maschinen zur nicht keimfreien PET-Befüllung betrug im Jahr 2014 im Gebiet, welches den EWR und die Schweiz umfasst, [20–30] %, ³⁰ womit es sich nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. In diesem Markt weist SIDEL in den Jahren 2012–2014 zudem relativ stabile Marktanteile auf, die [20–30] % nie überstiegen.

26. 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.

²⁹ Da die EU-Kommission die genaue Marktabgrenzung hinsichtlich Kombimaschinen offen gelassen hat, stellen die Parteien Marktanteilschätzungen zur Verfügung, die Kombimaschinen als Teil des SBM- und PET-Befüllungsmarkts behandeln. Werden Kombimaschinen nicht als Teil des Marktes Maschinen für keimfreie PET-Befüllung behandelt, weist SIDEL im Zeitraum von 2012–2014 im EWR einen durchschnittlichen Marktanteil von [0–10] % aus.

³⁰ Werden Kombimaschinen nicht als Teil des Marktes Maschinen für nicht keimfreie PET-Befüllung behandelt, weist SIDEL im Zeitraum von 2012–2014 im EWR einen durchschnittlichen Marktanteil von [0–10] % aus.

B 2.3

2. ArcelorMittal/les Etablissements Financiers/Bagoeta

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 17 décembre 2015.

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 17 décembre 2015

A En procédure

1. Le 18 novembre 2015, le Secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence a reçu la notification complète d'une transaction (ci-après: la Transaction) concernant l'acquisition du contrôle conjoint de Bagoeta S.L. et de certaines de ses filiales, y compris le Groupe Condesa (ci-après: Bagoeta) par ArcelorMittal Aceralia Basque Holding S.L. (ci-après: ArcelorMittal) et les établissements financiers suivants: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco de Sabadell S.A., Banco Santander S.A. (ci-après: Banco Santander), Banco Popular Español S.A., Bankia S.A., Caixabank S.A., Bankinter S.A., Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito et Kutxabank S.A. (ensemble ci-après: les Etablissements Financiers). En résumé, la Transaction concerne l'acquisition du contrôle conjoint de Bagoeta par ArcelorMittal et les Etablissements Financiers (ensemble ci-après: les parties).

2. En sus de la notification en Suisse, la Transaction a été ou va encore être notifiée aux autorités de la concurrence dans l'Union européenne ainsi qu'en Ukraine, en Macédoine et au Brésil.

B En fait

3. ArcelorMittal est une société à responsabilité limitée dont le siège est à Vizcaya, en Espagne, et qui fait partie du Groupe ArcelorMittal.¹ ArcelorMittal fait partie du Groupe ArcelorMittal, une multinationale intégrée sous la forme de sociétés sidérurgiques et minières actives dans tous les marchés majeurs de l'acier à travers le monde, destiné aux secteurs automobile, du bâtiment, des appareils ménagers et des emballages.

4. Pour les besoins de la notification de la Transaction en Suisse, seule Banco Santander est présentée comme entreprise notifiante. En effet, c'est la seule qui est présente en Suisse et qui y atteint les seuils de chiffre d'affaires prévus à l'art. 9 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

5. Banco Santander est un groupe international de banques et de sociétés financières présent dans les secteurs de la banque de détail, de la gestion d'actifs, des services bancaires aux entreprises, des services de

placement, des services de gestion de trésorerie et de l'assurance.²

6. Bagoeta est la société mère du Groupe Condesa, lequel est principalement actif dans la fabrication de différents types de tubes soudés en acier au carbone de petit diamètre tels que les tubes standards et les tubes de précision.³

C En droit**C.1 Obligation de notifier**

7. La Transaction consiste en l'acquisition par ArcelorMittal et les Etablissements Financiers du contrôle conjoint de Bagoeta et de certaines de ses filiales. Les Etablissements Financiers vont acquérir 66.24 % du capital social de Bagoeta et ArcelorMittal 33 %. Malgré une différence importante dans la participation de Bagoeta, au vu des dispositions contenues dans les différentes conventions conclues dans le cadre de la Transaction, Bagoeta sera contrôlée conjointement par ArcelorMittal et les Etablissements Financiers. La concentration porte ainsi sur une concentration d'entreprises au sens des art. 4 al. 3 let. b LCart et 2 de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

8. Au sens de l'art.9 al.1 LCart, le seuil du chiffre d'affaires mondial est atteint par ArcelorMittal et Banco Santander individuellement (let. a). En outre, le seuil du chiffre d'affaires en Suisse est atteint par ArcelorMittal et Banco Santander (let. b). Partant, la concentration est sujette à notification en Suisse.

C.2 Appréciation de la concentration dans le cadre de l'examen préalable**C.2.1 Marchés pertinents****C.2.1.1 Marchés de produits**

9. Il est précisé que dans le cadre de la présente proposition, une délimitation des marchés sera effectuée non seulement pour les marchés dans lesquels tant Bagoeta qu'ArcelorMittal sont actives, mais également pour des marchés éventuellement voisins ou situés en amont ou en aval et dans lesquels au moins l'une des parties dispose de parts de marché de 30 % au moins en Suisse et/ou en Suisse + Union européenne des 28 (ci-après: UE28).⁴

¹ <<http://corporate.arcelormittal.com>> (11.12.2015).

² <www.bancosantander.es> (11.12.2015).

³ <www.condesa.com> (11.12.2015).

⁴ L'UE28 (ou Union européenne des vingt-huit) correspond à l'ensemble des pays qui appartiennent à l'Union européenne à partir du 1^{er} juillet 2013.

10. Dans l'affaire *Usinor/Arbed/Aceralia*, la COMCO a défini les marchés de produits suivants, en précisant qu'ils ne sont pas substituables en raison notamment de la composition chimique des produits ou de leurs procédés de fabrication différents:⁵

- acier plat au carbone laminé à chaud;
- acier plat au carbone laminé à froid;
- acier au carbone à revêtement métallique;
- acier au carbone à revêtement organique;
- tôles quarto;
- tôles étamées;
- petits tubes soudés;
- poutrelles;
- acier inoxydable laminé à chaud;
- acier inoxydable laminé à froid.

11. La Commission européenne de la concurrence (ci-après: la Commission européenne) a quant à elle opéré une distinction entre le marché de l'acier plat au carbone laminé à chaud et le marché de l'acier plat au carbone laminé à froid,⁶ la catégorie de l'acier au carbone à revêtement métallique (la Commission européenne l'a divisé en deux marchés, à savoir l'acier pour emballage et l'acier galvanisé)⁷ et le marché de l'acier au carbone à revêtement organique,⁸ le marché pour les tôles quarto⁹ et finalement la catégorie pour les produits longs en acier au carbone.¹⁰

12. Dans la catégorie des produits longs en acier au carbone et plus précisément dans la sous-catégorie des profilés, la Commission européenne a notamment délimité le marché de produits des profilés lourds avec une largeur de plus de 80 mm (dont les poutres et poutrelles font partie) à l'exception des palplanches, des rails et vraisemblablement des poutres de puits de mine,¹¹ ainsi qu'un marché de produits pour les structures de soutènement ou de retenue (dont les palplanches font partie).¹²

13. Concernant les tubes, la Commission européenne a opéré une distinction entre les tubes en acier au carbone (et allié), d'une part, et les tubes en acier inoxydable, d'autre part.¹³ La Commission européenne a également conclu à ce que les tubes de large diamètre n'appartiennent pas au même marché de produits que les autres tubes.¹⁴ Les tubes soudés et les tubes sans soudure appartiennent également à des marchés différents.¹⁵ Dans le domaine des tubes soudés en acier au carbone, la Commission européenne a encore opéré une distinction selon la qualité de l'exécution des tubes, à savoir entre les tubes de précision et les tubes standards.¹⁶ Finalement dans le domaine des tubes standards, la Commission européenne a distingué plusieurs catégories de tubes, en particulier les tubes commerciaux, les tubes mécaniques et les tubes de structure.¹⁷

14. Selon les parties, le marché de produits plats en acier au carbone se situe en amont des marchés des tubes soudés en acier au carbone de petit diamètre, puisqu'il s'agit des matières premières utilisées pour la production de ces derniers.

15. En l'espèce et vu les indications données par les parties, les marchés de produits suivants seront délimités pour la présente opération de concentration:

- tubes standards soudés en acier au carbone de petit diamètre¹⁸;
- tubes de précision soudés en acier au carbone de petit diamètre¹⁹;
- acier plat au carbone laminé à chaud;
- acier plat au carbone laminé à froid;
- acier galvanisé;
- acier au carbone à revêtement organique;
- profilés lourds avec une largeur de plus de 80 mm (y compris poutres et poutrelles);
- structures de soutènement ou de retenue (y compris les palplanches).

16. Dans le cadre de la présente Transaction, une délimitation plus précise ou plus exhaustive des marchés de produits peut rester ouverte, vu que le résultat de l'analyse qui suivra reste identique, quelle que soit la délimitation opérée.

C.2.1.2 Marchés géographiques

17. Dans l'affaire *Usinor/Arbed/Aceralia*, la COMCO a déterminé que le marché géographique de la production pour chaque marché de produit défini est (au moins) européen.²⁰ Concernant l'acier au carbone, la Commission européenne a indiqué que le marché géographique s'étend au moins à l'Espace économique européen.²¹

⁵ DPC 2002/2, 330 N 13 à 19 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

⁶ COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 34 et 73, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

⁷ COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 52, 53, 62 et 73, *Usinor/Arbed/Aceralia*; COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 28 ss, *Mittal/Arcelor*.

⁸ COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 49 à 51 et les références citées, N 73, *Usinor/Arbed/Aceralia*; COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 27 et 37, *Mittal/Arcelor*.

⁹ COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 40 et 73, *Usinor/Arbed/Aceralia*; COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 21 et 22, *Mittal/Arcelor*.

¹⁰ COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 32 et 33 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

¹¹ COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 51, *Mittal/Arcelor*.

¹² COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 57, *Mittal/Arcelor*.

¹³ COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 22 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*; pour un résumé concernant les tubes dans une affaire récente, voir COMP/M.7464 du 20 janvier 2015, N 25, *BLADT INDUSTRIES/EEW SPECIAL PIPE CONSTRUCTIONS/TAG ENERGY SOLUTIONS LIMITED'S ASSETS*.

¹⁴ COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 23 et la référence citée, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

¹⁵ COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 23 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

¹⁶ COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 24 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*; affaire no IV/M.222 du 12 novembre 1992, N 22, 24 à 27, *Mannesmann/Hoesch*.

¹⁷ COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 25, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

¹⁸ Il existe également un marché pour les tubes standards soudés en acier au carbone de large diamètre, non relevant ici.

¹⁹ Il existe également un marché pour les tubes de précision soudés en acier au carbone de large diamètre, non relevant ici.

²⁰ DPC 2002/2, 333 N 22, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

²¹ COMP/M.4137 du 2 juin 2006, N 62, 68 et les références citées, *Mittal/Arcelor*; voir aussi COMP/ECSC.1351 du 21 novembre 2001, N 87 à 98 et les références citées, *Usinor/Arbed/Aceralia*.

Finalement pour les tubes standards et de précision, la Commission européenne a retenu que le marché géographique de référence est presque certainement au moins communautaire.²²

18. Dans le cadre de la présente transaction, les marchés de produits mentionnés au N 15 s'étendent au moins à la Suisse + l'UE28. Une délimitation plus précise ou plus exhaustive des marchés géographique peut toutefois rester ouverte, vu que le résultat de l'analyse qui suivra reste identique.

C.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés par l'opération de concentration

C.2.2.1 Marchés avec addition de parts de marché

19. En Suisse, l'opération de concentration n'entraîne sur aucun marché relevant une part de marché cumulée de 20 % ou plus et il n'y a donc pas de marché affecté au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE en raison d'addition de parts de marché. Il y a toutefois des additions de parts de marché pour un cumul de moins de 20 % sur le marché géographique suisse en 2014 sur deux marchés: parts de marché cumulées d'environ [0-10] % sur le marché des tubes standards soudés en acier au carbone de petit diamètre, et d'environ [0-10] % sur le marché des tubes de précision soudés en acier au carbone de petit diamètre.

20. Sur le marché géographique CH + UE28, l'opération de concentration n'entraîne sur aucun marché relevant une part de marché cumulée de 20 % ou plus et il n'y a donc pas de marché affecté par application analogique de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE en raison d'addition de parts de marché. Il y a toutefois addition de parts de marché pour un cumul de moins de 20 % sur le marché géographique CH + UE28 en 2014 sur deux marchés: parts de marché cumulées d'environ [0-10] % sur le marché des tubes standards soudés en acier au carbone de petit diamètre, et d'environ [0-10] % sur le marché des tubes de précision soudés en acier au carbone de petit diamètre.

21. Les marchés des tubes standards soudés en acier au carbone de petit diamètre et des tubes de précision soudés en acier au carbone de petit diamètre ne feront pas l'objet d'une analyse plus approfondie, vu qu'ils ne sont pas affectés par la concentration ni en Suisse (art. 11 al. 1 let. d OCCE) ni sur le territoire CH + UE28 (art. 11 al. 1 let. d OCCE par analogie).

C.2.2.2 Marchés affectés sans addition de parts de marché

22. Le seul marché affecté en Suisse en 2014 – non pas en raison d'une addition de parts de marché, mais en raison des parts de marché déjà existantes – est le marché des palplanches. ArcelorMittal y dispose d'une part de marché de [70-80] %, alors que Bagoeta (et les autres parties) n'a pas d'activité sur ce marché.

23. Sur le marché géographique combiné CH + UE28, il y a quatre marchés sur lesquels ArcelorMittal dispose d'une part de marchés de plus de 30 % en 2014: le marché de l'acier galvanisé (part de marché d'ArcelorMittal: [30-40] %), le marché de l'acier au carbone à revêtement organique (part de marché d'ArcelorMittal: [30-

40] %), le marché des profilés lourds (y compris poutres et poutrelles) (part de marché d'ArcelorMittal de [30-40] %), ainsi que le marché des palplanches (part de marché d'ArcelorMittal: [60-70] %). Ici également, Bagoeta (et les autres parties) n'a pas d'activité sur ces marchés. Il n'y a pas de marché pour lequel Bagoeta dispose sur le territoire CH + UE28 d'une part de marchés de 30 % ou plus. Par analogie avec l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, les quatre marchés mentionnés ci-dessus sont considérés comme affectés par l'opération de concentration. En raison de possibles effets non horizontaux, ces marchés seront brièvement examinés ci-dessous.

C.2.2.2.1 Analyse du marché de l'acier galvanisé affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE appliqué par analogie

24. Premièrement, il est constaté que sur le seul marché suisse de l'acier galvanisé, la part de marché d'ArcelorMittal est de [10-20] % en 2014. Ce marché n'est donc pas affecté par la concentration si on se limite au marché géographique suisse.

25. Sur le territoire CH + UE28, la part de marché d'ArcelorMittal est de [30-40] % en 2014 ([30-40] % pour 2013), et donc [...] au-dessus de la limite des 30 %.

26. A cela s'ajoute que selon les indications des parties, les trois principaux concurrents d'ArcelorMittal sur le marché géographique CH + UE28 – soient Thyssenkrupp AG, Tata Steel et ILVA S.p.A. – détiennent pour l'année 2013 respectivement [10-20] %, [0-10] % et [0-10] % des parts de marché estimées.²³ Malgré la part de marché élevée d'ArcelorMittal, il reste encore toujours plus que trois concurrents dans ce marché. Partant et en raison de la position d'ArcelorMittal dans le marché de l'acier galvanisé sur le territoire CH + UE28, il n'est pas attendu d'effets non horizontaux (soit des effets verticaux et/ou congloméraux) qui s'opposeraient à l'opération de concentration.

C.2.2.2.2 Analyse du marché de l'acier au carbone à revêtement organique affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE appliqué par analogie

27. Premièrement, il est constaté que sur le seul marché suisse de l'acier au carbone à revêtement organique, la part de marché d'ArcelorMittal est de [10-20] % en 2014, alors que les autres parties à la concentration ne sont pas actives sur ce marché. Ce marché n'est donc pas affecté par la concentration si on se limite au marché géographique suisse.

28. Sur le territoire CH + UE28, la part de marché d'ArcelorMittal est de [30-40] % en 2014 ([30-40] % pour 2013), et donc [...] au-dessus de la limite des 30 %.

²² Affaire IV/M.222 du 12 novembre 1992, N 28 et 35, *Mannesmann/Hoesch*; voir également COMP/M.2382 du 19 juillet 2001, N 35, *Usinor/Arbed/Aceralia*, où la question a toutefois été laissée ouverte.

²³ Selon les parties, pour des raisons de confidentialité liées au droit européen de la concurrence, seules les estimations pour l'année 2013 sont disponibles actuellement s'agissant des concurrents.

29. A cela s'ajoute que selon les indications des parties, les trois principaux concurrents d'ArcelorMittal sur le marché géographique CH + UE28 – soient Tata Steel Limited, SSAB AB (y compris la société Rautaruukki acquise en 2014) et voestalpine AG – détiennent pour l'année 2013 respectivement [10-20] %, [0-10] % et [0-10] % des parts de marché estimées.²⁴ Malgré la part de marché élevée d'ArcelorMittal, il reste encore toujours plus que trois concurrents dans ce marché. Partant et en raison de la position d'ArcelorMittal dans le marché de l'acier au carbone à revêtement organique sur le territoire CH + UE28, il n'est pas attendu d'effets non horizontaux (soit des effets verticaux et/ou congloméraux) qui s'opposeraient à l'opération de concentration. Il est encore à noter que le marché de l'acier au carbone à revêtement organique ne se situe ni en amont ni en aval des marchés sur lesquels il y a cumul de parts de marchés dans la présente concentration.

C.2.2.2.3 Analyse du marché des profilés lourds (y compris poutres et poutrelles) affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE appliqué par analogie

30. Premièrement, il est constaté que sur le seul marché suisse des profilés lourds (y compris poutres et poutrelles), la part de marché d'ArcelorMittal est de [20-30] % en 2014. Ce marché n'est donc pas affecté par la concentration si on se limite au marché géographique suisse.

31. Sur le territoire CH + UE28, la part de marché d'ArcelorMittal est de [30-40] % en 2014 ([30-40] % pour 2013), et donc [...] au-dessus de la limite des 30 %.

32. A cela s'ajoute que selon les indications des parties, les trois principaux concurrents d'ArcelorMittal sur le marché géographique CH + UE28 – soient la Compañía Española de Laminación (Celsa), Salzgitter AG (ci-après: Salzgitter) et la Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) – détiennent pour l'année 2013 respectivement [10-20] %, [10-20] % et [10-20] % des parts de marché estimées.²⁵ Malgré la part de marché élevée d'ArcelorMittal, il reste encore toujours plus que trois concurrents dans ce marché. Partant et en raison de la position d'ArcelorMittal dans le marché des profilés lourds (y compris poutres et poutrelles) sur le territoire CH + UE28, il n'est pas attendu d'effets non horizontaux (soit des effets verticaux et/ou congloméraux) qui s'opposeraient à l'opération de concentration. Il est encore à noter que le marché des profilés lourds (y compris poutres et poutrelles) ne se situe ni en amont ni en aval des marchés sur lesquels il y a cumul de parts de marchés dans la présente concentration.

C.2.2.2.4 Analyse du marché des palplanches affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE

33. Premièrement, il est constaté que sur le seul marché suisse des palplanches, la part de marché d'ArcelorMittal est de [70-80] % en 2014 ([70-80] % pour 2013). Ce marché est affecté par la concentration sur le plan suisse, bien que l'opération de concentration n'entraîne pas d'addition de parts de marché.

34. Sur le plan CH + UE28, la part de marché d'ArcelorMittal est de [60-70] % en 2014 ([60-70] % pour

2013). ArcelorMittal est ainsi le plus grand concurrent sur ce marché. L'opération de concentration n'entraîne toutefois pas d'addition de parts de marché.

35. Selon les indications des parties, les deux principaux concurrents d'ArcelorMittal sur le territoire CH + UE28 – soient Salzgitter et EVRAZ Vítkovice Steel – détiennent pour l'année 2013 respectivement [20-30] % et [10-20] % des parts de marché estimées,²⁶ les [0-10] % restants concernant les autres concurrents.

36. Il est à relever que les marchés dans lesquels Bagoeta est active – soient le marché des tubes standards soudés en acier au carbone de petit diamètre et le marché des tubes de précision soudés en acier au carbone de petit diamètre – se situent en aval de la catégorie des produits plats laminés à chaud, alors que le marché des palplanches (ArcelorMittal) se situe dans la catégorie des produits longs. En conséquence, le marché des palplanches ne se situe ni en amont ni en aval des tubes soudés, et il n'y a ainsi pas d'effets verticaux problématiques à attendre de la concentration.

37. En outre, en raison du fait que le marché des palplanches, d'une part, se situe dans la catégorie des produits longs alors que les marchés des tubes soudés en acier au carbone (resp. de petit et large diamètre / standards et de précision), d'autre part, se situent en aval de la catégorie des produits plats laminés à chaud, d'éventuels effets congloméraux ne devraient pas entraîner de conséquences notables en matière de concurrence vu que ces deux groupes de marchés sont probablement trop éloignés pour que l'on puisse parler de marchés voisins directs.

C.2.3 Conclusion

38. L'examen préalable n'a permis de retenir aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante dans les domaines des tubes en acier ou de l'acier plat. 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.

²⁴ Voir note 23.

²⁵ Voir note 23.

²⁶ Voir note 23.

B 2.3	3. Verily Life Sciences LLC/Aventis Inc.
-------	---

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Februar 2016

1. Am 30. November 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) den Meldungsentwurf und am 25. Januar 2016 die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Google Inc., über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Verily Life Sciences LLC¹ (nachfolgend: Verily) und Sanofi, über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Aventis, über ein noch zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) die gemeinsame Kontrolle zu übernehmen (nachfolgend: Zusammenschlussvorhaben).

2. **Verily** ist eine nach amerikanischem Recht organisierte und existierende Gesellschaft. Es handelt sich um ein neues Unternehmen, das gegründet wurde, um die Projekte von Google im Bereich „Life Sciences“ zusammenzufassen. Verily führte im Rahmen zahlreicher Kooperationen und Investitionen verschiedene Projekte durch, so beispielsweise die Google Kontaktlinse („gLens“).²

3. **Aventis**, eine gemäss amerikanischem Recht organisierte Gesellschaft, wird für Sanofi, eine Aktiengesellschaft nach französischem Recht, in das Zusammenschlussvorhaben eintreten. Sanofi bietet ein breites Spektrum pharmazeutischer Produkte an, darunter Produkte, einschliesslich Insulin und anderer Medikamente, für die Behandlung von Typ 1- und Typ 2-Diabetes.³

4. Das **Gemeinschaftsunternehmen** wurde noch nicht gegründet. Das GU wird Dienstleistungen für die Be-

handlung und Bewältigung von Diabetes anbieten und hierfür eine integrierte, digitale e-Medizin-Plattform verwenden. Als Antwort auf die in den letzten Jahren stetig steigende Nachfrage nach integrierten Gesundheitslösungen haben zahlreiche Unternehmen damit begonnen, über e-Medizin-Plattformen Dienstleistungen für die Bewältigung von Diabetes anzubieten bzw. ihre diesbezüglichen Tätigkeiten auszubauen.

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

6. Diese Bedingungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, da das GU von Verily und Aventis gemeinsam kontrolliert wird. Es [...], wird [...] frei sein, auch Produkte von Dritten zu beziehen. Das GU wird unabhängig sein und seine eigene Geschäftspolitik bestimmen. Es kann alle Tätigkeiten einer autonomen wirtschaftlichen Einheit auf dauernder Basis ausüben und wird damit ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne des KG und der VKU sein.

7. Weder Google noch Sanofi bieten derzeit solche Dienstleistungen an. Sie werden aber Kapital⁴ und Knowhow in das GU einbringen.

8. Wie die nachfolgende Tabelle zeigt, übersteigt der kumulierte Umsatz der beteiligten Unternehmen die Schwelle von CHF 2 Mia. weltweit bzw. CHF 500 Mio. in der Schweiz gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG. Zudem übertreffen sowohl Google als auch Sanofi die in Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG festgelegte Umsatzschwelle von CHF 100 Mio., womit der Zusammenschluss der Kontrolle der WEKO untersteht.

Tabelle Umsätze für das Geschäftsjahr 2014

Umsatz in Mio CHF	Weltweit	Schweiz
Google	43'596	[...]
Sanofi	33'770	[...]

¹ Vormalig: Google Life Sciences (GLS).

² „gLens“ ist eine mit einem miniaturisierten elektrochemischen Glukosesensor und einer drahtlosen Schnittstellenschaltung ausgestattete Kontaktlinse.

³ Diabetes Typ 1: Primär insulinabhängiger Diabetes mellitus; Diabetes Typ 2: Nicht primär insulinabhängiger Diabetes mellitus.

⁴ Sanofi wird einen Kapitalbeitrag von [...] einzahlen; Verily wird seinen Kapitalbeitrag [...] leisten, [...].

9. Das GU wird Dienstleistungen und möglicherweise Geräte anbieten, deren Zweck es ist, die Behandlung bzw. Prävention von Diabetes zu vereinfachen.⁵ Im Allgemeinen zielt das GU darauf ab, Patienten mit Diabetes bessere Pflegelösungen anzubieten, indem die Diabetesbehandlung, Technologien zur Blutzuckerüberwachung, Geräte zur Medikamentenverabreichung, medizinisches Fachpersonal sowie Unterstützungsdienstleistungen miteinander vernetzt werden.

10. Die WEKO hat sich mit dem Bereich Diabetesbehandlung unter Verwendung digitaler Technologien noch nicht auseinandergesetzt.⁶ Die Parteien beantragen, den relevanten Markt wie folgt abzugrenzen: Markt für die Erbringung von Dienstleistungen zur Behandlung und Bewältigung von Diabetes unter Verwendung einer integrierten digitalen e-Medizin-Plattform⁷. Als Antwort auf die in den letzten Jahren zunehmende Nachfrage nach integrierten Lösungen zur Behandlung von Diabetes haben zahlreiche Unternehmen ihre diesbezügliche Aktivitäten ausgebaut bzw. sind neu in diesen Markt eingetreten und bieten Dienstleistungen unter Verwendung von e-Medizin-Plattformen an. Dies umfasst auch die Sammlung, Anzeige, Speicherung, Analyse und Übertragung von Daten. Verschiedene Unternehmen sind bereits in diesem Bereich tätig bzw. haben die Absicht, in diesem Bereich tätig zu werden. Darunter sind grosse Pharmaunternehmen (unter anderem Eli Lilly, Merck, Novartis, etc.), Gerätehersteller (unter anderem Medtronic, Bosch etc.) und Technologieunternehmen (unter anderem Microsoft, Apple etc.). Weltweit erbringen ver-

schiedene Anbieter Dienstleistungen zur Behandlung und Bewältigung von Diabetes unter Verwendung eigener integrierter digitaler e-Medizin-Plattformen. Darunter sind beispielsweise Glooko, Livongo, Glucose Buddy etc. Die Vielzahl von Unternehmen, welche in diesem Markt bereits aktiv sind bzw. beabsichtigen, in diesen Markt einzutreten, lässt vermuten, dass derzeit zahlreiche Funktionalitäten unterschiedlichster Natur angeboten werden. Als Folge der in hohem Tempo fortschreitenden technologischen Evolution und der Dynamik des Wettbewerbs zwischen den einzelnen Anbietern solcher Dienstleistungen zur Behandlung und Bewältigung von Diabetes werden ständig neue Funktionalitäten entwickelt bzw. kommen hinzu. Eine abschliessende Marktdefinition kann aber offen gelassen werden, da das geplante Zusammenschlussvorhaben keine wettbewerbsrechtlichen Probleme aufwirft.

11. Sanofi ist in folgenden in Beziehung mit dem GU stehenden Märkten tätig:

- Insulin: Insulin wird zur Behandlung von Typ 1- und Typ 2-Diabetes verwendet, weil Insulin hilft, den Blutzuckergehalt zu stabilisieren. [...] Eine exakte Marktdefinition ist nicht notwendig, da das geplante Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich Insulin keine wettbewerbsrechtlichen Probleme aufwirft.

Sanofi liefert mit Bezug auf den schweizerischen Insulin-Markt folgende Schätzungen:

Unternehmen	Volumen		Wert	
	Verkauf (in Millionen Einheiten)	Marktanteil	Verkauf (in Millionen Euro)	Marktanteil
Novo Nordisk	[...]	[60-70] %	[...]	[60-70] %
Sanofi	[...]	[20-30] %	[...]	[20-30] %
Eli Lilly	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %
Total	[...]	100 %	[...]	100 %

- Insulinpumpen: Insulin kann mit verschiedenen Verfahren verabreicht werden, so etwa mit einer Injektion (Spritze oder Pen) oder mit einer Insulinpumpe. Gegenwärtig wird Insulin grösstenteils mittels Insulinpens und Insulinpumpen verabreicht. Diese beiden Verfahren sind aber nicht in jedem Fall austauschbar. Mit Insulinpumpen können nicht alle Typen von Insulin verabreicht werden. Ihr Anwendungsbereich ist beschränkt auf kurzzeitig und rasch wirksame Insuline. Ein Wechsel von Insulinpens auf eine Insulinpumpe erfordert an Training des Patienten und ist mit höheren Kosten verbunden. Insulinpens, welche Sanofi vertreibt, sind nicht mit der [...], substituierbar. Eine abschliessende Marktdefinition kann offen gelassen werden, da das geplante Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich Geräte zur Ver-

abreichung von Insulin keine wettbewerbsrechtlichen Probleme aufwirft.

⁵ Es ist beispielsweise geplant, dass das GU für Patienten mit Typ 2-Diabetes Dienstleistungen zur [...]. Diese Dienstleistungen werden ihren Akzent setzen auf automatische Protokollierung, Warnungen [...]. Gegebenenfalls wird das GU für Patienten mit Typ 1-Diabetes [...].

⁶ Vgl. RPW 2013/1, *Bristol/Myers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*

⁷ E-Medizin-Plattformen sind ein Inputfaktor für die Erbringung von Dienstleistungen zur Behandlung und Bewältigung von Diabetes. Die Entwicklung solcher Plattformen stellt eine neue Entwicklung im Gesundheitssektor dar, vorangetrieben durch den wachsenden Gebrauch von Technologie im täglichen Leben und dem Bedürfnis Menschen besser zu helfen, chronische Krankheiten, wie Diabetes, besser handhaben zu können.

- Geräte zur kontinuierlichen Glukoseüberwachung (CGMs): Diabetespatienten müssen ihren Blutzuckerspiegel regelmässig messen. CGMs verfügen über einen kleinen Sensor, der mittels einer kleinen Nadel unter der Haut platziert wird. Das Gerät misst den Zuckerspiegel in der interstitiellen Flüssigkeit alle paar Minuten und zeigt den Blutzuckerwert in Echtzeit an. Eine abschliessende Marktdefinition kann offen gelassen werden, da das geplante Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich Geräte zur kontinuierlichen Glukosemessung keine wettbewerbsrechtlichen Probleme aufwirft. So ist Sanofi weder auf Hersteller- noch auf Vertriebsstufe im Bereich CGMs tätig, [...].

12. Die Geschäftstätigkeiten des GU überlappen weder horizontal noch vertikal mit denjenigen von Verily und Sanofi. Einerseits werden Verily und Sanofi gemeinsam ein noch zu gründendes GU kontrollieren, das primär Dienstleistungen zur Behandlung und Bewältigung von Diabetes unter Verwendung einer Plattform, welche durch Verily entwickelt wird, anbietet. Weder Google bzw. Verily noch Sanofi sind derzeit in diesem Bereich tätig. Sanofi entwickelt, produziert und vertreibt Insulin. [...] Es wird jedoch keine Exklusivität geben. Sanofi entwickelt, produziert und vertreibt keine Insulinpumpen, sondern lediglich Insulinpens, welche mit Insulinpumpen nicht vollständig substituierbar sind. Ebenso entwickelt, produziert und vertreibt Sanofi keine CGMs, sondern lediglich Blutzuckermessgeräte, welche nicht vollständig mit CGMs substituierbar sind. Verily entwickelt, produziert und vertreibt keine Insulinpumpen oder CGMs. Verily wird [...] CGMs entwickeln. [...].

13. Es gibt keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Auch sind weder Sanofi noch Google derzeit im Tätigkeitsbereich des GU aktiv, so dass keine horizontalen Effekte vorliegen. Auch bezüglich sämtlicher anderer Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen liegen keine Überschneidungen vor. Schliesslich führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen erheblichen bzw. wesentlichen konglomeraten Effekten, die eine nähere Prüfung veranlassen würden.

14. Jedoch bieten sowohl Sanofi, als auch Google bzw. Verily Produkte und Dienstleistungen an, oder werden solche entwickeln, welche prinzipiell gemeinsam mit den Dienstleistungen des GU (wie auch mit Dienstleistungen

von Konkurrenten in diesem Bereich) verwendet werden können. Im Falle von Sanofi stehen hierbei, wie zuvor ausgeführt, Insulin und Insulinpens im Vordergrund. Google bietet zudem das Smartphone-Betriebssystem Android an. Die Parteien werden allerdings ein offenes System entwickeln, so dass diese Produkte nicht Voraussetzung für die Dienstleistungen des GU sind und auch keine marktverschliessenden Effekte auf Konkurrenten des GU zu erwarten sind.

15. Bezüglich der Tätigkeiten von Sanofi im Bereich Insulin ist festzuhalten, dass deren Marktanteil diesbezüglich gemäss Parteieingabe lediglich [20-30] % beträgt [...]. Patienten können die Dienstleistung auch separat nutzen und Insulin von anderen Herstellern verwenden.

16. Google bietet mit Android ein Betriebssystem an, auf welchem Smartphone-Applikationen für die Verwendung der Dienstleistung des GU respektive dessen Konkurrenten angeboten werden können. Die Parteien führen hierzu aus, dass die Dienstleistungen des GU sowohl mit einer iOS als auch einer Android Smartphone-Applikation genutzt werden. Auch werden die Dienstleistungen Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen über ein Webportal zugänglich sein. Auch gäbe es laut Parteieingabe keine Möglichkeit und auch keinen Anreiz, Entwicklern von konkurrierenden Plattformen den Zugang zum Android Betriebssystem von Google zu verwehren. Erstens ist Android technologisch offen, d.h. jeder Software Layer ist so konzipiert, dass das Betriebssystem auf jeder Hardware verwendet werden kann. Zweitens sind die geplanten Apps generell keine eigenständigen Produkte, sondern stellen lediglich eine Schnittstelle dar, welche Patienten wählen können, um mit der Plattform interagieren zu können. Google habe letztlich keinen Anreiz, etwas zu tun, was den Erfolg von Android gefährden könnte. Insbesondere wäre es wirtschaftlich unsinnig, Apps den Zugang zu Android zu verwehren in Bezug auf ein experimentelles Projekt im Bereich Diabetes Management.

17. 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

4. Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Februar 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Februar 2016

1. Am 21. Januar 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Lekkerland (Schweiz) AG (nachfolgend: Lekkerland) die Übernahme der vollständigen Kontrolle über das Grosshandelsgeschäft der Contadis AG (nachfolgend: Contadis).

2. Lekkerland mit Sitz in Brunegg, Aargau, betreibt eine Marketing- und Vertriebsgesellschaft für selbständige und filialisierte Kunden im (Lebensmittel-)Detailhandel und Convenience-Markt. Sie beliefert und betreut insbesondere Detailhandelsflächen und Convenience-Läden (Tankstellenshops, Bahnhofshops, Kioske, Autobahnraststätten und weitere Convenience-Läden). Ihr Sortiment umfasst dabei Tabakwaren, Süswaren, Lebensmittel, Getränke, Tiefkühlkost, Frische- und Ultra-Frische-Produkte, Non-Food und Electronic Value-Produkte (e-va-Produkte). Zudem erbringt Lekkerland im Rahmen ihrer Tätigkeit als Grosshändlerin auch Dienstleistungen als Logistikerin und Systempartnerin. Muttergesellschaft der Lekkerland ist die Lekkerland Europa Holding GmbH mit Sitz in Frechen, Deutschland, deren Mutter wiederum ist die Lekkerland AG & Co. KG mit Sitz in Frechen, Deutschland. Zur Lekkerland-Gruppe gehört eine grössere Anzahl von Unternehmen.

3. Die Contadis mit Sitz in Oberentfelden, Aargau, ist ein Schweizer Grosshandels- und Logistikunternehmen, welches ein breites Sortiment an Süs- und Tabakwaren, Getränken, Raucheraccessoires und weiteren Waren handelt und vertreibt. Zu ihren Kunden gehören Detailhandelsgeschäfte, Kioske und Tankstellen. Vom vorliegenden Zusammenschluss betroffen ist lediglich das Grosshandelsgeschäft der Contadis (vgl. Rz 1).

4. Durch das Zusammenschlussvorhaben erwartet Lekkerland Skaleneffekte bei der Logistik, insbesondere im Bereich Food und Tabakwaren.

5. Das Grosshandelsgeschäft der Contadis ist ein Geschäftsbereich mit eigenständiger Marktpräsenz, dem eindeutig ein Umsatz zugeordnet werden kann. Damit ist es ein beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4), und es liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbs-

beschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und Art. 1 VKU vor.

6. Die Lekkerland-Gruppe und das Grosshandelsgeschäft der Contadis erzielten 2014 zusammen weltweit einen Umsatz von über CHF 2 Mrd. und in der Schweiz einen Umsatz von je über CHF 100 Mio.¹ Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG.

7. 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.² Im Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*³ wird ausgeführt, dass der Grossverbrauchermarkt nebst der regelmässigen Versorgung der Gastronomie mit Gütern des täglichen Bedarfs auch die Versorgung des Detailhandels mit solchen Gütern umfasst. Eine Beschränkung des (Lebensmittel-)Detailhandels⁴ auf unabhängige (Klein-)Detailisten wird nicht erwähnt. Dabei lässt die WEKO offen, ob die Belieferung von Convenience-Shops in den sachlich relevanten Markt der regelmässigen Versorgung von Grossabnehmern mit Gütern des täglichen Bedarfs miteinzubeziehen ist.⁵

8. Zum Grossverbrauchermarkt gehören Anbieter, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern als auch solche, bei denen die Grossverbraucher die Waren abholen.⁶ In mehreren Entscheiden zählte die WEKO Abhol- und Zustellgrosshändler zum selben sachlich relevanten Markt.⁷ Auch Direktlieferungen (durch Hersteller/Verarbeiter, spezialisierte Lieferanten, Fachhändler etc.) wurden zum Grossverbrauchermarkt gezählt.⁸ Sie wies aber auch darauf hin, dass (in Zukunft) eine Unterscheidung nach Abhol- und Zustellgrosshandel vorgenommen werden könnte.⁹

¹ Umsätze für 2015 gemäss den Parteien zum Zeitpunkt der Einreichung der Meldung noch nicht verfügbar.

² Vgl. RPW 2015/4, 794 f. Rz 23, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 886 Rz 22, *Migros/Angehrn (CCA)*. In früheren Entscheiden der WEKO wurde die Versorgung der klassischen Gastronomie und der Betriebs-, Gemeinschafts- und Zusatzgastronomie durch den Grossverbrauchermarkt erwähnt, nicht aber die Versorgung unabhängiger (Klein-)Detailisten. Vgl. hierzu RPW 2008/2, 271 Rz 22 *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2005/2, 343 Rz 19, *transGourmet Holding AG*.

³ RPW 2015/1, 110 Rz 37.

⁴ Da es sich um Güter des täglichen Bedarfs handelt, ist davon auszugehen, dass mit dem Detailhandel der Lebensmitteldetailhandel gemeint ist.

⁵ Vgl. RPW 2015/1, 111 Rz 38, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁶ Vgl. z.B. RPW 2005/2, 343 Rz 21, *transGourmet Holding AG*.

⁷ Vgl. RPW 2015/1, 110 f. Rz 37, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2005/2, 343 Rz 21, *transGourmet Holding AG*.

⁸ Vgl. z.B. RPW 2012/4, 886 Rz 23, *Migros/Angehrn (CCA)*.

⁹ Vgl. RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehrn (CCA)*.

9. In verschiedenen Entscheiden warf die WEKO die Frage auf, ob der Grossverbrauchermarkt weiter in verschiedene Produktgruppen segmentiert werden sollte. Während die WEKO diese Frage in ihren Entscheiden *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* und *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG* offen liess, hatte sie diese Frage in ihrem Entscheid *transGourmet Holding AG* noch verneint.¹⁰

10. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen umfasst der Grossverbrauchermarkt absatzseitig die regelmässige Versorgung der Gastronomie und des Detailhandels – also nicht nur unabhängiger (Klein-)Detailisten – mit Gütern des täglichen Bedarfs bestehend aus Nahrungsmitteln (Food), Near-Food- und Non-Food-Produkten. So weisen die beteiligten Unternehmen darauf hin, dass zumindest in einzelnen Segmenten rund die Hälfte der grösseren (Lebensmittel-)Detailhändler Waren über den Grosshandel beziehen und nennen als Beispiel den Bereich des Grosshandels mit Tabakwaren.¹¹ Zudem sind sie der Ansicht, dass der Absatzmarkt von Grosshändlern im Bereich Nahrungsmittel (Food), Near-Food- und Non-Food-Produkte nicht weiter segmentiert werden sollte. Sie begründen dies u.a. damit, dass Abnehmer Lieferanten wollen, die einen möglichst grossen Teil ihres Sortiments abdecken und sie damit beliefern können.

11. Bezüglich des Begriffs der „unabhängigen (Klein-)Detailisten“, den die WEKO verwendet (vgl. Rz 7), weisen die beteiligten Unternehmen darauf hin, dass grössere Systemkunden¹² wie insbesondere Tankstellennetzwerke, die im Bereich Convenience tätig sind, nicht als unabhängig und klein bezeichnet werden können. Demgemäss wären sie nicht zum Grossverbrauchermarkt zu zählen, würden „nur“ Gastronomiekunden und unabhängige (Klein-)Detailisten als Kunden des Grossverbrauchermarkts berücksichtigt. Würden allerdings auch grössere (Lebensmittel-)Detailhändler als Kunden diesem Markt zugerechnet, dann wäre die Belieferung von Convenience-Shops und von Kiosken nach Interpretation der beteiligten Unternehmen gestützt auf den Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* ebenfalls diesem Markt zuzurechnen¹³ und so auch die Belieferung von Tankstellennetzwerken.

12. Nachfolgend wird absatzseitig ein Grossverbrauchermarkt abgegrenzt, dem Zustellgrosshändler, Abholmärkte und Direktbelieferer angehören (vgl. oben, Rz 8), und somit sowohl Vollsortiments- als auch Teilsortimentsanbieter. Weiter wird davon ausgegangen, dass zu den Kunden des Grossverbrauchermarkts nebst der Gastronomie (klassische Gastronomie, Betriebs-, Gemeinschafts- und Zusatzgastronomie, vgl. Rz 7) sowohl unabhängige (Klein-)Detailisten als auch der Convenience-Markt (Tankstellenshops und weitere Convenience-Shops wie beispielsweise solche an Bahnhöfen, sowie Kioske)¹⁴ gehören. Schliesslich kann die diesbezügliche genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt. Ob der Grossverbrauchermarkt weiter nach Produktgruppen, wie beispielsweise in einen solchen bezüglich Tabakwaren, zu segmentieren ist, kann ebenfalls aufgrund dessen, dass die Beantwortung

dieser Frage das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert, offen gelassen werden.

13. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Food- und Near-Food-Produkten des Grossverbrauchermarkts die Marktgegenseite.¹⁵ Diesen Lieferanten stehen nebst der Belieferung von Grossverbrauchermärkten weitere Absatzkanäle offen wie der Detailhandel und die Direktbelieferung von grossen (End-)Abnehmern.¹⁶ Auf eine präzise Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte des Grossverbrauchermarkts, sei es bezüglich allfälligen verschiedenen Absatzkanäle oder bezüglich einer allfälligen Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmittelhandel, wird vorliegend verzichtet, da das Ergebnis des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.¹⁷

14. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt absatzseitig von einem nationalen Markt ausgegangen.¹⁸ Gemäss dem Entscheid *Migros/Angehrn (CCA)* wäre eine engere räumliche Marktabgrenzung aber möglich, wenn ein eigener sachlich relevanter Abholgrosshandelsmarkt vorliegen würde.¹⁹ Für nachfolgende Analyse wird der Grossverbrauchermarkt absatzseitig national abgegrenzt. 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.

¹⁰ Vgl. RPW 2015/1, 111 Rz 39, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2008/2, 271 Rz 25 *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2005/2, 344 Rz 22, *transGourmet Holding AG*.

¹¹ In diesem Bereich beziehen gemäss Auskunft der beteiligten Unternehmen sowohl anzahl- als auch umsatzmässig die Hälfte der grösseren (Lebensmittel-)Detailhändler die Tabakwaren von Grosshändlern.

¹² Systemkunden sind Unternehmen mit einer hohen Anzahl von Shops, zum Beispiel Tankstellennetzen. Vgl. On-the-go. Convenience 2020. Geschäftsbericht 2013, Lekkerland AG & Co. KG, Abschnitt 03 Unsere Strategie. Link: <www.lekkerland.com/le/media/content/downloads/company_3/gb_2013/Lekkerland_Geschaeftsbericht_2013_DE.pdf> (02.02.2016).

¹³ Dabei vermerken sie, dass diese Frage von der WEKO nicht abschliessend beantwortet wurde (vgl. hierzu Rz 7).

¹⁴ Vgl. Detailhandel Schweiz, Rückblick und Ausblick, GfK, Zürich, 16. Juni 2015, S. 22. Link: http://www.otxworld.ch/sites/default/files/uploadsfiles/GfK_Handelstagung_2015_Hochreitener.pdf (15.02.2016).

¹⁵ Vgl. RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

¹⁶ Vgl. z.B. RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

¹⁷ Auch in früheren Entscheiden der WEKO wurde die sachliche Marktabgrenzung bezüglich die Beschaffungsmärkte des Grossverbrauchermarkts nicht endgültig vorgenommen. Vgl. RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; 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, *transGourmet Holding AG*.

¹⁸ Vgl. u.a. RPW 2015/4, 797 Rz 37, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2015/1, 113 Rz 58, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

¹⁹ RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

15. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt beschaffungsseitig von nationalen Märkten ausgegangen, wobei die genaue räumliche Abgrenzung offen gelassen wurde.²⁰ Eine präzise räumliche Marktabgrenzung der beschaffungsseitigen Märkte zum Grossverbrauchermarkt kann vorliegend ebenfalls offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dieser Märkte dasselbe bleibt.

16. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt weder auf Absatz- noch Beschaffungsmärkten zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Folglich kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

17. Betrachtet man den absatzseitigen Grossverbrauchermarkt insgesamt, und berücksichtigt man als Absatzkanäle die Gastronomie und den Lebensmittelhandel (inkl. Convenience-Markt), so kommt Lekkerland für 2014 auf einen schweizweiten Marktanteil von [0–10] % und das Grosshandelsgeschäft von Contadis auf einen solchen von [0–10] %, was kumuliert einen Marktanteil von [0–10] % ergibt. Berücksichtigt man nebst der Gastronomie anstelle des gesamten Lebensmittelhandels nur den Convenience-Markt als Absatzkanal, so erreicht Lekkerland einen Marktanteil von [0–10] %, das Grosshandelsgeschäft von Contadis einen solchen von [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von [0–10] % ergibt.

18. Unterteilt man den Grosshandelsmarkt absatzseitig in einzelne Segmente, so kommen die höchsten Marktanteilsadditionen im Segment Tabakwaren vor.²¹ Die Zusammenschlussparteien erreichen je nachdem, welche Absatzkanäle man berücksichtigt (sämtliche Absatzkanäle, sämtliche Absatzkanäle ausser grössere Detailhändler, sämtliche Absatzkanäle ausser grössere Detailhändler und ausser grössere Systemkunden), einen kumulierten Marktanteil von [10–20] bis [10–20] %. Während das Grosshandelsgeschäft von Contadis verglichen mit Lekkerland insbesondere bei der Belieferung grösserer Lebensmittelhandhändler stark ist (so beträgt der Marktanteil des Grosshandelsgeschäfts von Contadis beim absatzseitigen Grosshandel mit Tabakwaren [10–20] %), hat Lekkerland vergleichsweise viele Systemkunden, die im Convenience-Markt tätig sind (Marktanteil bei Berücksichtigung sämtlicher Absatzkanäle ausser grosser Detailhändler: [10–20] %).

19. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung gerichtet. Demnach sind Konkurrenzverbote 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.²²

20. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskon-

trollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren.²³

21. Die Parteien machen zwei Nebenabreden geltend, erstens eine Bezugsverpflichtung und zweitens ein Konkurrenzverbot. Wenn die Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils zu einer Unterbrechung der traditionellen Bezugs- und Lieferbeziehungen, die sich infolge der Kombination von Geschäftstätigkeiten innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Übertragenden herausgebildet haben, führt, kann es erforderlich sein, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem übertragenden und dem erwerbenden Unternehmen für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten.²⁴

22. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren bzw. Dienstleistungen sicherzustellen, welche zur Ausübung der beim Übertragenden verbliebenen bzw. der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.²⁵

23. Die EU-Bekanntmachung führt dazu weiter aus, dass die Verpflichtung zur Lieferung bzw. zum Bezug fester Mengen – gegebenenfalls verknüpft mit einer Anpassungsklausel – als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig gilt. Verpflichtungen hingegen, welche die Lieferung bzw. den Bezug unbegrenzter Mengen oder Ausschliesslichkeitsbindungen vorsehen oder den Status eines Vorzugslieferanten oder eines Vorzugsabnehmers begründen, sind nach der EU-Bekanntmachung für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.²⁶

²⁰ Vgl. u.a. RPW 2015/4, 797 Rz 37, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2015/1, 113 Rz 62, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²¹ Die Zusammenschlussparteien unterteilten den absatzseitigen Grosshandelsmarkt in die Marktsegmente Nahrungsmittel (Food), Near-Food und Non-Food. Diese segmentierten sie dann weiter in verschiedene Produktgruppen analog zur Praxis der WEKO beim Lebensmittelhandel (vgl. RPW 2008/1, 194 Rz 543, *Migros/Denner*).

²² RPW 2014/1, 293 Rz 11, *Migros/Schild*, mit Verweisen auf Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. C 56/24 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), Rz 19 sowie Rz 17, 20, 22 und 23 und RPW 2013/2, 251 Rz 70, *Orell Füssli/Thalia*.

²³ RPW 2015/3, 384 Rz 153, *Stellungnahme vom 23.3.2015 in Sachen Zusammenschluss betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

²⁴ Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 77, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, mit Verweis auf EU-Bekanntmachung, Rz 32 i.V.m. 35 und 44.

²⁵ Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 78, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, mit Verweis auf EU-Bekanntmachung, Rz 33 i.V.m. 35 und 44.

²⁶ Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 79, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, mit Verweis auf EU-Bekanntmachung, Rz 34.

24. Ziffer 6.3 des Kaufvertrags vom 10. Dezember 2015 enthält folgende Bestimmung: „[...]“

25. Die Zusammenschlussparteien geben an, dass es bei dieser Verpflichtung darum gehe, dass die von der Contadis an Lekkerland übergebenen Kunden auch weiterhin soweit wie möglich keine Reduktion der Belieferungsqualität erleiden müssten, die Bezugsverpflichtung entsprechend zur Sicherstellung der Zufriedenheit der von Lekkerland übernommenen Kunden diene.

26. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass Bezugsverpflichtungen als Nebenabreden gelten können, wenn sie die Versorgung der einen oder anderen Partei des Zusammenschlusses mit Waren sicherstellen sollen, welche zur Ausübung der beim Übertragenden verbliebenen oder der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Zusammenschlussparteien geben nun aber an, dass die hier fragliche Bezugspflicht der Kundenzufriedenheit der von Lekkerland übernommenen Kunden diene. Es geht demnach nicht um die Sicherstellung der Versorgung der einen oder anderen Partei, weshalb die Bezugspflicht nicht als Nebenabrede im eingangs dargelegten Sinne gilt.

27. Die Zusammenschlussparteien äussern sich nicht resp. nur ungenügend zur räumlichen und sachlichen Dimension des geplanten Wettbewerbsverbots. Es sei deshalb pauschal darauf hingewiesen, dass das geplante Wettbewerbsverbot nur insoweit als Nebenabrede gelten kann, als es die genannten Voraussetzungen erfüllt. Darüber hinausgehend gilt es als Vereinbarung, die einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren nicht entzogen ist.

28. 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.

29. Zu den beiden von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Nebenabreden ist festzuhalten, dass die Bezugspflicht nicht als Nebenabrede gemäss Rz 20 gilt, während aufgrund ungenügender Informationen keine endgültige Wertung dazu vorgenommen werden konnte, ob es sich beim Konkurrenzverbot um eine solche Nebenabrede handelt.

B 2.3	5. Verfügung vom 7. März 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust und Coop/Carrefour betreffend Gesuch um Aufhebung von Auflagen
-------	---

Verfügung vom 7. März 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust und Coop/Carrefour gemäss Art. 32 und 33 KG betreffend Gesuch um Aufhebung von Auflagen.

Antragsteller: Coop Genossenschaft in Basel vertreten durch [...]

A Sachverhalt

A.1 Entscheide Coop/Fust und Coop/Carrefour

Coop/Fust

1. Mit Verfügung vom 21. November 2007 genehmigte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) den Zusammenschluss Coop/Fust unter Auflagen.¹ Die **Auflage 2**, wonach die Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop) verpflichtet war, dass die Dipl. Ing. Fust AG (nachfolgend: Fust) für die Vermarktung von Kleinhaushaltsgeräten eine eigenständige Preis-, Sortiments- und Aktionspolitik betreibt, war für eine Dauer von fünf Jahren in Kraft (**Auflage 3**) und ist am 25. November 2012 ausgelaufen.

2. In materieller Hinsicht ist einzig die zeitlich unbefristete **Auflage 1** betreffend Exklusivitäten mit folgendem Inhalt noch in Kraft:

„Coop wird verpflichtet, für Coop, Interdiscount und Fust mit Herstellern von Weisswaren oder Braunwaren keine Exklusivabreden für den Vertrieb des Gesamtsortiments an Weisswaren oder Braunwaren oder für eine gesamte Gerätekatégorie (z.B. Kühlschränke, Geschirrspüler, Videorecorder, Spiegelreflexkameras) von Weisswaren oder Braunwaren eines Herstellers in der Schweiz einzugehen. Zulässig sind jedoch branchenübliche (z.B. Geräte oder Gerätelinien mit besonderen Ausstattungen oder besonderen Spezifikationen für den Abnehmer) Exklusivvereinbarung bezüglich einzelner Geräte oder Gerätelinien einer Gerätekatégorie oder Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt oder bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop, Interdiscount oder Fust sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Geräten dieses Herstellers beteiligen.“

3. Laut **Auflage 4** hat Coop seit dem 1. Januar 2010 das Recht, bei der WEKO die Änderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen, falls sich die Verhältnisse bei den Kleinhaushaltsgeräten in der Schweiz in wesentlichem Masse ändern sollten. Als Indiz für eine Änderung der Verhältnisse in wesentlichem Masse gilt etwa der Nachweis, dass die so genannten Technical Superstores ohne Interdiscount (FNAC, Conforama, MediaMarkt, Darty, Die Post, Saturn) ihren, von IHA-GfK errechneten gemeinsamen Anteil am Segment Kleinhaushaltsgeräte auf der Basis des Jahres 2007 um insgesamt 10 Prozentpunkte erhöht haben. Die WEKO ist in ihrem Entscheid in jedem Fall frei.

4. Gemäss **Auflage 5** wurde eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Bei Vorliegen von wichtigen Gründen stand Coop bei der Bezeichnung der Revisionsgesellschaft ein Vetorecht zu. Die Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkentnissetzen von Coop jährlich. Die Kosten der Revisionsgesellschaft werden von Coop bezahlt. Den letzten Prüfbericht für das erste Semester 2015 hat die WEKO am 30. November 2015 zur Kenntnis genommen.

Coop/Carrefour

5. Mit Verfügung vom 17. März 2008 genehmigte die WEKO den Zusammenschluss Coop/Carrefour unter Auflagen.² Die **Auflage 3**, wonach Coop während einer Dauer von sechs Jahren in der Schweiz keinen anderen Lebensmittel-Detailhändler erwerben durfte, ist im März 2014 abgelaufen. Ausser Kraft ist inzwischen auch die damalige **Auflage 4**, wonach Coop verpflichtet war, einen unabhängigen Dritten zu beauftragen, 20'000 m² bestehender Verkaufsfläche in besonders problematischen Regionen zu marktüblichen Bedingungen Lebensmittel-Detailhändlern mit weniger als 25 % Marktanteil während [...] Monaten ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung zum Erwerb anzubieten und gegebenenfalls zu verkaufen bzw. zu übertragen.

6. In materieller Hinsicht noch in Kraft sind die zeitlich unbefristeten Auflagen 1, 2 und 5 mit folgendem Inhalt:

Auflage 1:

„Coop wird verpflichtet, gegenüber allen Produkte-Lieferanten dauerhaft auf Exklusivität zu verzichten. Zulässig sind jedoch Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt und bei welchem sich Coop an den Kosten der Markteinführung wesentlich beteiligt, oder für einen Hersteller, bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Produkten dieses Herstellers beteiligt.“

¹ RPW 2008/3, 475 ff., *Coop/Fust*.

² RPW 2008/4, 593 ff., *Coop/Carrefour*.

Auflage 2:

„Coop wird verpflichtet, Lieferanten, die in den Jahren 2005 bis 2007 nachweislich im Durchschnitt mehr als 30 % ihres Umsatzes mit Carrefour erzielt haben („30 %-Lieferanten“), im bisherigen Umfang (Toleranz: 10 % der im Vorjahr abgenommenen Menge) zu behalten, sofern der Lieferant die Produkte entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten) liefert. Listet Coop ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der Lieferant bereit ist, das Produkt entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Coop, für den betroffenen 30 %-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30 %-Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde.“

Auflage 5:

„Die WEKO nimmt Vormerk davon, dass Coop sich ihr gegenüber verpflichtet hat, den Prozess für die Einführung von Neuheiten sowie analog für die Auslistung öffentlich zugänglich zu machen.“

7. Laut **Auflage 6** hat Coop seit dem 1. Januar 2010 das Recht, bei der WEKO die Änderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen, falls sich die Verhältnisse im Schweizer Detailhandelsmarkt in wesentlichem Masse ändern sollten. Als Indiz für eine Änderung der Ver-

hältnisse in wesentlichem Masse gilt etwa der Nachweis, dass Aldi zusammen mit Lidl in der Schweiz insgesamt mindestens 250 Verkaufsstellen eröffnet haben und in allen Landesteilen vertreten ist bzw. sind. Die WEKO ist in ihrem Entscheid in jedem Fall frei.

8. Gemäss **Auflage 7** wurde eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Bei Vorliegen von wichtigen Gründen stand Coop bei der Bezeichnung der Revisionsgesellschaft ein Vetorecht zu. Die Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkentnissen von Coop jährlich. Die Kosten der Revisionsgesellschaft werden von Coop bezahlt. Den letzten Prüfbericht für das Jahr 2014 hat die WEKO am 18. Mai 2015 zur Kenntnis genommen.

A.2 Gründe für die Auflagen

9. Die nachfolgenden Tabellen 1 und 2 geben einen Überblick über die Gründe für die derzeit noch geltenden materiellen Auflagen der Zusammenschlussentscheide Coop/Fust (Tabelle 1) und Coop/Carrefour (Tabelle 2). Sämtliche materiellen Auflagen, die heute noch in Kraft sind, wurden für eine zeitlich unlimitierte Dauer verfügt.

Tabelle 1: Gründe für die Auflagen im Entscheid Coop/Fust

Auflage	Gründe für die Auflage
Genereller Grund für die Auflagen (Ergebnis der Zusammenschlussprüfung)	Absatzseitig: Absatzseitig könnte das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Kleinhaushaltsgeräte allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und der Coop-Gruppe (inkl. Interdiscount) begründen. Potenzielle Konkurrenz ist zwar vorhanden, sie darf aber nicht überschätzt werden, da davon auszugehen ist, dass eine Expansion oder ein Markteintritt im Bereich Kleinhaushaltsgeräte eher langsam erfolgt und insbesondere aufgrund von Standortproblemen schwierig durchzuführen ist (Rz 275 Verfügung Coop/Fust). Beschaffungsseitig: Die vertiefte Prüfung hat ergeben, dass die Übernahme von Fust durch Coop beschaffungsseitig zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt (Rz 274 Verfügung Coop/Fust).
Auflage 1: Coop wird verpflichtet, für Coop, Interdiscount und Fust mit Herstellern von Weisswaren oder Braunwaren keine Exklusivabreden für den Vertrieb des Gesamtsortiments an Weisswaren oder Braunwaren oder für eine gesamte Gerätekategorie (z.B. Kühlschränke, Geschirrspüler, Videorecorder, Spiegelreflexkameras) von Weisswaren oder Braunwaren eines Herstellers in der Schweiz einzugehen. Zulässig sind jedoch branchenübliche (z.B. Geräte oder Gerätelinien mit besonderen Ausstattungen oder besonderen Spezifikationen für den Abnehmer) Exklusivvereinbarung bezüglich einzelner Geräte oder Gerätelinien einer Gerätekategorie oder Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt oder bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop, Interdiscount oder Fust sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Geräten dieses Herstellers beteiligen.	Absatzseitig: Die im Dispositiv aufgeführte Auflage betreffend Exklusivitäten erleichtert eine allfällige Expansion bestehender Konkurrenten sowie allfällige Markteintritte neuer Wettbewerber (Rz 276 Verfügung Coop/Fust).

Tabelle 2: Gründe für die Auflagen im Entscheid Coop/Carrefour

Auflage	Gründe für die Auflage
<p>Genereller Grund für die Auflagen (Ergebnis der Zusammenschlussprüfung)</p>	<p>Absatzseitig: Der Zusammenschluss würde eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop und Migros im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG begründen oder allenfalls verstärken (Rz 508 Verfügung Coop/Carrefour). Es ist damit zu rechnen, dass Aldi und Lidl nach erfolgtem Markteintritt mittel- bis langfristig eine bedeutende Rolle als Randwettbewerber übernehmen und somit ein kollusives Verhalten von Migros und Coop destabilisieren können. Bis dahin soll durch Auflagen sichergestellt werden, dass der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt für Mitbewerber offengehalten wird (Rz 373 Verfügung Coop/Carrefour).</p> <p>Beschaffungsseitig: Die Übernahme von Carrefour durch Coop verstärkt die Marktstellung von Coop auf den Beschaffungsmärkten und vergrössert die Abhängigkeitsverhältnisse der Lieferanten gegenüber Coop. Die WEKO schliesst nicht aus, dass der wirksame Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG dadurch beseitigt werden kann. Die weiterhin bestehenden Absatzkanäle können nämlich keinen hinreichenden Einfluss auf das Verhalten von Coop auf den Beschaffungsmärkten ausüben. Letztlich kann dies infolge der verfügten Auflagen jedoch offen gelassen werden (Rz 504 Verfügung Coop/Carrefour).</p>
<p>Auflage 1: Coop wird verpflichtet, gegenüber allen Produkte-Lieferanten dauerhaft auf Exklusivität zu verzichten. Zulässig sind jedoch Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt und bei welchem sich Coop an den Kosten der Markteinführung wesentlich beteiligt, oder für einen Hersteller, bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Produkten dieses Herstellers beteiligt hat.</p>	<p>Beschaffungsseitig: Erhöhung der Substituierbarkeit zwischen den Absatzkanälen und damit des beschaffungsseitigen Wettbewerbs zwischen den Detailhändlern. Die Auflage stellt sicher, dass Lieferanten inskünftig vermehrt über alternative Absatzkanäle, insbesondere auch durch neu in die Schweiz eintretende Detailhändler verfügen (Rz 432, 446 Verfügung Coop/Carrefour).</p>
<p>Auflage 2: Coop wird verpflichtet, Lieferanten, die in den Jahren 2005 bis 2007 nachweislich im Durchschnitt mehr als 30 % ihres Umsatzes mit Carrefour erzielt haben („30 %-Lieferanten“), im bisherigen Umfang (Toleranz: 10 % der im Vorjahr abgenommenen Menge) zu behalten, sofern der Lieferant die Produkte entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten) liefert. Listet Coop ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der Lieferant bereit ist, das Produkt entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Coop, für den betroffenen 30 %-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30 %-Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde.</p>	<p>Beschaffungsseitig: Reduktion der Bedenken hinsichtlich relativer Marktmacht (Rz 494 Verfügung Coop/Carrefour).</p>
<p>Auflage 5: Die WEKO nimmt Vormerk davon, dass Coop sich ihr gegenüber verpflichtet hat, den Prozess für die Einführung von Neuheiten sowie analog für die Auslistung öffentlich zugänglich zu machen.</p>	<p>Beschaffungsseitig: Erleichterung des Zugangs zu Absatzkanälen, denn durch den Zusammenschluss geht für die Lieferanten die wichtigste Alternative zu Coop für die Einführung neuer Markenprodukte verloren. Carrefour wurde dank seines grossen Sortiments von verschiedenen Lieferanten von Markenartikeln als Testmarkt für die Einführung neuer Produkte angesehen. Eine erfolgreiche Einführung bei Carrefour lieferte sodann ein neues Argument, doch noch bei Coop gelistet zu werden (Rz 398, fünfter Punkt Verfügung Coop/Carrefour).</p>

A.3 Anträge

10. Coop hat bei der WEKO mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 ein Gesuch um Aufhebung von Auflagen eingereicht. Die Anträge lauten wie folgt:

- 1) Es sei Ziffer 5³ des Dispositivs der Verfügung vom 21. November 2007 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust bezüglich der Überwachung der Einhaltung der Auflage 1 durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft aufzuheben.
- 2) Es sei Ziffer 7⁴ des Dispositivs der Verfügung vom 17. März 2008 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour bezüglich der Überwachung der Einhaltung der Auflagen 1 und 5 durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft aufzuheben.
- 3) Es sei Ziffer 2⁵ des Dispositivs der Verfügung vom 17. März 2008 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour bezüglich der Beibehaltung von 30 %-Lieferanten aufzugeben.

A.4 Begründung der Anträge

Berechtigung der Anträge

11. Coop bringt vor, sie sei in Bezug auf alle genannten Auflagen berechtigt, deren Änderung bzw. Aufhebung zu beantragen. Dies gehe nicht nur aus den in Frage stehenden Verfügungen hervor, sondern entspreche auch der Praxis der WEKO sowie den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts.⁶

Aufhebung der Auflage 5 des Entscheids Coop/Fust und der Auflage 7 des Entscheids Coop/Carrefour

12. Die Auflage 5 des Entscheids Coop/Fust und die Auflage 7 des Entscheids Coop/Carrefour betreffen die Überwachung der Einhaltung der Auflagen durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft. Diese Auflagen sind nach Ansicht von Coop insbesondere aus Gründen der **Verhältnismässigkeit** und der **Gleichbehandlung** aufzuheben. Im Einzelnen:

13. Die Zusammenschlussverfügungen i.S. Coop/Fust und Coop/Carrefour seien vor mehr als sieben Jahren erlassen worden. Das Verhalten von Coop habe bezüglich der Erfüllung der Auflagen zu keinem Zeitpunkt Anlass zu Bedenken gegeben. Dennoch würden bei Coop nach wie vor jährlich umfangreiche Abklärungen bezüglich der Einhaltung der Auflagen durch zwei Revisionsgesellschaften durchgeführt. Diese Abklärungen würden nicht nur bei Coop, sondern auch bei der WEKO sowie dem Sekretariat der WEKO erhebliche Aufwände in zeitlicher, personeller sowie monetärer Hinsicht verursachen.

14. In Bezug auf den Schweizer Detailhandelsmarkt sei darauf hinzuweisen, dass Aldi (175) und Lidl (98) bis Ende 2014 zusammen 273 Filialen in der Schweiz eröffnet haben.⁷ Dies übertreffe die von der WEKO in Auflage 6 der Verfügung i.S. Coop/Carrefour geforderte Zahl von 250 Filialen. Auch in Bezug auf die Marktverhältnisse bei den Kleinhaushaltsgeräten sei davon auszugehen, dass sich diese in den letzten acht Jahren wesentlich verändert hätten. Es seien inzwischen viele Online-Händler

von Kleinhaushaltsgeräten, z.B. Digitec und Galaxus, in den Markt eingetreten und der Onlinevertrieb mit derartigen Produkten habe mittlerweile erheblich an Bedeutung gewonnen. Der Onlineanteil im Heimelektronikmarkt in der Schweiz betrage derzeit rund 24 %.⁸ Zudem sei dem erheblichen Einfluss des Einkaufstourismus auf den Detailhandelsmarkt Rechnung zu tragen: Der Einkaufstourismus sei für das Jahr 2014 auf 11 Mrd. CHF geschätzt worden.⁹ Mit der Aufhebung des Euromindestkurses sei 2015 mit einer weiteren Zunahme von ca. 16,2 % gegenüber 2014¹⁰ zu rechnen, woraus sich für 2015 ein geschätztes Volumen von ca. 13 Mrd. CHF ergebe. Dies entspreche über 10 % des Detailhandelsgesamtmarktes von 97,6 Mrd. CHF.¹¹

15. Angesichts des stets korrekten Verhaltens von Coop bezüglich der Einhaltung der Auflagen, des langen Zeitablaufs seit Erlass der Zusammenschlussverfügungen sowie der doch stark veränderten Marktverhältnisse in den hier interessierenden Märkten erscheine diese jährliche Überwachung als **unverhältnismässig** und nicht mehr sachgerecht. Das angestrebte Ziel der Überwachung, namentlich die Kontrolle der Einhaltung der übrigen, heute noch geltenden Auflagen, erfolge ohnehin durch die Marktbeteiligten selbst. Sollte ein Marktteilnehmer zur Auffassung gelangen, dass Coop eine Auflage nicht einhalten würde, könne er ohne weiteres seine Ansprüche gegenüber Coop direkt geltend machen oder im Bedarfsfall die WEKO informieren.

16. Die Aufhebung von Auflage 5 des Entscheids Coop/Fust sowie der Auflage 7 des Entscheids Coop/Carrefour sei darüber hinaus auch aus **Gründen der Gleichbehandlung** unerlässlich. Im Entscheid betreffend den Zusammenschluss Migros/Denner¹² habe die WEKO in Auflage 13 ebenfalls die Überwachung der Auflageneinhaltung durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft angeordnet. Diese Auflage sei jedoch im Gegensatz zu den identisch lautenden Auflagen in den Verfügungen i.S. Coop/Fust und Coop/Carrefour auf sieben Jahre befristet gewesen (Auflage 10 des Entscheids Migros/Denner); entsprechend sei Auflage 13 des Entscheids Migros/Denner mittlerweile hinfällig geworden. Es ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür,

³ Anmerkung des Sekretariats der WEKO: Es handelt sich um Auflage 5 der Dispositivziffer 1.

⁴ Anmerkung des Sekretariats der WEKO: Es handelt sich um Auflage 7 der Dispositivziffer 1.

⁵ Anmerkung des Sekretariats der WEKO: Es handelt sich um Auflage 2 der Dispositivziffer 1.

⁶ Vgl. diesbezüglich etwa RPW 2014/4, 722 Rz 7, *Verfügung vom 8. September 2014 in Sachen Aufhebung der Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003 (Genehmigung der Übernahme der gemeinsamen Kontrolle der Ringier SA und der Edipresse Publications SA über die Le nouveau quotidien ERL S.A. und indirekt auch über die Le Temps SA)*.

⁷ GfK Detailhandel Schweiz 2015, 87.

⁸ GfK Detailhandel Schweiz 2015, 380.

⁹ GfK Detailhandel Schweiz 2015, 56.

¹⁰ GfK Detailhandel Schweiz 2015, 22.

¹¹ GfK Detailhandel Schweiz 2015, 372.

¹² RPW 2008/1, 129 ff., *Migros/Denner*.

dass die Zusammenschlüsse Coop/Fust und Coop/Carrefour im Vergleich zur Tragweite des Zusammenschlusses Migros/Denner eine besondere Bedeutung auf dem Detailhandelsmarkt in der Schweiz hätten. Es seien deshalb auch keine Gründe ersichtlich, weshalb die Auflagen gegenüber Coop weiterhin Geltung haben sollten, obwohl diejenige gegenüber Migros nicht mehr gelte.

17. Es seien schliesslich vorliegend keine weiteren Interessen wie etwa Vertrauensschutz oder Rechtssicherheit ersichtlich, welche gegen die Aufhebung der Auflage 5 des Entscheids Coop/Fust und der Auflage 7 des Entscheids Coop/Carrefour sprechen würden.

Aufhebung der Auflage 2 des Entscheids Coop/Carrefour

18. Die zeitlich unbefristete Auflage 2 des Entscheids Coop/Carrefour verpflichtet Coop, die sogenannten 30%-Lieferanten im bisherigen Umfang zu behalten, sofern der Lieferant die Produkte entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis liefert.

19. Coop bringt in diesem Zusammenhang vor, dass die WEKO im Zusammenschlussentscheid Migros/Denner die gleichlautende Auflage 8 bezüglich der Beibehaltung von 30%-Lieferanten auf sieben Jahre befristet habe. Das Gleichbehandlungsgebot gebiete, Coop auch in dieser Hinsicht gleich wie Migros zu behandeln. Entsprechend sei die Auflage 2 der Verfügung i.S. Coop/Carrefour aufgrund des Auslaufs dieser Frist am 16. März 2015 aufzuheben. Auch hier seien schliesslich keine weiteren Interessen wie etwa Vertrauensschutz oder Rechtssicherheit ersichtlich, welche gegen die Aufhebung der genannten Auflage sprechen würden.

A.5 Verfahren

20. Am 7. Dezember 2015 ging beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch von Coop um Aufhebung von Auflagen, welche in den Zusammenschlussentscheiden i.S. Coop/Fust vom 21. November 2007 und i.S. Coop/Carrefour vom 17. März 2008 verfügt wurden, ein.

21. Am 8. Dezember 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Gesuchs und teilte den Rechtsvertretern von Coop mit, dass das Gesuch geprüft werde.

22. Mit Entscheid vom 7. März 2016 genehmigte die WEKO die Anträge von Coop.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

24. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Or-

ganisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Coop ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

25. Die Verfügung von Auflagen durch die WEKO erfolgt im Verfahren nach Art. 32 f. KG gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG. Im Hinblick auf die Aufhebung oder Änderung von Verfügungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen gibt es keine Spezialbestimmung im Kartellgesetz, im Gegensatz zu Art. 30 Abs. 3 KG für Entscheide im Untersuchungsverfahren. Eine solche Bestimmung ist jedoch auch nicht notwendig, da sich der Grundsatz aus Art. 30 Abs. 3 KG bereits aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ergibt.¹³

B.2 Prüfung des Gesuchs

Vorbemerkungen

26. Gemäss Auflage 4 des Entscheids Coop/Fust bzw. Auflage 6 des Entscheids Coop/Carrefour hat Coop seit dem 1. Januar 2010 das Recht, bei der WEKO die Änderung bzw. Aufhebung der Auflagen zu beantragen, falls sich die Verhältnisse bei den Kleinhaushaltsgeräten in der Schweiz bzw. im Schweizer Detailhandelsmarkt in wesentlichem Masse ändern sollten. Auch wenn Coop vorbringt, dass sich die Marktverhältnisse in den hier interessierenden Märkten seit Erlass der Zusammenschlussverfügungen stark verändert hätten (vgl. oben, Rz 14), wird das Gesuch im Wesentlichen mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung begründet.

27. Eine Prüfung der Frage, ob und inwiefern sich die Marktverhältnisse in den hier interessierenden Märkten seit Erlass der Zusammenschlussverfügungen verändert haben, würde eine (umfassende) Marktanalyse durch das Sekretariat voraussetzen. Davon wird in casu abgesehen, da solche umfangreichen Abklärungen für die Behandlung des Gesuchs nicht notwendig sind. Deshalb beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Frage, wie die Anträge aus Gründen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beurteilen sind. Hierzu ist zunächst ein Vergleich der verfügten Auflagen in den Entscheiden Coop/Fust und Coop/Carrefour mit jenen im Entscheid Migros/Denner angezeigt.

Vergleich mit Entscheid Migros/Denner

28. Die Auflagen, welche die WEKO im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner am 3. September 2007 verfügte, sind abgesehen von der zeitlich unlimitierten Auflage 6, welche Migros dauerhaft verpflichtet, gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivität (exklusive Belieferungspflichten) zu verzichten, am 3. September 2014 ausgelaufen. Die Einhaltung dieser Auflage wird seit dem 3. September 2014, nach einer Dauer von

¹³ RPW 2014/4, 722 Rz 7, Verfügung vom 8. September 2014 in Sachen Aufhebung der Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003 (vgl. Fn 6). Vgl. zu Art. 30 Abs. 3 KG: BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 30 Abs. 3 N 122, m.w.H.

¹⁴ Die Begrenzung der Auflage auf drei Jahre ist in der publizierten Version der Verfügung Migros/Denner nicht ersichtlich.

sieben Jahren, nicht mehr durch die unabhängige Revisionsgesellschaft überprüft, welche gemäss Auflage 13 mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen beauftragt worden war. Demgegenüber wurde die Überwachung der Auflagen durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft in den Entscheiden Coop/Fust und Coop/Carrefour – je nach Dauer der Auflage – nicht auf maximal sieben Jahre begrenzt, sondern unbefristet verfügt. Darin besteht ein **erster Unterschied** zwischen dem Entscheid Migros/Denner einerseits und den Entscheiden Coop/Fust und Coop/Carrefour andererseits.

29. Grund für den Verzicht auf eine länger andauernde Überprüfung der Einhaltung der Auflage 6 durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft im Entscheid Migros/Denner bestand in der Annahme, dass sich Marktteilnehmer, die eine Verletzung der Auflage vermuten, direkt bei der WEKO oder dem Sekretariat melden und insofern eine Selbstkontrolle stattfindet.

30. Sodann wurde im Entscheid Migros/Denner mit Auflage 8 eine analoge Auflage zu Auflage 2 des Entscheids Coop/Carrefour betreffend sog. 30 %-Lieferanten verfügt. Im Unterschied zum Entscheid Coop/Carrefour wurde diese Auflage im Entscheid Migros/Denner auf drei Jahre – und nicht auf sieben Jahre, wie von Coop vorgebracht¹⁴ – begrenzt. Darin besteht der **zweite Unterschied** zum Entscheid Coop/Carrefour.

31. Eine zeitliche Begrenzung der Auflage betreffend den 30 %-Lieferanten ist denn auch sachgerecht, denn hätten solche Lieferanten zeitlich unlimitiert Anspruch auf eine individuelle Lösung im Falle einer Auslistung trotz konkurrenzfähigen Preisen, würde ein ungewünschter Strukturschutz betrieben und der Handlungsspielraum der Lebensmitteldetailhändler unnötig eingeschränkt.

Genehmigung des Gesuchs

32. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, weshalb inhaltlich identische Auflagen in verschiedenen Zusammenschlussentscheiden eine andere Geltungsdauer haben oder inhaltlich identische Auflagen in verschiedenen Zusammenschlussentscheiden unterschiedlich lange durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft überprüft werden sollen.

33. Sodann wäre eine zeitlich unbefristete Dauer der Auflage 2 des Entscheids Coop/Carrefour betreffend die 30 %-Lieferanten insofern nicht sachgerecht, weil damit ein ungewünschter Strukturschutz betrieben und der Handlungsspielraum der Lebensmitteldetailhändler unnötig eingeschränkt würde.

34. Weiter ist davon auszugehen, dass sich die Marktteilnehmer direkt bei der WEKO oder dem Sekretariat melden würden, wenn sie der Ansicht sein sollten, dass eine der zeitlich unlimitierten Auflagen verletzt würde. Angesichts der zu erwartenden Selbstkontrolle im Markt scheinen die beträchtlichen Aufwände in zeitlicher, personeller sowie monetärer Hinsicht, welche die Abklärungen der Revisionsgesellschaften wiederkehrend bei Coop, der WEKO sowie dem Sekretariat generieren, nicht verhältnismässig zu sein.

35. Angesichts dieser Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Auflagen bezüglich der Überwachung der Einhaltung der Auflagen durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft sowie die Auflage 2 des Entscheids Coop/Carrefour bezüglich der 30 %-Lieferanten bei der Ausarbeitung der Auflagen in den Entscheiden Coop/Fust und Coop/Carrefour versehentlich zeitlich nicht begrenzt wurden.

36. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen wird dem Gesuch von Coop vollumfänglich entsprochen. Die Anträge 1, 2 und 3 werden gutgeheissen.

B.3 Ergebnis

37. Dem Gesuch von Coop wird vollumfänglich entsprochen. Die Anträge 1, 2 und 3 werden gutgeheissen.

C Kosten

38. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall Coop.

39. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt für die korrekte Gebührenbemessung ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Vorliegend resultierte ein Aufwand von [...]. Dies ergibt einen Totalbetrag von CHF [...].

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Auflage 5 der Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 21. November 2007 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust bezüglich der Überwachung der Einhaltung der Auflage 1 durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
2. Auflage 7 der Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 17. März 2008 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour bezüglich der Überwachung der Einhaltung der Auflagen 1 und 5 durch eine unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. Auflage 2 der Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 17. März 2008 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour bezüglich der Beibehaltung von 30%-Lieferanten wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] werden Coop auferlegt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
Coop Genossenschaft, vertreten durch [...].

B 2.	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève concernant le projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur

Publication d'une Recommandation de la Commission de la concurrence rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI)

611-0019: Recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève

concernant

le projet de loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC; PL 11709 et PL 11710)

1 Contexte

1. La Commission de la concurrence (COMCO) a été rendue attentive au projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (P-LTVTC)¹ que le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a remis à son parlement en date du 27 août 2015. En substance, le P-LTVTC introduit un nouveau paradigme réglementaire dans la mesure où il ne laisse subsister qu'une seule sorte de taxis (là où précédemment il y en avait deux), contingentée et bénéficiant d'un droit d'usage du domaine public, d'une part, et crée une catégorie nouvelle dite de « *véhicule de transport avec chauffeur* » ouverte à tous, d'autre part.

2. La COMCO et son Secrétariat sont chargés de veiller à l'exécution de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels; LCart; RS 251) ainsi qu'au respect de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) par la Confédération, les cantons et les communes.

1.1 Droit du marché intérieur

3. La LMI vise à créer un marché unique à l'échelle de la Suisse dans lequel les agents économiques puissent développer leur activité en étant le moins possible entravés par des obstacles cantonaux et communaux à l'accès au marché. Elle garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

4. Concrétisant l'art. 1 al. 1 LMI, l'art. 2 LMI définit les bases du principe du lieu de provenance, qui s'applique à l'activité économique par-delà les frontières intérieures

et permet de justifier la création d'un établissement. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI). Des restrictions pour les offreurs externes ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions, pour autant que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent pas, dans le cas concret, de garantir un niveau de protection des intérêts publics équivalent à celui du lieu de destination (réfutation de la présomption d'équivalence). En outre, chaque restriction doit s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux, être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Au surplus, l'art. 3 al. 2 LMI établit un catalogue non exhaustif de restrictions qui ne répondent pas au principe de la proportionnalité et qui sont donc inadmissibles.

5. Il y a quatre ans, la COMCO a émis une « Recommandation du 27 février 2012 concernant l'accès au marché pour services de taxis provenant d'autres localités à l'exemple des réglementations des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne ainsi que des villes de Zurich et de Winterthur »² (ci-après « Recommandation ») dans laquelle la manière dont les principes de la LMI s'appliquent à l'activité des taxis a été exposée. Cette Recommandation garde toute sa signification.

1.2 Droit cartellaire

6. Selon son article premier, la LCart 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 la concurrence. Elle 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 qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

¹ Disponible à l'adresse <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11709.pdf> ainsi que d'une loi modifiant ce même projet <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11710.pdf> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

² Publiée in DPC 2012/2 438 (en allemand).

7. Selon sa pratique³, le Secrétariat de la COMCO considère les centrales, les chauffeurs de taxi indépendants ou les entreprises de taxis parties à un contrat d'abonnement avec une centrale comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart. En 2012, dans son enquête préalable « Taxizentralen der Stadt Zürich », le Secrétariat avait analysé de possibles restrictions à la concurrence (contrats d'exclusivité) dans le domaine des taxis. Dans ce dernier cas, il avait considéré qu'il n'existait pas d'indices suffisants d'une restriction à la concurrence justifiant l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart, étant donné notamment la structure du marché (plusieurs centrales de taxis de même taille et grand nombre de taxis indépendants).

1.3 Compétence de la Commission de la concurrence

8. L'activité des chauffeurs – qu'ils circulent en tant que taxi ou véhicule de transport avec chauffeur (VTC) – est une activité économique non régalienne visant l'obtention d'un gain. En tant qu'activité économique, elle est soumise à la LCart et sa régulation doit tenir compte de la LMI.

9. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, la COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent cette loi. Elle peut leur adresser des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

10. L'art. 45 al. 1 LCart prévoit que la COMCO observe de façon suivie la situation de la concurrence. Elle peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace (art. 45 al. 2 LCart).

11. Ainsi, la COMCO prend position sur le projet soumis au parlement. D'ailleurs, l'art. 43 de la Loi genevoise sur les taxis et limousines du 21 janvier 2005 (LTaxis; H 1 30) intitulé « Respect de la concurrence » réserve expressément l'intervention de la COMCO si le département devait constater des distorsions de concurrence résultant notamment de la limitation du nombre de permis de service public ou d'un accord tarifaire entre les exploitants ou les centrales d'ordre de course (al. 1). L'alinéa 2 ajoute que le département prend les mesures nécessaires pour rétablir la concurrence.

2 Points problématiques du projet de Loi sur les taxis et les véhicules de transports avec chauffeur

12. A la lumière des principes énoncés ci-dessus, la COMCO va exposer ci-dessous différents points du P-LTVTC qui, malgré des éléments conformes à la LMI et à la LCart, contiennent des dispositions problématiques en regard de ces deux lois fédérales.

2.1 Accès au marché genevois et reconnaissance des autorisations (art. 13)

13. Selon l'art. 13 al. 1 P-LTVTC – intitulé « Offreurs confédérés » – « [l]es titulaires de permis ou d'autorisations équivalentes pour l'exercice des professions de chauffeur de taxi ou de voiture de transport avec chauffeur, délivrés par l'autorité d'un autre canton, peuvent déposer des passagers dans le canton de Genève et

prendre en charge de nouveaux passagers lors de la course de retour, si le lieu de destination se trouve en dehors du canton de Genève. Ils ne disposent d'aucun droit d'usage accru du domaine public »; pour ces activités, un offreur externe ne doit donc pas nécessairement détenir une autorisation.

14. L'art. 13 al. 2 P-LTVTC quant à lui prévoit que « [l]orsqu'ils souhaitent exercer régulièrement [mise en italique par le rédacteur] leur profession dans le canton de Genève, ils ont droit à la reconnaissance de leur permis ou de leur autorisation équivalente, pour autant qu'ils remplissent les conditions de l'art. 5. Le Conseil d'État définit une procédure simple et gratuite pour la reconnaissance »; ce faisant, les activités pour lesquelles les offreurs externes doivent solliciter une autorisation sont définies. En outre, les conditions d'autorisation sont définies par renvoi à l'art. 5 P-LTVTC lequel prévoit que le requérant doit avoir l'exercice des droits civils, être ressortissant suisse ou au bénéfice d'une autorisation lui permettant de travailler en Suisse comme indépendant ou comme employé, être titulaire du permis de conduire depuis au moins 3 ans et du permis de transport professionnel de personnes et n'avoir pas fait l'objet, dans les 5 ans précédant la requête, de décisions administratives ou de condamnations incompatibles avec l'exercice de la profession, telles que définies par le Conseil d'État⁴, ainsi qu'avoir réussi l'examen prévu à l'art. 6 P-LTVTC. L'Exposé des motifs précise que « celui qui ne remplit pas toutes les conditions pour se prévaloir de [la] reconnaissance, ne pourra pas se prévaloir de la gratuité pour d'éventuels examens qu'il devrait passer ».⁵

15. Finalement, le troisième et dernier alinéa de cette disposition impose aux offreurs de services de taxis exerçant « régulièrement [mise en forme par le rédacteur] [...] dans le canton de Genève [...] [d'obtenir une] autorisation d'usage accru du domaine public, selon les modalités prévues aux articles 10 et suivants ».

16. L'art. 22 P-LTVTC décrit pour les VTC les types de courses autorisés (uniquement sur commande ou réservation préalable [al. 1] ou sur transmission d'un diffuseur de course [al. 2, 2^{ème} phrase]), interdit de prendre les clients qui les hêlent (al. 2, 1^{ère} phrase) ainsi que d'utiliser le domaine public (al. 3).

17. Selon la LMI, un service de taxis non local qui exerce légalement son activité à son lieu de provenance a un droit d'accès au marché sur tout le territoire suisse pour proposer ses prestations conformément aux prescriptions du lieu de provenance (principe du lieu de provenance). Ce droit s'applique aussi bien au transport par-delà les frontières intérieures (art. 2 al. 1 et 3 LMI en lien avec l'art. 4 al. 1 LMI) qu'à la création d'un (deuxième) établissement au lieu de destination (art. 2 al. 4 en lien avec l'art. 4 al. 1 LMI). Les autorités du lieu de

³ DPC 2012/4 p. 814 ss, *Taxizentralen der Stadt Zürich*.

⁴ À noter que la liste de ces décisions ou condamnations incompatibles n'est pas définie actuellement.

⁵ Cf. Exposé des motifs ad art. 13, p. 34.

destination ne peuvent restreindre l'accès au marché pour les taxis non locaux qui proposent leurs services par-delà les frontières cantonales ou communales, ou qui s'établissent dans ce lieu qu'aux conditions très strictes prévues par l'art. 3 LMI.

18. En principe, tout accès au marché suppose dans un premier temps que l'autorité du lieu de destination examine le droit applicable au lieu de provenance puis, le cas échéant, réfute la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI. Dans un deuxième temps seulement, elle peut prononcer des restrictions qui devront chacune respecter l'art. 3 LMI. L'alinéa 3 de cette disposition prohibe en outre les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. La procédure d'accès de la LMI ne permet pas un réexamen des conditions personnelles d'accès, c'est-à-dire lorsqu'elles ont déjà été contrôlées par l'autorité de lieu de provenance.⁶ En outre, l'art. 3 al. 4 LMI prévoit que la procédure doit être simple, rapide et gratuite. Le principe de la gratuité de la procédure est absolu et vaut durant toute la procédure non contentieuse.⁷ Ainsi, aucuns frais ne doivent être perçus quel que soit le résultat de la procédure.⁸

2.1.1 Accès au marché sans autorisation pour les services de taxi

19. Dans sa Recommandation, la COMCO expliquait que les services de taxi non locaux qui, sur commande d'un client (p. ex. par téléphone ou par Internet) ou d'une centrale de taxis, exercent leur activité par-delà les frontières intérieures ou à l'intérieur du lieu de destination, peuvent le faire conformément à l'autorisation de chauffeur de taxi et/ou d'exploitation établie par le lieu de provenance.⁹ Le détail de ces droits d'accès est indiqué au ch. 27 de la Recommandation auquel la COMCO renvoie. En outre, conformément à la jurisprudence genevoise en la matière (Arrêt ATA/173/2012 du 27 mars 2012), un taxi non local qui prend en charge des clients sur commande préalable ne peut se voir imposer un examen relatif à la connaissance théorique et pratique de la topographie genevoise. En effet, selon la Cour de Justice, l'obligation de connaître la topographie d'une part ne constitue pas une différence suffisante pour réfuter la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI et, d'autre part, n'est pas indispensable au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LMI.

20. Ni l'Exposé des motifs ni le P-LTVTC ne répondent à la question de savoir si des taxis non locaux peuvent effectuer des courses sur commande ou réservation préalable ou transmission d'un diffuseur de courses, sur le territoire du canton de Genève. Il s'agit de déterminer si les taxis non locaux peuvent exercer les mêmes activités que les VTC, sans autorisation au sens de l'art. 13 al.1 P-LTVTC, ou si les activités de ces taxis extra-cantonaux fonctionnant sur commande tombent dans la catégorie des activités soumises à autorisation au sens de l'art. 13 al. 2 P-LTVTC ou de l'art. 22 P-LTVTC en lien avec l'art. 5 P-LTVTC.

21. Ainsi, si le P-LTVTC tend globalement à se conformer à la LMI, dans la mesure où l'art. 13 al. 1 P-LTVTC reprend pratiquement textuellement la Recommandation, le P-LTVTC devrait être modifié afin que, soit à son art. 13 al. 1, soit à son art. 22, le droit des taxis non lo-

caux à transporter des clients sur commande ou suite à la transmission d'une course par un diffuseur et les déposer au lieu de leur choix *dans le canton de Genève* soit précisé.

2.1.2 Procédure d'octroi d'une autorisation d'accès au marché conformément à la LMI

22. S'agissant des activités soumises à autorisation, la Recommandation statuait que contrairement à un passager qui commande un taxi non local, un client qui se rend à une station de taxis ne peut guère toujours choisir le taxi en fonction de ses besoins personnels. La personne qui sollicite rapidement un taxi à une station doit pouvoir être sûre que ce dernier remplit les exigences requises au niveau de la qualité, de la sécurité et des connaissances des lieux. Il en va de même pour les clients qui hèlent un taxi et qui souhaitent être transportés à l'intérieur de la même localité. Pour cette raison, les services de taxi non locaux qui ont un (deuxième) établissement commercial au lieu de destination ou qui recrutent des clients en utilisant des stations de taxis en ce lieu peuvent être soumis à une autorisation (supplémentaire). Le principe vaut aussi bien pour l'autorisation de chauffeur que pour celle d'exploitation de taxis.¹⁰

23. L'art. 13 al. 2 P-LTVTC comporte une erreur de raisonnement quant à l'application de la procédure d'accès au marché conforme à la LMI dans la mesure où il se réfère au respect des conditions de l'art. 5 P-LTVTC comme préalable à l'accès au marché. En effet, comme évoqué ci-dessus (ch. 18), lorsqu'un offreur externe désire avoir accès au marché genevois conformément aux droits que lui confère la LMI, l'autorité genevoise doit dans un premier temps comparer les réglementations applicables puis examiner si la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI peut être renversée. Si celle-ci n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit être purement et simplement accordé. En revanche, lorsque, l'examen des réglementations fait apparaître une différence, il est alors possible de prononcer une restriction, si celle-ci est conforme aux conditions de l'art. 3 LMI. Pour Genève, la comparaison fera pratiquement systématiquement apparaître la condition des connaissances topographiques théoriques et pratiques (art. 6 P-LTVTC). Dans le cadre d'une activité régulière à Genève, au regard des conditions de l'art. 3 LMI, l'autorité genevoise pourra en règle générale exiger la réussite de l'examen topographique.¹¹ Toutefois, la procédure d'accès au marché ainsi que l'examen devra être

⁶ Cf. Recommandation, ch. 46, p. 444; ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010 consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); arrêt du Tribunal fédéral 2C_68/2009 du 14 juillet 2009 consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

⁷ Cf. ATF 136 II 470, consid. 5.3; ATF 134 II 329, consid. 7; Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur, FF 2005 421, p. 442.

⁸ Dans ce sens, MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2ème éd., Bâle 2013, ch. 60 ad art. 3 et la référence citée: arrêt du Tribunal fédéral publié in: DPC 1997/3, p. 393, 401, consid. 5.

⁹ Traduction libre du Secrétariat de la COMCO du ch. 25 de la Recommandation (DPC 2012/2 p. 438 ss, 441).

¹⁰ Traduction libre du Secrétariat de la COMCO du ch. 33 de la Recommandation (DPC 2012/2 p. 438 ss, 442).

¹¹ Cf. Recommandation, ch. 44, p. 444.

gratuite en application de l'art. 3 al. 4 LMI.¹² D'autres conditions personnelles et professionnelles ne peuvent être examinées que lorsqu'elles ne l'ont pas été par l'autorité du lieu de provenance, et ce toujours gratuitement.¹³ En conséquence, l'application de la LMI impliquera pour un taxi non local uniquement l'obligation de réussir l'examen sur les connaissances théoriques et pratiques de la topographie de la ville et du canton de Genève. Le renvoi à l'art. 5 P-LTVTC doit être supprimé du projet en tant qu'il est superfluetatoire au mécanisme de l'accès au marché prévu par la LMI et une phrase selon laquelle le canton de Genève peut uniquement contrôler les conditions d'accès au marché (octroi de la carte professionnelle) qui n'ont pas déjà été contrôlées au lieu de provenance doit être ajoutée.

24. En outre, l'art. 13 al. 2, 2^{ème} phrase, P-LTVTC reprend incomplètement l'art. 3 al. 4 LMI. Il serait judicieux de compléter cette disposition par la mention de l'exigence de célérité, à savoir une procédure simple, rapide et gratuite. Finalement, la mention dans l'Exposé des motifs selon laquelle *si toutes les conditions ne sont pas remplies lors de la procédure de reconnaissance, alors le requérant ne peut se prévaloir de la gratuité pour d'éventuels examens complémentaires* n'est pas conforme à la LMI et doit être supprimée.¹⁴

25. L'art. 13 al. 3 P-LTVTC impose aux services de taxi qui effectueraient *régulièrement* des courses sur le territoire genevois d'obtenir une autorisation d'usage du domaine public. Comme selon l'art. 10 P-LTVTC, les autorisations d'usage du domaine public sont contingentées, l'obligation de disposer d'une autorisation d'usage du domaine public constitue une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 1 LMI. Si le contingent est épuisé lorsque naît l'obligation d'obtenir une telle autorisation, cette obligation pourrait même constituer alors une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux au sens de l'art. 3 al. 3 LMI.

26. La limitation des autorisations d'usage du domaine public est justifiée en regard du nombre de places limité sur le domaine public moyennant le respect des exigences de l'art. 2 al. 7 LMI (cf. pt 2.2 ci-dessous). Néanmoins, pour éviter un usage excessif du domaine public (emplacements pour taxis), il n'est pas indispensable de limiter le nombre d'autorisations d'exploiter.¹⁵ En d'autres termes, le couplage pour les taxis non locaux des autorisations d'exploiter avec les autorisations contingentées d'usage du domaine public ne respecte pas le principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LMI. En effet, pour un taxi non local, il est toujours possible d'exercer son activité régulièrement à Genève depuis une place de stationnement privée située en territoire genevois. Il convient donc de supprimer l'art. 13 al. 3 P-LTVTC.

2.2 Concessions d'usage accru du domaine public (art. 6 al. 3, 10, 11 et 12 al. 2 let. b)

27. Selon l'art. 10 P-LTVTC, les voitures de taxis sont au bénéfice d'une autorisation d'usage accru du domaine public. Chaque autorisation correspond à une immatriculation (al. 1). Le Conseil d'État limite le nombre d'autorisations en fonction des besoins évalués périodiquement (al. 2 et 3). L'art. 11 P-LTVTC, intitulé « *Cri-*

tères d'attribution », indique à son premier alinéa que les autorisations sont délivrées sur requête et qu'elles sont personnelles et intransmissibles. Selon l'art. 11 al. 2 P-LTVTC, pour se voir attribuer une autorisation, le requérant, une personne physique ou morale, doit être titulaire d'une carte professionnelle de taxi (art. 6 P-LTVTC) ou être une entreprise proposant un service de taxi et ne pas avoir fait l'objet de décisions administratives ou de condamnations incompatibles avec l'exercice de la profession, selon un acte du Conseil d'État qui devrait reprendre l'art. 5 P-LTVTC.¹⁶ En outre, le 3^{ème} alinéa de cette disposition délègue au Conseil d'État les modalités d'attribution, à savoir des « *critères objectifs, permettant d'assurer un système cohérent, transparent et non discriminatoire, réalisant un équilibre approprié entre le besoin de stabilité des autorisations et la liberté économique* ». L'art. 12 P-LTVTC fixe la validité de l'autorisation à 6 ans et prévoit que l'autorisation est caduque notamment lorsque son titulaire n'a pas déposé de requête de renouvellement (art. 12 al. 2 let. b).

28. En vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI vaut en principe pour le transfert de l'exploitation tant de monopoles de droit et de régales que pour les monopoles de fait, c'est-à-dire également pour les concessions d'usage exclusif du domaine public.¹⁷ Cet avis est

¹² Cf. Recommandation, ch. 52, p. 445; NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, Zurich 2016, no 204.

¹³ Cf. Recommandation, ch. 47, p. 444 s.

¹⁴ Cf. note 8.

¹⁵ Cf. Recommandation, ch. 48 s., p. 445.

¹⁶ Cette disposition n'apporte toutefois aucune précision sur les comportements punissables visés; cf. Rapport ad art. 11, p. 31 qui renvoie à l'article 5 P-LTVTC, au sujet duquel le Rapport précise quelque peu le domaine concerné (Rapport ad art. 5, pp. 25 ss, p. 27): « *Il s'agira principalement de condamnations liées à des infractions routières graves et/ou répétées, ou de condamnations liées à des actes portant atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle d'autrui* ».

¹⁷ Expertise de la COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession sur l'usage du domaine public, DPC 2011/2, 345; Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement de la concession hydraulique au bénéfice de Elektrizitätswerk des Bezirks Schyz AG, DPC 2011/2, 353, ch. 53; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxis non-locaux à l'exemple des prescriptions d'accès des cantons BE, BS, BL de même que des villes de Zurich et Winterthur, DPC 2012/2, 438, ch. 58; Rapport annuel 2012 de la COMCO, Thème spécial: le marché intérieur suisse, DPC 2013/1, 29, 32; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 42.

partagé par une majorité de la doctrine.¹⁸ En conséquence, les concessions d'usage exclusif du domaine public sont également soumises à l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.¹⁹

29. Du point de vue de la COMCO, la qualification juridique d'une concession en tant que concession de monopole, de régie ou d'usage exclusif n'est pas déterminante, mais bien plutôt le fait que plusieurs acteurs du marché s'intéressent à des droits exclusifs, disponibles uniquement en quantité limitée. Que l'État s'appuie sur une base légale (monopole de droit ou clause de besoin), la constitution cantonale (régie) ou son pouvoir de disposition sur le domaine public (monopole de fait) pour limiter le nombre d'acteurs présents sur le marché n'est pas pertinent en regard de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, il y a dans tous ces cas un « monopole » au sens de cette disposition; le nombre d'intéressés – un seul ou un nombre restreint – à qui l'on accorde l'accès au marché n'est pas important à cet égard. Si plusieurs acteurs économiques s'intéressent à un marché dont l'accès est limité, seule une procédure avec un appel d'offres sera en principe à même de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents, de la neutralité économique de l'État, de la transparence et de l'unité de l'espace économique.²⁰ En conséquence, si sur la base d'un nombre limité de droits d'usage, seule une quantité restreinte d'offres peut se voir octroyer un accès à une activité économique dans un marché déterminé (« marché fermé »), alors l'attribution du droit d'accès au marché sous la forme d'une concession d'usage doit se dérouler conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.

30. Le contingentement des autorisations d'usage accru du domaine public correspond à la création d'un « marché fermé »²¹. Au regard de la LMI, le contingentement des autorisations d'usage accru du domaine public indispensable à l'exercice de la profession de taxi – à savoir la régulation de la concurrence du marché des services de taxis à Genève – n'est pas un problème.²² En effet, la LMI n'a pas pour but d'empêcher les autorités de réguler le marché. En revanche, dès le moment où l'État intervient sur le marché, il doit respecter la liberté économique des acteurs concernés ainsi que le principe de l'égalité de traitement entre concurrents.²³ L'art. 2 al. 7 LMI a pour but de garantir le respect de ces principes constitutionnels en les transposant au niveau de la loi (fédérale). Ainsi, dès lors que les « places » sur le marché sont limitées, l'État doit publier un appel d'offres indiquant les critères de participation et d'adjudication de la concession en fonction des intérêts publics que l'autorité concédante entend protéger, puis choisir les acteurs économiques y correspondant le mieux, respectivement offrant le meilleur rapport qualité/prix. Ainsi, conformément à l'avis de la COMCO, les autorisations d'usage du domaine public nécessaires à l'activité de taxi doivent faire l'objet d'un appel d'offres conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.²⁴

¹⁸ **Dans ce sens:** BELLANGER FRANÇOIS, *Marchés publics et concessions ?*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), *Marchés publics 2012*, Zurich 2012, 167, ch. 101 ss; BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012, ch. 815 s.; DIEBOLD NICOLAS, *Die öffentliche Ausschreibung als Markt-zugangsinstrument*, ZSR 2014, 219, 249; ESSEIVA DENIS, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI*, BR 2006, 203, 203 s.; GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3^{ème} éd., Zurich 2013, ch. 211; KUNZ DANIEL, *Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), *Marchés publics 2012*, Zurich 2012, 205, ch. 26 ff.; LE MÊME, *Die Konzessionserteilung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), *Die Konzession*, Zurich 2011, 27 ss, 36; MOSER ANDRÉ WERNER, *Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern*, Bern 2011, 329 s.; POLTIER ETIENNE, *Loi fédérale sur le marché intérieur*, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Bâle 2013, 1879 ss, LMI 2 VII ch. 23; REY ALEXANDER/WITTWER BENJAMIN, *Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs*, AJP 2007, 585, 590 s.; RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, *Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6)*, in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 s. (disponible, en allemand, sous: http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/141723_avenir-suisse_br_de-internet.pdf; dernière consultation le 4 avril 2016); VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^{ème} éd., Bern 2006, § 5 ch. 136; ZWALD THOMAS, *Ausschreibung von Konzessionen*, *Die Volkswirtschaft* 2010/3, 28 ss, 30.

D'un autre avis: GISELA OLIVER, *Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes*, URP 2014, 382, 482; RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, *Netzgebietsteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben*, PJA 2007, 1288, 1296 s.; REICH JOHANNES, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich 2011, ch. 950 ss; TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, *Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber*, ZBl 2011, 113 ss; WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie*, ZBl 2014, 639 ss, 651.

¹⁹ Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent explicitement laissé ouverte la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI aux concessions d'usage accru du domaine public (ATF 135 II 49, consid. 4.1, Ville de Genève; arrêt du TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6, Bâle-Ville; arrêt du TF 2C_857/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.2, Ville de Genève); à tout le moins le tribunal cantonal lucernois a admis l'application de l'article 2 al. 7 LMI à l'octroi de droit d'usage du domaine public à des fins commerciales (TC LU, Jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5, in: DPC 2014/3, 650). Cf. dans ce sens également la Recommandation de la Commission de la concurrence du 20 août 2015 concernant la Loi saint-galloise sur l'usage du sous-sol ainsi que la Recommandation de la Commission de la concurrence du 19 octobre 2015 à l'attention du Conseil d'État du canton de Fribourg concernant son avant-projet de Loi sur l'usage du sous-sol (toutes deux à paraître dans la DPC 2015/3).

²⁰ Cf. Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 41 s.

²¹ Au sujet de la notion de marché fermé, cf. RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 18).

²² Cf. Recommandation du 27 février 2012, ch. 54.

²³ RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 18).

²⁴ Cf. Recommandation, ch. 57 s., p. 446.

31. Vu ce qui précède, il apparaît que le système d'octroi des autorisations d'usage du domaine public et leur renouvellement à leur échéance (après 6 ans) prévu dans le P-LTVTC ne respecte pas la LMI. En effet, comme l'avait écrit la COMCO dans sa Recommandation du 27 février 2012, pour être conforme à l'art. 2 al. 7 LMI, l'autorisation d'usage accru du domaine public ne peut être délivrée qu'à la suite d'un appel d'offres; il en va de même pour le renouvellement de celle-ci.²⁵

2.3 Obligation de tarif unique pour les abonnés d'un même diffuseur (art. 18 al. 6)

32. Selon l'art. 18 al. 6 P-LTVTC, « [t]ous les abonnés d'un même diffuseur de courses doivent pratiquer le même tarif pour un même service ». Cet article reprend largement l'idée de l'art. 42 al. 5 LTaxis, actuellement en vigueur. La COMCO est consciente de la volonté du législateur de protéger le consommateur par le biais de cet article, voulant favoriser une certaine transparence sur le marché.

33. Dans cet état d'esprit, il ne faut pas oublier que, depuis 2005, le législateur protège déjà le consommateur contre les prix surfaites (art. 42 al. 4 LTaxis). Cette volonté se retrouve ancrée à l'art. 18 al. 5 P LVTC, qui donne au Conseil d'État le droit de fixer des montants maximaux pour les tarifs des taxis. Cette compétence permet certes de plafonner les prix. Toutefois elle donne également aux acteurs sur le marché le droit d'utiliser cette marge de manœuvre pour demander le prix maximal sans devoir s'entendre sur les prix avec leurs concurrents. La structure du marché genevois facilite du reste ce genre de comportement.

34. En effet, le marché des taxis dans le canton de Genève est caractérisé par la présence d'un acteur historique principal (centrale, respectivement diffuseur de courses) disposant de 650 chauffeurs.²⁶ Les autres acteurs présents sur le marché sont peu nombreux et de petite taille. Le rapport de la Commission genevoise des transports chargée d'étudier le nouveau projet de loi en 2005 confirmait à l'époque que « l'on se trouve actuellement dans la situation d'une quasi-centrale unique puisque Taxiphone prend la grande majorité de la clientèle ». Ce même rapport déclarait également que « les tarifs so[nt] élevés et il n'y a en réalité aucune concurrence », en effet « toutes les centrales appliquent le tarif plafond. » De plus, à la lecture du site Internet de la Ville de Genève, on constate qu'²⁷« [à] Genève, les taxis sont rattachés à des centrales téléphoniques. Leurs tarifs sont fixes ». Sur la base des éléments à sa disposition, force est de constater que la situation actuelle est similaire à celle de 2005. La majorité des chauffeurs de taxi pratiquent le prix maximum et le marché demeure très concentré avec la présence d'une centrale (respectivement diffuseur de courses) principale.

35. L'art. 18 al. 5 P-LTVTC permettrait à lui seul de protéger de façon suffisante le consommateur et laisserait une porte d'entrée à une différenciation possible des prix à la libre appréciation du chauffeur (respectivement d'une entreprise de taxis rattachée à une centrale): rabais aux heures creuses, carte de fidélité, voiture low-cost avec des tarifs plus bas, etc.²⁸ Sous certaines conditions²⁹, cette flexibilité accrue pourrait favoriser la concurrence sur le marché genevois.

36. Le maintien de l'alinéa 6 aurait vraisemblablement pour conséquence la persistance d'un faible niveau de concurrence (en particulier la concurrence « intra-brand ») conduisant à un prix unique étant donnée la forte concentration actuelle du marché. Cette situation ne pourrait cependant pas être analysée par la COMCO, l'art. 18 al. 6 P LVTC pouvant constituer une prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart.

37. Il convient aussi de mettre en évidence que les alinéas 5 et 6 considérés ensemble – s'ils conduisaient conjointement à un prix unique en raison de la structure du marché – pourraient être assimilés à un tarif fixe imposé aux chauffeurs de taxi. La COMCO rend attentif le Conseil d'État au fait qu'en 2011, le Tribunal fédéral a jugé inconstitutionnel un tarif fixe imposé par l'État aux chauffeurs de taxi, l'estimant contraire à la liberté économique.³⁰

38. Enfin, la volonté du législateur de protéger le consommateur en augmentant notamment la transparence sur les prix pourrait être réalisée au travers d'une réglementation plus conforme aux principes de concurrence. Par exemple, chaque taxi devrait afficher directement sur le véhicule le tarif qu'il applique, ce qui permettrait ainsi au consommateur de prendre connaissance du prix estimé de la course. Cette mesure devrait être couplée avec la possibilité, pour ledit consommateur, de s'adresser au taxi de son choix au sein d'une file, sans être contraint de respecter l'ordre d'engagement des véhicules. Ainsi, un réel choix en pleine transparence pourrait être effectué, ce qui favoriserait une plus grande concurrence entre les taxis.

²⁵ Cf. Recommandation, ch. 58, p. 446.

²⁶ Information publiée sur le site Internet de l'entreprise Taxiphone Centrale SA à l'adresse suivante: <http://taxi-phone.ch/taxi-particulier-geneve> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁷ À l'adresse suivante: <http://www.ville-geneve.ch/themes/mobilite/transports-publics/taxis/> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁸ C'est d'ailleurs ce que semble confirmer les nouvelles offres lancées récemment par l'entreprise Taxiphone Centrale SA (cf. <http://www.24heures.ch/economie/La-riposte-de-Taxiphone-face-a-Uber-/story/12375790>, dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁹ La COMCO considérerait comme adéquat de consulter les associations de consommateurs, respectivement de demander au Surveillant des prix un préavis au sens de l'article 14 de la Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSP; RS 942.20) lors du processus de fixation des montants maximaux des tarifs de taxis.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_940/2010 du 17 mai 2011, consid. 4.1 ss.

3 Recommandations

39. Vu ce qui précède, la Commission de la concurrence recommande au Grand Conseil et au Conseil d'État de la République et canton de Genève de modifier le projet de loi comme suit:

I. S'agissant de l'accès au marché genevois et reconnaissance des autorisations:

a. Modifier le P-LTVTC afin que, à son art. 13 al. 1 ou à son art. 22, le droit des taxis non locaux à transporter des clients sur commande ou suite à la transmission d'une course par un diffuseur et à les déposer au lieu de leur choix *y compris* dans le canton de Genève soit précisé.

b. Modifier l'alinéa 2 de l'art. 13 P-LTVTC relatif aux offreurs confédérés de la manière suivante:

² Lorsqu'ils souhaitent exercer régulièrement leur profession dans le canton de Genève, ils ont droit à la reconnaissance de leur permis ou de leur autorisation ~~équivalente, pour autant qu'ils remplissent les conditions de l'article 5. Seules les conditions d'octroi de la carte professionnelle qui n'ont pas été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance peuvent être examinées par l'autorité genevoise.~~ Le Conseil d'État définit une procédure simple, rapide et gratuite pour la reconnaissance.

c. Supprimer le troisième alinéa de l'art. 13 P-LTVTC.

d. Préciser dans l'Exposé des motifs *ad* art. 13 P-LTVTC que la procédure d'accès au marché non contentieuse est dans tous les cas gratuite pour les offreurs confédérés.

II. S'agissant des concessions d'usage du domaine public:

a. Modifier l'art. 11 P-LTVTC relatif aux critères d'attribution de la manière suivante:

¹ Les autorisations d'usage accru du domaine public sont attribuées ~~sur requête~~ à la suite d'un appel d'offres public publié dans un organe officiel, à des personnes physiques ou morales. [...].

² [inchangé]

³ Le Conseil d'État détermine les modalités d'attribution en prévoyant une procédure d'appel d'offres ainsi que des critères objectifs, permettant d'assurer un système cohérent, transparent et non discriminatoire, réalisant un équilibre approprié entre le besoin de stabilité des autorisations et la liberté économique.

b. Supprimer la lettre b de l'art. 12 al. 2 P-LTVTC.

III. S'agissant de l'obligation de tarif unique pour les abonnés d'un même diffuseur:

- Supprimer l'alinéa 6 de l'art. 18 P-LTVTC.

B 2.8

2. Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie

Publikation einer Empfehlung der Wettbewerbskommission in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

611-0020: Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie

1 Ausgangslage und Empfehlung

1. Die Direktion der Institutionen und der Land- und Forstwirtschaft (ILFD) des Kantons Freiburg hat am 15. Juni 2015 die Vernehmlassung über den Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG) sowie den dazugehörigen erläuternden Bericht eröffnet.¹ Das geplante Gesetz bezweckt, dass Restaurants des Staates und durch den Staat unterstützte Restaurants in Schulen, Spitälern, Institutionen, Heimen usw. regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen und nachhaltigen Produkten anbieten.

2. Die kantonale Gesetzesvorlage sieht in Art. 8 Abs. 1 GöGG vor, dass die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen und nachhaltigen Produkten anbieten. Gemäss Art. 8 Abs. 2 GöGG wird der Staatsrat mittels Verordnung die Ziele und Kriterien festlegen, die die kantonalen Restaurants mit ihrem Angebot erfüllen müssen.

3. Das Regulierungsmotiv ergibt sich aus der Zweckbestimmung von Art. 1 GöGG sowie aus dem erläuternden Bericht. Gemäss Art. 1 Bst. b GöGG bezweckt das Gesetz die Förderung einer hochwertigen, abwechslungsreichen, ausgewogenen und nachhaltigen Ernährung in der öffentlichen Gemeinschaftsgastronomie, insbesondere durch ein Angebot von Produkten aus der Region. Damit wird gemäss dem erläuternden Bericht dem Anliegen einer parlamentarischen Motion Rechnung getragen, wonach die Förderung und die Gewährleistung eines wesentlichen Anteils an Produkten aus der Region im Angebot der Gemeinschaftsgastronomie gesetzlich verankert werden soll.² Der Staatsrat hält in seiner Antwort zur erwähnten Motion unter anderem fest, dass er die Ziele der Motion teile und die berechtigten Interessen der lokalen Landwirtschaft, Verarbeitung und des lokalen Handels, „sich in diesem Bereich zu profilieren“, anerkenne. Ferner würden lokale Versorgung und kurze Transportwege zur Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie beitragen und es bestehe ein Bedürfnis der Konsumenten, „über die Herkunft, die Produktionsmethoden und den ökologischen Fussabdruck des Lebensmittelangebots in allen Vertriebskanälen, also auch in der Gemeinschaftsgastronomie, informiert zu werden“.³

4. Der kantonale Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie bezweckt folglich die Bevorzugung von regionalen Produkten und erschwert so den Marktzugang für ausserregionale Anbieterinnen von Produkten für die Gemeinschaftsgastronomie im Kanton Freiburg. Das GöGG fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarktgesetzes (Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM; SR 943.02).

5. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat sind zuständig für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes. Dieses Gesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM).

6. Die WEKO wurde im Rahmen der bis zum 15. September 2015 laufenden Vernehmlassung nicht zur Stellungnahme eingeladen und erst im Februar 2016 durch eine Bürgeranfrage auf den Gesetzesentwurf hingewiesen. Nach eingehender Prüfung gelangt die WEKO zum Schluss, dass der kantonale Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie nicht mit dem BGBM vereinbar ist, weshalb sie dem Kanton Freiburg gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM

empfeht,

auf den Erlass von Art. 8 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie zu verzichten, insofern diese Bestimmung die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors verpflichtet, bei der Beschaffung systematisch regionale Produkte zu bevorzugen.

2 Pflicht zur Bevorzugung lokaler Produkte bei der öffentlichen Beschaffung

7. Der Einkauf von Produkten durch Restaurants des Staates im Sinne von Art. 2 Abs. 2 GöGG richtet sich nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht, namentlich dem WTO Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics, SR 0.632.231.422), dem Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom

¹ Erhältlich auf <http://www.fr.ch/cha/de/pub/vernehmlassungen/archiv/2015.htm>.

² Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Gesetzes über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG), S. 1.

³ Siehe Antwort des Staatsrats vom 26.8.2014 auf zwei parlamentarische Vorstösse, S. 5 f. und 8, abrufbar unter: http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-55d75c040fdaf/de_RCE_Produits_de_proximit_Postulat_et_motion_projet_de_reponse.pdf.

21. Juni 1999 (Bilaterales Abkommen, SR 0.172.052.68), der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB), dem Binnenmarktgesetz sowie dem kantonalen Gesetz und Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.1 und 122.91.11).⁴ So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern entschieden, dass der koordinierte Lebensmitteleinkauf des Kantons für die Mensen der Kantonsschulen und kantonalen Spitäler als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist.⁵

8. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über das Beschaffungswesen sind in Art. 5 BGBM enthalten. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Vorschrift, die direkt auf kantonale und kommunale Vergabeverfahren anwendbar ist.⁶ Art. 5 BGBM sieht im Wesentlichen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie die Publikationspflicht (Art. 5 Abs. 2 BGBM) vor. Diese beschaffungsrechtlichen Mindeststandards sind im Rahmen von kantonalen und kommunalen Beschaffungen einzuhalten.

9. Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet kantonale und kommunale Vergabestellen, umfangreiche Beschaffungen, inkl. Beschaffungsobjekt (d.h. Beschreibung des Beschaffungsobjekts und technischer Spezifikationen) sowie Kriterien für die Teilnahme (d.h. Eignungskriterien) und für den Zuschlag (d.h. Zuschlagskriterien) amtlich zu publizieren. Diese Bestimmung bringt den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Transparenzgebots zum Ausdruck und beinhaltet auch die Pflicht der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen ein Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben.

10. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Dieser Grundsatz wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter. Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.⁷

2.1 Bevorzugung lokaler Produkte bei umfangreichen Einkäufen

11. Gemäss Art. 5 BGBM sind die Kantone, Gemeinden und Träger kantonalen Aufgaben verpflichtet, umfangreiche öffentliche Einkäufe öffentlich auszuschreiben und ortsfremde Anbieterinnen nicht zu diskriminieren. Diese Bestimmung gilt auch für den Einkauf von Lebensmitteln durch staatliche Restaurants.⁸ Ob ein Einkauf im Einzelfall als ‚umfangreich‘ im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert, ist nach den geltenden Schwellenwerten gemäss IVöB zu beurteilen. Gemäss der Mitteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen INÖB vom 4. Dezember 2015 müssen Lieferungen ab dem Auftragswert von Fr. 250'000 in einem offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben werden. Somit gelten Einkäufe ab Fr. 250'000 als ‚umfangreich‘ im Sinne von Art. 5 BGBM.

12. Die gesetzliche Verpflichtung für staatliche Restaurants, einen bestimmten Anteil der einzukaufenden Produkte aus der Region zu beziehen, stellt eine herkunfts-

bezogene Diskriminierung dar. Insofern also ein staatliches Restaurant beim Einkauf von Produkten im Wert von Fr. 250'000 oder höher regionale Produkte bevorzugen, liegt eine Marktzugangsbeschränkung vor, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist. Bei der Berechnung des Auftragswerts ist zu beachten, dass die Aufträge nicht in der Absicht aufgeteilt werden dürfen, um die Schwellenwerte für das offene bzw. selektive Vergabeverfahren zu unterschreiten.⁹

2.2 Bevorzugung lokaler Produkte bei wenig umfangreichen Einkäufen

13. Staatliche Einkäufe von Lieferungen unterhalb der Schwelle von Fr. 250'000 gelten nicht als ‚umfangreich‘ im binnenmarktrechtlichen Sinne und unterstehen damit nicht den Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 BGBM. Folglich dürfen unterschwellige Beschaffungen je nach Auftragswert im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren nach Massgabe der IVöB vergeben werden. Dabei ist aber zu beachten, dass Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM auch bei unterschwelligen (bzw. nicht umfangreichen) Einkäufen im Einladungsverfahren oder freihändigen Verfahren nicht benachteiligt werden dürfen. Das Diskriminierungsverbot von Abs. 1 zu Art. 5 BGBM ist im Unterschied zur Ausschreibungspflicht von Abs. 2 zu Art. 5 BGBM nicht auf umfangreiche Einkäufe beschränkt und gilt somit auch für unterschwellige Einkäufe im freihändigen Verfahren oder im Einladungsverfahren.

14. Eine im kantonalen Recht verankerte Pflicht für staatliche Restaurants, bei Einkäufen unterhalb der Schwelle von Fr. 250'000 systematisch regionale Produkte zu bevorzugen, verstösst direkt gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 5 Abs. 1 BGBM und ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig.

⁴ Je nach Umfang der Subventionierung fallen auch Einkäufe von „Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors“ in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts (siehe Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB); soweit diese Bestimmung nicht greift, kommt das BGBM dennoch zur Anwendung (siehe dazu unter Ziff. 3).

⁵ VGer LU V 07 297 vom 11. Januar 2008 E. 3-4.

⁶ BGE 141 II 113 E. 3.1.5; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., S. 184.

⁷ BGE 125 I 406, 408 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 1c; aus der Literatur: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Matthias Oesch/Rolf Weber/Roger Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 BGBM N 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, N 55; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 9 BGBM N 104; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, 177 ff., 180; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., 2013, Art. 5 BGBM N 109 und 114.

⁸ VGer LU V 07 297 vom 11. Januar 2008 E. 3-4; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, 219 ff., 230.

⁹ PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, N 308, 326.

Gleichzeitig ist festzuhalten, dass eine gesetzlich verankerte Pflicht zur systematischen Bevorzugung und Bevorzugung der regionalen Wirtschaft dem Binnenmarktgedanken und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 1 Abs. 1 BGBM) diametral entgegenläuft. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass strukturpolitisch motivierte Ungleichbehandlungen von Konkurrenten gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) verstossen.

3 Pflicht zur Bevorzugung lokaler Produkte beim privaten Einkauf

15. Die Pflicht zum Anbieten von regionalen Produkten gilt ferner auch für Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors (Art. 2 Abs. 3 GöGG), d.h. insbesondere Restaurants der kantonalen Spitäler und Anstalten sowie staatlich subventionierte Restaurants.

16. Insofern das GöGG auch Restaurants verpflichtet, die nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht und damit nicht Art. 5 BGBM unterstehen, betrifft das Gesetz gemäss erläuterndem Bericht den Einkauf in „privaten Märkte“ (S. 10). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das BGBM auch ausserhalb des öffentlichen Beschaffungswesens den freien Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz gewährleistet (Art. 2 BGBM). Indem private Nachfrager – die nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstehen – verpflichtet werden, regionale Produkte einzukaufen, wird der Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen dieser Produkte verhindert.¹⁰ Es liegt somit eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM vor, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist.

4 Marktzugangsbeschränkung kann nicht gerechtfertigt werden

17. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a-c BGBM können die Kantone den freien Zugang zum Markt mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn diese gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind.

18. Aus dem Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG) sowie dem dazugehörigen erläuternden Bericht ergibt sich, dass die Pflicht zum Einkauf von regionalen Produkten aus gesundheits-, umwelt- und strukturpolitischen Gründen erlassen werden soll (vgl. vorne, Rz 3). Der erläuternde Bericht geht davon aus, dass diese Rechtfertigungsvoraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, obschon ausgeführt wird: Der Gesetzesentwurf „beabsichtigt jedoch eine gewisse regionale Bevorzugung auf Ebene der angebotenen Produkte in der öffentlichen Gemeinschaftsgastronomie, indem er sie in den Dienst von höheren Zielen der gesunden und ausgewogenen Ernährung und der nachhaltigen Entwicklung stellt, und zwar in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM. Es ist darauf zu achten, dass anhand der Ausführungsbestimmungen und ihrer Umsetzung in der Praxis ortsansässige und schweizerische Anbieter gleich behandelt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM,

eingehalten werden.“ Mit welchen Überlegungen und Argumenten die ILFD allerdings zum Ergebnis gelangt, der Gesetzesentwurf stehe im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM, ist dem erläuternden Bericht nicht zu entnehmen. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, sind die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

19. Der Schutz der **öffentlichen Gesundheit** gilt grundsätzlich als öffentliches Interesse, das eine Beschränkung des interkantonalen oder interkommunalen Marktzugangs zu rechtfertigen vermag. Im vorliegenden Fall ist aber zu beachten, dass die Pflicht zum Einkauf von regionalen Produkten nicht geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. Allein die Tatsache, dass ein Produkt aus der regionalen Landwirtschaft stammt, vermag nicht zu gewährleisten, dass es sich um gesunde Produkte handelt. Es bestehen keinerlei Hinweise, dass Produkte aus der Region des Kantons Freiburg gesünder wären als Produkte aus anderen Regionen. Dem berechtigten Interesse der gesunden Ernährung kann ohne weiteres Rechnung getragen werden, indem herkunftsneutrale Anforderungen an das Angebot der kantonalen Restaurants definiert werden. Auch das geltend gemachte Bedürfnis der Konsumenten, über die „Herkunft, die Produktionsmethoden und den ökologischen Fussabdruck des Lebensmittelangebots informiert zu werden,“ bedarf keiner Marktzugangsbeschränkung und Benachteiligung ortsfremder Produkte.

20. Auch der **Schutz der Umwelt** kann ein öffentliches Interesse darstellen, das eine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen vermag. Der erläuternde Bericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass „lokale Versorgung und kurze Transportwege zur Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie beitragen sollen“. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass mit der Auftragserfüllung verbundene Transportwege nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sich der Transportvorgang „über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten“ auswirkt; hingegen dürfen Transportwege nicht berücksichtigt werden, wenn diese insgesamt nur eine nebensächliche bzw. einmalige Rolle spielen.¹¹ Die Beweislast für den Nachweis der Voraussetzungen von Art. 3 BGBM trägt der Kanton, der eine Marktzugangsbeschränkung einführen will.¹² Im vorliegenden Fall vermag eine pauschale Aussage, dass durch den regionalen Einkauf kürzere Transportwege entstünden und dies zur „Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie“ beitrage, keine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen. Konkret wird etwa die durch den Herstellungs- und Verarbeitungsprozess entstandene Umweltbelastung wie auch die Transportmethode ausgeblendet. Es ist durchaus denkbar, dass ein ausserregional hergestelltes und angeliefertes Produkt insgesamt eine geringere Umweltbelastung aufweist als

¹⁰ Siehe NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 761, der in diesem Zusammenhang von einer Marktzugangsbeschränkung durch „Inlandbezugspflicht“ spricht.

¹¹ BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4a.

¹² BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi, RPW 2012/2 438, Rz 17 f.; NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, S. 129, 145 f.

ein regionales Produkt. Aus dem erläuternden Bericht geht nicht hervor, inwiefern beim Nahrungsmitelein Kauf die ökologische Auswirkung eines innerschweizerischen Transports im Vergleich zur Produktion und Verarbeitung derart ins Gewicht fällt, dass die Transportdistanz als zwingende Vorgabe oder als Zuschlagskriterium unerlässlich ist. Auch alternative bzw. mildere Massnahmen werden nicht geprüft. Dem durchaus berechtigten Interesse des Umweltschutzes könnte etwa effizienter Rechnung getragen werden, indem beispielsweise ein Anteil von Produkten mit einem bestimmten Zertifikat oder dem Zertifikat gleichwertigen Standard oder indem saisongerecht eingekauft wird – die innerschweizerische Herkunft der Produkte spielt dabei keine Rolle.

21. Eine Rechtfertigung der Verpflichtung von kantonalen Restaurants zum Einkauf von regionalen Produkten aus gesundheits- oder umweltpolitischen Gründen scheidet somit im vorliegenden Fall an der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM. Darüber hinaus ist auch der Grundsatz des Diskriminierungsverbots nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM nicht erfüllt, da ja die Gesetzesvorlage genau den Zweck verfolgt, die regionale Landwirtschaft, Verarbeitung und den regionalen Handel zu bevorzugen.

22. Schliesslich geht aus dem erläuternden Bericht wie auch aus den der Vorlage zugrundeliegenden parlamentarischen Motionen eindeutig hervor, dass mit dem regionalen Einkauf primär die lokale Landwirtschaft, die lokale Verarbeitung und der lokale Handel gestärkt werden soll. Dabei handelt es sich um **strukturpolitische Interessen** zum Schutz der regionalen Wirtschaft, welche dem Binnenmarktgedanken diametral entgegenlaufen und deshalb auch nicht geeignet sind, eine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen. Tatsächlich handelt es sich bei der Verpflichtung zum Kauf von regionalen Produkten nach Auffassung der WEKO um eine nach Art. 3 Abs. 3 BGBM *per se* unzulässige verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen, die mit den Argumenten des Umwelt-, Gesundheits- und Konsumentenschutzes kaschiert werden soll.

23. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die freiburgische Landwirtschaft und Verarbeitung sowie der freiburgische Handel selber von einem offenen Binnenmarkt profitiert und gestützt auf das Binnenmarktrecht diskriminierungsfreien Zugang zu den staatlichen Restaurants und Kantinen der anderen Kantone erhält. Das auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz eines freien Wirtschaftsraums der Schweiz (Art. 95 Abs. 2 BV) abgestützte Binnenmarktrecht unterbindet eine merkantilistische Wirtschaftspolitik der Kantone, die darauf ausgerichtet ist, den kantonalen Markt vor Konkurrenz von aussen regulatorisch abzuschotten und gleichzeitig von offenen Märkten der anderen Kantone zu profitieren.

24. Zusammenfassend gelangt die WEKO zum Schluss, dass die gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 8 GöGG, wonach die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen Produkten anbieten müssen, nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Empfehlung und ersuchen den Kanton Freiburg gestützt auf Art. 8a und Art. 10a Abs. 2 BGBM, die WEKO über den **weiteren Verlauf** des Gesetzgebungsprozesses zum Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie und eine allfällige **Anwendung** dieses Erlasses **unaufgefordert zu informieren**.

WETTBEWERBSKOMMISSION

B 2.8	3. Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi sur la restauration collective publique
-------	--

Publication d'une Recommandation de la Commission de la concurrence rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI)

611-0020: Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi sur la restauration collective publique

1 Contexte et recommandation

1. Le 15 juin 2015, La Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) du canton de Fribourg a lancé la procédure de consultation concernant le projet de loi sur la restauration collective publique (LRCP) ainsi que le rapport explicatif y relatif.¹³ Cette loi a vise à ce que les restaurants de l'État ou subventionnés par l'État dans les écoles, hôpitaux, institutions, homes, etc. offrent régulièrement un choix substantiel de produits régionaux et respectueux du développement durable.

2. Le projet de loi prévoit à son art. 8 al. 1 LRCP que les restaurants du secteur public cantonal proposent régulièrement une offre adéquate en produits régionaux et durables. Selon son deuxième alinéa, le Conseil d'État fixe les objectifs et les critères que les offres des restaurants cantonaux doivent remplir.

3. Le motif à l'origine de la loi ressort de l'art. 1 LRCP de même que du rapport explicatif. Selon l'art. 1 let. b LRCP, la loi a pour but de promouvoir, dans la restauration collective publique, une alimentation de qualité, variée, équilibrée et durable, en particulier par une offre de produits de proximité. Ainsi, selon le rapport explicatif, il est donné suite à une motion parlementaire selon laquelle la promotion et la garantie d'une part substantielle de produits régionaux dans l'offre de restauration collective devrait être inscrit dans une loi.¹⁴ Dans sa réponse à cette motion, le Conseil d'État a retenu qu'il partageait les objectifs de la motion et « [reconnaissait] l'intérêt légitime de l'agriculture, de la transformation [alimentaire] et du commerce locaux à se profiler dans ce domaine [...] ». De plus, l'approvisionnement local et le raccourcissement des transports contribuent à une restauration collective durable et correspondent à un besoin des consommateurs « à être informés sur la provenance, les modes de production voire l'empreinte écologique de l'offre alimentaire dans tous les canaux de distribution, soit aussi dans la restauration collective »¹⁵.

4. Le projet de LRCP a pour but de privilégier les produits régionaux pour la gastronomie collective dans le canton de Fribourg et de restreindre l'accès au marché pour les offreurs extra régionaux. La LRCP entre donc dans le champ d'application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02; art. 1 al. 1 et 3).

5. La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI.

Cette loi garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

6. La COMCO n'a pas été invitée à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation ayant pris fin le 15 septembre 2015 et n'a été rendue attentive au projet de loi qu'au début du mois février 2016 par une question d'un citoyen. Après une analyse détaillée, la COMCO parvient à la conclusion que le projet de LRCP n'est pas conforme à la LMI. C'est pourquoi, sur la base de l'art. 8 al. 2 LMI, la COMCO

recommande

de renoncer à l'adoption de l'article 8 al. 1 de la Loi cantonale sur la restauration collective publique, dans la mesure où cette disposition contraint les restaurants du secteur cantonal public de privilégier systématiquement les produits régionaux lors de leurs achats.

2 L'obligation de privilégier les produits locaux dans le cadre des marchés publics

7. L'achat de produits par des restaurants de l'État au sens de l'art. 2 al. 2 LRCP est soumis au droit des marchés publics, à savoir en particulier à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (Accord-OMC sur les marchés publics, « Gouvernement procurement agreement », GPA; AMP-OMC; RS 0.632.231.422), à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord bilatéral; RS 0.172.052.68), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 (AIMP), à la LMI de même qu'à la Loi cantonale sur les marchés publics et son règlement (RSF 122.91.1 et 122.91.11).¹⁶ Dans ce sens, le Tribunal administratif du canton de Lucerne a jugé que l'achat coordonné de denrées alimentaires par le canton pour les cantines des écoles et des hôpitaux cantonaux devait être qualifié de marché public.¹⁷

¹ Disponible à l'adresse: <http://www.fr.ch/cha/fr/pub/consultations/archives/2015.htm>.

² Rapport explicatif accompagnant un avant-projet de loi sur la restauration collective publique (LRCP), ci-après « le Rapport », p. 1.

³ Cf. Réponse du Conseil d'État du 26 août 2014 à deux instruments parlementaires (2014-GC-15 et 2015-GC-31), p. 5, disponible à l'adresse: http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/fr/ax-5703aaa2ba534/fr_RCE_Produits_de_proximit_Postulat_et_motion_Projet_de_rponse.pdf.

¹⁶ En fonction de l'importance de leur subventionnement, les achats des « restaurants du secteur cantonal public » tombent dans le champ d'application du droit des marchés publics (cf. art. 8 al. 2 let. b AIMP); dans la mesure où cette disposition ne trouvait pas application, la LMI continuerait toutefois de s'appliquer (cf. à ce sujet, pt 3, ci-dessous).

¹⁷ Tribunal administratif LU, arrêt du 11 janvier 2008 (V 07 297), consid. 3 et 4.

8. Les prescriptions de la LMI concernant les marchés publics se trouvent à son article 5. Il s'agit d'une disposition de droit fédéral qui est d'application directe aux procédures de marchés publics des cantons et des communes.¹⁸ Cette disposition institue le principe de la non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) de même que celui de l'obligation de publier (art. 5 al. 2 LMI). Ces standards minimaux du droit des marchés publics doivent être respectés dans les procédures cantonales et communales.

9. L'art. 5 al. 2 LMI impose aux pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux de publier dans un organe officiel tous les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux (c'est-à-dire la description de l'objet de la procédure et ses spécifications techniques) de même que les critères d'aptitude et d'adjudication ainsi que leur importance relative (pondération). Cette disposition correspond donc au principe de la transparence du droit des marchés publics et implique pour l'adjudicateur le devoir de publier tous les critères qui seront déterminant pour octroyer un marché public à un soumissionnaire de manière précise et concrète.

10. L'art. 5 al. 1 LMI ancre le principe de l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux. Ce principe concerne tous les offreurs ayant leur siège ou leur établissement en Suisse. Cette disposition constitue une clause d'égalité de traitement, respectivement une interdiction de discriminer dans le cadre des marchés publics cantonaux.¹⁹

2.1 Privilège en faveur des produits locaux lors de marchés publics importants

11. Selon l'art. 5 LMI, les cantons, les communes et les organes chargés de tâches cantonales sont tenus de publier leurs marchés publics d'importance et ne doivent pas discriminer des offreurs externes. Cette disposition vaut également pour l'achat de denrées alimentaires par les restaurants de l'État.²⁰ Le fait de savoir si un achat doit être qualifié d'« important » doit être tranché à la lumière des valeurs-seuils de l'AIMP. Selon la communication de l'Autorité intercantonale sur les marchés publics (AiMP) du 4 décembre 2015 les prestations de livraison d'une valeur de plus de 250'000 francs doivent faire l'objet d'un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective. Ainsi, les marchés publics de plus de 250'000 francs doivent être considérés comme « d'importance » au sens de l'article 5 LMI.

12. L'obligation légale faite aux restaurants d'acheter une part déterminée dans la région constitue une discrimination basée sur la provenance. Ainsi, dans la mesure où un restaurant de l'État privilégie l'achat de produits locaux pour un montant de 250'000 francs ou plus, il y a une restriction de l'accès au marché qui ne peut être justifiée qu'aux conditions de l'article 3 LMI. En ce qui concerne le calcul de la valeur du marché public, il convient d'observer que celui-ci ne peut être subdivisé afin d'éviter d'atteindre les valeurs-seuils déterminantes pour l'application de la procédure ouverte ou sélective.²¹

2.2 Privilège en faveur des produits locaux lors de marchés publics non-importants

13. L'achat par l'État de produits dont la valeur n'atteint pas la valeur-seuil de 250'000 francs ne constitue pas un

marché public « d'importance » au sens de la LMI et n'est pas soumis aux exigences de l'art. 5 al. 2 LMI. En conséquence, les marchés publics en deçà des seuils peuvent, en fonction de leur valeur, être attribués soit par une procédure sur invitation ou une procédure de gré à gré conformément à l'AIMP. Il faut toutefois remarquer que, conformément à l'art. 5 al. 1 LMI, les offreurs ayant leur siège ou leur établissement en Suisse ne doivent pas non plus être discriminés pour des marchés publics non-importants (en dessous des valeurs-seuils). À la différence de l'obligation de publier un appel d'offres, l'interdiction de discriminer de l'art. 5 al. 1 LMI n'est pas limitée aux marchés publics d'importance et vaut donc aussi pour les achats en dessous des seuils en procédure de gré à gré ou sur invitation.

14. L'ancrage dans le droit cantonal de l'obligation pour les restaurants de l'État de privilégier systématiquement les produits régionaux pour des achats dont la valeur se situe en dessous de la valeur-seuil de 250'000 francs viole clairement l'interdiction de discriminer au sens de l'art. 5 al. 1 LMI et n'est admissible qu'aux conditions de l'art. 3 LMI. Dans le même temps, il faut encore retenir qu'une obligation d'avantager ou privilégier l'économie locale ancrée dans le droit va diamétralement à l'opposé de la conception du marché intérieur et du principe de non-discrimination (art. 1 al.1 LMI). En lien avec ceci, il sied de tenir compte du fait qu'une inégalité de traitement de concurrents motivés par une politique structurelle viole tant la liberté économique (art. 27 de la Constitution suisse [Cst.; RS 101]) que les principes de l'ordre économique (art. 94 al. 1 et 4 Cst.).

3 Obligation de préférence des produits locaux pour des achats privés

15. L'obligation de proposer des produits régionaux vaut en plus tant pour les restaurants du secteur public cantonal (art. 2 al. 3 LRCP), c'est-à-dire en particulier pour les cantines des hôpitaux et établissements cantonaux que pour les restaurants subventionnés par l'État.

16. Selon le rapport explicatif et dans la mesure où la LRCP oblige aussi les restaurants qui ne sont pas soumis au droit des marchés publics, ni donc à l'art. 5 LMI, celle-ci concerne l'achat sur les « marchés privés »

¹⁸ ATF 141 II 113, consid. 3.1.5; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, p. 177 ss, 184.

¹⁹ ATF 125 I 406, p. 408, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000, consid. 1c; dans la doctrine: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *in*: OFK-Wettbewerbsrecht II, Matthias Oesch/Rolf Weber/Roger Zäch (Éds), 2011, n° 1 ad art. 5 LMI; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n° 55; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, *in*: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), 2^{ème} éd., 2013, n° 104 ad art. 9 LMI; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, p. 177 ss, 180; EVELYNE CLERC, *in*: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., 2013, nos 109 et 114 ad art. 5 LMI.

²⁰ Tribunal administratif LU, arrêt du 11 janvier 2008 (V 07 297), consid. 3 et 4; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, p. 219 ss, 230.

²¹ PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, no 308 ss, 326.

(p. 10). Il faut en outre prendre en compte que la LMI garantit la libre circulation économique en Suisse également hors du domaine des marchés publics (art. 2 LMI). Puisque les demandeurs privés – qui ne sont pas soumis au droit des marchés publics – seront obligés d'acheter des produits régionaux, l'accès au marché des offreurs externes sera restreint.²² Il y a donc bien une restriction de l'accès au marché au sens du 1^{er} alinéa de l'art. 3 LMI, qui n'est admissible qu'aux conditions de ce même article.

4 La restriction de l'accès au marché ne peut être justifiée

17. Selon l'art. 3 al. 1 let. a à c LMI, les cantons peuvent restreindre l'accès au marché au moyen de conditions ou de charges, pour autant que celles-ci s'appliquent également aux personnes indigènes, soient indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants et respectent le principe de la proportionnalité.

18. Il ressort du projet de LRCP de même que de son rapport explicatif que l'obligation d'acheter des produits locaux doit être adoptée pour des motifs de politique sanitaire, environnementale et structurelle (cf. ch. 4, ci-dessus). Le rapport explicatif part du principe que les conditions de restrictions [de l'art. 3 LMI] sont remplies dans le cas présent, alors même que: le projet de LRCP « vise toutefois une certaine préférence régionale au niveau des produits proposés dans la restauration collective publique, en la plaçant au service d'objectifs supérieurs d'alimentation saine et équilibrée et de développement durable, ceci en conformité avec l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Il s'agira, au travers des dispositions d'exécution et de leur mise en œuvre pratique de veiller à traiter de la même façon les offreurs locaux et confédérés (art. 3 al. 1 let. a LMI) et de respecter le principe de proportionnalité, conformément à l'art. 3 al. 1 let.[.] c LMI. »^[23] Il n'est toutefois pas possible de déduire du rapport explicatif par quel raisonnement et arguments la DIAF parvient à la conclusion que le projet de LRCP est conforme à l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Comme les considérations suivantes le montrent, les conditions de l'article 3 ne sont pas remplies dans le cas présent.

19. La protection de la **santé publique** peut en principe être considérée comme un intérêt public à même de justifier une restriction de l'accès intercantonal ou intercommunal au marché. Dans le cas présent il faut néanmoins prêter attention au fait que l'obligation d'acheter des produits régionaux n'est pas apte à atteindre le but visé. Le fait déjà qu'un produit soit issu de l'agriculture régionale ne permet pas de garantir qu'il s'agisse de produit sain. Il n'y a aucun indice démontrant que des produits de la région du canton de Fribourg seraient plus sains que les produits d'autres régions. Il est sans autre possible de tenir compte de l'intérêt légitime à une alimentation saine en définissant des exigences à l'offre des restaurants cantonaux de manière neutre quant à la provenance. Il en va de même en ce qui concerne le besoin évoqué plus haut des consommateurs « à être informés sur la provenance, les modes de production voire l'empreinte écologique de l'offre alimentaire » qui ne nécessite aucune restriction de l'accès au marché, ni discrimination des produits extra régionaux.

20. La **protection de l'environnement** peut également constituer un intérêt public qui puisse justifier une restriction de l'accès au marché. À ce sujet, le rapport explicatif expose qu'un « approvisionnement local et des circuits courts peuvent contribuer [...] à la durabilité dans la restauration collective ». En lien avec cette thématique, le Tribunal fédéral a jugé que dans le cadre de l'accomplissement d'un marché public, les distances de transport ne peuvent être prises en compte que si elles ont des répercussions « sur une longue durée et un grand nombre de courses »²⁴; en revanche elles ne doivent pas être prises en compte lorsque dans l'ensemble elles ne représentent qu'un rôle accessoire, respectivement unique.²⁵ La charge de la preuve du respect des conditions de l'art. 3 LMI repose sur le canton qui entend prononcer une restriction de l'accès au marché.²⁶ Dans le cas présent, la déclaration forfaitaire selon laquelle par des achats régionaux les distances de transport seraient raccourcies et qu'elles contribueraient à la « durabilité dans la restauration collective » ne justifie pas une restriction de l'accès au marché. Concrètement, la charge environnementale de la méthode de transport est marginale en regard de celle engendrée par les processus de production et de transformation. Il est facilement concevable qu'un produit extra régional livré ait une charge environnementale inférieure à celle d'un produit régional. Le rapport explicatif est muet sur la question des effets d'un transport en Suisse sur l'empreinte écologique pour des denrées alimentaires par rapport à leur production et leur transformation et en particulier si ceux-ci sont si impactant que la prise en compte de la distance de transport ou son usage s'impose comme critère d'adjudication. D'autres mesures alternatives, respectivement plus douces ne sont pas examinées. Il pourrait être tenu compte du légitime intérêt à la protection de l'environnement de manière plus efficiente en achetant par exemple une certaine proportion de produits certifiés ou équivalents ou en achetant des produits de saison – la provenance indigène suisse des produits ne jouant ici aucun rôle.

21. La justification des obligations faites aux restaurants d'acheter des produits régionaux pour des motifs sanitaire et environnementaux est en conséquence mise en échec dans le cas présent par les conditions de respect du principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LMI. Au surplus, le principe de non-discrimination de l'art. 3 al. 1 let. a LMI n'est pas rempli car le projet de loi poursuit précisément le but de privilégier l'agriculture, la transformation et le commerce locaux.

22. Finalement, il ressort clairement du rapport explicatif de même que de la motion parlementaire à la base du projet de loi que par l'achat de produits régionaux, principalement l'agriculture locale, la transformation locale et le commerce local doivent être renforcés. Il s'agit d'intérêts de politique structurelle visant à protéger

²² Cf. NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, no 761, qui parle en lien avec cette problématique d'une restriction d'accès au marché par « une obligation d'approvisionnement indigène » (en all.: « Inlandbezugspflicht »).

^[23] Rapport explicatif, p. 9.]

l'économie régionale, ce qui est contraire à la LMI et ne permet donc pas de justifier une restriction à l'accès au marché. Du point de vue de la COMCO, l'obligation d'acheter des produits locaux pourrait également constituer dans les faits une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux – illicite en soi – qui pourrait être cachée par des motifs environnementaux, sanitaire et de protection des consommateurs.

23. En outre, il sied de mentionner le fait que l'agriculture, l'industrie de transformation et le commerce fribourgeois profitent eux-mêmes d'un marché intérieur ouvert et d'un accès libre et non discriminatoire aux restaurants et cantines des autres cantons, sur la base de la LMI. Le droit du marché intérieur fondé sur la compétence de la Confédération à créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.) vise à mettre un terme aux politiques d'économie publique cantonales qui cherchent à exclure du marché intérieur cantonal les concurrents externes et dans le même temps à profiter des marchés ouverts des autres cantons.

24. En résumé, la COMCO aboutit à la conclusion que la disposition de l'art. 8 LRCP selon laquelle les restaurants du secteur public cantonal doivent régulièrement proposer un choix de produits régionaux ne peut pas être justifiée conformément aux conditions de l'art. 3 LMI.

Nous vous remercions de la prise en compte de notre recommandation et prions le canton de Fribourg, sur la base des art. 8a et 10a al. 2 LMI, de bien vouloir **informer spontanément** la COMCO de la **suite du processus** législatif relatif à la loi sur la restauration collective publique ainsi que de son **application**.

COMMISSION DE LA CONCURRENCE

²⁴ Traduction libre du Secrétariat, de: « über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten ».

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.342/1999 du 31 Mai 2000, consid. 4a.

²⁶ ATF 135 II 12, consid. 2.4 (Psychothérapeute Zurich II); Arrêt du Tribunal fédéral 2C.57/2011 du 3 mai 2011, consid. 3.4 (Installateur sanitaire Thurgovie); Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 sur les services de taxis, DPC 2012/2 438, ch. 17 s.; NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 2010, p. 129 ss, 145 s.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Arrêt du 17 décembre 2015 Altimum SA contre Commission de la concurrence COMCO

Arrêt du 17 décembre 2015 Altimum SA, représentée par [...], contre Commission de la concurrence COMCO, Berne, autorité inférieure. Objet: Cartels – sanction – articles de sport.

Décision attaquée devant le TF

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, Entre-prises, 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. 49 a 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'autant 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 responsiveness 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'infirmant 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. 49a 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 - le 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 1^{ère} 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, 1^{ère} 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 1^{ère} phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2, 1^{ère} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1, 1^{ère} 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 1^{er} 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 trans-

misses 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: *Stämpflis 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 Concurrency, 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, 11^e 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 revente (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 PETSCHÉ/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. BEL-LAMY & 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 dazugehörenden 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; ROGER 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: Kartellgesetzsrevision 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 une 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 contraignantes 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. 1^{ère} 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 corollaire: 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.; CLÉMENCE 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 Verfahrrensrecht*, 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, Zweifeln - 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 pouvaient 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 ins-

tructeur 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 Verkaufspreise angibst. Ich habe Dir den von Bächli (namentlich) angebotenen Preis als unterste Limite angeben. 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 [t] 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 refusé.

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 Collombey 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 secrétaire 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 cordelettes 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 vente 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 vente 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 vente 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 vente 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 indi-

cations 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 suffi-

sent 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 courriels 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, aucune donnée 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 1er 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 revente 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 fonctions 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 *Baubeschläge 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 Busigny 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 nou-

veaux 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 inter-marques 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 inter-marques 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'empire 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'équivalent 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'inci-

tations 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 « été 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: AMSTUTZ/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 trait à l'importance du paramètre concurrentiel touché par l'accord (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart no 176 p. 475, VENTURI/VON-LANTHEN, 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 déférée, 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. REY-

MOND, 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'existence 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 Vertikalbekenntmachung 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 Bundesverwaltungsgerichts 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 à *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 Guenat 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 verti-

caux: 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 anti-concurrentiels 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.

6.

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 3

2. Urteil vom 15. Oktober 2014 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Verfügung vom 4. Juni 2012 betreffend Publikation einer Sanktionsverfügung

Urteil vom 15. Oktober 2014 Nikon AG, in Egg b. Zürich, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung vom 4. Juni 2012 betreffend Publikation einer Sanktionsverfügung.

Sachverhalt:

A.

Die Vorinstanz sanktionierte die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. November 2011 wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede mit einem Betrag von mehreren Millionen Franken (nachfolgend: „die Sanktionsverfügung“).

B.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2011 eröffnete die Vorinstanz die Sanktionsverfügung der Beschwerdeführerin und lud sie ein, Textstellen, die nach Ansicht der Beschwerdeführerin Geschäftsgeheimnisse enthalten, im Hinblick auf die vorgesehene Publikation der Verfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ („RPW“) der Vorinstanz als solche zu bezeichnen.

Die Beschwerdeführerin focht am 30. Januar 2012 die Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses Verfahren ist noch hängig. Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 beantragte sie der Vorinstanz zudem, lediglich eine gekürzte Version der Sanktionsverfügung zu publizieren.

C.

Am 16. Februar 2012 publizierte die Vorinstanz die Sanktionsverfügung in der gekürzten Fassung auf ihrer Website mit dem Hinweis, es handle sich bei dieser Darstellung nicht um die definitive Version, weil einige (weitere) Textstellen Gegenstand laufender Abklärungen über Geschäftsgeheimnisse seien und darum noch nicht publiziert werden könnten. Da gegen die Sanktionsverfügung Beschwerde erhoben worden sei, sei sie noch nicht rechtskräftig.

D.

Mit E-Mail-Nachricht vom 22. Februar 2012 an die Beschwerdeführerin wandte das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein, einige von der Beschwerdeführerin bezeichnete Textstellen der Verfügung enthielten offensichtlich keine Geschäftsgeheimnisse. Es handle sich in den meisten Fällen lediglich um allgemein bekannte Länderangaben, Namen von Verträgen und Ähnliches. Auch geschäftliche E-Mails liessen sich nicht in allen Fällen als Geschäftsgeheimnisse qualifizieren.

E.

Mit Schreiben vom 12. März 2012 stimmte die Beschwerdeführerin der Offenlegung einiger Textstellen zu, bestand aber auf der Abdeckung der im Begründungstext wörtlich zitierten E-Mails. Insbesondere der Persönlichkeitsschutz der Beteiligten verbiete eine Publikation des E-Mail-Verkehrs, argumentierte sie. Dessen Veröffentlichung zeichne ein falsches und nur schwer zu korrigierendes Bild der Beschwerdeführerin, wofür kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe.

Insbesondere der Persönlichkeitsschutz der Beteiligten verbiete eine Publikation des E-Mail-Verkehrs, argumentierte sie. Dessen Veröffentlichung zeichne ein falsches und nur schwer zu korrigierendes Bild der Beschwerdeführerin, wofür kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe.

F.

Mit Schreiben vom 14. März 2012 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass sie eine anfechtbare Verfügung erlasse und bis zu deren Rechtskraft mit der definitiven Publikation zuwarte.

G.

Am 4. Juni 2012 erliess die Vorinstanz, unterzeichnet von ihrem Präsidenten und dem Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission, eine Verfügung (nachfolgend: „die Publikationsverfügung“) mit folgendem Dispositiv:

„Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägung verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Es wird festgestellt, dass die von Nikon bezeichneten Textstellen hinsichtlich der Randziffern 268, 273, 299, 338, 420, 507, 510, 511 und 515 der Verfügung der Weko vom 28. November 2011 die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen erfüllen und im Rahmen der Publikation abgedeckt werden. Die von Nikon in den Randziffern 390, 393, 410 und 462 der Verfügung der Weko vom 28. November 2011 bezeichneten Bandbreiten werden im Sinne der Erwägungen offengelegt.
2. Es wird festgestellt, dass die übrigen von Nikon bezeichneten Textstellen die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen und folglich im Rahmen der Publikation nicht abgedeckt werden.
3. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 wird - nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung - in der von Nikon mit Schreiben vom 22. Februar 2012 vorgelegten Form veröffentlicht, mit Ausnahme der in Ziffer 1 dieses Dispositives ausdrücklich genannten Textstellen.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 7'986.50 werden Nikon im Umfang von 4/7, ausmachend CHF 4'563.70, auferlegt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an: Nikon AG, vertreten durch RA Dr. Roger Staub, RA Boris Wenger, RA Werner Nadig, Froiep Renggli Rechtsanwälte, Bellerivestrasse 201, 8034 Zürich.“

Zur Begründung führte sie aus, ihre Entscheide würden im Streben nach Transparenz, Nachvollziehbarkeit und abschreckender Wirkung im Internet in der Reihe RPW veröffentlicht. Vor der Publikation einer Verfügung gäbe das Sekretariat der Wettbewerbskommission den betroffenen Unternehmen Gelegenheit, den Publikationstext auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zu überprüfen.

Erst wenn hinsichtlich der Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse keine Einigung erzielt werden könne, erlasse die Vorinstanz eine anfechtbare Verfügung.

Zwar unterlägen ihre Veröffentlichungen auch dem Persönlichkeitsschutz; überwiegende öffentliche Interessen gingen diesem jedoch vor. Bei den internen E-Mails sei der Persönlichkeitsschutz durch Anonymisierungen beachtet worden. Die Zitierweise im Originalton sei erforderlich, um das Geschäftsgebaren der Beschwerdeführerin verständlich darzustellen.

H.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 5. Juli 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

- „1. Dispositiv Ziffern 2, 3 und 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2012 seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 in der publizierten Fassung abzudecken.
3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 in der publizierten Fassung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vom 28. November 2011 abzudecken.
4. Subeventualiter zum Rechtsbegehren 3 sei die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Umschreibung des wesentlichen Inhalts der in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 zu geben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.

Verfahrensanträge:

1. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren mit dem Verfahren der Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Vorinstanz vom 30. Januar 2012 betreffend Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 (Geschäfts-Nr. B-581/2012) zu vereinigen.
2. Eventualiter seien die Akten des hängigen Beschwerdeverfahrens B-581/2012 beizuziehen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin eine Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerdeschrift und ihren Beilagen diejenigen Angaben zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.“

Zur Begründung führte sie aus, die Vorinstanz sei in der Publikationsverfügung gewissen ihrer Abdeckungswünsche gefolgt. Strittig sei darum nur noch die Wiedergabe der internen E-Mails. Eine Veröffentlichung interner E-Mails sei rechtswidrig, verletze die Unschuldsvermutung und den Persönlichkeitsschutz der Beschwerdeführerin und sei deshalb unverhältnismässig. Die internen E-Mails stellten als solche Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin dar. Sie habe an dieser Geheimhaltung ein objektives Interesse, weil die Medien voraussichtlich auch über diese Interna berichten würden. Eine solche Berichterstattung hätte negative Auswirkungen

auf ihr Ansehen und würde sich mit hoher Wahrscheinlichkeit negativ auf das Geschäftsergebnis der Beschwerdeführerin auswirken.

I.

Mit Stellungnahme vom 20. August 2012 beantragte die Vorinstanz, die Verfahren nicht zu vereinigen.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 21. August 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag, die Verfahren zu vereinigen, ab.

K.

Mit Vernehmlassung vom 18. September 2012 beantragt die Vorinstanz, die Publikationsbeschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Die internen E-Mails in der Publikation der Verfügung stellten weder eine Persönlichkeitsverletzung dar, noch enthielten sie Geschäftsgeheimnisse. Die Publikation sei deshalb verhältnismässig.

L.

Am 16. November 2012 wurde auf Wunsch der Beschwerdeführerin eine mündliche Verhandlung durchgeführt, an der sie ihre bereits im schriftlichen Verfahren geäusserten Argumente verdeutlichte.

M.

Mit Stellungnahme vom 13. Dezember 2012 präzisierte die Beschwerdeführerin ihr Subeventualbegehren wie folgt:

„Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seines Entscheids zum subeventualiter gestellten Rechtsbegehren 4 eine Festlegung der Umschreibung im Einvernehmen der beiden Parteien als nicht sachgemäss erachten sollte, seien für die Umschreibung des wesentlichen Inhalts der in Beilage 8 zur Beschwerde vom 5. Juli 2012 bezeichneten Textstellen die Vorschläge der Beschwerdeführerin gemäss Beilage 12 zu verwenden.“

Verfahrensantrag:

Falls das Gericht für seinen Entscheid zum subeventualiter gestellten Rechtsbegehren 4 die vorgängige Durchführung eines Beweisverfahrens über den wahren Gehalt der in Beilage 8 bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 für erforderlich hält, sei das vorliegende Verfahren bis zum Abschluss des Beweisverfahrens im Verfahren Nr. B-581/2012 zu sistieren.“

Zudem reichte die Beschwerdeführerin eine geänderte Liste der abzudeckenden Textstellen (vgl. E. 8) sowie eine Liste mit Umschreibungen ein, die subeventuell anstelle dieser Abdeckungen zu publizieren seien.

N.

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2012 lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des Verfahrens ab.

O.

Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die angefochtene Publikationsverfügung ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche die Beschwerdeführerin zur Duldung der Publikation im verfügten Umfang verpflichtet.

Die amtliche Publikation einer Verfügung zählt zum tatsächlichen Verwaltungshandeln und ist nicht als solche anfechtbar (sog. Realakt; Art. 25a Abs. 1 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4221/ 2008 E. 6.2 „Arkosol AG“ mit Hinweisen; Enrico Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte, SJZ 2007, S. 337 ff., 341 f.). Eine anfechtbare Verfügung aber ergeht, wie im vorliegenden Fall, wenn sich die Behörde und eine Partei, die davon in ihrem schutzwürdigen Interesse berührt ist, über die Form oder Art der Publikation nicht einigen können (Art. 25a Abs. 2 VwVG).

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 ff. und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdelegitimation in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Publikationsverfügung gemäss ständiger Praxis zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/ 2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.2 „Terminierungspreise“ und B-2977/ 2007 vom 27. April 2010 E. 1.2 „Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern“).

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertretung hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.2 Das Rechtsbegehren muss bestimmt abgefasst sein und angeben, welche Entscheidung von der Rechtsmittelbehörde gefällt werden soll. Massgebend ist die Vollstreckbarkeit des Wortlauts; das Rechtsbegehren muss bei einer erfolgreichen Beschwerde unverändert in das Dispositiv des Entscheids übernommen werden können (Art. 52 VwVG; vgl. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, Art. 52 VwVG, Rz. 36 mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend ist das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin ohne Weiteres vollstreckbar. Das Eventualbegehren muss sinngemäss so verstanden werden, dass im Falle einer Beschwerdeabweisung im Hauptpunkt die Vorinstanz anzuweisen sei, mit einer Publikation bis zum Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung zu warten.

Das Subeventualbegehren enthielt ursprünglich lediglich den Antrag, der Beschwerdeführerin sei Gelegenheit zur Umschreibung der Textstellen zu geben. Mit diesem

rückwirkenden Begehren ohne konkrete Umschreibungsvorschläge wäre eine Vollstreckung des ins Dispositiv aufgenommenen Begehrens nicht möglich gewesen. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2012 hat die Beschwerdeführerin ihr Subeventualbegehren jedoch präzisiert und konkrete Umschreibungsvorschläge eingereicht, weshalb auch auf das Subeventualbegehren in der korrigierten Fassung einzutreten ist.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin ficht nicht die Publikation der sie belastenden Sanktionsverfügung als solche, sondern nur die Publikation von Teilen ihrer Begründung an (zu den einzelnen Passagen vgl. E. 8). Namentlich ist die Beschwerde weder gegen die Bekanntgabe der rechtlichen Beurteilung des beanstandeten Verhaltens der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz, nämlich der ausgesprochenen Sanktion oder der Höhe dieser Sanktion, noch gegen den Wortlaut der Begründung dieser Beurteilung als solchen gerichtet. Angefochten und vorliegend zu prüfen ist auch nicht die ungeschwärzte Zustellung der Sanktionsverfügung an Verfahrensbeteiligte (vgl. den unpublizierten Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen 98/GB-002 vom 12. August 1999 E. 1 i.S. „Swisscom/Preissmissbrauch“).

Die Beschwerdeführerin wehrt sich vielmehr gegen die Publikation einer Anzahl Textpassagen, vor allem originaler Zitate aus E-Mail-Nachrichten, die von 2008 bis 2010 zwischen ihren Mitarbeitern oder zwischen einem Mitarbeiter und einem Aussenstehenden geführt worden sind. Sie bestreitet nicht, dass diese Nachrichten in der zitierten Form gesendet wurden, sondern verlangt bloss aus rechtlichen Gründen eine „Abdeckung“ oder sinngemäss die Auslassung dieser Wörter oder Passagen in der Urteilspublikation.

2.2 Vorinstanz im Beschwerdeverfahren ist, wer die angefochtene Verfügung erlassen hat (Art. 57 Abs. 1 VwVG). Vorliegend scheint die angefochtene Verfügung von zwei Behörden gemeinsam erlassen worden zu sein, da sie im Namen und auf Briefpapier der Vorinstanz sowie mit den Unterschriften ihres Präsidenten und des Direktors (Art. 16 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1 [„Geschäftsreglement“]) ausgestellt wurde. Andererseits wird mit der Dispositivformel „verfügt das Sekretariat“ das Sekretariat der Wettbewerbskommission allein bezeichnet. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist als Behörde von der Vorinstanz personell getrennt, es bereitet die Geschäfte der Vorinstanz vor und vollzieht ihre Verfügungen, führt Untersuchungen durch und stellt der Vorinstanz Antrag (Art. 23 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [Kartellgesetz, KG, SR 251]). Am vorinstanzlichen Verfahren hat es vereinzelt teilgenommen. Herausgeberin der Publikation „RPW“, um die es hier geht (vgl. E. 4), ist nach den Angaben auf dieser Publikation jedoch allein die Vorinstanz. Sie ist zur Publikation ihrer Verfügungen auch selber zuständig (Art. 48 Abs. 1 KG; Art. 21 Geschäftsreglement) und hat diese Aufgabe im Geschäftsreglement nicht dem Sekretariat übertragen (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsreglement).

Die behördliche Publikation, die in der Regel erst nach Abschluss eines Verfahrens ergeht, kann als Realakt (vgl. hiervor E. 1.1) keine „verfahrensleitende Verfügung“ verkörpern, die nach Art. 23 Abs. 1 KG dem Sekretariat obläge. Zudem ist der Begriff der verfahrensleitenden Verfügung nach dieser Bestimmung auf den Zweck beschränkt, dem Sekretariat die Mittel zur Durchführung der Untersuchung beizugeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts Nr. 2A.198/1997 vom 3. November 1997, veröffentlicht in: RPW 1997, 624 E. 3c), weshalb vorliegend nur die Vorinstanz als verfügende Behörde in Frage kommt, was nicht ausschliesst, dass sie diese Aufgabe reglementarisch oder im Einzelfall in Vertretung durch das Sekretariat wahrnehmen lässt. Da der Vollzug der Verfügungen der Vorinstanz an das Sekretariat delegiert ist (Art. 23 Abs. 1 KG), wird diesem auch die Vollstreckung der angefochtenen Publikationsverfügung obliegen. Seine Rolle im vorinstanzlichen Verfahren, einschliesslich der Frage, ob es der Beschwerdeführerin als Zweitbehörde das rechtliche Gehör ausreichend gewähren konnte, kann indessen, da keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wurde, offen bleiben. Ein Einbezug des Sekretariats als Verfahrensbeteiligte nach Art. 57 VwVG erscheint jedenfalls nicht angezeigt.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin stützt ihr Vorbringen auf mehrere selbständige Beschwerdegründe und Argumente, nämlich die Unschuldsvermutung, das Verbot von Persönlichkeitsverletzungen und das Gebot zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Sie macht zunächst insbesondere geltend, die Publikation der Sanktionsverfügung mit den wörtlich zitierten E-Mails verstosse gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Eine Publikation der E-Mails dürfe, wenn überhaupt, erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen. Durch die vorgesehene Publikation werde der Ruf der Beschwerdeführerin unzumutbar geschädigt.

Einige beanstandete Textpassagen würden zugleich ihre Persönlichkeit bzw. ihren Ruf und ihr Ansehen sowie dasjenige ihrer Mitarbeiter verletzen. Auch wahre Tatsachenbehauptungen seien dafür geeignet. Bei einer Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen seien hohe Anforderungen an die öffentlichen Interessen zu stellen. Die strittigen Textpassagen seien Momentaufnahmen des internen Meinungsbildungsprozesses, interne Schuldzuweisungen und Frustrationsbekundungen. Als weltweit tätiges Unternehmen sei sie auf diese Art der Kommunikation angewiesen, um Themen intern besprechen zu können. Die Veröffentlichung der Textpassagen wirke nicht generalpräventiv, da die Vorinstanz nicht das Versenden der E-Mails, sondern den angeblichen Abschluss einzelner Vertriebsverträge sanktioniert habe. Die Vorinstanz habe es auch unterlassen, eine Interessenabwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz und den öffentlichen Interessen durchzuführen. Für die Publikation sämtlicher Textpassagen würde es am Kriterium der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit fehlen. Auch die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Entscheiden seien diesbezüglich zu relativieren. Das Öffentlichkeitsgesetz fände keine Anwendung auf kartellrechtliche Verfahren und es bestünde für die Vorinstanz auch kein erhöhter Transpa-

renzbedarf im Vergleich zu anderen Behörden. Folglich würden eine Umschreibung der E-Mails und deren Würdigung ausreichen.

Die strittigen Passagen stellten sodann insgesamt Geschäftsgeheimnisse dar. Die Medien hätten bereits über die Untersuchungseröffnung berichtet. In einem Zeitschriftenartikel habe sich ein Vizedirektor unzutreffenderweise dahingehend geäussert, dass es für die Vorinstanz Anhaltspunkte gebe, wonach die Preise für Produkte der Beschwerdeführerin in der Schweiz bis zu 30 % höher seien als im umliegenden Ausland. Obwohl die Beschwerdeführerin den Medien eine korrigierte Version mitgeteilt habe, hätten diese von Preisdifferenzen von bis zu 30 % berichtet. Eine solche Medienberichterstattung hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf die Reputation und damit auch auf das Geschäftsergebnis der Beschwerdeführerin, weshalb die Textstellen insgesamt als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln seien.

Die beanstandeten Textstellen würden sie insbesondere gegenüber den Medien in ein schlechtes Licht rücken, weil sie punktuell und aus dem Zusammenhang gerissen den Hintergrund ihres Zustandekommens verschleiern. Der wahre Sinngehalt der Passagen sei ohne Kenntnis des Sachverhalts sowie der Kommunikationskultur in internationalen Grosskonzernen nicht verständlich. Insbesondere die prägnant formulierten Aussagen in den E-Mails würden immer wieder von den Medien aufgegriffen werden und damit eine Prangerwirkung schaffen, auch wenn die Sanktion im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden sollte. Die folgenden Textstellen würden beim Leser insbesondere einen unrichtigen und für die Beschwerdeführerin rufschädigenden Eindruck schaffen:

- die Nikon-Ländergesellschaften hätten die Absicht gehabt, nationale Märkte mit unzulässigen Mitteln absolut zu schützen, wofür zum Teil Momentaufnahmen von internen Meinungsbildungsprozessen und interne Frustrationsbekundungen von Mitarbeitern aus einem komplexen Zusammenhang gerissen worden seien (Rz. 88, 103, 139, 259, 261, 267, 272, 276, 280b, 283, 285, 286, 288 und 514);
- Ländergesellschaften, und damit auch die Beschwerdeführerin, hätten auf Parallelhändler eingewirkt, um ihre Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern, und Parallelimporte zudem unmittelbar blockiert (Rz. 103, 154a-f, 161a-d, 259, 261, 272, 273b, 276, 279, 280a-b, 281, 283, 286 und 288);
- die „Swiss Garantie“, eine erweiterte Serviceleistung der Beschwerdeführerin, sei zur Identifikation von Parallelhändlern und zur Unterbindung von Parallelhandel eingeführt worden (Rz. 302-306 und 306b);
- das „Clean-up“-Projekt, eine interne Präsentation von 2009 „zur Anpassung unserer Distributionsstrategie an den herrschenden Verdrängungswettbewerb im Handel“, mache sie kartellwidriges Verhalten verdächtig (Rz. 89, 154a und 318);
- die Preise für „Nikon Imaging“-Produkte seien in der Schweiz gegenüber dem umliegenden Ausland künstlich überhöht; das Ausnützen von

Preisunterschieden für dieselbe Ware sei aufgrund räumlich getrennter Märkte wettbewerbschädigend, obwohl ihr die internationalen Preisdifferenzen nicht angelastet werden könnten (Rz. 408).

3.2 Die Vorinstanz bestreitet die Vorbringen der Beschwerdeführerin. Deren Persönlichkeit werde von einer Veröffentlichung der strittigen Textstellen nicht verletzt, da alle Namen natürlicher Personen anonymisiert worden seien. Die Beschwerdeführerin setze sich auch nicht näher mit den einzelnen Textpassagen auseinander und lege nicht dar, welche E-Mails weshalb persönlichkeitsverletzend seien. Die Textstellen enthielten keine unrichtigen, irreführenden oder unnötig verletzenden Äusserungen und dienten der Generalprävention, der Nachvollziehbarkeit sowie der Transparenz der behördlichen Argumentation für die Öffentlichkeit. Mit ihrem Antrag auf Umschreibung der Textpassagen habe die Beschwerdeführerin sich widersprüchlich verhalten, erst nach der mündlichen Verhandlung konkrete Vorschläge gemacht und sich überdies gegen die von ihr als Ersatz vorgeschlagenen Umschreibungen gewehrt. Mangels Alternativen sei es nicht möglich, keine E-Mails zu publizieren, da diese zusammen mit den Verträgen einen wesentlichen Bestandteil der Beweisführung ausmachten. Die Beschwerdeführerin bezeichne die Passagen pauschal als Geschäftsgeheimnisse, ohne dieses Vorbringen zu erläutern. Schliesslich sei keine Prognose darüber möglich, ob und inwieweit Medien über die strittigen Stellen berichten würden. Zur Frage der Unschuldsvermutung hat sich die Vorinstanz in ihren Stellungnahmen, selbst auf Nachfrage des Instruktionsrichters an der mündlichen Verhandlung, nicht geäussert.

4.

In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten:

4.1 Die Vorinstanz veröffentlicht Verfügungen und andere Erlasse seit 1997 in ihrem gedruckten Periodikum „Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)“, das sie als „Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik“ und als „Publikationsorgan der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden“ bezeichnet. Auch wenn die Verfügungen angefochten werden, werden sie im Regelfall dennoch bereits publiziert, bevor sie rechtskräftig beurteilt sind, und dies selbst dann, wenn sie im Rechtsmittelweg später aufgehoben werden. Aus der Publikation in der RPW ist jeweils nicht ersichtlich, ob eine Entscheidung im Publikationszeitpunkt rechtskräftig ist bzw. war oder noch angefochten wird bzw. wurde oder werden kann (vgl. z.B. die Sanktionsverfügung in RPW 2007/2, 191 ff. „Publigroupe“, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 „Publigroupe“ und des Bundesgerichts BGE 139 I 72 vom 29. Juni 2012 „Publigroupe“; die Sanktionsverfügung in RPW 2007/2, 142 ff. „Swisscom“, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 „Swisscom“ und BGE 137 II 199 „Swisscom“).

Die Vorinstanz macht ihre Sanktionsverfügungen vor der Publikation in der RPW regelmässig auch auf ihrer Internetseite zugänglich. Auch bei dieser Veröffentlichung findet sich zur Rechtskraft kein Vermerk (z.B. Verfügung

vom 7. Mai 2012 in Sachen BMW, abrufbar unter: < www.weko.ch >, abgerufen am 28. April 2014).

4.2 Im vorliegenden Fall ist bereits aufgrund der bisherigen Mitteilungen durch die Vorinstanz ein Medieninteresse festzustellen. Tageszeitungen, Online-Portale und das Fernsehen haben mehrfach über den Fall der Beschwerdeführerin berichtet (vgl. z.B. saldo vom 24. Mai 2010 [< www.ktipp.ch >, abgerufen am 28. April 2014], „Nikon-Kameras: Bis zu 30 Prozent teurer als im Ausland“; Schweizer Radio und Fernsehen vom 15. Dezember 2011 [< www.tagesschau.sf.tv >, abgerufen am 28. April 2014], „Weko: Nikon hält Preise illegal hoch“; Tagesanzeiger vom 15. Dezember 2011, „WEKO büsst Nikon wegen Behindern von Parallelimporten mit 12,5 Millionen, Nikon zieht Entscheid weiter an das Bundesverwaltungsgericht“; Gesundheitstipp vom 17. Januar 2012, „Nikon: Kameras viel zu teuer verkauft“).

5.

Zugunsten einer Veröffentlichung von Verfügungen sprechen unter anderem die Transparenz der Verwaltungstätigkeit, die Rechtskontrolle durch die Bürger, die Abschreckungswirkung gegenüber anderen Unternehmen und ein allgemeines Informationsbedürfnis der Rechtssuchenden. Die Pflicht, in der Verfügung unter anderem auch persönliche und allenfalls belastende Einzelheiten über die Verfügungsadressaten darzulegen, folgt aus der behördlichen Begründungspflicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Als Gründe gegen die Veröffentlichung zumindest von Teilen einer Verfügung lassen sich insbesondere persönliche und berufliche Interessen im Rahmen der verfassungsmässig geschützten Privatsphäre und des strafrechtlich geschützten Berufs- und Geschäftsgeheimnisses anführen.

5.1 Im Einzelnen:

5.1.1 Die behördenseitige Veröffentlichung von Entscheiden gehört zur Leistungsverwaltung. Sie erschliesst dem Rechtssuchenden Information und Dokumentation der Rechtspraxis und ermöglicht eine Kontrolle der Rechtsanwendung durch die Öffentlichkeit (vgl. PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, Kommentar zum Publikationsgesetz, Editions Weblaw, 2011, S. 70 Rz. 3, sowie S. 78 Rz. 17; PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2009, S. 23 ff. Rz. 1 ff.).

Entscheiden werden seit der römischen Spätclassik (Digesten) in mehr oder weniger geraffter Form öffentlich zugänglich gemacht (vgl. Stephan Meder, Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 2011, S. 87, 117). Grundsätze, wie eine Entscheidpublikation durch das Gemeinwesen in Erfüllung von öffentlichen Aufgaben zu erfolgen hat, sind heute in der Bundesverfassung festgelegt (Art. 5 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR101]; vgl. BGE 133 II 176 E. 3.2; BGE 134 I 157 E. 4.1).

Das Öffentlichkeitsgesetz will die Transparenz der Tätigkeit der Verwaltung fördern, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten und Entscheiden gewährleistet; es gilt für die ganze Bundesverwaltung (Art. 1 und 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 [BGÖ,

SR 152.3]; vgl. STEPHAN C. BRUNNER/LUZIUS MADER, in: Handkommentar, BGÖ, 2008, Art. 1, Rz. 37 ff. mit weiteren Hinweisen; URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 1 Rz. 3 ff. sowie Art. 2 Rz. 2).

5.1.2 Namentlich besteht auch im Kartellrecht ein Informationsbedürfnis der Rechtssuchenden. Werden die Verfügungen der Vorinstanz in der RPW publiziert, ermöglicht dies potentiell betroffenen Unternehmen und Geschädigten, sich über den Gegenstand einer Untersuchung, das Verfahren, das wettbewerbswidrige Verhalten, die Rechtsfolgen einschliesslich der Sanktionsbemessung und über die Kosten der Verfahren kundig zu machen. Unternehmen können anhand der Publikation nachvollziehen, welche erschwerenden oder mildernenden Umstände die Vorinstanz berücksichtigt, und sie gewinnen aus der Kasuistik Anhaltspunkte für die rechtliche Beurteilung ihres eigenen Verhaltens. Die Publikation der Entscheide der Vorinstanz ist umso bedeutender, als ihre Verhandlungen nicht öffentlich sind (Art. 10 Abs. 3 Geschäftsreglement).

Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Art. 48 Abs. 1 KG); sie sind dazu ermächtigt, aber nicht verpflichtet (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG, Nr. 94.100; BBl 1995, 468 ff., 618; nachfolgend: Botschaft KG 1995]; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz [KG], 3. Aufl., 2011, Art. 48, Rz. 1 ff.; STEFAN KOLLER, in: Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, Art. 48, Rz. 1; THOMAS NYDEGGER/ WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 48, Rz. 7).

Das Sekretariat und die Vorinstanz haben die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu orientieren (Art. 49 Abs. 1 KG), zum Beispiel über Fallstatistiken und zukünftige Entwicklungen (vgl. Botschaft KG 1995, S. 619). Neben Publikationen in der RPW veröffentlichen sie Medienmitteilungen im Internet und halten Pressekonferenzen ab (vgl. Botschaft KG 1995, 619; RPW 2012/1, 1 ff.; REKO/WEF, RPW 2002/4, 715, E. 3.1.4 „Vertrieb von Arzneimitteln“; NYDEGGER/NADIG, a.a. O., Art. 49, Rz. 6, 8; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 49, Rz. 12).

Die Vorinstanz hat sich in ihrem Geschäftsreglement selber die Aufgabe erteilt, Grundsätze der Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden festzulegen (Art. 21 Geschäftsreglement; vgl. BORER, a.a.O., Art. 49, Rz. 1 ff.; KOLLER, a.a.O., Art. 49, Rz. 1 f.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 49, Rz. 4 ff.), solche aber, wie im „Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse“ vom 30. April 2008, erst punktuell verabschiedet.

5.1.3 Die Publikation von Entscheidungen könnte theoretisch als Warnung und Abschreckung erfolgen. Ein öffentliches Interesse an einer Publikation könnte entweder darin gesehen werden, den Verurteilten durch seine Scheu vor der Blossstellung von der Verfehlung abzuhalten (zur sog. Spezialprävention bzw. Prangerwirkung vgl. BGE 92 IV 186 E. 1; STEFAN TRECHSEL/CARLO BERTOSSA, in: Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013, Art. 68, Rz. 3 ff. - vgl. aber E. 5.3 nachstehend). Oder es kann darin lie-

gen, andere Personen von der Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten abzuschrecken (zur sog. Generalprävention vgl. BGE 78 IV 15 E. 1 und BGE 94 IV 88 E. 2).

Die Staatsanwaltschaft und die Gerichte sowie mit deren Einverständnis die Polizei können die Öffentlichkeit so dann im öffentlichen Interesse über hängige Verfahren orientieren, wenn dies zur Warnung der Bevölkerung, zu ihrer Beruhigung oder aufgrund der besonderen Bedeutung eines Falles erforderlich erscheint (Art. 74 Abs. 1 Bst. b und d der schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0]). Bei der Warnung oder Beruhigung der Bevölkerung geht es vorab um gefährliche Straftäter; beim Kriterium der besonderen Bedeutung eines Falles ist eher an erhebliche Wirtschaftsfälle zu denken (vgl. MATTHIAS MICHLIG, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung [Art. 320 StGB], 2013, S. 14; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar, 2009, Art. 74, Rz. 4 ff.). Im Zusammenhang mit dem Herstellen und Inverkehrbringen von gesundheitschädigendem Futter verlangt das Gesetz die Veröffentlichung des Strafurteils sogar obligatorisch (Art. 235 Abs. 1 und Art. 236 Abs. 1 StGB).

5.1.4 Mit der Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a KG) in der Kartellgesetzrevision von 2003 wollte der Gesetzgeber die generalpräventive Wirkung des Kartellgesetzes verstärken (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, Bd. II, 2022-2057, 2023, insbesondere 2033 f. [nachfolgend Botschaft KG 2001]; RPW 2002/4, 702, C. „Vertrieb von Arzneimitteln“; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, S. 2 Rz. 7). Demzufolge stehe für die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts im Vordergrund, dass mit der Sanktionsdrohung die Präventivwirkung des Kartellgesetzes verstärkt werden könne. Die Marktteilnehmer sollen ihr Verhalten so ausrichten können, dass sie direkte Sanktionen erst gar nicht zu befürchten haben. Der Rechtssicherheit für die Unternehmen sei deshalb besondere Beachtung zu schenken (vgl. Botschaft KG 2001, 2041).

5.1.5 Auch die Vorinstanz kann sich für ihre Publikationen auf diese Publikationszwecke berufen. Allerdings ist die Wiedergabe von sensitiven Aktenauszügen und Informationen im Text einer Verfügung zunächst verfahrensrechtlich begründet:

5.2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auch auf einen begründeten Entscheid (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG; vgl. GEROLD STEINMANN, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., 2008, Art. 29 BV, Rz. 27; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 29 VwVG, Rz. 102). Die Begründungspflicht verlangt, dass die wichtigsten Überlegungen der Behörde im Entscheid aufgezeigt werden. Die Behörde ist indessen nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 130 II 530 E. 4.3, BGE 129 I 232 E. 3.1 f., mit weiteren Hinweisen; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begrün-

dungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Darüber hinaus lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, welchen eine Begründung zu genügen hat. Die Anforderungen sind vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die erforderliche Begründungsdichte ist insofern namentlich abhängig von der Eingriffsschwere, dem Entscheidungsspielraum der Behörde sowie der Komplexität des Sachverhalts und den rechtlichen Fragen, die zur Beurteilung stehen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2012 E. 2.2 „Tarifanpassung“; BGE 129 I 232 E. 3.1 f., mit weiteren Hinweisen; THOMAS COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, recht 1984, S. 126; RENÉ WIEDERKEHR, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, ZBI 2010, S. 481 ff., 483). Je mehr Spielraum die Behörde beim Ausüben ihres Ermessens oder bei unbestimmten Rechtsbegriffen hat und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an seine Begründung zu stellen (vgl. BGE 112 Ia 109 E. 2b).

Der Sinn der Begründungspflicht liegt in der Nachvollziehbarkeit des Entscheids. Die Begründungsdichte orientiert sich grundsätzlich an der Möglichkeit, den Entscheid sachgerecht anfechten zu können (sog. Rechtsmittelfunktion), sowie an der Möglichkeit der überprüfenden Behörde, die Überlegungen der Vorinstanz nachzuvollziehen (sog. Fremdkontrollfunktion; vgl. BGE 117 Ia 86 E 1b; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 26). Diese funktionsgerechte Begründung gebietet daher, dass insbesondere sanktionsrelevante Elemente in einer Sanktionsverfügung dargelegt werden müssen. Soweit die Publikation der Sanktion als solche nicht angefochten wird, kann auch die Publikation der Begründung dieser Sanktion nicht das Kartellgesetz verletzen. Folglich besteht auch kein Anspruch auf Schwärzung von Stellen, die eine Verfahrenspartei lediglich so weit in ein negatives Licht stellen, als sie die Sanktion begründen.

Ein Unterschied zwischen der Begründungspflicht und dem öffentlichen Interesse (E. 5.1.1 ff.) an der Publikation besteht insbesondere dann, wenn die Begründung über jene Funktion als Erklärung (E. 5.2) hinausgeht und übrige Einzelheiten offenbart, die die Betroffenen oder Dritte unverhältnismässig belasten, in ein schlechtes Licht stellen und für den vorausgesetzten, explikativen oder begründenden Zweck nicht erforderlich oder gar ungeeignet sind. So besteht kein Anspruch auf Schwärzung von Stellen, die die Würdigung der Vorinstanz richtig wiedergeben, aber nach Ansicht einer Verfahrenspartei unrichtig „scharfzeichnen“. Auch entlastende oder nicht sanktionsbegründende Elemente haben zwar im Sinne einer Gleichbehandlung der Argumente in die Begründung einzufließen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7967/2009 vom 18. April 2011 E. 5.3.1), müssen aber nicht dieselbe Begründungsdichte aufweisen, wie belastende Elemente (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.1 f.; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 26 e contrario). Damit ist auch den Geschädigteninteressen Genüge getan.

5.3 Kein öffentliches Interesse an der Publikation kartellrechtlicher Sanktionen besteht demgegenüber in spezialpräventiver Hinsicht. Die Veröffentlichung soll, auch wenn sie rufschädigend wirkt, so wenig wie die Eröff-

nung einer Untersuchung der Abschreckung der Verfügungsempfänger und damit selber als Sanktion dienen. Würde mit der Publikation der Kartellpraxis eine schädlich wirkende Prangerwirkung verfolgt, wäre sie, ähnlich einem teilweise reparatorisch wirkenden, zivil- oder strafrechtlichen Urteilspublikationsanspruch (Zivilrecht: BGE 131 III 30 E. 12.10.1, BGE 95 II 492 ff. E. 7; Strafrecht: BGE 75 I 218 E. 5, Art. 68 StGB), als Bestandteil der Sanktion zu bemessen und deshalb in der Sanktionsverfügung selbst vorzusehen, im Verhältnis zu den übrigen Sanktionen verschuldensabhängig zu begründen und auf den Zeitpunkt der Rechtskraft jener Verfügung zu verschieben gewesen, was den in E. 5.1 genannten, übrigen Zwecken von Art. 48 KG widersprochen hätte.

5.4 Vorliegend macht die Beschwerdeführerin keine Verletzung von kartellrechtlichen Publikationsvorschriften geltend, sondern beruft sich auf die Unschuldsvermutung, ihren Persönlichkeitsschutz und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

6.

Behörden haben bei ihrer Publikationstätigkeit einen angemessenen Persönlichkeits- und Geheimnisschutz zugunsten der betroffenen Personen zu wahren:

6.1 Die Bundesverfassung garantiert die Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 7 BV), das Recht jedes Menschen auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und das Recht auf Privatsphäre, unter anderem auch im Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr (Art. 13 Abs. 1 BV; vgl. BGE 128 I 69, BGE 127 I 10 E. 5a). Die persönliche Freiheit schützt alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung, darunter das soziale Ansehen, die Ehre und den guten Ruf (vgl. BGE 107 Ia 55 f. E. 3a ff. und 57 E. 3.d sowie BGE 134 I 231 E. 2 und 3; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 142, 561 und 823; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2007, Art. 10, Rz. 16 ff., insbesondere Art. 13, Rz. 5; zum Persönlichkeitsschutz im Rundfunkrecht vgl. BGE 134 II 262 ff. E. 6.2 und E. 6.4). Auch die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) gewährleistet diese Garantien (Art. 8 EMRK; vgl. REGULA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. Bern 2013, S. 128 f., 143 ff. und 175), wobei ihre Tragweite in Einzelfällen gegenüber jener der Bundesverfassung abweicht (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. Zürich 2012, Rz. 241 ff.; KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 19 f.).

6.1.1 Diese Garantien verpflichten Behörden im hoheitlichen Umgang gegenüber Privaten (öffentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz) sowie Private unter sich (privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz).

Als öffentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz sind die erwähnten Verfassungsgarantien zunächst an Behörden gerichtet, gegenüber deren hoheitlichem Handeln auch juristische Personen wie die Beschwerdeführerin sich auf die hier interessierenden Schutzzinhalte der Ehre, des guten Rufes, des Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnisses berufen können (RAINER J. SCHWEIZER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2.

Aufl., 2008, Art. 10 Rz. 9). Subsidiär bilden die Garantien eine allgemeine Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit (BREITENMOSER, a.a.O., Art. 13 Rz. 4).

Der Informationsauftrag der Medien bildet hierbei keinen absoluten Rechtfertigungsgrund; vielmehr ist jede Entscheidung über den Persönlichkeitsschutz das Ergebnis einer Interessenabwägung darüber, ob eine an sich persönlichkeitsverletzende Äusserung durch ein genügendes Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit gerechtfertigt ist oder der Anspruch des Privaten auf Wahrung seiner Privatsphäre hinter die Information der Öffentlichkeit zurückzutreten hat (vgl. BGE 126 III 212 E. 3.a; CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, 2000, S. 115, Rz. 383; ANDREAS MEILI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., 2010, Art. 28, Rz. 49; vgl. auch E. 8).

6.1.2 Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz ist in Art. 28 Abs. 1 ZGB verankert. Danach kann jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]).

Wie auch der Bundesrat in seiner Botschaft vom 5. Mai 1982 über die Teilrevision des ZGB betreffend den Persönlichkeitsschutz (BBI 1982 II 636 ff., 658) ausführt, kann Art. 28 ZGB gegenüber dem Staat oder anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse handeln, nicht angerufen werden (vgl. BRÜCKNER, a.a.O., S. 111 ff. Rz. 371 ff., insbesondere S. 114 ff. Rz. 380 ff.). Steht keine privatrechtliche Beziehung, sondern das Verhältnis zwischen Staat und Bürger infrage, ist Art. 28 ZGB nicht betroffen (vgl. BGE 134 I 233 E. 3.1; BGE 98 Ia 521 E. 8a; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., 2012, S. 133 ff. Rz. 10.34 ff.). Nach einzelnen Autoren ist sogar eine amtliche Pressemitteilung mit ehrverletzendem Inhalt in einer Zeitung teils nach öffentlichem Recht gegen die Amtsstelle und teils gegen das private Presseorgan nach Art. 28 ff. ZGB auf dem Zivilweg zu verfolgen (vgl. BGE 134 I 234 E. 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 141 Rz. 10.60). Einige Autoren lassen jedoch eine direkte Anwendbarkeit von Art. 28 ZGB bei Klagen von Privaten, die den Staat ins Recht ziehen, zu, wenn zwischen dem Verursacher der Verletzung und dem Verletzten ein privatrechtlich beherrschtes Rechtsverhältnis vorliegt (vgl. ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, S. 104 f. Rz. 452 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 134 Rz. 10.36 ff.). Auch nach Ansicht des Bundesgerichts kann bei Fragen der öffentlichen Berichterstattung über behördliche Verfahren der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nicht streng vom öffentlich-rechtlichen getrennt werden (vgl. BGE 113 Ia 314 f. E. 3d; E. 6.7 nachstehend).

6.2 Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig (Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 14 Ziff. 2 des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II, SR 0.103.2]; Urteil des EGMR 8660/79 vom 25. März 1983

E. 5, Rz. 38 „Minelli gegen Schweiz“, in: EuGRZ 1983, S. 475; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., 1999, S. 208 ff.).

Die Unschuldsvermutung verleiht dem Angeschuldigten und Angeklagten den Anspruch, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_866/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.2.3.2.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 980 ff.).

Dem Gebot der Beachtung der Unschuldsvermutung kommt im Vorfeld eines strafrechtlichen Verfahrens eine doppelte Funktion zu. Einerseits soll sie verhindern, dass die Öffentlichkeit den Angeschuldigten und Angeklagten vorverurteilt, andererseits soll sie aber auch verhindern, dass die eigentliche gerichtliche Beweiswürdigung öffentlich vorweggenommen wird und das Gericht den Sachhergang nicht mehr unvoreingenommen prüfen kann (vgl. Urteile des EGMR 15175/89 vom 10. Februar 1995 Rz. 14 f. „Allenet de Ribemont gegen Frankreich“; 37568/97 vom 3. Oktober 2002 Rz. 65 f. „Böhmer gegen Deutschland“; 72758/01 vom 28. April 2005 Rz. 15 ff. und 31 ff. „A.L. gegen Deutschland“; Urteile des EuGH verb. RS C-247/11 und C-253/11 vom 10. April 2014 Rz. 93 „Areva SA u.a. gegen Europäische Kommission“; C-220/13 vom 10. Juli 2014 Rz. 35 ff. „Kalliopi Nikolaou gegen Rechnungshof der Europäischen Union“; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 208 ff.).

6.2.1 Die Unschuldsvermutung gilt im Strafrecht für natürliche und juristische Personen (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2005, 1085 ff., 1167 f.; WOLFGANG WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., 2014, Art. 10 Abs. 1 ff., Rz. 1 ff.).

6.2.2 Die Unschuldsvermutung gilt auch in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 2.2.2 und 8.3.1 „Publigroupe“; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 3 ff. „Baubeschlüsse“, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 6 „Gaba“; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6180/2013 vom 12. Dezember 2013 E. 4.3 „Swatch“).

Das Gebot der Unschuldsvermutung richtet sich an alle staatlichen Organe oder Behörden, insbesondere an Amtsträger und Gerichtsmitglieder (vgl. Urteile des EGMR 24528/02 vom 2. Juni 2009 Rz. 45 ff. „Borovsky gegen Slowakei“; 72758/01 vom 8. April 2005 Rz. 31 ff. „A.L. gegen Deutschland“; Johannes Barrot, Die Unschuldsvermutung in der Rechtsprechung des EGMR, zjs 2010, S. 701 ff. mit weiteren Hinweisen; BGE 131 II 233 E. 3.2; BGE 130 II 232 E. 8.7; Ester Tophinke, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, Art. 10, Rz. 14).

6.2.3 Das Gericht der Europäischen Union (EuG) nahm insbesondere im Pergan-Fall Stellung zur Geltung der Unschuldsvermutung in Kartellentscheiden (Urteil des EuG vom 12. Oktober 2007 T-474/04 Rz. 7 ff., 72 ff.).

„Pergan“). Der EuG stellte in seiner Begründung fest, dass der Umfang der Befugnis der Kommission zum Erlass und zur Veröffentlichung von Entscheidungen im Licht des Grundsatzes der Unschuldsvermutung ausgelegt werden müsse. Der Beweis der Schuld einer Person, der eine Zuwiderhandlung zur Last gelegt werde, sei erst dann endgültig erbracht, wenn die Entscheidung bestandskräftig geworden sei. Solange und soweit die Feststellungen der Kommission in Bezug auf eine von einem Unternehmen begangene Zuwiderhandlung mit der Anwendung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung in Konflikt geraten könnten, seien sie grundsätzlich gegenüber der Öffentlichkeit als vertraulich anzusehen. Dieser Grundsatz ergebe sich insbesondere aus der Notwendigkeit, den Ruf und die Würde des Betroffenen zu achten, solange dieser nicht endgültig verurteilt sei (vgl. Urteile des EuG T-15/02 vom 15. März 2006 Rz. 604 „Vitaminprodukte“; T-189/03 vom 30. Mai 2006 Rz. 60 ff., 76, insb. 78 „Bank Austria“; Urteil des EuGH C-89/11 vom 22. November 2012 Rz. 72; Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. L 145/43 vom 31. Mai 2011; Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen im Verfahren nach Art. 101 und 102 AEUV, ABl. C 308/6 vom 20. Oktober 2011 Rz. 149 [nachfolgend Bekanntmachung Vorgehensweise EU Kommission]; Manuel Kellerbauer, in: Kartellrecht, GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht, Kommentar, 2012, Art 30 VO 1/2003, Rz. 4 ff.; MARTIN SURA, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 11. Aufl., 2010, Art. 30 VO 1/2003, Rz. 10; BGE 114 Ia 302 E. 2.b, wonach für den Entscheid, ob ein Kostenaufgabeentscheid eine verpönte strafrechtliche Missbilligung [Art. 6 Ziff. 2 EMRK] enthalte, entsprechend dem Schutzobjekt der Unschuldsvermutung, das heisst des guten Rufes des Beschuldigten, nicht auf den Eindruck abzustellen sei, den der Entscheid beim juristisch geschulten Leser hervorrufe, sondern darauf, wie ihn das Publikum verstehen darf und muss; BGE 124 I 334 E. 4.d und BGE 135 III 145 E. 5.2; TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 Abs. 1, Rz. 2, 12 und 26; STEFAN TRACHSEL, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, SJZ 1981, S. 338; DANIEL GLASEL/LUCIEN MÜLLER, Die Unschuldsvermutung in der Medienberichterstattung, ZSR 2013, S. 85 ff., 94 ff.).

6.2.4 Die Unschuldsvermutung betrifft auch die Rolle der Medien.

6.2.4.1 Wie eine Berichterstattung im Einzelfall interpretiert wird, hängt wesentlich von der Person des Empfängers ab. Ist der Leser mit dem Humor des Autors vertraut, kann er eine beiläufige Bemerkung ohne Weiteres als Spässchen erkennen; ein Zeitungsleser kann dagegen die Scherzhaftigkeit einer situationsbezogenen Äusserung nicht erkennen, wenn ihm der notwendige Kontext vorenthalten wird (vgl. JEAN-NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, 1995, S. 157 f.; Michael Schweizer, Das Recht am Wort, Diss. 2012, S. 76 f. mit weiteren Hinweisen; vgl. auch). Gelesenes wird individuell interpretiert.

6.2.4.2 Die Medienberichterstattung über hängige Strafverfahren hat grundsätzlich in anonymisierter Form zu

erfolgen (vgl. BGE 129 III 532 E. 3.2 und BGE 137 I 212 E. 4; BGE 127 III 489 E. 2c.aa). Liegt noch kein gerichtlicher Entscheid vor, sind bei der Berichterstattung nur solche Formulierungen zulässig, welche hinreichend deutlich machen, dass es sich momentan nur um einen Verdacht handelt und dass eine abweichende Entscheidung des Gerichts noch offen sei (vgl. BGE 116 IV 40 E. 5a und b; BGE 126 III 307 E. 4b; zur Frage der Drittwirkung und der Rolle der Medien vgl. nachfolgend E. 6.3.1).

6.3 Die Wettbewerbsbehörden haben das Amtsgeheimnis zu wahren (Art. 25 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 320 StGB; vgl. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 25, Rz. 10 ff.). Damit eine Information unter das Amtsgeheimnis fällt, müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein: (1) Als Geheimnis gilt jede Tatsache, welche kumulativ drei Kriterien erfüllt: (a) Mangel an Offenkundigkeit der Information; (b) der Geheimnisherr hat den Willen zur Gemeinhaltung (subjektiver Geheimhaltungswille) und (c) ein berechtigtes Interesse daran (objektives Geheimhaltungsinteresse; BGE 127 IV 122 E. 1 und BGE 114 IV 44 E. 2; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111 -392 StGB, 2. Aufl., 2007, Art. 162, Rz. 11 ff.; BANGERTER, a.a.O., Art. 25, Rz. 10 f.; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111 -392 StGB, 2. Aufl., 2007, Art. 320 Abs. 1, Rz. 7 ff.); (2) das Geheimnis ist dem Amtsträger in seiner Eigenschaft als Behördenmitglied anvertraut worden oder er hat es in seiner amtlichen Stellung wahrgenommen (vgl. BGE 115 IV 236 E. 2).

6.4 Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen des Weiteren keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Auch hierfür werden ein Mangel an Offenkundigkeit sowie ein subjektiver und objektiver Geheimhaltungswille vorausgesetzt (vgl. RPW 2006/1, S. 65 ff., 80, Rz. 111 „Kreditkarten-Interchange Fee“ und insb. RPW 2012/3 S. 700 ff., Rz. 19 ff. „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen - Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse“; MARTIN SCHNEIDER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung, Diss. Bern/Stuttgart 1989, S. 64 ff.).

Als Geschäftsgeheimnisse gelten Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulationen etc. bekanntgeben; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, ihnen also ein wirtschaftlicher Wert zukommt (vgl. BGE 103 IV 283 E. 2b und BGE 109 Ib 56 E. 5.c; AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Art. 162, Rz. 15; BANGERTER, a.a.O., Art. 25, Rz. 53; vgl. auch Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerbskommission vom 30. April 2008, abrufbar unter < www.weko.admin.ch >, Dokumentation, abgerufen am 28. April 2014).

Der Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen steht dem Grundsatz des öffentlichen Informationsinteresses an publizierten Entscheiden (E. 5.1.1 ff.) entgegen. Geschäftsgeheimnisse, auf die sich ein Entscheid stützt, sind darum wenigstens in umschriebener Form, also mit Hilfe von Umschreibungen, Zusammenfassungen, Abdeckung der geheimen Passagen oder ungefähren Angaben (Bandbreiten) anzudeuten, um den Ent-

scheid wenn möglich dennoch verständlich zu machen (vgl. REKO/WEF vom 26. September 2002, in: RPW 2002/4, S. 715 E. 3.1.2 und S. 721, E. 3.3.3 "Vertrieb von Arzneimitteln"; Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, a.a.O., S. 1; BANGERTER, a.a.O., Art. 25, Rz. 57 ff.; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 25, Rz. 17 ff.). Eine Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten der Umsatz-, Gewinn- und Marktsituation ist keine Geschäftsgeheimnisverletzung, solange die verfremdende Umschreibung keine substantziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die Bandbreiten sind so zu wählen, dass der Umschreibung ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann (vgl. REKO/WEF vom 26. September 2002, in: RPW 2002/4, S. 715 E. 3.1.2 und S. 721, E. 3.3.3. „Vertrieb von Arzneimitteln“; RPW 2012/3 S. 700 ff., 703, Rz. 23 „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen - Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse“ und RPW 2010/4, S. 703 ff., Rz. 11 ff. „Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publication“).

6.5

6.5.1 Dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre (E. 6.1) dient auch das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1; vgl. Art. 1 DSG; FRANK SEETHALER, in: Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, vor Art. 1, Entstehungsgeschichte des DSG, Rz. 12; SCHWEIZER, a.a.O., Art. 13 Abs. 2, Rz. 37). Personendaten bzw. „Daten“ im Sinne des Datenschutzgesetzes sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG; vgl. BGE 136 II 514 E. 3.2 mit Hinweisen). Dabei kann es sich sowohl um Tatsachenfeststellungen als auch um Werturteile handeln. Entscheidend ist, dass sich die Angaben einer oder mehreren bestimmten Personen zuordnen lassen (vgl. GABOR P. BLECHTA, in: Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 3, Rz. 4). Als besonders schützenswerte Personendaten gelten Daten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen (Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG). „Bearbeiten“ bedeutet laut Datenschutzgesetz jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden und Bekanntgeben von Daten (Art. 3 Bst. e DSG). Organe des Bundes dürfen laut dem Datenschutzgesetz Personendaten bearbeiten und bekanntgeben, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht; besonders schützenswerte Personendaten dürfen sie nur dann bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 19 DSG).

Das Datenschutzgesetz gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane, wobei mit Bundesorganen im Sinne des Datenschutzgesetzes Behörden und Dienststellen des Bundes gemeint sind (Art. 2 Abs. 1 Bst. b und Art. 3 Bst. b und h DSG), wozu auch die Vorinstanz zählt (Art. 18 KG; vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Datenschutz [DSG] vom 23. März 1988, BBl 1988 II 445). Das Gesetz ist auf hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren anwendbar (Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG), was bei der Tätigkeit der Vorinstanz im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren der Fall ist. Das Da-

tenschutzgesetz gilt folglich auch bei Publikationen der Vorinstanz, insbesondere auch dann, wenn nicht verfahrensbeteiligte Personen, welchen kein Vorwurf gemacht werden soll, bekannt gegeben werden.

6.5.2 „Bekanntgeben“ bedeutet das Zugänglichmachen von Personendaten, wie zum Beispiel das Veröffentlichung (Art. 3 Bst. f DSG). Die Sanktionsverfügung kann zunächst einzeln und später als Publikation in der RPW auf der Internetseite der Vorinstanz von allen interessierten Person, auch im Ausland, anonym abgerufen werden (vgl. E. 4.1). Nicht in jedem Land besteht eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz der persönlichen Daten gewährleistet. Personendaten dürfen deshalb nur ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn beispielsweise die Bekanntgabe im Einzelfall für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 1 und 2 Bst. d DSG), wofür im Einzelfall der Persönlichkeitsschutz und die öffentlichen Interessen abzuwägen sind (Art. 4 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 Bst. d DSG; vgl. DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich et al. 2008, Art. 4 Abs. 2, Rz. 19 f. und Art. 6 Abs. 2 Bst. d, Rz. 60 ff.).

6.6 Die Privatsphäre gegen unbefugtes Öffnen verschlossener Schriftstücke (Schriftgeheimnis) wird auch durch das Strafrecht geschützt: Wer ohne dazu berechtigt zu sein, eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und wer Tatsachen, deren Kenntnis er durch Öffnen einer nicht für ihn bestimmten verschlossenen Schrift oder Sendung erlangt hat, verbreitet oder ausnützt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft (Art. 179 StGB, Verletzung des Schriftgeheimnisses). Ob auch elektronische Post (E-Mail-Verkehr) unter den Tatbestand von Art. 179 fällt, ist umstritten (vgl. Stefan Trechsel/Lieber Viktor, in: Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2013, Art. 179, Rz. 5; PETER VON INS/PETER-RENÉ WYDER, in: Strafrecht II, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 179, Rz. 21 mit Hinweisen; vgl. ferner BGE 126b I 65 E. 6). Diese strafrechtlichen Bestimmungen sind im Lichte von Art. 13 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK (E. 6.1.2) auszulegen (vgl. Urteil des EGMR 16188/07 vom 18. Oktober 2011 Rz. 24 ff. „Kheilili gegen Schweiz“; JULIANE PÄTZOLD, in: EMRK Kommentar, 2012, Art. 8, Rz. 28 mit weiteren Hinweisen; FRANK MEYER/MARTA WICKOWSKA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2011, in: forum poenale, 2012, S. 116 ff., 125 f.).

6.7

Die Berichterstattung über gerichtliche Streitfälle in Massenmedien, namentlich über noch hängige Verfahren, ist - ausser in diesen öffentlich-rechtlichen Normen - auch zivilrechtlich geregelt (E. 6.1.2):

6.7.1 Freiheitsrechte, wie dasjenige der persönlichen Freiheit oder der verfassungsmässige Schutz der Privatsphäre (E. 6.1.2), wurden aus dem Verhältnis des Einzelnen zum Staat entwickelt (Abwehrrechte gegen den Staat). Für die früher nur auf Abwehr staatlicher Eingriffe gerichteten Freiheitsrechte hat das konstitutive Grundrechtsverständnis heute die Konsequenz, dass sie vom Staat nicht nur ein Dulden oder Unterlassen verlangen, sondern ihn auch zu einem positiven Tun verpflichten.

ten (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 266 f.). Die Individualfreiheit wird jedoch nicht vom Staat allein, sondern manchmal auch von Privaten gefährdet, weshalb schon früh gefordert wurde, dass die Grundrechte auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu beachten seien (sog. Drittwirkung). Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sind die Grundrechte heranzuziehen (sog. indirekte Drittwirkung; vgl. BGE 101 IV 172 E. 5; BGE 131 IV 27 E. 3; BGE 132 III 644 E. 3; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., S. 89 ff., Rz. 278 ff.; PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Diss. 2002, S. 135 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, S. 121 ff., Rz. 61 ff.). Im Einklang mit der Rechtsprechung anerkennt Art. 35 Abs. 3 BV, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden, soweit sie sich dazu eignen.

In der medialen Berichterstattung über noch nicht rechtskräftige, behördliche Verfahren ist aufgrund der Beachtung der Unschuldsvermutung sowie des Persönlichkeitsschutzes nach ständiger Rechtsprechung klar zum Ausdruck zu bringen, dass eine abweichende Entscheidung noch möglich sei (vgl. BGE 116 IV 40 E. 5a und b; BGE 126 III 307 E. 4.b; vgl. auch BGE 111 II 211 E. 2; BGE 116 Ia 22 E. 7). Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz (E. 6.1) und die Unschuldsvermutung (E. 6.2) verpflichten in diesen Fällen auch Private (Drittwirkung; vgl. BGE 116 IV 40 E. 5a, BGE 111 II 255 E. 4.b, zustimmend ALFRED KÖLZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1985, ZBJV 1987, S. 351 f.; LUCA CIRIGLIANO, Kann man Zeitungen zur Publikation politischer Werbung zwingen? Einige Gedanken zu Drittwirkung von Grundrechten, Kontrahierungszwang und «adveritorial correctness», *medialex* 2011, S. 4 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 278 ff.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, Rz. 2.78; PETER SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, *sjz* 1988, S. 373 ff.; ACHIM SEIFERT, die horizontale Wirkung von Grundrechten, *Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen*, *EuZW* 2011, S. 696 ff.). Umso mehr sind sie bei der Publikation ihrer Entscheide auch von der Vorinstanz zu berücksichtigen.

Abwertende und geschäftsschädigende Textstellen, die nicht zur Begründung der Sanktionsverfügung erforderlich und geeignet (verhältnismässig) sind, sind damit persönlichkeitsverletzend (vgl. nachstehend E. 6.9, E. 8). Auch wenn nicht-sanktionsrelevante, negativ dargestellte Einzelheiten als Hintergrund der sanktionsrelevanten Begründung dienen, sind sie persönlichkeitsverletzend. Die einzelnen Textstellen sind dafür im Einzelfall zu prüfen.

6.7.2 Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 [UWG, SR 241]). Unlauter handelt beispielsweise, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt (Art. 3 Bst. a UWG).

Auch aus dem UWG leiten sich Anforderungen für die mediale Berichterstattung namentlich über hängige behördliche Verfahren, aber auch über rechtskräftige Entscheide ab, wenn diese das Verhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer beeinflussen kann (BGE 117 IV 196 ff. E. 1 „Bernina“; BGE 125 III 191 E. 4 „Mikrowelle“; vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. Bern 2012, Rz. 21; UELI GRÜTER/MARTIN SCHNEIDER/MISCHA SENN, Kommunikationsrecht.ch, 2. Aufl. Zürich 2012, S. 89 ff.; PETER STUDER, Medienrecht der Schweiz, Zürich 2013, S. 89 ff.; FRANZ A. ZÖLCH/RENA ZULAUF, Kommunikationsrecht für die Praxis, 2. Aufl. Bern 2007, S. 123 ff.).

Für die Vorinstanz als öffentliche Wettbewerbshüterin könnte ein anderer Massstab für die mediale Publikation und Berichterstattung über ihre eigene Rechtsprechung als für private Medienunternehmen nur dann gelten, wenn das Gesetz mit dieser behördlichen Publikation, über eine generalpräventive Funktion hinaus, zusätzlich einen wettbewerbsordnenden, zum Beispiel spezialpräventiven und unmittelbar das betroffene Unternehmen sanktionierenden Zweck, verfolgen würde (sog. Prangerwirkung). Da Letzteres nach dem Gesagten nicht der Fall ist (E. 5.3), hat auch die Vorinstanz bei ihrer Berichterstattung die medienrechtlichen Gebote des UWG zu beachten (zum Anwendungsbereich des UWG vgl. RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, Art. 1, Rz. 24 ff.; PETER JUNG, in: Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2010, Art. 1, Rz. 1; MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Zürich 2010, S. 521, Rz. 848 mit Hinweisen).

6.7.3 Das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann, wie und unter welcher Bezeichnung ein geschütztes Werk erstmals veröffentlicht werden soll - wozu auch E-Mail-Nachrichten gehören können -, obliegt dem Urheber oder der Urheberin des Werks (Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]). Durch das Urheberrecht nicht geschützt werden allerdings Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen, einschliesslich der Vorinstanz (Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG; vgl. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2008, Art. 5, Rz. 7).

Ob Veröffentlichungen der Verwaltung in diesem Sinne stets das Urheberrecht „brechen“ können, braucht vorliegend nicht abschliessend beantwortet zu werden. Weder wurde diese Rüge von der Beschwerdeführerin vorgebracht noch wurde ihre Urheberberechtigung an den strittigen E-Mail-Passagen behauptet.

6.8 Staatliches Handeln muss sodann im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV; vgl. BGE 133 II 176 E. 3.2; BGE 134 I 157 E. 4.1). Die Behörde darf sich keines schärferen Zwangsmittels bedienen, als es die Verhältnisse erfordern (Art. 42 VwVG). Verwaltungsmassnahmen müssen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und zumutbar sein (Ausgewogenheit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung; sog. Verhältnismässigkeit „im engeren Sinn“; vgl. BGE

135 I 186 E. 8, BGE 136 I 26 E. 4.4; BGE 132 I 191 E. 4; BGE 130 I 19 E. 4 und 5; ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, S. 134 ff., Rz. 586 ff.). Auch wenn das Kartellgesetz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht ausdrücklich erwähnt, ist er in der ganzen Rechtsordnung (vgl. BGE 104 Ia 112 E. 5; 96 I 242; MAX IMBODEN/RÉNE A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bd. I, Nr. 58 III, 337 ff., 340 f.) und damit auch im Kartellverfahren auf die amtliche Publikation von Entscheidungen anwendbar (Art. 39 KG; vgl. BORER, a.a.O., Art. 39, Rz. 5). Kann die Vorinstanz auf andere aussagekräftige Beweismittel als E-Mails abstellen, kann das öffentliche Interesse an der originalen Wiedergabe der E-Mails deshalb kleiner sein, als wenn weitere Belege fehlen. Im Ascopa-Fall wurde beispielsweise vornehmlich auf der Grundlage von Preislisten, Umsatzangaben und allgemeinen Geschäftsbedingungen entschieden, ohne sich auf E-Mails zu beziehen (vgl. RPW 2011/4, S. 529 ff., 584 f., Rz. 392 ff., „Ascopa“). Im Berner Elektroinstallationsbetriebe-Fall stellte die Vorinstanz zwar auf E-Mails, aber auch auf dokumentierte Treffen der Beteiligten ab (zu den sog. E7-Treffen vgl. RPW 2009/3, S. 196 ff., 204, Rz. 51 ff., 208, Rz. 80 ff. „Elektroinstallationsbetriebe Bern“). Auch im Gaba-Entscheid stützte sich die Vorinstanz neben Vertragsklauseln auf die einschlägige E-Mail-Korrespondenz der Parteien (RPW 2010/1, S. 65 ff., 71 ff., Rz. 82 ff., S. 79, Rz. 120 ff. „Gaba“; vgl. auch RPW 2010/4, S. 717 ff., 723, Rz. 39 ff. „Baubeschläge“ und B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 3 ff. „Baubeschläge“.

7.

Aus den vorstehenden Publikations-Regeln folgen mit Bezug auf die vorliegend zur Veröffentlichung vorgesehenen und die Beschwerdeführerin belastenden, von ihr stammenden oder über sie geäusserten Originalzitate, Belege und Informationen weder eine volle Anordnungsfreiheit der Beschwerdeführerin - auch nicht vor Eintritt der Rechtskraft der Verfügung - noch ein Recht der Vorinstanz, unverhältnismässig oder unnötig herabsetzende oder über die erforderliche Würdigung des sanktionsrelevanten Verhaltens hinausgehende Passagen in die Veröffentlichung mit einzubeziehen oder mit ihrer Publikation das Amts- oder Geschäftsgeheimnis oder die Regeln des Datenschutzes zu verletzen.

Es liegt vielmehr in der Natur der vorinstanzlichen Begründungspflicht und rechtfertigt darum allein noch keinen Eingriff in die publizierte Fassung, dass die Sanktionsbegründung die Beschwerdeführerin anders darstellt als diese öffentlich wahrgenommen werden will. Dies gilt nämlich für ihr Verhalten durch detaillierte Beweise, Schlüsse, Argumente und Normen, die sie belasten. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, per se dürfe aus internen E-mails nicht im Original zitiert werden, ist darum nicht zu folgen. Auch Originalzitate aus Verhören und Korrespondenz sowie relevante Fakten, die dem Leser einen möglicherweise unangenehmen und unverstellten Blick in persönliche Umstände und Gegebenheiten von Betroffenen verleihen, sind im öffentlichen Informationsinteresse zu publizieren, wenn sie begründungsrelevant und im Verhältnis zum ausgeführten Vorwurf angemessen sind und keine besonders geschützten Geheimnisse verraten.

Im Einzelnen ist damit nachfolgend zu prüfen, ob mit der verfügten Publikation dieser Schutz angemessen gewahrt wird.

8.

8.1 Um die Veröffentlichung einer Reihe von Zitaten zu verhindern, die der Vorinstanz dazu dienen, die (bestrittene) Absicht der Beschwerdeführerin zu belegen, mit unzulässigen Mitteln nationale Märkte absolut zu schützen, verlangt die Beschwerdeführerin die Abdeckung der folgenden Passagen und Wörter:

[...]

Die Originalzitate in den betreffenden Passagen haben wohl zum Ziel, den Rückschluss der Vorinstanz auf eine tatbestandswesentliche, innere Tatsache der Beschwerdeführerin, trotz ihrer konkreten Bestreitung, nachvollziehbar darzulegen. Dies betrifft ihre durch Äusserungen von Mitarbeitenden ausgedrückte Absicht und intern verbreitete Motivation während des massgeblichen Zeitraums, den in der Schweiz durch [...] herrschenden Preiswettbewerb mit Hilfe ihres Beziehungsnetzes, vertraglichen Möglichkeiten und der Androhung unkooperativen Verhaltens einzudämmen. Eine Auseinandersetzung mit den beschlagnahmten Originaläusserungen der Mitarbeitenden und deren wörtliche Wiedergabe im Begründungstext ist unvermeidbar, damit bei dieser Beweisführung nach dem Eindruck des Lesers der Verfügung die subjektive Vorstellung der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin nicht mit einer subjektiven Wertung und Interpretation der Vorinstanz vermischt erscheint. Einerseits werden die in den vorerwähnten Texten zum Ausdruck kommenden Absichtserklärungen, Appelle und Emotionen von der vorinstanzlichen Begründungspflicht daher unmittelbar verlangt. Andererseits geht der aus ihrer Publikation für die Beschwerdeführerin entstehende Nachteil nicht über den mit der Sanktion ohnehin zum Ausdruck gebrachten Vorwurf der Marktbeeinträchtigung hinaus. Trotz ihres ungewöhnlich breiten Umfangs erweisen sich die genannten Passagen als sachbezogene, illustrative und für die Beschwerdeführerin weder unnötig noch übertrieben nachteilige Auswahlzitate, die vielmehr geeignet sind, die Einschätzung der Vorinstanz transparent und nachvollziehbar darzustellen.

Auch die verwendeten Bezeichnungen [...] und [...] geben keinen Anspruch auf Abdeckung. In Informatikkreisen wird [...] zwar teilweise in negativem Sinn auf Zwischenhändler bezogen, die von unterschiedlichen Preisniveaus profitieren (vgl. www.urbandictionary.com, Stichwort: [...], abgerufen am 28. April 2014). Auch mag der Begriff [...] in gewissen Kreisen ähnlich negativ verstanden werden. Die Leser der angefochtenen Verfügung werden die Begriffe allerdings nicht auf diese Weise verstehen, da diese Sinngehalte nicht verbreitet sind und die Wahl der Begriffe zur internen Codierung in Rz. [...] dargelegt wird. [...] und [...] wirken umso weniger nachteilig für die Beschwerdeführerin, als sie grundsätzlich geeignet sind, ein auf eine Disziplinierung der Parallelhändler abzielendes, planmässiges Geschäftsgebaren der Beschwerdeführerin zu illustrieren. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht konkret begründet, weshalb die Streichung der Begriffe sich aufdrängt bzw. erfolgen soll.

Die Texte und die von der Beschwerdeführerin hervorgehobenen „Frustrationskundgebungen“ von Mitarbeitenden enthalten keine direkt negativen Aussagen über die Beschwerdeführerin. Sie sind vielmehr ohne Weiteres als subjektive Äusserungen erkennbar und vermögen ihr Ansehen daher nicht gravierend zu belasten. Schon der Umfang der internen Erörterungen, aber auch ihr Inhalt, können jedoch beweismässig verständlich den relevanten inneren Stellenwert des Themas der [...] für Mitarbeitende der Beschwerdeführerin anzeigen. Die Aussagen dienen deshalb keiner blossen Stimmungsmache und sind im Lichte und im Rahmen der Begründungspflicht der Vorinstanz gerechtfertigt, wirken nicht persönlichkeitsverletzend oder unnötig herabsetzend und enthalten, soweit ersichtlich, keine besonders geschützten Geheimnisse. Die Rüge ist daher unbegründet.

8.2 Die Beschwerdeführerin verlangt überdies die Streichung von folgenden Passagen, die aus der Sicht der Vorinstanz darlegen, dass mehrere Ländergesellschaften, einschliesslich der Beschwerdeführerin, im massgeblichen Zeitraum aktiv auf Parallelhändler eingewirkt hätten, um deren Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Die Beschwerdeführerin habe mit Hilfe ihrer internationalen Beziehungen erfolgreich Druck ausgeübt und die Einhaltung der vertraglichen Exportverbote durchgesetzt:

[...]

Auch diese Vorwürfe der Druckausübung und der Durchsetzung der vertraglichen Exportverbote lassen sich gestützt auf innere Tatsachen, insbesondere den Nachweis einer gewissen Tatentschlossenheit bei Mitarbeiter/innen der Beschwerdeführerin und entsprechender Beweggründe bei Importeuren, verständlicher und glaubhafter darlegen. Hier stiessen die Zumutbarkeit und Zulässigkeit belastender Aussagen und intimer Einblicke in eine Sphäre persönlicher Zusammenarbeit für untergeordnete Erkenntnisgewinne zwar eher an Grenzen. Denn die explizite Diskussion von [...], die Unterscheidung von [...] und [...] Ware, die Aufforderung zur Nennung von [...], Einhaltung von [...] und das [...] hätte die Vorinstanz mit gleicher Nachvollziehbarkeit ihrer Feststellungen auch in indirekter Rede darlegen können. Den durchwegs sachlichen und massnahmeorientierten Mitteilungen und Vorschlägen in den angefochtenen Passagen, beispielsweise dass [...], lässt sich aber selbst bei vereinzelt persönlich gefärbten Wendungen ([...],[...]) kein für die Beschwerdeführerin unmittelbar nachteiliger Inhalt entnehmen. Diese Textstellen setzen die Beschwerdeführerin nicht gezielt und aus dem Zusammenhang gerissen herab, sondern ermöglichen dem Leser vielmehr ein Hintergrundbild bzw. -verständnis vom Zusammenspiel der einzelnen Akteure im Vertriebssystem der Beschwerdeführerin. Naheliegenderweise kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Einwand stützen, dass die Zitate denjenigen Anschein missbräuchlichen Tuns belegen, zu dessen Illustration sie angeführt sind, da die Begründung auch mit der Publikation genau diesem Zweck dient und besonders geschützte Inhalte in den erwähnten Passagen nicht geltend gemacht werden (E. 7). Auch diese Rüge ist damit abzuweisen.

8.3 In den folgenden beanstandeten Passagen schildert die Vorinstanz eine angeblich gegen den unkontrollierten Vertrieb von [...] unter dem Stichwort [...] getroffene Aktion der Beschwerdeführerin:

[...]

Der Beschwerdeführerin ist mit Bezug auf diese Passagen zuzugestehen, dass die Bezeichnung [...] den Eindruck von Herablassung weckt und die Verwendung von Originalzitaten im Zusammenhang mit dieser Schilderung einen Anschein von authentischer Beweisführung hervorruft, welchem die Erwägungen zum [...] in ihrem Resultat widersprechen. Denn die angefochtene Verfügung schildert das Projekt nicht im Gesamtzusammenhang mit anderen Verhaltensweisen, sondern gesondert. Sie schliesst, der Beschwerdeführerin könne aus diesem Verhalten kein Vorwurf gemacht werden ([...]). Ein öffentliches Interesse oder eine rechtliche Pflicht, die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang scheinbar authentisch in ein schlechtes Licht zu rücken, besteht somit nicht. Allgemeine Umschreibungen des festgestellten Verhaltens durch die Vorinstanz hätten für die Nachvollziehbarkeit des Entscheids, diesen Vorwurf an die Beschwerdeführerin nicht weiter zu verfolgen, genügt. Mit Bezug auf diese Textteile ist die Beschwerde darum gutzuheissen.

8.4 Auch die folgenden Passagen der angefochtenen Verfügung, die das Angebot der Verkaufsdienstleistung [...] ([...]) betreffen, wurden im Zusammenhang mit Abklärungen zur Veröffentlichung bestimmt, die sich in der nachfolgenden rechtlichen Würdigung der Vorinstanz zu keinem Missbrauchsvorwurf verdichtet haben ([...]):

[...]

Auch mit diesen Originalzitaten erweckt die Vorinstanz einen authentischen Anschein von gezielten Behinderungsversuchen gegen [...] durch die Beschwerdeführerin, welcher mit ihrer Schlussfolgerung kontrastiert und einen für die Beschwerdeführerin ungünstigen Eindruck zurückerlässt. Nachdem alle Vorwürfe in diesem Punkt fallen gelassen worden sind, ist das Publikationsinteresse daran nicht erkennbar. Eine kurze Umschreibung des Vorhalts hätte für die Erläuterung der Entscheidung genügt. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt gutzuheissen.

8.5 Schliesslich wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen die Bekanntgabe folgender Arbitragepotenziale:

[...]

Dieser Antrag erscheint zumindest mangelhaft substantiiert, da einerseits die Beweisfunktion der Potenziale für die erhobenen Vorwürfe auf der Hand liegt, es sich aber andererseits um vergangene, auf kein bestimmtes europäisches Land spezifizierte Verhältnisse auf einem technisch und nachfrageseitig bewegten Markt handelt, weshalb kein aktueller Geheimniswert dieser Prozentangaben ersichtlich ist. Dass Fotoprodukte in anderen Ländern deutlich günstiger erworben werden können, ist allgemein bekannt. Die Beschwerde ist diesbezüglich abzuweisen.

8.6 Zusammenfassend ist die Beschwerde mit Bezug auf die Textstellen [...] gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, diese Passagen in der publizierten Version

der angefochtenen Verfügung abzudecken. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

9.

9.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Keine Verfahrenskosten werden den Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin teilweise (7/40). Deshalb sind der Beschwerdeführerin nur, soweit sie unterliegt, in ermässigtem Umfang (7/40) Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Kosten werden in Anbetracht aller relevanten Umstände, einschliesslich der Durchführung einer Parteiverhandlung, auf Fr. 2'500.- festgesetzt. Diese Gebühr wird - nach Rechtskraft des Urteils - teilweise von dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- entnommen. Den Restbetrag von Fr. 1'500.- hat die Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils innert dreissig Tagen zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Die Beschwerdeführerin beantragt zudem, Ziffer 4 der Publikationsverfügung aufzuheben, mit der ihr vorinstanzliche Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 4'563.70 auferlegt wurden. Im Verhältnis des Ausgangs des Beschwerdeentscheids ist diese Kostenaufgabe auf Fr. 3'765.- zu kürzen.

9.2 Für die erwachsenen notwendigen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist der Beschwerdeführerin, da sie im Rahmen von 7/40 obsiegt, eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173. 320.2).

Da die Beschwerdeführerin für ihre Rechtsvertretung keine Kostennote einreichte, ist die Entschädigung auf Grund der Akten und nach gerichtlichem Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

9.3 Angesichts des Aufwands in der vorliegenden Streit-sache ist es angemessen, der teilweise (7/40) obsiegenden Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.- (inkl. MWST) zuzusprechen. Zwar berücksichtigt dieser Betrag die besonderen Verhältnisse, insbesondere den Umstand, dass auf juristischem Neuland anspruchsvolle Rechtsfragen zu klären waren. Dabei erscheint aber nicht der gesamte, der Beschwerdeführerin erwachsene Aufwand als anrechenbar, der für die Abfassung der

teilweise redundanten Rechtsschriften geleistet worden ist.

10.

Das Bundesverwaltungsgericht veröffentlicht seine Entschiede grundsätzlich ungekürzt und in anonymisierter Form (Art. 29 Abs. 2 VGG; Art. 6 Abs. 3 und 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht ["Informationsreglement", SR 173.320.4]). Von dieser Veröffentlichung sind die strittigen Wortlaute aus E. 8.1-8.5 jedoch auszunehmen (Art. 4 Abs. 2 des Informationsreglements).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung vom 4. Juni 2012 werden insoweit aufgehoben, als die Vorinstanz angewiesen wird, die Textstellen [...] der Verfügung vom 28. November 2011, wie vorstehend wiedergegeben (8.3-8.4), in der Publikation abzudecken.

2.

Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz für das vorinstanzliche Verfahren einen reduzierten Kostenanteil im Umfang von Fr. 3'765.- zu bezahlen.

3.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Der Beschwerdeführerin werden die Kosten für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 2'500.- auferlegt und nach Rechtskraft dieses Urteils teilweise dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- entnommen. Den Restbetrag von Fr. 1'500.- hat sie innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu bezahlen.

5.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0396; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

3. Urteil vom 26. Mai 2016 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Publikation einer Sanktionsverfügung

Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, II. öffentlich-rechtliche Abteilung – Verfahrensbeteiligte Nikon AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission. Gegenstand: Publikation einer Sanktionsverfügung, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 15. Oktober 2014.

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 28. November 2011 sanktionierte die Wettbewerbskommission (WEKO) die Nikon AG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) wegen Absprachen nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit rund 12,5 Millionen Franken. Die Nikon AG hat dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht; das Verfahren ist hängig. Die WEKO lud in der Folge die Nikon AG ein, Textstellen, die nach derer Ansicht Geschäftsgeheimnisse enthalten würden, im Hinblick auf eine vorgesehene Publikation im Publikationsorgan der WEKO „Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)“ zu bezeichnen. Die Nikon AG beantragte, eine gekürzte Version der Sanktionsverfügung zu publizieren.

B.

Die WEKO publizierte am 16. Februar 2012 auf ihrer Webseite eine gekürzte Version der Sanktionsverfügung mit dem Hinweis, dass es sich „bei dieser Version [...] nicht um die definitive Version [handle], da einige Textstellen Gegenstand laufender Abklärungen i.S. des Geschäftsgeheimnisses [seien]. Diese Passagen [seien] in dieser Version geschwärzt. Da gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben [worden sei], [sei] sie noch nicht rechtskräftig“. Die WEKO vertrat gegenüber der Nikon AG, dass deren bezeichnete Textpassagen keine Geschäftsgeheimnisse enthielten. Diese stimmte der Offenlegung einiger Textstellen zu, bestand aber aufgrund des Persönlichkeitsschutzes der Beteiligten auf der Abdeckung der im Begründungstext wörtlich zitierten E-Mails.

C.

Am 4. Juni 2012 erliess die WEKO folgende Verfügung:

„Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägung verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einem Mitglied des Präsidiums

1. Es wird festgestellt, dass die von Nikon bezeichneten Textstellen hinsichtlich der Randziffern 268, 273, 299, 338, 420, 507, 510, 511 und 515 der Verfügung der Weko vom 28. November 2011 die an Geschäftsge-

heimnisse zu stellenden Anforderungen erfüllen und im Rahmen der Publikation abgedeckt werden. Die von Nikon in den Randziffern 390, 393, 410 und 462 der Verfügung der Weko vom 28. November 2011 bezeichneten Bandbreiten werden im Sinne der Erwägungen offengelegt.

2. Es wird festgestellt, dass die übrigen von Nikon bezeichneten Textstellen die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen und folglich im Rahmen der Publikation nicht abgedeckt werden.
3. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 wird - nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung - in der von Nikon mit Schreiben vom 22. Februar 2012 vorgelegten Form veröffentlicht, mit Ausnahme der in Ziffer 1 dieses Dispositives ausdrücklich genannten Textstellen.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 7'986.50 werden Nikon im Umfang von 4/7, ausmachend CHF 4'563.70, auferlegt.
5. [Mitteilung].“

Dagegen hat die Nikon AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht geführt. Dieses hat mit Urteil vom 15. Oktober 2014 entschieden:

- „1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung vom 4. Juni 2012 werden insoweit aufgehoben, als die Vorinstanz angewiesen wird, die Textstellen Rz. 89, 154a, 302, 306, 306b und 318 der Verfügung vom 28. November 2011, wie vorstehend wiedergegeben (8.3-8.4), in der Publikation abzudecken.
2. Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz für das vorinstanzliche Verfahren einen reduzierten Kostenanteil im Umfang von Fr. 3'765.- zu bezahlen.
3. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
4. Der Beschwerdeführerin werden die Kosten für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 2'500.- auferlegt und nach Rechtskraft dieses Urteils teilweise dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- entnommen. Den Restbetrag von Fr. 1'500.- hat sie innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu bezahlen.
5. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.
6. [Mitteilung].“

D.

Vor Bundesgericht stellt die Nikon AG folgende Begehren:

- „1. Dispositiv Ziffern 2 und 4 des Urteils der Vorinstanz vom 15. Oktober 2014 seien vollumfänglich aufzuheben. Dispositiv Ziffer 3 des Urteils der Vorinstanz vom 15. Oktober 2014 sei in Bezug auf die in Beilage 3 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung vom 28. November 2011 aufzuheben.
2. Die Wettbewerbskommission sei anzuweisen, die in Beilage 3 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung vom 28. November 2011 in der publizierten Fassung abzudecken.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren 2 sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, die in Beilage 3 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung vom 28. November 2011 in der publizierten Fassung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vom 28. November 2011 abzudecken.
4. Sub-eventualiter zu Rechtsbegehren 3 seien die von der Beschwerdeführerin in Beilage 4 zu dieser Beschwerde vorgeschlagenen Texte für die Umschreibung des wesentlichen Inhalts der in Beilage 3 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung vom 28. November 2011 zu verwenden.
5. Sub-sub-eventualiter zu Rechtsbegehren 4 sei die Sache mit der Anweisung, im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichts zu entscheiden an die Wettbewerbskommission bzw. an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. [...]“

Sie begründete die Beschwerde mit einer Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK (Unschuldsvermutung), Verfassungs- (Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der Unschuldsvermutung, des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Begründungspflicht) und Bundesgesetzrecht (KG, DSGVO [SR 235.1]).

E.

Die WEKO beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) verzichten auf eine Vernehmlassung. Die Beschwerdeführerin repliziert.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 erkannte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Erwägungen:

1.

1.1. Die amtliche Publikation einer (Sanktions-) Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25, 25a VwVG [SR 172.021]; Art. 25 DSGVO). Die WEKO hat mit Verfügung vom 4. Juni 2012 festgehalten, dass gewisse, von der Beschwerdeführerin als Geschäftsgeheimnis taxierte Textstellen keine Geschäftsgeheimnisse darstellen würden und demzufolge zu publizieren seien. Diese Verfügung vom 4. Juni 2012 kann beim Bundesverwaltungsgericht und dessen Entscheidung hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG).

1.2. Die Beschwerdeführerin ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides; sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung der strittigen Emails beschwert und insofern hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheides. Sie ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten.

1.3. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Publikation verschiedener Emailkorrespondenzen, welche in der Verfügung vom 28. November 2011 aufgeführt sind, eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips, der Persönlichkeit, des Geschäftsgeheimnisses, des Datenschutzgesetzes, der Unschuldsvermutung sowie der Begründungspflicht darstelle. Es handelt sich dabei in tatsächlicher Hinsicht noch um die nachfolgend aufgeführten Passagen bzw. Worte der Verfügung vom 28. November 2011, welche in materieller Hinsicht noch hängig ist. Die Vorinstanz hat diese in Anlehnung an die Ausführungen der WEKO gruppiert; diese Gruppierung ist von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Die Passagen, welche in den Erwägungen 8.3 und 8.4 des Urteils vom 15. Oktober 2014 des Bundesverwaltungsgerichts aufgelistet sind, hat dieses mit Ziff. 1 des Dispositivs im Sinne der Beschwerdeführerin geändert. Die Beschwerdeführerin hat sodann gegen die in E. 8.5 des vorinstanzlichen Urteils als rechtlich korrekt befundene Bekanntgabe von Arbitragepotenzialen keine Beschwerde eingelegt, wie sich ausdrücklich aus den Bemerkungen zu Rz. 408 (der Verfügung) der Beschwerdebeilage ergibt.

2.2. Die erste Gruppierung umfasst Aussagen, welche den Vorinstanzen dazu dienten, die bestrittene Absicht der Beschwerdeführerin zu belegen, mit unzulässigen Mitteln nationale Märkte absolut zu schützen:

Rz. 88: „... ihnen einige Grosshändler Kopfschmerzen verursachen, weil sie in pan-europäische Arbitrage-Geschäfte involviert seien, während die anderen die Geschäftsziele mit seriöser Vertriebsarbeit verfolgen würden. Der Vorschlag, wie dieses Problem gelöst werden könnte, ging dahin, die Grosshändler in zwei Gruppen aufzuteilen, wobei mit den Begriffen 'Distributoren' und 'Box Movers' gearbeitet werden sollte... der 'Distributor' sei weder aktiv noch passiv im 'cross-channel' oder in 'crossboarder' Arbitrage-Geschäften tätig, währenddem der 'Box-Mover' vor allem Arbitrage-Geschäfte betreibe... ungeachtet der 'channel affiliation'... dabei von den Preisunterschieden zwischen den verschiedenen Kanälen innerhalb eines Landes oder zwischen Ländern profitiere. Der 'Box Mover'... 'fast moving'... 'highly demanded'

- Produkte... 'cherry picking'... 'Distributor'... 'Box Mover'";
- Rz. 103: "We have cancelled our contract with [...] a few months ago, as our opinion is that Nikon should not work with 'Box Movers'";
- Rz. 139: „box Movers“;
- Rz. 259: „D5000 Grauimportangebote von [...] in die Schweiz; Wichtigkeit: Hoch / [...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um Deutsche Ware handeln wird. Die D5000 ist für uns alle ein wichtiges Produkt, damit wir unsere Position im Entry-D-SLR Segment festigen können. Dazu haben wir in der CH die Konditionen von Palettenschiebern weiter verschlechtert, damit die D5000 für den stationären Handel ein attraktives Produkt sein wird und nicht bereits vor dem Verkaufsstart im Internet verrissen wird. Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen! Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen“;
- Rz. 261: „'Palettenschieber'...'Box Movers'“
- Rz. 267: „...dass der zwischenstaatliche Handel mit Nikon Imaging Produkten ein Problem für die Nikon Europa zentrale BV darstellte. [...] Grauimporten [...] / [...] GM Meeting: European Grey Import 'After talking to different markets and first feedback from PMA it is evident that currently trade between the countries is a concrete topic. A situation, as you might be aware, where local market disturbances lead to anger and frustration“;
- Rz. 272: "D5000 from Poland at Swiss Internet dealer [...] ruins our market pricing... 'Unfortunately, it seems that your efforts to better control exports from Poland did not show the (desired) success. The [...] Swiss Internet dealer [...] is offering the DS5000 with AF-S 18-55mm VR for CHF 989.- (Euro 650.-) and is crashing our market price. [...] indicates a stock level of higher than 50 pieces. We sourced one camera, the serial number is 6011280 and it is from Poland. We can easily source more, but at your expenses. We take serious actions to improve your and our retailer's profitability by controlling our street prices as much as possible. But when a Nikon family member is shooting in your back, it is not that easy“;
- Rz. 276: „für Nikon ein Problem darstellten und verhindert werden sollten“;
- Rz. 280b: „D5000 Grauimportangebote / von [...] in die Schweiz / [...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um deutsche Ware handeln wird. [...] Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen/Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten
- machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen. Besten Dank für die entsprechenden Informationen“;
- Rz. 283: „'Box Movers'“;
- Rz. 285: „...we need to control the involved box movers and take necessary actions“;
- Rz. 286: „...Probleme mit Grauimporten > Nikon D300 Cash-Back Promotion > [...]... Attachment@ 'Ich möchte Sie gerne informieren, dass wir (...obwohl die Promotion noch nicht voll durchgestartet ist) bereits gravierende Probleme mit Käufern haben, die eine Nikon D300 bei Wahl Trading gekauft haben (... und die natürlich nicht von Nikon AG ausgeliefert wurden). Alle bisher aufgetauchten und von Wahl Trading verkauften Nikon D300 stammen ursprünglich von [...] in London/UK. Könnten Sie bitte bei Gelegenheit mit [Mitarbeiter von Nikon UK] darüber sprechen. Besten Dank“;
- Rz. 288: „...AW: Parallel imports from Germany > updated list > documents /"1 will come back to our issue of deliveries from Germany to the Swiss. First of all thank you very much for providing us the clear information about the dealers which are acting into the cross border activities. I will refer to your list and as we can see, three dealers have continuously sold to your country. [...]: Since this customer already was outed and still ignore our Policy we drove down all kind of activities. This means, we are not offering any promotion or special price to them, only standard pricing. Of course this will be and should be in line with the current law to avoid a caught case. Beginning of the new business term 147Ki we will do not offer a new contract to this customer and stop the relationship. [...]: [...] do not direct sold to Switzerland. The goods were delivered to the central warehouse at Frankfurt and then they sold to a member. We are still waiting for their feedback to whom this goods were sold. As far as we will get the information we will keep you updated. [...]: [...] is specialized IT distributor where we have a good relationship until now. We told them the whole story and what damage we have had by this company. He understood, excused this mistake and promise not to do and take care in the future. All other named dealers we already have or we will contact and make the situation / our policy dear“;
- Rz. 514: „Deutschland...Schweiz... deutschen.... Deutschland“.
- 2.3.** Die zweite Gruppierung legt aus Sicht der Vorinstanzen dar, dass mehrere Ländergesellschaften, einschliesslich der Beschwerdeführerin, im massgeblichen Zeitraum aktiv auf Parallelhändler eingewirkt hätten, um deren Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Dabei hätte die Beschwerdeführerin mit Hilfe ihrer internationalen Beziehungen erfolgreich Druck ausgeübt und die Einhaltung der vertraglichen Exportverbote durchgesetzt:
- Rz. 154b: "Grey Imports from [...] and [...]... While we have succeeded with one large grey importer / Internet trader (...) to supply us with freight documents / bills, we are still in negotiations with Digitec, the other large Internet player in the market. [...] supplied us with documents from German traders ([...], approx. 70 pcs D7001!!) but he did not source goods from [...] as Digitec did“;

- Rz. 154c: „Input Digitec... Gespräch Digitec Erwartungen an Digitec 1) Verzicht auf das Arbitrage Geschäft bei Nikon Produkten 2) Bezug von NIKON Produkten bei offiziellen Nikon Grossisten [...]“;
- Rz. 154d: „Angebot NIKON / 'Wie versprochen noch der erweiterte Input zum Thema Zusammenarbeit 1) Pilotversuch Zusammenarbeit November bis Dezember 2009 2) Direkte Zusammenarbeit > Ware wird direkt von Nikon AG ausgeliefert und Rechnung kommt von Nikon > Direktkunden-Status und entsprechende Integration bei allen lokalen Promotionen [...] Ausserdem würden wir gerne die Lagerbestände von Euch kennen und die grossen Posten von importierter Ware gegen CH-Ware tauschen (Service am Kunden)“;
- Rz. 154e: „Zusammenarbeit Wichtigkeit: Hoch/Vielen Dank für Deinen Besuch heute. Um meine Position zu unterstreichen möchte ich nochmals folgende Punkte erwähnt haben, da Du uns noch keine Lösung für die extrem akuten Probleme präsentieren konntest. Im Schnitt haben wir beim Brand Nikon in den ersten drei Monaten unserer Zusammenarbeit einen Umsatzrückgang von ca. 45 % verzeichnet, obwohl wir bei allen anderen Brands massiv zulegen konnten. Dieser Rückgang ist zum grossen Teil auf den Verzicht von Import (als commitment zu Nikon AG) zurückzuführen. Also reiner Goodwill von unserer Seite => Ich habe an die Zukunft geglaubt und diesen strategischen Entscheid gefällt um den Aufbau eines partnerschaftlichen Verhältnisses zu fördern. Es gibt kein einziger Partner in der Schweiz, welchem wir ein solches Entgegenkommen in Form von Importverzicht (ja ich weiss jeder soll und darf importieren...) je geleistet haben. Im Gegenzug wird dank der Seriennummerngeschichte von einigen Lieferanten der Name Digitec mit "Verräter" gleichgesetzt (auf die Frage warum Seitens Nikon beim "drangsaliieren" der Lieferanten immer Digitec erwähnt worden ist, haben wir noch immer keine Antwort - viele Lieferanten kannten uns vorher nämlich noch gar nicht). [...] Ein Aussenstehender würde uns auch bei mangelnden Kenntnissen der Details für verrückt erklären, dass wir noch Hoffnung in eine goldige Zukunft mit Nikon Schweiz hegen. Doch wir (womit im jetzigen Zeitpunkt eigentlich nur noch ich gemeint bin) haben diese Hoffnung noch. Es sollten die offenen Punkte aber bis Freitag nächster Woche geklärt werden. Ich kann es einfach auch nicht verstehen, dass ihr keine schnelle und unbürokratische Lösung bei den kritischen Produkten herbeiführen wollt. Ihr könnt ja nur gewinnen. Der Umsatz der über das Internet läuft, läuft ohnehin über diesen Kanal. Die Frage ist nur, ob die Ware von Nikon Schweiz kommt oder eben nicht. Wenn ihr auf diesen Umsatz verzichten wollt und/oder könnt, ist das eure Entscheidung. Wir jedenfalls wollen das nicht länger tun. Macht uns doch Preise mit welchen wir in 'unserem' Kanal mit Nikon Produkten kompetitiv sein können. Mit Digitec an Bord führt das innert kürzester Zeit zu einer automatischen Bereinigung des Kanals und ihr könnt ein für allemal mit Testkäufen und seriennummernnotieren aufhören (dieser Aufwand in Verbindung mit dem Tracking ist ja auch nicht zu unterschätzen);-) Die Angebote sind auf dem Tisch und es tut mir in der Seele weh, wenn ich sehe was wir hier verspielt haben...Ich denke aus diesem Mail geht klar hervor, dass ich mit dem Rücken zur Wand stehe und innert kürzester Zeit eine Sofortlösung brauche“;
- Rz. 154f: „Zukünftige Zusammenarbeit / 'Grundvoraussetzung für eine direkte Zusammenarbeit und die Konditionen ist, dass Digitec sämtliche Nikon Produkte auch bei NIKON AG Schweiz oder bei einem unseren 'offiziellen' Distributionspartner bezieht und als Vollsortimentanbieter auftritt.'
AW: 'Für das Angebot der direkten Zusammenarbeit und die damit verbundenen Konditionen danke ich Ihnen. Herr [...] und ich haben kräftig gerechnet und sehen einer Zusammenarbeit grundsätzlich positiv entgegen. Allerdings müssten wir ein paar Details noch klären: [...] Objektive: Hier haben wir wirklich sehr grosse Differenzen. Im Minimum betragen die Differenzen knapp 10 %, die Regel sind ca. 12-15 % und im Extremfall sind es über 40 %! Alles immer bei Modellen, die wir auch mehrere Male im Monat verkaufen. Da wir selbst mit den alles eingerechneten EPs von Nikon keine Chance haben, die aktuellen Marktpreise nur ansatzweise mit zu machen, denken wir, dass wir hier bei geringer Marge (+-0) erst noch wesentlich weniger Umsatz machen könnten. Diese Einschränkung können wir so kaum hinnehmen. Ich hätte zur Lösung allerdings folgende Idee: Wäre es möglich bei den ca. 10 wichtigsten Objektiven jeweils eine Planung zu machen mit Möglichkeit zu Specialbits. Die Mengen würden sich jeweils ab ca. 30-50 Stück bewegen. Die zusätzlichen Rabatte müssten sich dafür zwischen 5-10 % bewegen. Es geht uns wie gesagt hier nicht darum das US-Pricing zu verlangen, aber wir können schlecht damit leben, dass wir bei den Objektiven plötzlich abgeschlagen sind, insbesondere da wir hier für dieses Jahr doch ein Wachstum sehen. Mit einer Option in diese Richtung wären wir bereit unseren Umsatz wirklich komplett in die Schweiz zu.'
AW/AW: '[...] Was gibt es zur Zeit für Angebote von internationalen Tradern (interessant wäre der Unterschied Amerika / Asien / Europa) ? [...]'
AW/AW/AW: '[...] Wir möchten zum aktuellen Zeitpunkt ungern ungenaueres über die Angebote und die Herkunft der Objektive sagen. Bei einer Zusammenarbeit sind wir aber gerne bereit die konkreten Angebote offenzulegen. Sie können mir aber glauben, dass die Angaben unten von 'knapp 10 %' bis 'über 40 %' stimmen. [...]'
AW/AW/AW/AW: '[...] Ihre Antwort bezüglich den Angeboten kann ich gut verstehen. Damit wir bei einer allfälligen Zusammenarbeit jedoch ein Argument haben, wäre es sicher gut, wenn zu gegebener Zeit die Offerten offengelegt würden“;
- Rz. 161a: „...clean_up.ppt / 'Einführung eines Status "Nikon autorisierter Internethändler" für Digitec, [...], [...] und [...] unter Einhaltung unserer Spielregeln > kein Parallelimport“;
- Rz. 161b: „WG: D700 offers from [...] to Swiss Dealers /Bitte Herrn [...] anfragen, ob er D700 bei [...] für uns kaufen könnte. Wir bezahlen alle Kosten. Des Weiteren müssen wir unbedingt wissen, um wie viele D700 es sich handelt. Herr [...] soll bitte die Totalmenge anfragen“;
- Rz. 161c: „RG [...] SCAN160909[1].pdf; ATT296047.htm /Im Anhang eine RG von [...]. Gesamthaft wurde von GmbH52 an [...] 600pcs D700 geliefert, davon 520pcs D700 Speedkit (Body + MB-D10) und 40pcs D700 Speedkits 24-120mm. Neben den bereits bekannten Importen von D700 ([...]) und Objektiven ([...]) hat [...] dieses Jahr noch folgende Produkte importiert D300 Body 8 pcs [...] D90 Body 12 pcs

- [...]. Herr [...] hofft, dass wir damit etwas bewerkeln können und wünscht, dass er wieder seinem normalen Geschäftsalltag mit CH-Ware nachgehen kann“;
- Rz. 161d: “AW: Grey Imports from [...] and [...] / 'While we have succeeded with one large grey importer / Internet trader ([...]) to supply us with freight documents / bills, we are still in negotiations with Digitec, the other large Internet player in the market. [...] supplied us with documents from German traders ([...], approx. 70 pcs DT001!!) but he did not source goods from [...] as Digitec did“;
- Rz. 259: „D5000 Grauimportangebote von [...] in die Schweiz; Wichtigkeit: Hoch / ' [...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um Deutsche Ware handeln wird. Die D5000 ist für uns alle ein wichtiges Produkt, damit wir unsere Position im Entry-D-SLR Segment festigen können. Dazu haben wir in der CH die Konditionen von Palettschiebern weiter verschlechtert, damit die D5000 für den stationären Handel ein attraktives Produkt sein wird und nicht bereits vor dem Verkaufsstart im Internet verrissen wird. Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen! Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen“;
- Rz. 261: “We have cancelled our contract with [...] a few months ago, as our opinion is that Nikon should not work with box movers“;
- Rz. 272: “D5000 from Poland at Swiss Internet dealer [...] ruins our market pricing...’ Unfortunately, it seems that your efforts to better control exports from Poland did not show the (desired) success. The [...] Swiss Internet dealer [...] is offering the DS5000 with AF-S 18-55mm VR for CHF 989.- (Euro 650.-) and is crashing our market price. [...] indicates a stock level of higher than 50 pieces. We sourced one camera, the serial number is 6011280 and it is from Poland. We can easily source more, but at your expenses. We take serious actions to improve your and our retailer's profitability by controlling our street prices as much as possible. But when a Nikon family member is shooting in your back, it is not that easy“;
- Rz. 273b: “AW: NIKON PL REPORT ON GREY STOCK OF D5000 FROM POLAND AT [...] /Please find attached all 122 D5000 serial numbers of our purchase from [...]. All serial numbers are from Poland, so there must be a source for bulk purchases in your country, despite your explanations.' / RE: 'We investigated roughly this case. As we expected there is no one dealer which supplied directly wholesale in Germany and [...] in Switzerland (please look into enclosed table). About second shipment of 55 pcs to German wholesale, we can imagine that supply chain could be as follows: / NIKON PL > [...] (NIKON official local dealer) > [...] (non NIKON's dealer, middle size retail chain + internet shop) > [...] > [...]. Unfortunately [...] refused [...] to provide him with his business partner. In reaction [...] has stopped sales to [...]. Nevertheless: 1. It is likely the same reason and the same mechanism occurred as I presented in my previous report. 2. We have just introduced complex of countermeasures against grey. Unfortunately some stock purchased from NIKON Polska at old trade terms by July 1th could be found in Europe in next 1-2 months. Sorry. But just introduced countermeasures will lead to grey elimination however it is not possible in 100% what we are facing in Poland now“;
- Rz. 276: “S210 from [...] to [...] image001.jpg / 'We discovered some S210 at a [...] near Zurich that were supplied by [...] (please check the serial number in the e-mail below). I think this is a serious issue. If [...] starts to purchase Nikon merchandise from wholesaler all-over Europe, we are all in deep trouble. Let's cross our fingers that this will stay a single case. Please do your outmost and stop [...] to do such things, especially with a camera which is in a backorder situation since months“;
- Rz. 279: „D90 / 'Soeben hat mich Deutschland informiert, dass [...] wie wahnsinnig D90 auf dem deutschen Markt sucht. GmbH wird die Lieferungen blockieren“;
- Rz. 280a: “On the other hand the revenue of our distributors decreased by 8%. Main reason for this is that we stopped business with [...] for the last 6 months due to export/import problems“;
- Rz. 280b: „D5000 Grauimportangebote / von [...] in die Schweiz / ' [...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Diese Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um deutsche Ware handeln wird. [...] Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettschieber keine Ware in die Schweiz liefern werden und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen! Wie bereits mehrfach angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auflösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen. Besten Dank für die entsprechenden Informationen“;
- Rz. 281: “[...] due to export/import problems [...]“;
- Rz. 283: “D300 grey from [...] / [...], the largest Swiss Internet dealer (with 3 Shops!), advertised in a Sunday newspapers the D300 for CHF 1799.- (Euro 1'175.-) and the AF-S 70-200mm for CHF 2'169.- (Euro 1'417.-). A test purchase (D300) identified the serial number 4169609, supplied from BV to [...] end of May. Even considering EOL activities, both prices are far away from European price coordination and caused us serious troubles. Some retailers informed us that they will ship back their entire D300 stock and cancel all open orders. We had to pay compensation money. Total costs for this operation are estimated at Euro 30k. Considering the high costs for advertising in Sunday newspapers, the stock level at [...] is estimated at >30pcs for D300 and >15pcs for the AF-S 70-200mm. Please check with [...] which way the merchandise took (for which prices) and how many pieces might be involved. Please kindly report to us ASAP, as we need to control the involved box movers and take necessary actions“;
- Rz. 286: „...Probleme mit Grauimporten > Nikon D300 Cash-Back Promotion > [...]... Attachment@ 'Ich möchte Sie gerne informieren, dass wir (...obwohl die Promotion noch nicht voll durchgestartet ist) bereits gravierende Probleme mit Käufern haben, die eine Nikon D300 bei Wahl Trading gekauft haben (... und

die natürlich nicht von Nikon AG ausgeliefert wurden). Alle bisher aufgetauchten und von Wahl Trading verkauften Nikon D300 stammen ursprünglich von [...] in London/UK. Könnten Sie bitte bei Gelegenheit mit [Mitarbeiter von Nikon UK] darüber sprechen. Besten Dank“.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt habe. Diese sei zwar auf die beiden Eventualbegehren eingetreten und habe die Begehren auch abgewiesen. Eine Begründung für die Abweisung der Eventualbegehren finde sich im Urteil indessen nicht.

3.2. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 138 IV 81 E. 2.2 S. 84; 136 I 229 E. 5.2 S. 236 m.H.). Es genügt dabei, wenn die Begründung implizit erfolgt (BGE 141 V 557 E. 3.2.1 S. 565).

3.3. Die Beschwerdeführerin hat vor Vorinstanz folgende Eventualbegehren gestellt:

„3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 in der publizierten Fassung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vom 28. November 2011 abzudecken.

4. Subeventualiter zum Rechtsbegehren 3 sei die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Umschreibung des wesentlichen Inhalts der in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 zu geben.“

Die Vorinstanz hat zwar nicht explizit, aber implizit die Eventualbegehren der Beschwerdeführerin abgewiesen. Sie hat begründet, dass die Publikation der betroffenen Stellen aus mehreren Gründen zulässig ist. Da die Eventualbegehren weniger verlangten, als was die Vorinstanz als zulässig erklärt hat, sind sie bereits mit der Begründung des Hauptbegehrens implizit abschlägig begründet worden.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Sie ist der Auffassung, dass die Publikationstätigkeit der WEKO den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV wahren müsse. Eine Publikation der strittigen Textstellen wäre vorliegend klar unverhältnismässig, da in nur sehr beschränktem Umfang ein öffentliches Interesse an der Publikation von Originalzitatzen aus interner Kommunikation bestehe und dieses öffentliche Interesse gegenüber dem privaten Geheimhaltungs-

interesse der Beschwerdeführerin keinesfalls zu überwiegen vermöge. Sie nimmt dabei Bezug auf die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz.

4.2. Die Beschwerdeführerin unterschlägt bei ihren Ausführungen zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz, dass sie sich in einem Verwaltungsrechtsverhältnis befindet, das durch verschiedene Gesetze bestimmt wird; im Vordergrund steht zunächst das KG:

4.2.1. Gegen die Beschwerdeführerin ist eine Untersuchung (Art. 27 KG) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG eröffnet und mit der Verfügung vom 28. November 2011 abgeschlossen worden. Darin wird festgestellt, dass gewisse Vertriebsverträge absolute Gebietsschutzabreden i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG enthielten, diese den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten und keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 vorlägen, weshalb eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG bestünde, die nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar wäre.

4.2.2. Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, d.h. u.a. die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. etwa PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 13 ad Art. 48 LCart), ihre Entscheide veröffentlichen; sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, a.a.O., N. 22 f. ad Art. 48 LCart). Entscheide sind - wie der französische Wortlaut auch nahelegt - u.a. Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG, also auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG wie im vorliegenden Fall.

Daneben orientieren das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit (Art. 49 Abs. 1 KG).

4.2.3. Wie das Wort "können" ausdrückt, steht den Wettbewerbsbehörden ein Ermessen zu (vgl. etwa MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, volume 1, 2012, S. 740); die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum (BGE 118 Ib 317 E. 3c S. 324) oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität (BGE 129 II 193 E. 5.1 S. 208). Die Frage der Angemessenheit kann sich dementsprechend nur dort stellen, wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkommt (vgl. TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 Rz. 4 petit). Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, a.a.O., S. 743; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 14 und 18).

4.2.4. Verfügungen haben direkte Wirkung bloss zwischen den Parteien. Insofern würde daher eine Eröffnung nur an diese genügen; Veröffentlichungen sieht

das allgemeine Verwaltungsverfahrenesrecht deshalb einzig dann vor, wenn eine Eröffnung an die Parteien nicht möglich oder deren ausdrückliche Bezeichnung besonders schwierig ist (vgl. Art. 36 VwVG). Das Kartellgesetz hält demgegenüber fest, dass Verfügungen nicht nur an die Parteien eröffnet werden, sondern auch veröffentlicht werden können. Es beruht auf einem besonderen Grund, dass das KG - was auch für andere wirtschaftsrechtliche Bundesgesetze zutrifft (vgl. dazu etwa ROLF WATTER/URS KÄGI, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht - zwischen Transparenz und Pranger, AJP 2005, 39 ff.; THOMAS ISELI, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA, in: Jusletter vom 17. Oktober 2011) - vom allgemeinen Grundsatz der Nichtveröffentlichung abweicht.

4.2.5. Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO hat mehrere Zwecke (so auch für die EU ANDREAS KLEES, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, 2005, § 5 N. 33 f. [S. 94 ff.]):

4.2.5.1. Erstens haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, dass die Verfügungen der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden (u.a. quasi als Warnung: vgl. diesbezüglich auch Art. 10 Abs. 4 UWG [SR 241]), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und angesichts der - aufgrund von zu beantwortenden komplexen Fragen - langen Verfahrensdauer und zum anderen wegen der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage bis vor das Bundesgericht getragen wird, besonders angezeigt. Insofern dient die Veröffentlichung zunächst der Prävention und der Rechtssicherheit (vgl. STEFAN KOLLER, in: SHK Kartellgesetz, 2007, N. 1 ad Art. 48 KG; TERCIER/MARTENET, a.a.O., N. 8 ad Art. 48 LCart; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK zum Kartellgesetz [BSK KG], 2010, N. 7 ad Art. 48).

4.2.5.2. Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO dient zweitens auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbes. über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. Das KG hat deshalb teilweise - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - die mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ; SR 152.3) in der Bundesverwaltung implementierte Politik des „open government“, um Informationsbedürfnisse zu befriedigen und zur aktiven Verwaltungskontrolle und zu einem Wandel der Verwaltungskultur beizutragen (vgl. dazu etwa Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung [Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ], BBl 2003 1963 ff. [nachfolgend Botschaft BGÖ], 1973 f.; GABOR P. BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], BSK Datenschutzgesetz - Öffentlichkeitsgesetz [BSK DSG - BGÖ], 2014, N. 3 ff. ad Entstehung u. Systematik BGÖ), vorweggenommen. Das BGÖ selber ist hier indes nicht anwendbar, allerdings aus einem anderen Grund als die Beschwerdeführerin geltend macht, gemäss welcher von einem Strafverfahren auszugehen sei. Das Verfahren auf Erlass einer Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG stellt kein Strafverfahren i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 BGÖ

dar, sondern ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f.), weshalb das BGÖ grundsätzlich anwendbar wäre (e contrario Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 BGÖ; Ausnahme: Akteneinsichtsrecht [Art. 3 Abs. 1 lit. b BGÖ]). Es betrifft aber im vorliegenden Fall nicht die vom BGÖ nur geregelte passive Informationstätigkeit („auf Gesuch hin“; vgl. statt aller BLECHTA, a.a.O., N. 37 ad Entstehung u. Systematik BGÖ), sondern die durch das KG bereits vorgesehene aktive Informationstätigkeit. Dem Gedanken des „open government“ trägt neben dem bereits erwähnten KG auch das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) in Art. 19, der die Sachüberschrift "Bekanntgabe von Personendaten" trägt, Rechnung.

Die Veröffentlichung der Verfügung soll zudem auch Auskunft über die Stichhaltigkeit bzw. Nichtstichhaltigkeit der Eröffnung der Untersuchung geben. Es soll mit anderen Worten der der Öffentlichkeit unterbreitete Vorwurf bei Untersuchungseröffnung mit dem begründeten Resultat der Untersuchung von der Öffentlichkeit abgeglichen werden können.

4.2.5.3. Drittens sollen mit der Veröffentlichung der Verfügungen die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen und Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden (vgl. TERCIER/MARTENET, a.a.O., N. 9 ad Art. 48 LCart). Es geht mit anderen Worten nicht nur darum, dass die WEKO für sich und die Unternehmen ihre Praxis publiziert, sondern zum einen auch für kantonale Behörden für zivilrechtliche Verfahren (vgl. Art. 12 KG) oder für Verwaltungsverfahren (z.B. BGBM [SR 943.02]) und zum anderen für andere Bundesbehörden (z.B. BGBM).

4.2.5.4. Sinn und Zweck der Veröffentlichung der Entscheide der WEKO decken sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide (vgl. PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Kettiger/Sägesser [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, 2011, S. 69 ff., 70). Insofern erachtete der Gesetzgeber eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO und der Gerichte als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können (vgl. Art. 1 KG). Er nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können.

4.2.6. Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betrifft nur ganze Entscheide (Verfügungen) und nicht einzelne Passagen. Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben dem Einzelnen dementsprechend nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird; dazu gehört u.a. der Schutz des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG.

4.3. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde nicht die Publikation der Verfügung vom 28. November 2011 als solche in Frage gestellt, sondern lediglich die oben aufgeführten einzelnen Passagen bzw. Worte. In

Bezug auf die Publikation der Verfügung ist auch angesichts des Zwecks von Art. 48 Abs. 1 KG kein Grund ersichtlich, weshalb diese Publikation rechtswidrig sein sollte. Zu prüfen ist deshalb nunmehr im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, ob die Verfügung rechtskonform publiziert worden ist.

5.

Zunächst sollen die unter Ziff. 2 aufgeführten Rz. daraufhin überprüft werden, ob sie ein Geschäftsgeheimnis verletzen.

5.1. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Keine Geschäftsgeheimnisse sind zunächst der Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung, die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung amtlich zu publizieren sind; dabei muss der Gegenstand das kartellrechtswidrige Verhalten so umschreiben, dass Dritte sich von der geplanten Untersuchung ein Bild machen können, um entscheiden zu können, ob sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 43 KG).

5.2.

5.2.1. Regelungen über die Beachtung oder über ein Verbot der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen finden sich neben Art. 25 Abs. 4 KG auch in unzähligen anderen Erlassen (z.B. Art. 162, 273 StBG [SR 311.0], Art. 4c, 6 UWG [SR 241], Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG [SR 952.0], Art. 65 Abs. 1, Art. 68, 77 Abs. 3, Art. 86e PatG [SR 232.14], Art. 27 Abs. 2, Art. 48b DesG [SR 232.12], Art. 26 Abs. 2 StromVG [SR 734.7], Art. 51 Abs. 2, Art. 77b URG [SR 231.1]). Alle Formulierungen greifen auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurück (vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, 1995, S. 255; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD, in: Stefan Trechsel et. al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, N. 2 ad Art. 162; in Bezug auf das KG siehe auch SIMON BANGERTER, in: BSK KG, a.a.O., N. 52 ad Art. 25; STEFAN RENFER, Verwaltungsverfahrenrechtliche Fragestellungen aus der Praxis des Kartellrechts - Betrachtungen eines ehemaligen Mitarbeiters des Sekretariats der WEKO, sic! 2010, S. 691 ff., 697).

5.2.2.

5.2.2.1. Entsprechend diesem Begriff bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. „un intérêt légitime“ bzw. „un interesse legittimo“ (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat (zum Ganzen BGE 118 Ib 547 E. 5a S. 559; 109 Ib 47 E. 5c S. 56; 103 IV 283 E. 2b, 2c S. 284 ff.; 80 IV 22 E. 2a S. 27 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/NADINE HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK Strafrecht II, Art. 111-392 StGB [BSK StGB], 3. Aufl. 2013, N. 10 ad Art. 162 m.H.; DRUEY, a.a.O., S. 255 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., N. 2 ad Art. 162; BANGERTER, a.a.O., N. 52, 54 ad Art. 25; VINCENT MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], a.a.O., N. 44 ff. ad Art. 25 LCart; RENFER, a.a.O., S. 697 f.; RAMON MABILLARD, SHK

UWG, 2010, N. 8 ff. ad Art. 6; BALZ STÜCKELBERGER, Unternehmensinformation und Recht, 2004, S. 45 ff.; MARKUS R. FRICK, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], BSK zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb [BSK UWG], 2013, N. 10 ff. ad Art. 6; CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Baudenbacher [Hrsg.], Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, N. 30 ff. ad Art. 6; GEORGES BINDSCHEDLER, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, 1981, S. 19 ff.; MARTIN SCHNEIDER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung. Eine rechtssystematische Untersuchung, 1989, S. 45 ff.). Das Interesse an der Geheimhaltung stellt ein objektives Kriterium dar (vgl. NIGGLI/HAGENSTEIN, a.a.O., N. 15 ad Art. 162; STÜCKELBERGER, a.a.O., S. 47), massgebend ist insofern, ob die Informationen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten.

5.2.2.2. Im Rahmen des Elementes des berechtigten Geheimhaltungsinteresses stellt sich die Frage, ob auch rechtswidrigen Handlungen und Zuständen, d.h. z.B. Handlungen, die gegen das Gesetz verstossen, Geheimnisschutz zu gewähren ist. Die schweizerische Literatur ist sich hier nicht einig, auch wenn die Mehrheit eher der Auffassung folgt, dass solchen Handlungen der Schutz zu verweigern sei (pro: BINDSCHEDLER, a.a.O., S. 25; LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2006, S. 39; FRICK, a.a.O., N. 35 ad Art. 6; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N. 52 ad Art. 6; RAMON MABILLARD, SHK UWG, 2010, N. 11 ad Art. 6; STÜCKELBERGER, a.a.O., S. 47; BANGERTER, a.a.O., N. 54 ad Art. 25; contra [in diesen Fällen wird vielfach eine Rechtfertigungsmöglichkeit in Betracht gezogen]: ADRIANO MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis - Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, 2002, S. 35 ff. [allerdings knüpft er das Geheimnis an berechnete Erwartungen, welche nach Treu und Glauben geschützt seien; zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, um das Bankgeheimnis zu verletzen, S. 106 ff.]; KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, 1993, S. 39; weitere Hinweise bei BINDSCHEDLER, a.a.O., S. 25; die h.L. in Deutschland [dazu die Hinweise in FRICK, a.a.O., N. 35 ad Art. 6]; grundsätzlich anders: DRUEY, a.a.O., S. 255 ff., 365 ff.; eher abwägend: FRANZ-MARTIN SPILLMANN, Begriff und Unrechtstatbestand der Verletzung der Amtsgeheimnisse nach Artikel 320 des Strafgesetzbuches 1984, S. 142 ff. [eher contra S. 144 ff.]). Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, in den relativ weit zurückliegenden Fällen nicht explizit geäussert, indes regelmässig auf ein „intérêt légitime“ (BGE 103 IV 283 E. 2b S. 284) oder „un interesse legittimo“ (BGE 118 I E. 5a S. 559) oder ein „berechtigtes Interesse“ (BGE 80 IV 22 E. 2a S. 29) abgestellt. In BGE 104 IV 175 ff., wo Stanley Adams, Mitarbeiter bei F. Hoffmann-La Roche & Co. AG, den Organen der Europäischen Gemeinschaften vertrauliche Informationen über Abmachungen seiner Arbeitgeberin zukommen liess und sich bei der Argumentation der Nichtverletzung von Geheimhaltungspflichten u.a. auf Art. 23 des Abkommens vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401), dem Kartellrechtsartikel des Abkommens, berufen hat, löste das Bundesgericht die strittige Frage anders. Inwieweit rechtswidrige

Handlungen und Zustände in den oben aufgeführten, einzelnen Erlassen, insbesondere bei Art. 162 StGB, Geheimnisschutz verdienen, muss hier nicht beantwortet werden.

5.2.2.3. Ob im Geltungsbereich des KG rechtswidrige Handlungen (z.B. unzulässige Kartellabsprachen [vgl. BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N. 52 ad Art. 6; BINDSCHEDLER, a.a.O., S. 25; BANGERTER, a.a.O., N. 54 ad Art. 25]) und Zustände einen solchen Schutz verdienen, ist im Kontext des KG selbst zu bestimmen. Dabei stellt das objektive Geheimhaltungsinteresse das Korrektiv dar, um die Unterschützstellung willkürlicher Sonderinteressen zu verhindern (vgl. FRICK, a.a.O., N. 33 ad Art. 6; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N. 27 ad Art. 6; SCHNEIDER, a.a.O., S. 58; BINDSCHEDLER, a.a.O., S. 24). Mit dem objektiven Geheimhaltungsinteresse soll die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Unternehmen geschützt werden (vgl. SCHNEIDER, a.a.O., S. 58; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N. 27 ad Art. 6) und somit - auch aus kartellrechtlicher Optik - gleichzeitig der Wettbewerb als solcher (SCHNEIDER, a.a.O., S. 58; siehe auch BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N. 52 ad Art. 6), der in den Augen des Kartellgesetzgebers (statt aller ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 307 f.) und damit der Allgemeinheit schutzwürdig ist. Basiert somit der Wettbewerbsvorsprung auf Handlungen, welche das KG gerade verpönt, so würde ein Unterschützstellen dieser kartellrechtswidrigen Handlungen den Intentionen des Kartellgesetzes zuwiderlaufen, und damit würde das Kartellrecht gerade das Verhalten, welches es sanktioniert und präventiv verhindern will, schützen (statt aller BINDSCHEDLER, a.a.O., S. 25). Für das Kartellrecht bedeutet dies, dass eine Unterschützstellung eines Geheimnisses, das einen kartellrechtswidrigen Inhalt hat, nicht möglich ist (neben den unter E. 5.2.2.2 aufgeführten pro-Autoren BANGERTER, a.a.O., N. 54 ad Art. 25; MARTENET, a.a.O., N. 44 ff. ad Art. 25 LCart; RENFER, a.a.O., S. 698; ROLF DÄHLER, Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Befugnisse, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 547 ff., 586). Nicht geheimhaltungswürdig sind deshalb Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen (vgl. BANGERTER, a.a.O., N. 54 ad Art. 25; URS ZENHÄUSERN, in: SHK Kartellgesetz, 2007, N. 15 ad Art. 25 KG; RENFER, a.a.O., S. 698; DÄHLER, a.a.O., S. 586; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Lieferung 1997, Art. 25 N. 18; so auch für die analoge Regelung in der EU etwa KLEES, a.a.O., § 5 N. 34 [S. 96]; siehe auch Urteil des EuG vom 12. Oktober 2007 T-474/04, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH, Rz. 65); dabei ist einzelfallweise dem Ziel der Publikation Rechnung zu tragen, insoweit als es der Öffentlichkeit erlaubt, die Motive der WEKO zu verstehen (vgl. MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart; PATRIK DUCREY, in: Ducrey/Zurkinden, Das schweizerische Kartellrecht, SBVR XI, 2. Aufl. 2007, S. 597 ff., 751 N 421).

5.2.3. Der Gegenstand des Geschäfts geheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen, d.h. Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmänni-

schen Charakter aufweisen (BGE 103 IV 283 E. 2b S. 28; BANGERTER, a.a.O., N. 53 ad Art. 25; FRICK, a.a.O., N. 17 ad Art. 6); entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können (vgl. BGE 103 IV 283 E. 2b S. 284; BANGERTER, a.a.O., N. 53 ad Art. 25; MARTENET, a.a.O., N. 45 ad Art. 25 LCart; SCHNEIDER, a.a.O., S. 26 ff., 32 f., 33 ff., 35 ff.), oder mit anderen Worten ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. ISABELLE HÄNER, BSK DSG - BGÖ, a.a.O., N. 38 ad Art. 7 BGÖ; STÜCKELBERGER, a.a.O., S. 47).

5.2.4. Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. Urteil 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; BANGERTER, a.a.O., N. 56 ad Art. 25; ZENHÄUSERN, a.a.O., N. 16 ad Art. 25; RENFER, a.a.O., S. 697; siehe auch STÜCKELBERGER, a.a.O., S. 53; RAMON MABILLARD, SHK UWG, 2010, N. 16 ad Art. 6).

5.3.

5.3.1. Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen sowohl der relativen Unbekanntheit als auch des Geheimhaltungswillens nicht bestritten. Strittig ist, ob das Geheimhaltungsinteresse gegeben ist; es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob an den zu publizierenden Ausführungen der Geheimnisher ein berechtigtes Interesse an deren Geheimhaltung hat.

5.3.2. Während nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ sowie Art. 19 Abs. 1^{bis} und Abs. 4 DSGVO eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, erfolgt dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse, die Verfügung der WEKO zu publizieren, und dem Geschäftsgeheimnis. Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt; es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden (vgl. etwa BANGERTER, a.a.O., N. 57 ad Art. 25; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N. 1063; DÄHLER, a.a.O., S. 586). Allerdings wird die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht verletzt, wenn dieses verschleiert oder ungenau formuliert wird. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen (vgl. BANGERTER, a.a.O., N. 59 ad Art. 25; MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart); dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag, verständliche und nachvollziehbare Verfügungen zu veröffentlichen (Art. 48 KG) bzw. - hier nicht relevant - im Rahmen des Aktenein-

sichtsrechts nach Art. 28 VwVG zur Verfügung zu stellen, Rechnung getragen werden.

5.3.2.1. In diesem Zusammenhang ist das folgende, von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Argument zu relativieren. Nach deren Auffassung gelange der durchschnittliche Leser aufgrund der Lektüre des aus dem Zusammenhang gerissenen Originalzitats, das in der Verfügung aufgeführt oder in einem Medienbeitrag erschienen sei, zu einer eigenen, wahrscheinlich irrgen Überzeugung, welche er als Wahrheit empfinden und kaum revidieren werde, selbst nach Aufhebung der Sanktionsverfügung. Dies würde zu einem Reputationschaden bei ihr führen, welcher weit über den Unrechtsvorwurf der WEKO hinaus ginge.

5.3.2.2. Wie ausgeführt, ist im Rahmen der Anwendung des KG nur massgebend, ob die Ausführungen der WEKO ein Geschäftsgeheimnis betreffen. Ob die Öffentlichkeit ihre Meinung selbst nach einem für die Beschwerdeführerin positiven Beschwerdeentscheid revidieren wird, ist nicht relevant; der Gesetzgeber hat dies - wie bereits ausgeführt - mit dem Erlass von Art. 48 Abs. 1 KG in Kauf genommen. Massgebend ist die Publikation der Verfügung unter Berücksichtigung der geheim zu haltenden Textstellen und nicht, ob gewisse Passagen aus dem Gesamtzusammenhang gerissen in einem Medienbeitrag erscheinen.

5.3.3. Bei der Beurteilung der einzelnen Aussagen ist im Folgenden deshalb nur zu prüfen, ob sie Geschäftsgeheimnisse betreffen. Die Frage, ob die aus Geheimhaltungsgründen strittigen Aussagen einen materiellen kartellrechtlichen Tatbestand erfüllen und somit zu Recht eine entsprechende Rechtsfolge auslösen, ist nicht Prüfgegenstand; dies bildet Gegenstand eines späteren Verfahrens. Insofern ist auf diesbezügliche vorgebrachte Rügen, insbesondere in der Beilage 4 der Beschwerde (Gegenüberstellung des Wortlauts der strittigen Textstellen mit deren Kontext) nicht einzugehen.

Der Kontext, in welchen die verschiedenen Aussagen zu stellen sind, betrifft den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, mithin die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch vertikale Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Dazu ist u.a. relevant, ob es sich um eine absolute Gebietsschutz-Wettbewerbsabrede handelt. Absoluter Gebietsschutz ist dann erfüllt, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind (vgl. ZÄCH, a.a.O., N. 469).

5.3.4. Zunächst soll die erste Gruppierung darauf überprüft werden, ob sie nicht zu publizierende Geschäftsgeheimnisse enthält.

5.3.4.1. Während Rz. 88 der Verfügung noch die Frage betrifft, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin überhaupt im Geltungsbereich des Gesetzes liegt (Art. 3 Abs. 2 KG), betreffen die anderen Randziffern die Frage, ob unzulässige Wettbewerbsabreden über die Zuweisung von Gebieten vorliegen (Art. 5 Abs. 4 KG). Rz. 87 setzt sich mit dem Verhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht im Zusammenhang mit Parallelimporten auseinander. Rz. 88 der Verfügung knüpft daran an und

hält diesbezüglich fest, dass die Beschwerdeführerin nach Lösungen suchte, um Parallelimporte einzudämmen. Als Begründung wird der Inhalt einer Email in indirekter Rede aufgeführt. Danach bestünden zwei Gruppen von Grosshändlern: zum einen solche, welche sich an die Vorgaben der Beschwerdeführerin hielten, zum anderen solche, welche sich nicht daran hielten. Entsprechend ihrem Verhalten wurden diese Grosshändler unterschiedlich bezeichnet. Jene wurden als Distributoren, diese als Box Movers bezeichnet. Mit u.a. Ziff. 88 der Verfügung soll die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, dass ihr Verhalten nicht dem KG unterliege, begründet widerlegt werden. Insofern dienen diese Ausführungen lediglich dazu, das aus Sicht der WEKO bestehende kartellrechtswidrige Verhalten zu begründen bzw. zu belegen; aus diesem Grund sind diese Tatsachen nicht geheimhaltungswürdig (oben E. 5.2.2.3). Die verwendeten Bezeichnungen „Box Movers“ (Kisten-Schieber) und die andernorts (z.B. Rz. 261, 280b) benutzte Bezeichnung „Palettenschieber“ weisen weder einen betriebswirtschaftlichen noch kaufmännischen Charakter auf. Sie benennen - bildlich gesprochen - lediglich diejenigen Grosshändler, die sich nicht im Sinne der Beschwerdeführerin verhalten, nämlich diejenigen, die die Kisten so verschieben, um Parallelimporte zu ermöglichen. Ganz abgesehen davon, bedarf es eines Begriffs, um diejenigen zu bezeichnen, welche sich nicht an dem von der Beschwerdeführerin gewünschte Verhalten orientieren, knüpft doch diese selbst in verschiedenem Zusammenhang daran an, um ihrem Verhalten Nachachtung zu verschaffen (siehe z.B. Rz. 103).

5.3.4.2. Rz. 103 der Verfügung, die von der Kündigung eines „Box Movers“ handelt, dient wiederum der Begründung des aus Sicht der WEKO bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens, was insbesondere im Nebensatz zum Ausdruck kommt, dass die Beschwerdeführerin nicht mit „Box Movers“ arbeite, weil sie sich nicht an deren Vorgaben (d.h. Gebietsschutzabreden) hielten, und in Rz. 259, 276, 280b, 285 auch von notwendigen Massnahmen (u.a. Kündigung) spricht. Aus diesem Grund sind auch hier die Tatsachen nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 5.2.2.3).

5.3.4.3. Rz. 259 und 267 handelt ebenfalls von der Disziplinierung von Parallelhändlern im Vertragsgebiet. Auch diese Ausführungen dienen wiederum der Begründung des aus Sicht der WEKO bestehenden kartellwidrigen Verhaltens und sind insofern nicht geheimhaltungswürdig.

5.3.4.4. Die in Rz. 272 aufgeführte Email dient u.a. dazu, zu beweisen, dass die Seriennummern von Nikon Objekten auch dazu verwendet wurden, die Herkunft parallel in die Schweiz importierter Ware zu ermitteln und die jeweiligen Nikon Ländergesellschaften dazu anzuhalten, diese Parallelhändler von weiteren Verkäufen in die Schweiz abzuhalten. Auch die in Rz. 286 und 288 aufgeführten Emails sowie die Ausführung in Rz. 514 handeln davon, dass die Beschwerdeführerin mit Ländergesellschaften Kontakt aufnahm, damit diese Gesellschaften Parallelexporte in das Vertragsgebiet der Beschwerdeführerin verhinderten oder dieser bei der Verhinderung behilflich seien. Insofern dienen auch diese Ausführungen wiederum dazu, das aus Sicht der WEKO bestehende kartellrechtswidrige Verhalten zu begründen bzw.

zu belegen; aus diesem Grund sind diese Tatsachen - wie bereits ausgeführt - nicht geheimhaltungswürdig (oben E. 5.2.2.3).

5.3.4.5. Insgesamt geht es darum, dass die Auffassung der WEKO, wonach ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist, damit überhaupt eine Sanktion nach Art. 49a KG in Betracht gezogen werden kann, durch die Aussagen der Beschwerdeführerin belegt werden. Die verschiedenen Aussagen sollen - aus Sicht der WEKO - darlegen, dass der in der Schweiz durch Grau-/Parallelimport verursachte Preiswettbewerb durch die Beschwerdeführerin eingedämmt bzw. ausgeschaltet werden sollte, indem u.a. Verträge gekündigt oder andere Massnahmen angedroht und Beziehungen zu Ländergesellschaften benutzt wurden. Es sind somit Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen sollen und welche somit nicht geheimhaltungswürdig sind. Sie sind insofern notwendig, um der Öffentlichkeit zu erlauben, die Argumente der WEKO zu verstehen (vgl. dazu MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart). Dies insbesondere auch, weil die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der WEKO u.a. bestritten hat, dass es sich bei den vertraglich vereinbarten Gebietsschutzabreden um „toten Buchstabe“ gehandelt habe (siehe Rz. 255 der Verfügung vom 28. November 2011).

5.3.5. Nachfolgend sind die Aussagen, welche die Vorinstanz der zweiten Gruppierung zugeordnet hat, daraufhin zu prüfen, ob sie mit Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 4 KG in Einklang stehen.

5.3.5.1. Im Laufe des Verfahrens hat die WEKO aufgrund von Dokumenten, welche sie bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmt hat, ihre Untersuchungen auch auf die Digitec AG ausgedehnt und geprüft, ob und inwieweit unzulässige Gebietsschutzabreden zwischen dieser und der Beschwerdeführerin vorlägen. Die in den Rz. 154b-154f der Verfügung vom 28. November 2011 enthaltenen Aussagen zeigen aus Sicht der WEKO mögliche Anhaltspunkte für den Verzicht auf Parallelhandel unter bestimmten Voraussetzungen, was eine unzulässige Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen könnte. Zwar wurde im Fall der Digitec AG das Verfahren ohne Folgen eingestellt (Dispositiv Ziff. 3 der Verfügung vom 28. November 2011), doch war Digitec AG Verfahrenspartei. Diesbezüglich können die Informationen objektiv gesehen nicht als geheimhaltungswürdig gelten. Die Tatsachen sind insofern notwendig, um der Öffentlichkeit zu erlauben, die Argumente der WEKO nachzuvollziehen, warum die Untersuchung auf Digitec AG ausgedehnt und in der Folge eingestellt wurde (vgl. dazu MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart). Offen kann deshalb diesbezüglich bleiben, ob die Beschwerdeführerin überhaupt ein geschütztes Interesse hat, zugunsten von Digitec AG Beschwerde zu führen.

5.3.5.2. Die Rz. 161a-161d betreffen einen weiteren Händler, auf den die Untersuchung nicht ausgedehnt wurde und der somit nicht Partei des Verfahrens vor der WEKO war. Allerdings weisen die einzelnen Aussagen auf Anhaltspunkte für mögliches kartellrechtswidriges Verhalten hin, wenn etwa die Beschwerdeführerin dem weiteren Händler den Status eines autorisierten Händlers zuweist mit dem Hinweis unter Einhaltung ihrer Spielregeln (= „kein Parallelimport“). Auch hier liegt kein

berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vor, denn diese Tatsachen erlauben, die Argumente der WEKO nachzuvollziehen, wann ein bestimmtes Handeln zu einer kartellrechtsproblematischen Wettbewerbsabrede führen kann (vgl. dazu MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart). Offengelassen werden kann deshalb wiederum die Frage des Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin.

5.3.5.3. In den Rz. 259, 261, 272, 273b, 276, 279, 280a, 280b, 281, 283 und 286 geht es - nach Auffassung der WEKO - im Wesentlichen um die Umsetzung der vertraglichen Gebietsschutzabreden durch die Einhaltung der vertraglichen Exportverbote; dabei wird vor allem die Hilfe der Ländergesellschaften in Anspruch genommen. Im Einzelnen: Rz. 259 enthält die Aussage, dass die Beschwerdeführerin zum einen nicht mit Parallelhändlern (d.h. Palettschiebern) zusammenarbeitet (siehe auch Rz. 261 [dazu bereits oben]; so auch Rz. 280a, 280b, 281) und zum andern die Aufforderung an andere Ländergesellschaften, dafür zu sorgen, dass Palettschieber keine Ware in die Schweiz liefern können. Die Rz. 272 und 273 belegen, dass mit der Seriennummer die Herkunft parallel in die Schweiz importierter Objekte eruiert wurde, um danach die Ländergesellschaften zu bitten, die Parallelverkäufer von Verkäufen in die Schweiz abzuhalten. Auch Rz. 276, 280b, 283 und 286 sprechen von der Verhinderung von Parallelimporten. Nach Rz. 279 werden solche Verkäufe unterbunden, wenn ein Schweizer Händler auf dem Deutschen Markt ein gewisses Objekt sucht. Insofern dienen auch diese Ausführungen wiederum dazu, das aus Sicht der WEKO bestehende kartellrechtswidrige Verhalten zu begründen bzw. zu belegen; aus diesem Grund sind diese Tatsachen - wie bereits ausgeführt - nicht geheimhaltungswürdig (oben E. 5.2.2.3).

5.3.5.4. Auch hier geht es insgesamt darum, die Auffassung der WEKO durch die Aussagen der Beschwerdeführerin zu belegen, wonach ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist, damit überhaupt eine Sanktion nach Art. 49a KG in Betracht gezogen werden kann. Die verschiedenen Aussagen sollen - aus Sicht der WEKO - darlegen, dass der in der Schweiz durch Parallelimport verursachte Preiswettbewerb durch die Beschwerdeführerin eingedämmt bzw. ausgeschaltet werden sollte, um die Gebietsschutzabrede umzusetzen, indem u.a. Verträge gekündigt und vor allem Beziehungen zu Ländergesellschaften benutzt wurden. Es sind Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen sollten und welche somit nicht geheimhaltungswürdig sind. Sie sind insofern notwendig, um der Öffentlichkeit zu erlauben, die Argumente der WEKO zu verstehen (vgl. dazu MARTENET, a.a.O., N. 48 ad Art. 25 LCart). Sie ermöglichen - wie die Vorinstanz zu Recht hervorgehoben hat - dem Leser den Hintergrund bzw. ein Verständnis vom Zusammenspiel der einzelnen Akteure im Vertriebssystem der Beschwerdeführerin zu bilden.

6.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Veröffentlichung der in Ziff. 2 aufgeführten Passagen gegen das DSG, das ein Querschnittsgesetz bildet (vgl. BGE 126 II 126 E. 5/a/bb S. 132), verstösst.

6.1. Das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG), oder mit anderen Worten gelten die Vorschriften des DSG für die Bearbeitung von persönlichen Daten, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können (BGE 138 II 346 E. 3.2 S. 352; 126 II 126 E. 4 S. 130; vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Belsler/Epiney/Waldmann, *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, 2011, § 12 N. 4). Personendaten sind dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar - natürliche oder juristische (Art. 3 lit. b DSG; BGE 136 II 508 E. 3.2 S. 314; STEPHAN C. BRUNNER, *Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden*, ZBI 2010, S. 595 ff., 596) - Person beziehen. Der Begriff „Personendaten“ ist weit und umfasst jede Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt (vgl. etwa BEAT RUDIN, *SHK DSG*, 2015, N. 7 ad Art. 3; PHILIPPE MEIER, *Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé*, 2011, S. 197 ff.).

Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Inhalt der Verfügung vom 28. November 2011 um Personendaten. Daten über Sanktionen stellen zudem besonders schützenswerte Personendaten dar (Art. 3 lit. c DSG; dazu etwa GABOR P. BLECHTA, in: *BSK DSG - BGÖ*, a.a.O., N. 43 f. ad Art. 3 DSG), was vorliegendenfalls ebenfalls zutrifft. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben (Art. 3 lit. e DSG) und dieses wiederum das Veröffentlichen (Art. 3 lit. f DSG). Art. 48 Abs. 1 KG spricht von „Veröffentlichung“ und meint dasselbe wie Art. 3 lit. f DSG.

6.2. Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG), worunter auch die WEKO - als Behördenkommission (Art. 7a Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8a Abs. 3 RVOV [SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG) - fällt; diese ist verantwortliches Organ i.S.v. Art. 16 Abs. 1 DSG. Auf das hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist das DSG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c i.f. DSG; vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 37). Abgesehen davon wäre das DSG auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar, insbesondere die Weitergabe nach Abschluss des Verfahrens (WALDMANN/BICKEL, a.a.O. § 12 N. 31).

6.3. Wer Personendaten bearbeitet, hat sich u.a. an die in Art. 4, 5 und 7 DSG aufgeführten Grundsätze zu halten (dazu ASTRID EPINEY, in: Belsler/Epiney/Waldmann, *Datenschutzrecht*, a.a.O., S. 509 ff.): Rechtmässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 1), Grundsatz von Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 2), Zweckmässigkeits- und Erkennbarkeits- bzw. Transparenzgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 und 4) sowie Datenrichtigkeits- und -sicherheitsgrundsatz (Art. 5 und 7).

Zu beachten ist allerdings, dass der Gesetzgeber in bereichsspezifischen Regelungen von den im DSG vorgesehenen Prinzipien, Grundsätzen oder Ansprüchen abweichen kann, so dass einzelne Bestimmungen des DSG daneben (materiell) keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt (vgl. BGE 126 II 126 E. 5b S. 132 f.;

ASTRID EPINEY/TAMARA CIVITELLA/PATRIZIA ZBINDEN, *Datenschutzrecht in der Schweiz*, 2009, S. 41).

6.4.

6.4.1. Für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Das DSG hat in den Art. 17 ff. DSG diese Anforderungen konkretisiert; dabei bildet das DSG - mit ganz wenigen Ausnahmen (z.B. Art. 19 Abs. 2 DSG) - nicht die gesetzliche Grundlage (statt aller RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, *St. Galler Kommentar [SG Kommentar]*, 3. Aufl. 2014, N. 79 ad Art. 13). Die Bekanntgabe von Personendaten, worunter auch - wie bereits hervorgehoben - das Veröffentlichen fällt, hat - angesichts der "heikelste[n] Bearbeitungsphase" (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 86) - in Art. 19 DSG eine besondere, konkretisierte Regelung erfahren. Danach dürfen Bundesorgane Personendaten nur bekanntgeben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 17 besteht oder wenn bestimmte, in casu nicht relevante Voraussetzungen gegeben sind (Art. 19 Abs. 1 DSG). Art. 17 DSG verlangt für die Bearbeitung von Personendaten eine gesetzliche Grundlage (Abs. 1). Besonders schützenswerte Personendaten dürfen Bundesorgane nur dann bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 2 Ingress DSG) oder wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 lit. a - c DSG erfüllt sind. Mit der Einführung des BGÖ hat das DSG in Art. 19 Abs. 1bis sodann eine Regelung erhalten, die dem Anliegen des „open government“ Rechnung trägt. Danach dürfen Bundesorgane im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das BGÖ auch Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (lit. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (lit. b).

Besteht nach Art. 19 Abs. 1 ff. DSG eine gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten, so lehnt nach Art. 19 Abs. 4 lit. a und b DSG das Bundesorgan die Bekanntgabe trotzdem ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Insofern bedarf es einer Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und dem privaten Geheimhaltungsinteresse (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 91; EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 53; YVONNE JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008, N. 98 ad Art. 19).

6.4.2. Art. 48 Abs. 1 KG bildet die nach Art. 19 Abs. 1 DSG erforderliche formell gesetzliche Grundlage, um Personendaten zu veröffentlichen. Sie stellt die gesetzliche Grundlage für eine bereichsspezifische aktive Informationstätigkeit dar (zu den Begriffen vgl. BRUNNER, a.a.O., S. 598). Insofern ist es nicht notwendig, auf die für die allgemeine Informationstätigkeit zugeschnittene Regelung nach Art. 19 Abs. 1bis DSG zu rekurrieren (vgl. Botschaft BGÖ, BBl 2003 2033). Dabei genügt als

gesetzliche Grundlage - wie hier - eine Ermächtigung zur Datenbekanntgabe (vgl. EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 47), wobei die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze noch zu beachten sind (vgl. EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 47). Allerdings ist vorab zu prüfen, ob es sich bei den Vorschriften des KG um datenschutzrechtliche Spezialvorschriften handelt (oben E. 6.3).

6.4.3. Das KG enthält verschiedene Regelungen, welche sich mit der Bekanntgabe von personenbezogenen Daten befassen (Art. 25 Abs. 4, Art. 28 Abs. 2, Art. 41, 42b und 48 KG). Für den hier vorliegenden Fall sind Art. 48 i.V.m. 25 Abs. 4 und Art. 28 Abs. 2 KG relevant.

Nach Art. 48 Abs. 1 KG ist die Veröffentlichung von Verfügungen zulässig. Geschäftsgeheimnisse dürfen bei Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden nicht preisgegeben werden (Art. 25 Abs. 4 KG). Auch im DSGVO werden in Art. 19 Abs. 4 lit. b Geheimhaltungspflichten (= Nichtveröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen) erwähnt. Allerdings unterliegen diese einer Interessenabwägung (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 93), woraus nicht in jedem Fall eine Verweigerung einer Bekanntgabe folgt (vgl. BGE 124 III 170 E. 3 S. 170 ff.; EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 53; JÖHRI, a.a.O., N. 103 ff. ad Art. 19; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 93). Das KG ist demgegenüber bei Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden strikter: Geschäftsgeheimnisse dürfen nicht preisgegeben werden (vgl. oben E. 5.3.2). Insofern hat der Gesetzgeber in Bezug auf die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden, welche Geschäftsgeheimnisse enthalten können, bereits im KG die Abwägung mit den relevanten öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen und die Veröffentlichung von Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, untersagt. Dies ist angesichts der kartellrechtlichen Orientierung am Wettbewerb als solchem und insbesondere an der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Einzelner (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 318) auch naheliegend; eine Bekanntgabe von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der Publikation von Verfügungen nach einer erfolgten Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 4 DSGVO könnte eine verfassungswidrige Wettbewerbsverfälschung darstellen. Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 4 KG stellen insofern eine Spezialregelung dar. Angesichts des klaren Wortlauts sowohl des Art. 25 Abs. 4 KG (Geschäftsgeheimnisse) als auch des Art. 19 Abs. 4 DSGVO, wonach eine Interessenabwägung nicht nur bei Geheimhaltungspflichten ausgelöst wird, bildet Art. 25 Abs. 4 KG eine Spezialregelung nur in Bezug auf personenbezogene Daten, die ein Geschäftsgeheimnis betreffen (das KG will nur die wirtschaftliche Handlungsfreiheit schützen). Sofern Daten keine Geschäftsgeheimnisse betreffen, ist demzufolge noch zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 4 DSGVO aufgeführten Interessen gegen eine Veröffentlichung sprechen.

6.5. Die Beschwerdeführerin macht folgende private Interessen, die gegen eine Publikation sprechen würden, geltend: Schutz der Geheim- und Privatsphäre und Schutz der Reputation.

6.5.1. Der Schutz der Geheimsphäre ist bereits im Rahmen der datenschutzrechtlichen Spezialbestimmung im KG behandelt worden; dessen behauptete Verletzung ist

hier nicht mehr zu prüfen. Die Privatsphäre und die Ehre der einzelnen Mitarbeiter sind ferner nicht verletzt, sind doch die Namen der einzelnen Mitarbeiter anonymisiert.

6.5.2. In Bezug auf den Schutz der Reputation ist folgendes zu beachten: Reputation bedeutet den Ruf des Beschwerdeführers. Dieser wird durch dessen Geschäftsgebaren bestimmt, welches sich in geschäftlich relevanten Informationen äussert, mithin Informationen, die einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen und somit Teil des Geschäftsgeheimnisses bilden, was bereits im Rahmen der datenschutzrechtlichen Spezialregelung des KG geprüft wurde.

In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin auf eine materielle Überprüfung der Rechtmässigkeit der Sanktion unter dem Deckmantel der Reputation zielt, was nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet.

6.5.3. Abgesehen davon würden die Interessen der Beschwerdeführerin, nämlich die Beibehaltung des guten Rufs, die obgenannten öffentlichen Interessen, die für eine Veröffentlichung der strittigen Verfügung sprechen (Prävention und Rechtssicherheit für die Öffentlichkeit, insbes. der Wirtschaft, Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbes. über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung, Befriedigung von Informationsbedürfnissen, die Möglichkeit der Abgleichung des publizierten Vorwurfs einer Kartellrechtswidrigkeit mit dem Resultat der Untersuchung sowie Information von kantonalen und Bundesbehörden), nicht überwiegen (siehe auch Pergan, Rz. 72).

6.6. Die Beschwerdeführerin moniert zudem, dass die Veröffentlichung der Verfügung Art. 6 DSGVO verletze. Art. 6 DSGVO handelt von der grenzüberschreitenden Bekanntgabe. Die Publikation von Personendaten auf einer Website gilt nach Art. 5 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11) nicht als grenzüberschreitende Datenbekanntgabe (vgl. auch BRUNO BAERISWYL/DOMINIKA BLONSKI, in: SHK DSGVO 2015, N. 4 ad Art. 6; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, BSK DSGVO - BGÖ, N. 15 ad Art. 6).

7.

7.1. Die Beschwerdeführerin beruft sich sodann für die Persönlichkeitsverletzung auf Art. 28 ZGB. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, ist Art. 28 ZGB im öffentlichen Recht nicht anwendbar. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wurzelt der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz nicht im privatrechtlichen. Vielmehr stellt dieser eine Konkretisierung und Verwirklichung (Art. 35 Abs. 1, 3 BV) der Grundrechte (insbes. Art. 7, 10 und 13 BV) dar (vgl. VINCENT MARTENET, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, ZSR 2001 I 243 ff., 248 f.; KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2009, Rz. 1305 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen). Persönlichkeitsverletzungen im öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis sind deshalb nicht über Art. 28 ZGB zu lösen, sondern über das öffentliche Recht, d.h. hier über die

das vorliegende Verwaltungsrechtsverhältnis konstituierenden Bundeserlasse.

7.2. Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung von Art. 7, 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV. Den Rügen der Verletzung der aufgeführten Grundrechte kommt im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu. Massgebend ist hier das Verwaltungsrechtsverhältnis (dazu Urteile 2C_1124/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.1; 2C_347/2012 / 2C_357/2012 vom 28. März 2013 E. 8.1, nicht publ. in BGE 139 II 185), welches durch das KG und das DSG bestimmt wird. Diese beiden Erlasse sind unmittelbarer Prüfmasstab. Als unmittelbarer Prüfmasstab wirken die genannten Grundrechte nur dann, wenn die Verfügungsgrundlage in Frage gestellt würde (vgl. dazu prägnant PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, Rz. 101), deren Überprüfung aber bei bundesrechtlichen Gesetzesbestimmungen aufgrund von Art. 190 BV ohnehin unzulässig ist. Inwiefern Art. 8 EMRK verletzt ist, führt die Beschwerdeführerin nicht aus, weshalb nicht darauf einzutreten ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Die Beschwerdeführerin vertritt sodann die Auffassung, dass die Publikation der Originalzitate vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung die Unschuldsvermutung verletzen würde.

8.1. Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (vgl. BGE 137 I 31 E. 5.1 S. 43). In BGE 139 I 72 (E. 2) hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Massnahme nach Art. 49a KG strafrechtsähnlichen Charakter aufweist. Insofern ist die Garantie der Unschuldsvermutung in Bussgeldverfahren anwendbar und für den vorliegenden Sachzusammenhang heisst das insbesondere, dass ohne entsprechendes Verfahren niemand einer strafbaren Handlung bezichtigt werden darf (vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 103 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: BSK KG, N. 251 ad Vor Art. 49a-53; so auch EuG vom 6. Oktober 2005 T-22/02 & T-23/02, Sumitomo Chemical Co. Ltd & Sumika Fine Chemicals Co. Ltd, Rz. 104 f.).

8.2. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das Kartellsanktionsverfahren zunächst ein Verwaltungsverfahren ist. In Bezug auf die Anforderungen von Art. 6 EMRK hat das Bundesgericht im Einklang mit dem Urteil des EGMR Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, §§ 57 ff., festgehalten, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können. Insoweit lässt die EMRK zu, dass die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann (BGE 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f.), und insofern genügt die Sanktionsentscheidung, um den „Schuldausspruch“ zu rechtfertigen. Lediglich vor diesem förmlichen Verfahrensabschluss mit entsprechenden Verfahrensrechten ist es der WEKO untersagt,

Unternehmen als schuldig zu behandeln, indem etwa der Presse vorzeitig die Entscheidung mitgeteilt wird (siehe TAGMANN, a.a.O., S. 108 ff.; NIGGLI/RIEDO, in: BSK KG, N. 253 ad Vor Art. 49a-53; i.d.S. auch Urteile des EuG vom 3. März 2011 T-110/07, Siemens, Rz. 402; Sumitomo, Rz. 107; vom 6. Juli 2000 T-62/98, Volkswagen AG, Rz. 279 ff., insbes. 281 i.f.; DANNECKER/BIERMANN, in: Immenga/ Mestmäker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, N. 64 ad Vor Art. 23 VO 1/2003).

8.3. Auch die Veröffentlichung der Verfügung spricht nicht gegen die Unschuldsvermutung. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 6 Ziff. 2 EMRK den staatlichen Behörden nicht verbietet, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren (vgl. ESTHER TOPHINK e, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, 2000, S. 395 m.w.H.; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, S. 236 ff.). Dies muss umso mehr in einem lediglich strafrechtsähnlichen Fall gelten (zu den weniger strengen Anforderungen vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f., insbesondere mit Bezug auf Menarini, §§ 57 ff, und EGMR Jussila gegen Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, § 43 i.f. [« les garanties [...] ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »]). Angesichts der bereits erwähnten, gewichtigeren Interessen der Öffentlichkeit, möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen des Handelns der WEKO, der Interessen der Wirtschaftsbeteiligten zu wissen, welches Verhalten Sanktionen nach sich ziehen könnte, und der Interessen, die anderen mit Kartellrechtsfragen involvierten Stellen zu informieren, verdient das Interesse der Beschwerdeführerin, dass nicht über deren Handeln informiert wird, weniger Schutz (s.a. Pergan, Rz. 72). Zudem spricht eine Publikation der Entscheidung, wonach der der Öffentlichkeit unterbreitete Vorwurf bei Untersuchungseröffnung mit dem begründeten Resultat der Untersuchung abgeglichen werden können soll, auch zugunsten der Beschwerdeführerin. Denn die Medienberichterstattung wird von der Öffentlichkeit an der Publikation der Verfügung gemessen werden, weshalb sich die Medien selbst auf eine subtile und korrekte Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Verfügung und auf Einhaltung der Unschuldsvermutung (vgl. HANS VEST, in: SG Kommentar, Rz. 13 ad Art. 32) einlassen müssen (vgl. dazu OBERHOLZER, a.a.O., Rz. 655 ff.; DANIEL GLASL/LUCIEN MÜLLER, Die Unschuldsvermutung in der Medienberichterstattung, ZSR 2013 I 85 ff.; ULRICH KARPENSTEIN/FRANZ C. MAYER, EMRK, Kommentar, N. 165 ad Art. 6), damit Ehre und Würde der Beschwerdeführerin nicht beeinträchtigt wird (vgl. TOPHINKE, a.a.O., S. 394; Pergan, Rz. 75 ff.).

8.4. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag daran nichts zu ändern:

8.4.1. Sie argumentiert, dass die WEKO mit der Publikation der Sanktionsverfügung, wo bereits ihr Name veröffentlicht werde, die Unschuldsvermutung - im Gegensatz zu anonymisierten Strafrechtsurteilen - verletzt habe. Orientierungen der Öffentlichkeit über hängige Strafverfahren sind indes nicht unzulässig (vgl. TOPHINKE, a.a.O., S. 394). Auch eine Namensnennung ist nicht verboten (vgl. JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommen-

tar, 3. Aufl. 2009, N. 267 ad Art. 6; KARPENSTEIN/MAYER, a.a.O., N. 163 ad Art. 6), sofern ein legitimes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, was - wie dargelegt - im hier strittigen Fall zutrifft. Abgesehen davon ist nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Verfahren bei der ersten gerichtlichen Instanz, d.h. derjenigen, welcher volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Sicht zukommt, öffentlich (vgl. etwa KARPENSTEIN/MAYER, a.a.O., N. 60 ff. ad Art. 6). Insofern ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - der Name nicht erst mit dem rechtskräftigen Urteil bekannt.

In diesem Zusammenhang ist auch Art. 28 KG zu berücksichtigen. Danach wird die Eröffnung der Untersuchung u.a. mit den Namen der Adressaten der Untersuchung publiziert. Dieser ist also bereits früher - und zwar zu Recht - bekannt. Denn die amtliche Publikation der Eröffnung der Untersuchung, die die Adressaten und den Gegenstand so umschreiben muss, dass Dritte sich melden können, dient vor allem dem Schutz von anderen Wirtschaftsteilnehmern (vgl. Art. 43 Abs. 1 lit. a KG; Art. 35 Abs. 1 und 3 i.V.m. vor allem Art. 27 BV). Die gesetzlich vorgesehene Namensnennung ist dabei Folge einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung zwischen dem Interesse der Beschwerdeführerin und anderer Wirtschaftsteilnehmer.

8.4.2. Die Beschwerdeführerin führt sodann vergeblich zwei Urteile des Gerichts der Europäischen Union an, um ihre Argumentation zu untermauern. Auch wenn sich das schweizerische Kartellgesetz stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89 und MONIQUE STURNY, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, 2014), sind diese Urteile erstens für die Schweiz nicht verbindlich, da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist und kein bilaterales Abkommen in diesem Bereich mit der EU besteht. Sie sind zweitens für den hier strittigen Fall - auch wenn die Grundaussagen zur Unschuldsvermutung mit dem schweizerischen Recht übereinstimmen - aus rechtsvergleichender Sicht unergiebig, da diesen Entscheidungen andere Sachverhalte zugrunde liegen:

Im Urteil des EuG vom 15. März 2006 T-15/02, BASF AG, Rz. 591 ff., wurde moniert, dass wichtige Teile der Entscheidung der Kommission vor dem Erlass bzw. der Publikation der Presse (Financial Times) zugänglich gemacht wurden. Gestützt auf Rz. 604 folgert die Beschwerdeführerin, dass die Publikation von Originalzitate im Rahmen einer WEKO-Sanktionsverfügung vor Eintritt deren Rechtskraft die Unschuldsvermutung verletzen würde. Diese Auffassung folgt indes nicht aus den Ausführungen in Rz. 604: Diese stellen nicht auf die

Rechtskraft der Entscheidung ab, sondern halten fest, dass es der Kommission untersagt sei, „über die konkret geplante Sanktion“, d.h. vor Publikation der Entscheidung, der Presse Auskunft zu erteilen. Diese Pflicht entspreche der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses und der Pflicht zur ordnungsgemässen Verwaltung.

Im bereits mehrfach erwähnten Fall Pergan lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Peroxid-Verfahren wurde das Wettbewerbsverfahren gegen die Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH eingestellt. In der Peroxid-Entscheidung wurden in den Erwägungen indes gewisse kartellrechtsproblematische, aber nicht mehr relevante Handlungen der Pergan aufgeführt. Da gegen Erwägungen keine Beschwerde geführt werden konnte, waren die bestrittenen Ausführungen nicht an ein Gericht weiterziehbar (Rz. 74), weshalb die Unschuldsvermutung der Pergan verletzt wurde (siehe dazu auch KARPENSTEIN/MAYER, a.a.O., N. 160 ad Art. 6). Im vorliegenden Fall ist die Verfügung an die Beschwerdeführerin adressiert; diese kann - entsprechend dem Prinzip der Unschuldsvermutung (vgl. JENS MEYER-LADEWIG, EMRK. Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N. 212 ad Art. 6) - Beschwerde an ein unabhängiges Gericht führen, was sie auch getan hat.

9.

Demnach sind keine Gründe gegen eine Publikation der oben (E. 2) aufgeführten Textstellen ersichtlich; insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

B 7

Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

B 7

1. Arrêt de la Cour Constitutionnelle du Tribunal cantonal vaudois du 27 avril 2016 concernant Uber Switzerland GmbH

Publication d'un jugement cantonal rendu en application de la Loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02; art. 10a al. 2)

Canton de Vaud

TRIBUNAL CANTONAL

COUR CONSTITUTIONNELLE

CCST.2015.0002

Arrêt du 27 avril 2016

[composition de la Cour]

Requérante **Uber Switzerland GmbH**, à Zurich, représentée par [avocats], à Zurich

Autorité intimée **Association de communes de la région lausannoise pour la réglementation du service des taxis**, agissant par son Comité de direction, représenté par Mars Vuilleumier, à Lausanne,

Autorité concernée **Département des institutions et de la sécurité**, à Lausanne

Objet Requête Uber Switzerland GmbH c/ modifications du règlement intercommunal sur le service des taxis (RIT) et des prescriptions d'application du RIT (PARIT) de l'Association de communes de la région lausannoise pour la réglementation du service des taxis, approuvées le 24 juin 2015 par la Cheffe du Département des institutions et de la sécurité.

Vu les faits suivants :

A. En 1964, les Communes d'Epalinges, Lausanne, Prilly, Pully et Renens ont constitué le Service intercommunal de taxis de l'arrondissement de Lausanne (ci-après: le Service intercommunal), qui s'est progressivement étendu à Chavannes-près-Renens, Crissier, Ecublens, Belmont-sur-Lausanne, Paudex, Le Mont-sur-Lausanne et Bussigny. Le Conseil communal des communes concernées a adopté le Règlement intercommunal sur le service des taxis (ci-après: RIT), approuvé pour la première fois par le Conseil d'État du canton de Vaud (ci-après: le Conseil d'État) le 28 avril 1964 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1964. Le RIT a été complété par un texte intitulé « Prescriptions d'application du Règle-

ment intercommunal sur le service des taxis » (ci-après: PARIT), en vigueur depuis le 1^{er} novembre 1966.

Les communes membres du Service intercommunal se sont regroupées en une Association de communes de la région lausannoise pour la réglementation du service des taxis (ci-après: l'Association), dont les statuts ont été adoptés par les différents conseils communaux en 2002 et 2003 et approuvés par le Conseil d'État le 13 août 2003. L'Association comporte entre autres un conseil intercommunal compétent pour adopter le règlement intercommunal des taxis et ses modifications (art. 5 al. 1, 6 et 7 al. 1 des statuts), ainsi qu'un comité de direction.

Par préavis du 9 mars 2015 (n°16/2011-2016), le comité de direction a proposé au conseil intercommunal une révision partielle du RIT. Le 7 mai 2015, le conseil intercommunal a adopté les modifications suivantes du RIT:

« - **art. 2 al. 2:** Sous réserve de l'article 15, al. 3, le conducteur ou l'exploitant, qui n'est pas au bénéfice d'une autorisation délivrée en application du présent règlement, est tenu de quitter le territoire de l'arrondissement une fois sa course terminée.

- **art. 3:** Les conducteurs de taxis et ceux qui exploitent un service de taxis ou un central d'appel au sens de l'article 23 quinquies sont soumis au présent règlement

- **art. 12:** Celui qui se propose de conduire professionnellement un taxi de l'arrondissement doit obtenir au préalable l'agrément du préposé intercommunal et la délivrance d'un carnet de conducteur

Pour obtenir un tel carnet, il faut;

[...]

- **art. 13:** Le requérant adresse une demande écrite au préposé intercommunal et produit;

[...]

- **art. 14:** Si les conditions prévues à l'article 12 sont remplies, le préposé intercommunal accorde l'autorisation demandée et remet au requérant un carnet de conducteur valable jusqu'au 31 décembre et qui doit être renouvelé chaque année avant le 15 décembre, moyennant preuve de 60 heures de conduite au minimum pendant l'année. Cette dernière exigence ne s'applique pas aux personnes chargées de la direction d'une compagnie.

[...]

- **art. 15:** Nul ne peut exploiter un service de taxis sur le territoire de l'arrondissement sans en avoir obtenu l'autorisation.

Il y a trois types d'autorisations ;

a) l'autorisation A, avec permis de stationnement sur des emplacements désignés d'entente avec le Comité de di-

rection par les communes membres de l'Association (stations officielles de taxis) ;

- b) l'autorisation B, sans permis de stationner sur le domaine public ;
- c) l'autorisation C, pour voiture de grande remise

Est considérée comme voiture de grande remise celle qui est louée, avec chauffeur exclusivement ;

- 1) pour une demi-journée au minimum ;
- 2) pour des courses dépassant les limites des districts limitrophes de celui de Lausanne ;
- 3) pour les cérémonies publiques ou privées (enterrements, mariages, etc.) ;
- 4) aux hôtels, agences de voyage ou bureaux de tourisme pour le service de leur clientèle.

Hors des trois catégories d'autorisations susmentionnées, toute activité de taxis est interdite. Par ailleurs, un exploitant de taxi qui n'est pas au bénéfice d'une autorisation délivrée en application du présent règlement n'a le droit de charger des clients sur le territoire de l'Arrondissement de Lausanne que s'il a été expressément commandé à l'avance par ceux-ci alors que le taxi ne se trouvait pas dans les limites de l'arrondissement et que si une telle prise en charge n'a lieu qu'à dix reprises au maximum par mois. Sur demande de la police, le chauffeur de taxi est tenu de justifier que ces conditions sont respectées.

Nul ne peut détenir simultanément des autorisations A et B.

- **art. 16:** Pour obtenir l'autorisation d'exploiter un service de taxis il faut :

[...]

- **art. 17:** Le requérant adresse au préposé intercommunal une demande écrite dans laquelle il précise le type d'autorisation qu'il demande.

[...]

- **art. 18:** Les autorisations d'exploitation sont personnelles et intransmissibles, sous réserve des exceptions prévues à l'article 22 ter

- **art. 19:** Les autorisations A délivrées sont limitées à un nombre compris entre 230 et 280. Le Comité de direction arrête le nombre effectif après consultation des organismes et associations professionnelles intéressés, en tenant compte de la place disponible, des conditions de la circulation dans l'agglomération, ainsi que de la coordination avec les besoins des transports publics.

- **art. 20:** Les autorisations d'exploitation A sont attribuées pour partie à des compagnies exploitant plusieurs autorisations, pour partie à des exploitants individuels n'ayant qu'une autorisation. Le Comité de direction est compétent pour fixer le nombre d'autorisations dévolues à chaque catégorie d'exploitants. Dans son examen, il veillera à ce que la répartition des autorisations entre compagnies et exploitants individuels respecte un équilibre en fonction des rôles respectifs des unes et des autres.

- **art. 21:** La compagnie ou compagnie en formation qui sollicite plusieurs autorisations d'exploitation A présente un dossier contenant son projet de structure sociale, le nombre de véhicules et de conducteurs envisagés et toutes indications utiles sur son organisation.

Des autorisations lui sont attribuées dans la limite des autorisations disponibles.

- **art. 22:** Peut solliciter l'octroi d'une autorisation d'exploitation A individuelle la personne qui réunit les conditions suivantes ;

[...]

- **art. 23:** Les autorisations d'exploitation B, sans permis de stationnement, sont accordées sans limitation quant au nombre.

Elles peuvent être accordées à des exploitants indépendants ou à des compagnies organisées en personne morale.

S'agissant des compagnies, la Commission administrative peut réclamer en tout temps des garanties lui permettant de connaître l'identité du détenteur économique.

- **art. 23 bis:** La personne qui sollicite une ou plusieurs autorisations B doit satisfaire aux conditions particulières suivantes :

[...]

- **art. 23 ter:** L'exploitant B organise son activité librement, dans le respect des dispositions légales et réglementaires applicables. Il doit assumer personnellement au moins l'activité minimale lui permettant de conserver son carnet de conducteur de taxi. Il peut engager un ou plusieurs conducteurs salariés

- **art. 23 quater:** Les autorisations de type C (voiture de grande remise) sont accordées sans limitation quant au nombre.

La personne qui sollicite une ou plusieurs autorisations C doit satisfaire aux conditions générales fixées à l'art. 16 al. 1 et être titulaire d'un carnet de conducteur de taxi

- **art. 23 quinquies:** Nul ne peut exploiter un central d'appel téléphonique ou radio sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation.

Est réputé central d'appel téléphonique ou radio au sens du présent règlement, le dispositif destiné à recueillir les commandes de la clientèle, à les diffuser par téléphone, par radio ou par tout autre moyen de communication et à en confier l'exécution à l'un des taxis qui sont en connexion avec le central et qui sont tous dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26. L'autorisation est délivrée par la Commission administrative, à condition que:

- a) les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central soient situés dans l'arrondissement;
- b) le requérant ait bonne réputation.

Le requérant adresse au préposé intercommunal une demande écrite à laquelle il joint un acte de bonnes mœurs, un extrait du casier judiciaire vaudois et, s'il est confédéré ou étranger, du casier judiciaire central.

L'article 17 est applicable par analogie.

- **art. 51 al 3:** À la fin de la course, le conducteur remet spontanément au client une quittance indiquant la date et l'heure de son établissement, le point de départ, le point d'arrivée, le prix de la course et permettant l'identification du chauffeur. »

Ces modifications ont été approuvées par la Cheffe du Département des institutions et de la sécurité le 24 juin 2015, et cette approbation a été publiée dans la Feuille des avis officiels du 30 juin 2015.

B. Le 20 juillet 2015, Uber Switzerland GmbH (ci-après: la requérante), société à responsabilité limitée inscrite au Registre du commerce de Zurich, dont le but est notamment de soutenir des entreprises, en particulier celles du groupe UBER, dans l'offre de prestations de service de transport par le biais de la téléphonie mobile ou de la communication en ligne et de fournir toutes les prestations directes ou indirectes y relatives (« *Die Gesellschaft bezweckt andere Unternehmen, insbesondere der Uber-Gruppe, beim Anbieten von Transportdienstleistungen durch mobile Kommunikation und Online-Anfragen zu unterstützen sowie alle damit direkt oder indirekt verbundenen Dienstleistungen zu erbringen* »), a déposé une requête à la Cour constitutionnelle tendant principalement à l'annulation des modifications des art. 2, 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 (bis-quinquies) et 51 nRIT, et subsidiairement à l'annulation des art. 2, 15 et 23 quinquies nRIT. La requérante soutient à l'appui de ses conclusions que la révision partielle du RIT doit être annulée dans son intégralité, car son adoption serait contraire au principe de la légalité. Elle fait valoir en outre que les art. 2, 15 et 23 quinquies nRIT violeraient les art. 2 et 3 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), ainsi que la liberté économique (cf. art. 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101] et 26 de la Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 [Cst. VD; RSV 101.01]).

L'Association intimée s'est déterminée le 21 octobre 2015, concluant au rejet de la requête dans la mesure où elle est recevable.

Le 3 novembre 2015, la Cheffe du Département s'en est remise aux déterminations de l'autorité intimée.

Les parties ont maintenu leur position dans leurs écritures ultérieures.

C. La cour a statué par voie de circulation (art. 14 de la loi vaudoise du 5 octobre 2004 sur la juridiction constitutionnelle [LJC; RSV 173.32]).

Considérant en droit :

1. La Cour constitutionnelle examine d'office et librement la recevabilité des requêtes dont elle est saisie.

a) Selon l'art. 136 al. 2 let. a Cst. VD, la cour contrôle, sur requête déposée dans les vingt jours dès leur publication, la conformité des normes cantonales au droit supérieur. L'art. 3 LJC précise que ce contrôle porte également sur tous les règlements, arrêtés ou tarifs communaux et intercommunaux, contenant des règles de droit (al. 3).

En l'espèce, l'acte attaqué est la révision partielle du RIT, à savoir un règlement intercommunal contenant des règles de droit. La cour de céans peut par conséquent en contrôler la conformité avec le droit supérieur. La requête a par ailleurs été déposée dans les vingt jours suivant la publication de l'approbation cantonale (art. 5 al. 2 LJC).

b) Selon l'art. 8 LJC, le requérant doit invoquer la violation d'une règle de droit de rang supérieur et préciser en quoi consiste cette violation. La cour de céans limite son examen aux griefs invoqués par les requérants, sauf s'il apparaît que l'acte at-

taqué est manifestement contraire au droit de rang supérieur (art. 13 LJC).

En l'espèce, la requérante soutient que la révision partielle du RIT doit être annulée dans son intégralité, car son adoption serait contraire au principe de la légalité. Elle fait valoir en outre que les art. 2, 15 et 23 quinquies nRIT violeraient les art. 2 et 3 LMI, ainsi que la liberté économique. Elle a indiqué dans sa requête précisément en quoi consistaient ces violations. Les conditions de l'art. 8 LJC sont ainsi réunies.

- c) Il reste à examiner si la requérante, qui demande l'annulation des art. 2, 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 (bis-quinquies) et 51 nRIT, a la qualité pour agir contre la révision partielle du RIT, ce que conteste l'autorité intimée, à tout le moins pour l'essentiel des dispositions contestées.
2. a) Aux termes de l'art. 10 al. 1 LJC, a qualité pour agir contre une règle de droit communal ou intercommunal, toute personne physique ou morale qui a un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé. Le requérant doit être touché dans une mesure importante par la norme attaquée, parce qu'elle touche à ses intérêts juridiques ou à une situation de fait particulière (BGC septembre 2004, p. 3665). Son intérêt doit être personnel et direct: il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés et se trouver avec l'objet du litige dans un rapport spécial, direct et digne d'être pris en considération. En revanche, le législateur, à qui le constituant avait renvoyé cette question (cf. art. 136 al. 2 let. a *in fine* Cst. VD), a expressément refusé de limiter la qualité pour agir seulement à celui qui dispose d'un intérêt juridiquement protégé, comme le proposait la majorité de la commission parlementaire (BGC septembre 2004, pp. 3704, 3705, 3717 à 3719, 3907 à 3914 et 3980 à 3985). Ainsi, l'intérêt dont se prévaut le requérant peut être de pur fait, sans qu'il y ait besoin qu'une norme juridique protège cet intérêt (arrêt CCST.2007.0004 du 16 avril 2008 consid. 1c et les références citées). Cet intérêt peut au surplus n'être que virtuel et n'a pas besoin d'être actuel: il suffit que, avec un minimum de vraisemblance, le requérant puisse être touché une fois ou l'autre par la norme en cause (arrêt CCST.2014.0003 du 16 février 2015 consid. 1e; ég. Pierre-Yves Bosshard, La Cour constitutionnelle vaudoise. Premier bilan d'une nouvelle institution, RDAF 2008 I 3 ss, p. 12 et les références citées à la note infrapaginale n. 30; cf. aussi s'agissant de la qualité pour agir devant le Tribunal fédéral contre un acte normatif cantonal, ATF 137 I 77 consid. 1.4 et 133 I 286 consid. 2.2).
- b) En l'espèce, la requérante est entièrement détenue par UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V. (ci-après: Uber Holding), dont le siège est à Amsterdam (Pays-Bas), qui en est également l'associée sans pouvoir de signature. Une ressortissante américaine domiciliée à San Francisco (Californie) est la présidente des gérants de la requé-

rante, avec signature individuelle, alors qu'un autre ressortissant américain, domicilié à Burlingame (Californie), en est le gérant avec signature individuelle.

Uber indique sur son site internet être présente en Suisse dans les villes de Bâle, Genève, Zurich et Lausanne (<https://www.uber.com/fr/cities>). Le site internet www.uber.com propose divers modèles de transport, soit UberX, UberTAXI, UberBLACK, UberLUX et UberSUV. À Lausanne, Uber propose deux modèles (<https://www.uber.com/cities/lausanne>): un modèle intitulé « UberPOP », décrit comme « *un UBER sympa* », que la requérante définit comme un service ouvert aux chauffeurs privés indépendants qui satisfont les conditions posées par Uber (avec un prix de base de 3 fr., plus 30 centimes par minute et 1 fr. 35 par km, la course minimale et les frais d'annulation s'élevant à 6 fr.), ainsi que le modèle intitulé « UberX » (avec prix de base de 4 fr, plus 40 centimes par minute et 1 fr. 80 par km, la course minimale et les frais d'annulation s'élevant à 7 fr.), à savoir un service réservé aux chauffeurs professionnels (permis professionnel et véhicule équipé d'un tachygraphe) (cf. requête, p. 3).

Les conditions d'utilisation relatives à la Suisse (version du 8 décembre 2014, <https://www.uber.com/legal/chr/terms>) ont notamment la teneur suivante:

« Uber

Votre cocontractant est UberB. V., société à responsabilité limitée établie aux Pays-Bas, dont le siège se trouve Vijzelstraat 68, 1017 HL, Amsterdam, Pays-Bas, inscrite à la Chambre de commerce sous le numéro 56317441 (« Uber »).

Services proposés par Uber

Uber propose des informations et permet d'obtenir des services de transport offerts par des tiers transporteurs, chauffeurs ou exploitants de parcs de véhicules (« le transporteur »). Ces services peuvent être demandés par le biais de l'utilisation d'une application fournie par Uber téléchargée et installée par vos soins sur votre téléphone portable (smartphone) (« l'application »). Tous les services fournis par Uber par le biais de votre utilisation de l'application sont désignés ci-après par « le service ».

Comment un contrat est-il conclu entre Uber et vous ?

En utilisant l'application ou le service, vous concluez un contrat avec Uber (« le contrat »). Pour pouvoir utiliser l'application ou le service, vous devez d'abord vous inscrire chez Uber. Quand vous vous inscrivez, vous devez communiquer à Uber vos informations à caractère personnel, votre numéro de téléphone mobile et les données de votre carte de crédit. Si votre inscription a été opérée avec succès chez Uber, celle-ci vous fournira un compte personnel auquel vous pourrez accéder au moyen d'un mot de passe de votre choix.

[...]

Comment utiliser le service et l'application ?

L'application vous permet d'envoyer une demande de service de transport à un transporteur. Le récepteur GPS (qui doit être installé sur le téléphone portable (smartphone) sur lequel vous avez téléchargé l'application) détecte votre emplacement et envoie vos données de localisation au transporteur concerné. Le transporteur peut accepter ou refuser toute demande de service de transport, comme bon lui semble. Le transporteur est par ailleurs libre de décider d'utiliser ou non l'application pour recevoir les requêtes générées par le biais de l'application. Si le transporteur accepte une demande, l'application vous en avertit et vous communique des informations au sujet du transporteur (y compris son nom, le numéro d'immatriculation du véhicule et l'évaluation de son service à la clientèle) ainsi que la possibilité de contacter le transporteur par téléphone. L'application vous permet aussi de suivre la progression du transporteur vers le lieu de prise en charge, en temps réel.

Uber consentira des efforts raisonnables pour vous mettre en contact avec un transporteur afin d'obtenir des services de transport, en fonction de la disponibilité des transporteurs établis dans ou à proximité de votre région au moment de votre demande de services de transport.

Pour éviter toute ambiguïté: Uber n'est pas un fournisseur de services de transport; Uber n'est pas une entreprise de transport. Il appartient au transporteur d'offrir les services de transport qui peuvent être demandés par le biais de l'utilisation de l'application et/ou du service. Uber agit simplement en tant qu'intermédiaire entre le transporteur et vous. La prestation de services de transport par le transporteur est donc régie par le contrat (devant être) conclu entre vous et le transporteur Uber ne sera jamais une partie à ce contrat.

[...]

Paiement

L'utilisation de l'application et du service est gratuite. Uber se réserve le droit de demander une redevance pour l'utilisation de l'application et/ou du service. Si Uber décide d'appliquer une telle redevance, Uber vous en avertira et vous permettra de poursuivre ou de résilier le contrat.

Les tarifs pratiqués par le transporteur pour les services de transport sont indiqués sur le site web et peuvent être consultés par le biais de l'application. Ils peuvent être modifiés ou actualisés par Uber de temps en temps. Il vous appartient de rester informé des tarifs actuels des services de transport.

Uber vous facturera les services de transport qui vous sont fournis par le transporteur, pour celui-ci. Vous acceptez de payer tous les services de transport que vous achetez au transporteur. Vous reconnaissez qu'Uber peut débiter votre compte de carte de crédit que vous avez communiqué lors de votre inscription au service, pour les services de transport que vous avez demandés dans le cadre de votre compte (y compris les taxes et les pénalités de retard éventuelles). Vous êtes responsable du paiement en temps opportun de toutes les sommes dues. Vous devez indiquer à Uber un compte de carte de crédit valide pour le paiement de toutes les sommes dues à tout moment. Les paiements effectués ne sont pas remboursables.

[...]

Responsabilité

[...]

La qualité des services de transport demandés par le biais de l'utilisation de l'application ou du service relève entièrement de la responsabilité du transporteur qui vous fournit les services de transport. Uber décline toute responsabilité dans le cadre des services de transport fournis par le transporteur ou en ce qui concerne des actes, actions, comportements, attitudes, et/ou négligences du transporteur. Toute réclamation au sujet des services de transport fournis par le transporteur devra par conséquent être adressée à celui-ci. »

Il résulte de ce qui précède que la requérante Uber n'est pas un fournisseur de services de transport ni une entreprise de transport. Uber agit uniquement en tant qu'intermédiaire entre le client et le transporteur, qui concluent un contrat de transport (auquel Uber n'est pas partie). Uber se charge également de l'encaissement du prix de la course et de la rétrocession aux chauffeurs partenaires de la somme encaissée, sous déduction d'une commission que Uber s'octroie. La requérante a du reste plaidé dans une affaire l'opposant au Service du commerce de Genève que ni elle, ni Uber Holding ne déployait dans le canton de Genève des activités tombant sous le coup de la loi genevoise sur les taxis et limousines (transport professionnel de personnes au moyen de voitures automobiles) du 21 janvier 2005 (LTaxis; H 1 30), dès lors qu'elle n'était pas impliquée dans les rapports entre les utilisateurs et les transporteurs, ainsi que cela résultait de ses conditions générales (cf. décision sur effet suspensif de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 20 mai 2015, A/1227/2015, p. 13 et 14, définitive, le recours interjeté par la requérante et Uber Holding ayant été déclaré irrecevable par arrêt du 7 janvier 2016 du Tribunal fédéral [cause 2C_547/ 2015]). Dans sa requête, la requérante a expliqué disposer d'un intérêt à pouvoir conclure des partenariats avec le plus grand nombre possible de chauffeurs intéressés (cf. requête, p. 4). Dans le cadre de sa réplique, elle a précisé être un personne morale suisse soutenant le développement et l'activité du groupe Uber en Suisse, les chauffeurs partenaires Uber étant des prestataires de services indépendants qui offrent leurs services via la technologie et les applications smartphone développés par Uber (cf. réplique, p. 2).

- c) Dans ces conditions, la requérante n'a pas d'intérêt digne de protection à obtenir l'annulation des dispositions du nRIT qui concernent directement les conducteurs et exploitants d'un service de taxis, à savoir toutes les dispositions attaquées à l'exception de l'art. 23 quinquies nRIT, dans la mesure où elle n'exploite elle-même aucun service de taxi ni n'emploie de conducteurs de taxi. Elle ne fonctionne qu'en tant qu'intermédiaire, singulièrement comme une plateforme de mise en relation de chauffeurs privés indépendants et de clients (cf. requête, p. 3). Selon la requérante, son intérêt serait de pouvoir obtenir le contrôle des

dispositions du nRIT « *dès lors que celui-ci s'applique aux partenaires Uber* ». Il ne s'agit là toutefois que d'un intérêt indirect, qui n'est au demeurant pas personnel, mais celui de tiers, à savoir les chauffeurs et les exploitants. On ignore en outre tout des relations contractuelles de la requérante avec ses chauffeurs partenaires. La requérante n'est pas mandatée par les exploitants ou les chauffeurs de taxis potentiellement touchés par les modifications réglementaires. La qualité pour agir des « transporteurs » au sens des conditions d'utilisation d'Uber ci-dessus (à savoir « *des tiers transporteurs, chauffeurs ou exploitants de parcs de véhicules* ») aurait été donnée, contrairement à celle de la requérante, qui n'a dès lors pas la qualité pour contester les art. 2, 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 23 bis, 23 ter, 23 quater et 51 nRIT, les griefs dirigés contre ces dispositions (notamment ceux portant sur les art. 2 et 15 nRIT) étant irrecevables.

- d) Seuls seront dès lors examinés les moyens portant sur l'art. 23 quinquies nRIT, dans la mesure où la requérante doit être assimilée à une société exploitant un centre d'appel téléphonique, ce que l'autorité intimée ne conteste pas.
3. La requérante se plaint d'une violation du principe de la légalité. Elle fait valoir qu'en vertu du principe du parallélisme des formes, les dispositions du RIT ne pouvaient être amendées que par la même autorité et selon la même procédure que celles ayant conduit à leur adoption. Se référant à l'art. 146 Cst. VD, elle estime ainsi que seuls les conseils communaux des communes du Service intercommunal étaient compétents pour adopter la révision partielle litigieuse du RIT et notamment l'art. 23 quinquies nRIT, le Conseil intercommunal ne disposant que de la compétence d'adopter un nouveau règlement et non d'amender les dispositions en vigueur.
- a) Le principe de la légalité est consacré aux art. 5 Cst. et 7 Cst. VD, selon lesquels le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Il a notamment pour corollaire le principe du parallélisme des formes, qui veut qu'une norme adoptée par une certaine autorité en une certaine forme ne puisse être abrogée ou amendée que par cette même autorité selon cette même procédure en la même forme (ATF 141 V 495 consid. 4.2; 126 V 183 consid. 5b; 112 la 136 consid. 3c et les références citées; cf. ég. Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, *Droit administratif général*, Bâle 2014, p. 165).
- b) L'art. 112 al. 1 de la loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes (LC; RSV 175.11) permet aux communes de collaborer sous la forme d'une association de communes pour accomplir ensemble des tâches de compétence communale (parmi lesquelles édicter des règlements, tâche qui incombe au conseil communal ou général selon l'art. 146 al. 1 let. a Cst. VD). Les statuts, élaborés d'entente entre les municipalités, doivent être soumis au vote du conseil général ou communal de chaque commune (art. 113 al. 1 LC).

Après que chaque commune a adopté les statuts, ceux-ci sont soumis à l'approbation du Conseil d'État qui en vérifie la légalité (art. 113 al. 2 LC). L'approbation du Conseil d'État donne existence légale à l'association et confère à celle-ci la personnalité morale de droit public (art. 113 al. 3 LC).

Selon l'art. 116 al. 1 LC, les organes de l'association sont: a. le conseil intercommunal; b. le comité de direction; c. la commission de gestion. Conformément à l'art. 117 LC, le conseil intercommunal est composé de délégués des communes membres de l'association. Le conseil joue dans l'association le rôle du conseil général ou communal dans la commune (art. 119 al. 1 LC). Il établit les règlements destinés à assurer le fonctionnement du service exploité par l'association (art. 119 al. 3 première phrase LC). Quant au comité de direction, il est composé de trois membres au moins (art. 121 al. 1 première phrase LC) et exerce, dans le cadre de l'activité de l'association, les fonctions prévues pour les municipalités (art. 122 al. 1 LC).

L'art. 7 al. 1 des statuts de l'Association intimée dispose que le Conseil intercommunal a notamment pour compétence d'adopter le règlement intercommunal des taxis et ses modifications, dans les limites de l'art. 126 LC (disposition relative à la modification des statuts). Quant au comité de direction, il est notamment compétent pour élaborer et adopter des prescriptions d'application du RIT (PARIT) (cf. art. 10 al. 1 des statuts de l'Association).

- c) En l'espèce, le RIT a certes été initialement adopté par les conseils communaux des communes concernées, puis approuvé par le Conseil d'État le 28 avril 1964, et entré en vigueur le 1er novembre 1964. Depuis lors toutefois, les communes de l'ancien Service intercommunal de taxis de l'arrondissement de Lausanne ont constitué, en 2003, une association de communes au sens des art. 112 ss LC, et se sont alors dotées de statuts prévoyant en particulier que le conseil intercommunal puisse modifier le règlement intercommunal (cf. art. 7 des statuts de l'Association). Dans la mesure où les modifications contestées par la requérante ont été valablement adoptées par les organes compétents - le comité de direction et le conseil intercommunal - avant d'être approuvées par la cheffe du Département, le moyen tiré de la violation du principe de la légalité doit être rejeté. Le principe du parallélisme des formes ne peut en effet conduire à réattribuer des compétences aux différents conseils communaux des membres de l'Association, lesquels ont valablement délégué à cette dernière, respectivement à ses organes, la compétence de réglementer le service des taxis (cf. art. 1 des statuts de l'Association).

Quant à la référence faite par la requérante à l'adoption par l'Association de communes Sécurité Riviera d'un nouveau règlement intercommunal sur le service des taxis, elle ne lui est d'aucun secours: la situation de l'Association de communes

Sécurité Riviera est en effet différente de la présente espèce, dans la mesure où cette Association était déjà constituée lors de l'adoption du règlement initial, contrairement à l'Association de communes de la région lausannoise pour la réglementation du service des taxis.

Mal fondé, le moyen tiré de la violation du principe de la légalité doit ainsi être écarté.

4. La requérante soutient en outre que l'art. 23 quinquies nRIT serait contraire au droit supérieur. Elle dénonce une violation des art. 2 et 3 LMI, ainsi que de la liberté économique.

- a) La LMI vise à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes (ATF 135 I 106 consid. 2.2). Elle est conçue comme une loi-cadre qui n'entend pas harmoniser les différents domaines, mais se limite à fixer les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur (Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la LMI, FF 2005, 421 ss, 426). Elle pose le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, qui est qualifié par la doctrine de "pierre angulaire" de la LMI (Vincent Martenet/Pierre Tercier, in *Commentaire romand. Droit de la concurrence*, 2e éd., Bâle 2013, n. 66 ad Intro. LMI, ainsi que les références citées; cf. ég. Matthias Oesch/Thomas Zwald, in *Wettbewerbsrecht Kommentar*, vol. 2, 3e éd., Zurich 2011, n. 1 ad art. 1 LMI). Cette volonté de garantir le libre accès au marché a été renforcée par la modification de la LMI du 16 décembre 2005, au travers de laquelle le législateur a tendu, en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, à consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme (ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 333 s. et 5.4 p. 335). Cela ne signifie pas pour autant que toutes les limitations cantonales au libre accès au marché sont désormais prohibées (ATF 141 II 280 consid. 5).

L'art. 1 al. 1 LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (art. 2 al. 1 LMI). L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement (art. 2 al. 3 LMI). Toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3 (art. 2 al. 4 LMI). Il en va de même en

cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement. Il incombe aux autorités du lieu de destination de contrôler le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement. L'art. 2 al. 5 LMI prévoit encore que l'application des principes indiqués ci-dessus se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché. La liberté d'accès au marché est ainsi soumise à une condition: l'offreur externe doit être autorisé à conduire l'activité lucrative en question dans le canton ou la commune où il a son siège ou son établissement. La condition est satisfaite toutes les fois où l'activité lucrative de l'offreur externe est licite au regard du droit du canton, respectivement de la commune, où il est établi ou a son siège et qu'il a obtenu, le cas échéant, la ou les autorisations nécessaires à la conduite de son activité (Manuel Bianchi della Porta, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2013, n. 25 ad art. 2 I-VI LMI).

Le titulaire de la liberté d'accès au marché doit établir son droit. Pour ce faire, il lui suffira d'apporter la preuve que l'activité qu'il entend mener au lieu de destination est licite selon le droit applicable au lieu où il est établi ou a son siège et, le cas échéant, qu'il est autorisé à le pratiquer selon ce droit (art. 2 al. 1 LMI). Dans le cas d'une profession soumise à autorisation, la production d'un certificat de capacité valable décerné par le canton d'établissement est en principe suffisante (Bianchi della Porta, op. cit., n. 32 ad art. 2 I-VI LMI). La personne qui est en droit d'exercer une activité à son lieu d'établissement est présumée pouvoir l'exercer partout en Suisse (Bianchi della Porta, op. cit., n. 35 ad art. 2 I-VI LMI). Dans un arrêt d'octobre 2008 relatif au droit d'établissement, le Tribunal fédéral a précisé les modalités et les limites du test d'équivalence des réglementations et a également clarifié les rapports entre les art. 2 al. 5 et 3 LMI. Selon cet arrêt, la vérification de l'équivalence de la réglementation cantonale du lieu de provenance avec celle du lieu de destination doit demeurer générale et abstraite (ATF 135 II 12 consid. 2.4). La présomption légale d'équivalence instituée par l'art. 2 al. 5 LMI serait en effet dénuée de toute portée pratique si l'autorité du lieu de destination était admise à procéder à une vérification rétroactive, au cas par cas, de la situation de l'offreur externe avec les conditions d'accès au marché (au lieu du premier établissement). Ce n'est qu'exceptionnellement, en présence d'indices concrets indiquant que l'autorité ayant délivré la première autorisation n'a manifestement pas tenu compte des intérêts publics prépondérants, que la situation personnelle de l'offreur externe peut être examinée par l'autorité du lieu de destination (Bianchi della Porta, op. cit., n. 37 ad art. 2 I-VI LMI).

L'art. 3 LMI définit les conditions auxquelles il peut être fait exception à la liberté d'accès au marché consacrée par l'art. 2 LMI. Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée

à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles: a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux; b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants; c. répondent au principe de la proportionnalité. L'art. 3 al. 2 LMI dispose que les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque: a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance; b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants; c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative; d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance. Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI). Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

La Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) a relevé dans son rapport annuel 2012 (publié in: Droit et politique de la concurrence, 2013/1, p. 30 et 31), en lien avec l'industrie des taxis, que de grandes parties de la régulation cantonale, respectivement communale, relative à l'industrie des taxis ne sont toujours pas conformes à la LMI. Elle s'est référée à un arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 2011 (cause 2C_940/2010) et a relevé que la Haute Cour avait jugé qu'en vertu de l'art. 2 LMI, il n'était pas possible d'interdire aux centrales d'appel de taxis d'attribuer des mandats à des services de taxis non locaux. La Comco a profité de l'occasion offerte par cet arrêt pour émettre une recommandation du 27 février 2012 au sujet des effets de la LMI sur la régulation du marché des services de taxi (Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste, in: Droit et politique de la concurrence, 2012/2, p. 438 ss), qui se veut être une ligne directrice pour les législateurs cantonaux et communaux en vue d'élaborer des réglementations conformes à la LMI. Selon cette recommandation du 27 février 2012 (n. 15) :

« un service de taxi provenant d'une autre localité qui exerce légalement sa profession à son lieu de provenance, a le droit, dans les autres communes de Suisse de:

- déposer des clients et de prendre en charge un nouveau client sur sa course de retour sur demande (prise en charge spontanée par ex. par signe de la main) dans la mesure où le lieu de destination du nouveau client se situe en dehors de la commune où a été pris en charge le client;
- de transporter des clients sur commande (par ex. par commande par téléphone ou internet ou par une centrale de taxis) au lieu de son choix.

Pour les autres formes d'activités, les communes peuvent demander en principe que les taxis venant d'autres localités (taxis non-locaux) détiennent une autorisation supplémentaire pour exploiter des taxis (chauffeur de taxis ou licence d'exploitation d'entreprises de taxis). »

Dans son arrêt du 27 mars 2012 (publié in: Droit et politique de la concurrence, 2012/2, p. 449 ss), la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève a admis les recours de la Comco et de Jean-Bernard May et May Taxis & Limousines SA, avec siège à Verbier, contre la décision du Service du commerce du 9 décembre 2010. La Chambre administrative de la Cour de justice a constaté qu'en tant que cette décision faisait obligation à Bernard May et May Taxis & Limousines SA de requérir une autorisation spécifique pour prendre en charge et déposer des clients dans le canton de Genève, elle restreignait indûment le marché et était contraire à la LMI.

- b) Le 12 novembre 2014, le Conseil fédéral a exposé en réponse à l'interpellation 14.3939 (« *Taxis et voitures de tourisme avec chauffeur et covoiturage payant. Un combat à armes égales ?* ») qu'en principe, la Confédération était favorable aux offres de prestations qui permettent d'améliorer le taux d'utilisation des véhicules et donc de l'infrastructure routière, car ces offres peuvent contribuer à éviter les surcharges et les bouchons. S'il s'agit de simples offres de covoiturage, gratuites ou moyennant une participation aux frais, elles restent dans le domaine de la liberté de contrat, il n'y a donc pas de raison de légiférer. Pour le Conseil fédéral, il en va autrement des courses proposées régulièrement ou à titre professionnel, c'est-à-dire à but lucratif. Ce domaine est régi par le droit fédéral, en ce qui concerne d'une part les véhicules conçus pour transporter plus de neuf personnes et d'autre part ceux qui peuvent accueillir neuf personnes au plus (y compris le conducteur ou la conductrice). Les transports professionnels de voyageurs en véhicule léger requièrent une autorisation de l'autorité cantonale compétente (art. 25 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 27 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière [OAC]; RS 741.51), qui est également subordonnée à des conditions: entre autres des conditions médicales minimales plus strictes qui doivent être vérifiées régulièrement, un examen théorique supplémentaire et un examen pratique. Le véhicule doit être obligatoirement équipé d'un tachygraphe, lorsque le conducteur ou la conductrice est assujettie à l'ordonnance fédérale du 6 mai 1981 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2; RS 822.222). Selon l'art. 3 al. 1^{bis} OTR 2, sont réputées professionnelles les courses qui sont effectuées régulièrement par un conducteur ou avec un véhicule, dans le but de réaliser un profit économique. Les courses sont régulières si elles sont effectuées au moins deux fois dans des intervalles de moins de

seize jours. Le profit économique est réputé réalisé lorsque le prix requis pour la course dépasse les coûts du véhicule et l'indemnisation des dépenses du conducteur.

- c) Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 138 I 378 consid. 6.1; 137 I 167 consid. 3.1; 136 I 197 consid. 4.4.1 et les arrêts cités). La liberté économique englobe la liberté contractuelle (ATF 137 I 167 consid. 5.2; 131 I 333 consid. 4), de même que le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. En vertu de ce principe, sont prohibées les mesures de politique économique ou de protection d'une profession qui entravent la libre concurrence en vue de favoriser certaines branches professionnelles ou certaines formes d'exploitation (cf. ATF 140 I 218 consid. 6.2 p. 228 s.; 131 I 223 consid. 4.2 p. 231 s.; 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53; 125 I 209 consid. 10a p. 221 et les arrêts cités).

La liberté économique n'est pas absolue. Elle peut être restreinte comme n'importe quelle autre liberté fondamentale. Les restrictions à la liberté économique doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (art. 36 al. 1 à 3 Cst.; ATF 136 I 1 consid. 5.1; 131 I 223 consid. 4.1; 130 I 26 consid. 4.5 et les arrêts cités). Elles peuvent viser à protéger l'ordre, la santé, la moralité et la sécurité publics, ainsi que la bonne foi en affaires (ATF 136 I 197 consid. 4.4.1; 131 I 223 consid. 4.2; 125 I 322 consid. 3a; 125 I 335 consid. 2a).

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique protège notamment l'activité de chauffeur de taxi indépendant, même si celle-ci implique un usage accru du domaine public (ATF 121 I 129 consid. 3b; cf. ég. TF 2C_519/2013 du 3 septembre 2013 consid. 6.1 et 2C_564/2009 du 26 février 2010 consid. 6.1). Cet usage accru du domaine public peut cependant être réglementé par l'État; le législateur cantonal peut ainsi limiter le nombre de places de stationnement réservées aux taxis et déterminer le cercle des bénéficiaires de ces emplacements. Indépendamment de l'usage accru du domaine public, l'État peut soumettre l'exercice de la profession de chauffeur de taxi à l'obtention d'une autorisation pour lui permettre d'exercer un contrôle efficace de cette branche d'activité économique qui, par sa fonction et son importance, se rapproche d'un service public. Une telle exigence ne viole pas l'art. 27 Cst. mais constitue une mesure justifiée par l'intérêt public (TF 2P.56/2002 du 18 juin 2002 consid. 3.1 et 2P.167/1999 du 25 mai

2000 in: SJ 2001 I p. 65; ég. ATF 99 la 394 consid. 2 et 3 p. 397 ss). Les normes créées à cette fin et leur mise en œuvre doivent respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.).

5. En l'espèce, la requérante fait valoir que l'art. 23 quinquies nRIT ne respecte pas les principes exposés ci-dessus sous plusieurs aspects.

a) Il convient à titre préalable de constater que l'art. 23 quinquies al. 1 nRIT n'est pas nouveau. Il reprend à l'identique les termes de l'art. 23 bis al. 1 de l'ancien RIT. Or, selon la jurisprudence, en cas de révision partielle d'une loi, il est nécessaire que les dispositions demeurées inchangées s'inscrivent dans un cadre nouveau, compte tenu des modifications apportées, pour justifier l'ouverture d'un nouveau délai de recours permettant leur contrôle abstrait (ATF 135 I 28 consid. 3.1.1; 122 I 222 consid. 1b; 110 la 7 consid. 1d). Tel n'est pas le cas de l'art. 23 quinquies al. 1 nRIT, qui ne fait que reprendre le principe selon lequel nul ne peut exploiter un central d'appel téléphonique ou radio sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation. La requérante n'est ainsi pas légitimée à contester cette disposition qui, si elle a certes changé de numérotation, n'en est pas moins une disposition ancienne du règlement. Les moyens dirigés contre l'art. 23 quinquies al. 1 nRIT sont dès lors irrecevables.

Quant à l'art. 23 quinquies al. 2 nRIT, sa teneur est quasi-identique à celle de l'art. 23 bis al. 2 let. a et b de l'ancien RIT. En particulier, l'art. 23 quinquies al. 2 let. a et b nRIT a la même teneur que l'art. 23 bis al. 2 let. a et b de l'ancien RIT. On admettra cependant avec la requérante que l'art. 23 quinquies al. 2, première phrase, nRIT, a vu sa teneur précisée par les termes « tout autre moyen de communication » et la conformité aux art. 24 et 26 RIT, ce qui permet d'ouvrir son contrôle abstrait par la cour de céans.

Il résulte par ailleurs du procès-verbal de la séance du 7 mai 2015 que la révision partielle de la réglementation sur le service des taxis qui fait l'objet du préavis n°16/2011-2016 est notamment une réponse à Uber, en particulier au service UberPop offert à Lausanne. Selon les autorités, le nouvel art. 23 quinquies nRIT doit notamment s'appliquer aux partenaires Uber (procès-verbal de la séance du 7 mai 2015, p. 4). Il n'est par ailleurs pas contesté que les services rendus par l'application Uber sont comparables à ceux d'un central d'appel, dans la mesure où elle permet la mise en relation d'un client avec un transporteur en vue d'une course rémunérée. En outre, la requérante est une société à responsabilité limitée ayant son siège en Suisse, qui en tant que telle bénéficie des droits accordés par la LMI (Bianchi della Porta, op. cit., n. 104 ad art. 1 LMI).

b) La requérante voit tout d'abord une violation des art. 2 et 3 LMI dans l'exigence posée à l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT, selon laquelle les principales installations techniques et l'appareil admi-

nistratif inhérent à l'exploitation du central d'appel "doivent" se situer dans l'arrondissement pour obtenir une autorisation en tant que central d'appel. À ses yeux, cette exigence n'est motivée par aucun intérêt public et ne répond pas au principe de la proportionnalité et à l'art. 3 al. 3 LMI.

L'arrêt CCST.2007.0003 du 7 mars 2008 auquel la requérante se réfère n'est pas transposable au cas d'espèce. Dans cette affaire, la disposition litigieuse du règlement de la Commune de Nyon concernant le service des taxis imposait aux entreprises de taxis d'avoir leur domicile ou leur siège sur le territoire de la commune; elle a été annulée, car il s'agit là d'une restriction expressément considérée comme ne répondant pas au principe de proportionnalité selon l'art. 3 al. 2 let. c LMI. En l'occurrence toutefois, l'art. 23 quinquies nRIT ne contraint pas les exploitants d'un central d'appel d'avoir leur siège ou leur établissement dans l'arrondissement. Il exige en revanche que les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central d'appel se situent dans l'arrondissement (cf. art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT). Certes, l'autorité intimée doit pouvoir s'assurer du respect de l'art. 58 bis RIT, selon lequel l'exploitant de tout central d'appel a l'obligation de prendre note par écrit de la date et de l'heure de diffusion de chaque commande, du lieu de prise en charge et de la désignation du taxi chargé de l'exécution. L'exploitant de tout central est aussi tenu, selon cette disposition, de fournir sur réquisition aux autorités communales ou intercommunales tous renseignements relatifs à la réception et à la diffusion des commandes déterminées. S'il est indéniablement plus aisé à l'autorité de faire appliquer l'art. 58 bis RIT si les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central se trouvent dans l'arrondissement intercommunal, cela ne suffit pas à justifier la restriction consacrée par l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT. Quant à la connaissance des circonstances locales mise en avant par l'intimée (cf. réponse, p. 11), elle doit être relativisée: il a ainsi été jugé (cf. TF 2C_940/2010 précité, consid. 5.3) que le chauffeur de taxi de la ville de Zurich avait certes de bonnes connaissances au lieu de départ, mais pas nécessairement au lieu de destination; le client qui désirait se faire conduire de la ville de Zurich vers une autre commune accordait du reste peut-être plus d'importance à la connaissance qu'avait le chauffeur de la commune de destination que celle de la ville de Zurich. Quoi qu'en dise l'intimée, l'obligation faite à l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT crée une restriction à la liberté d'accès au marché et porte atteinte à la liberté économique des exploitants de centrales d'appel, sans que l'on puisse discerner à la présentation de quels intérêts publics prépondérants elle est indispensable, pas plus que son caractère proportionné. Elle interdirait ainsi par exemple à un central dont les bureaux seraient situés à Vevey ou à Morges, soit à quelques kilomètres seulement de

l'arrondissement intercommunal, d'obtenir une autorisation.

Il convient dès lors d'annuler les termes « *les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central soient situés dans l'arrondissement* » figurant à l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT.

- c) La requérante considère que l'art. 23 quinquies al. 2 nRIT est également contraire aux art. 2 et 3 LMI, dans la mesure où il prévoit que l'exécution d'une course doit être confiée à des taxis « *dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26* » RIT, c'est-à-dire des chauffeurs disposant d'un véhicule conforme (art. 24) et titulaires d'une carte de taxi (art. 26).

Cette exigence a pour conséquence que les centrales d'appel ne peuvent diffuser et communiquer des courses qu'à des taxis locaux (cf. préavis n°16/2011-2016 du 9 mars 2015, commentaire de l'art. 23 quinquies nRIT). Une telle restriction constitue une entrave de droit public au libre accès au marché. Le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'il n'était pas possible d'interdire aux centrales d'appel d'attribuer des mandats à des services de taxis non locaux (cf. TF 2C_940/2010 précité). Les restrictions visées à l'art. 3 al. 1 LMI ne doivent en effet pas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (cf. art. 3 al. 3 LMI). Au demeurant, et comme relevé dans son exposé des motifs (PL 11709 PL 11710, p. 30) par le Conseil d'État de Genève: « *les diffuseurs de courses sont des acteurs incontournables du transport professionnel de personnes. Les exigences qui peuvent être posées à leur égard sont moins importantes que pour les chauffeurs puisqu'ils se contentent de servir d'intermédiaires entre les chauffeurs et les clients* ».

Les préoccupations de l'autorité intimée, à savoir de contribuer à assurer la protection du public, le consommateur devant être assuré que sa commande aboutisse à un taxi dûment autorisé et reconnu, sont légitimes. Toutefois la protection des intérêts publics en cause est assurée par les dispositions du canton ou de la commune de provenance qui s'appliquent directement aux prestations de l'offreur externe. La requérante ne conteste au demeurant pas, à juste titre, que les chauffeurs de taxis doivent se soumettre au règlement intercommunal et aux contrôles des autorités de police compétentes (cf. requête, p. 20). En d'autres termes, cela ne signifie pas que n'importe quel chauffeur privé partenaire de Uber hors arrondissement puisse se voir confier le mandat: un offreur externe de service de taxi doit être admis à offrir ses services dans un autre arrondissement de taxis que le sien, à partir du moment où il est dûment reconnu comme chauffeur de taxi et autorisé à offrir ses services dans son propre arrondissement (par exemple un chauffeur partenaire de Uber dûment autorisé à offrir ses services à Nyon doit être autorisé à offrir ses services

à Lausanne). Il y a en effet un intérêt public évident à protéger le public contre les taxis dit « sauvages », soit des taxis conduits par des chauffeurs peu scrupuleux et conduisant des voitures mal équipées et potentiellement dangereuses.

Il s'ensuit que les termes « *et qui sont tous dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26* » figurant à l'art. 23 quinquies al. 2 nRIT doivent être annulés.

- d) La requérante critique en outre le fait que l'art. 23 quinquies nRIT soumet à autorisation des formes d'activité qui ne l'étaient pas jusqu'à présent, à savoir les dispositifs destinés à recueillir les demandes de la clientèle et à la diffuser « *par tout autre moyen de télécommunication* » que la téléphonie et la radio. Elle y voit une atteinte à la liberté économique des entreprises qui, comme elle, propose leurs services au moyen de tels dispositifs, sans que cette restriction ne soit justifiée par un intérêt public prépondérant. Elle souligne en particulier que le client qui utilise son application smartphone dispose en tout temps des tarifs applicables et peut recevoir une estimation préalable du prix de la course, ce qui exclut tout risque d'abus justifiant l'intervention du législateur.

On ne saurait suivre la requérante sur ce point. L'extension de la définition du central d'appel aux moyens de communication actuels permet de protéger le consommateur contre les abus. Il est en effet important de s'assurer que les commandes effectuées par ces canaux n'aboutissent pas à n'importe quel chauffeur. Comme on l'a déjà indiqué, il y a un intérêt public évident à combattre les taxis dit "sauvages". Les informations dont disposent le consommateur par le biais de l'application qu'il a téléchargée sur son smartphone ne le prémunissent pas de ce risque. Elles préviennent simplement les abus en matière de prix. La réglementation litigieuse, en permettant à l'autorité de procéder aux contrôles nécessaires (notamment après le dépôt d'une plainte d'un client), n'apparaît ainsi pas critiquable.

- e) La requérante invoque enfin comme conséquence de l'extension du champ d'application de l'art. 23 quinquies nRIT une restriction supplémentaire pour les chauffeurs bénéficiant d'une autorisation A d'exercer une activité accessoire et d'accepter une autre clientèle que celle transmise par le central unique, restriction qui selon elle ne répondrait pas à l'intérêt public et ne serait pas proportionnée au but poursuivi.

La requérante, qui ne fonctionne qu'en tant qu'intermédiaire entre le transporteur et le client, n'est toutefois pas titulaire d'une telle autorisation. Elle n'est ainsi pas affectée par la prétendue restriction à la liberté économique alléguée. Elle n'a dès lors pas d'intérêt digne de protection à s'en plaindre (cf. supra consid. 1d). Ce grief est irrecevable.

- f) En résumé, l'art. 23 quinquies nRIT est contraire aux art. 2 et 3 LMI, ainsi qu'à la liberté écono-

mique à un double titre: d'une part, en exigeant que les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central d'appel se situent dans l'arrondissement intercommunal; d'autre part, en prévoyant que l'exécution d'une course doit être confiée à des taxis dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26 RIT.

6. Les considérants qui précèdent conduisent à admettre partiellement la requête, en tant qu'elle est recevable, et à annuler les termes « *et qui sont tous dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26* » figurant à l'art. 23 quinquies al. 2 nRIT (cf. supra consid. 5b), ainsi que les termes de l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT (« *a. les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central soient situés dans l'arrondissement* ») (cf. supra consid. 5c).

[considérant sur l'émolument de justice et sa répartition]

[considérant sur les dépens pour la recourante]

Par ces motifs

la Cour Constitutionnelle

arrête :

- I. La requête, en tant qu'elle est recevable, est admise partiellement.

II. Sont annulés:

- les termes « *et qui sont tous dûment reconnus par le préposé intercommunal comme conformes aux art. 24 et 26* » figurant à l'art. 23 quinquies al. 2 nRIT, ainsi que
- les termes de l'art. 23 quinquies al. 2 let. a nRIT (« *a) les principales installations techniques et l'appareil administratif inhérent à l'exploitation du central soient situés dans l'arrondissement* »).

III. La requête est rejetée pour le surplus.

IV. [émolument de justice]

V. [émolument de justice]

VI. [indemnité de dépens]

Lausanne, le 27 avril 2016

[Communication de l'arrêt]

[Voies de droit]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	H	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		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
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
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
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
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 587
- abgestimmte Verhaltensweise 379, 435, 452, 511
- Abrede 375 ff., 423, 426, 434 ff., 442 ff., 473, 480 ff., 490 f., 494, 499 ff., 510 ff., 514 ff., 536, 539, 557 ff., 563, 586, 588, 608, 627, 631 f.
- Acquiring -
- Anhörung 447 f., 458, 460 f., 471 f., 499, 514
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 380, 438, 442, 515
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 434, 439, 441
- Erheblichkeit 376, 438, 449, 452, 510, 512, 604
- Exklusivvertrieb 465, 470
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen 452, 454, 468, 510 f., 513
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 616
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 380, 437, 484, 545, 555
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 616
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 381
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 378, 381, 547, 554, 558, 560 f.
- Marktgegenseite 380 f., 437, 484 f., 488 f., 556
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 490, 504
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 555
- Missbrauch 380 f., 418, 450, 610, 620, 627
- N**
- Netzwerk 556
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 508
- Preisabrede -
- Preisbindung zweiter Hand 461, 511
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 373 f., 389, 400, 405, 459, 491, 506, 524, 625, 630
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 434, 439, 446, 484, 516 ff., 537, 613 f., 617, 633, 635
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife -
- Tarifvertrag -
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -

U	Vierparteiensysteme -	
Umstossung der Vermutung -	vorbehaltene Vorschriften 435, 442, 449	
Untersuchung 384, 434, 437 ff., 442 ff., 451, 453, 455 ff.,	vorgezogene Recyclinggebühren -	
466, 471, 476, 479, 481 ff., 486, 488, 490, 494, 497 f., 500		
f., 512 f., 515, 520, 523, 536 f., 563, 610 ff., 627 ff., 632,		W
634 ff.		
unzulässige Wettbewerbsabrede 381, 435, 438, 440, 442 f.,	Wettbewerb um den Markt -	
452, 516, 522, 627, 631		X
		Y
V		Z
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		
Veröffentlichung 537 ff., 608, 611 ff., 616, 618 ff., 623, 627 ff.,	Zahlungsmittel -	
632 ff.	zweiseitige Märkte -	
Verschulden 517, 614		
