



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

2018/2

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: 727.000.18/2)

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

2018/2

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 2018

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	

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1.	gym80	237
2.	Marché du livre écrit en français	245
3.	Marché du livre écrit en français – Secrets d'affaires / Publication de la décision	340
4.	Gerätebenzin	347
5.	RIMOWA	363
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	SDA/Keystone	374
2.	MOVE Mobility	385
3.	Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft	386
4.	Kuraray Co., Ltd./Sumitomo Corporation/PTT Global Chemical Public Company Limited/Joint Venture	414
5.	Airbus/CSALP	415
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
1.	Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch des Kantons Aargau um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau	419
2.	Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch der Gemeinde Koblenz um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau	433
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1.	Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau – Akteneinsicht (während Untersuchung)	444
2.	Urteil vom 3. Mai 2018 in Sachen X. AG gegen Y. AG – Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016	457
3.	Urteil vom 24. Mai 2018 in Sachen A. AG (Bank) gegen Wettbewerbskommission – Zwischenverfügung vom 17. November 2017 betreffend Auskunftspflicht (i.S. Devisen-handelskurse)	464
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Arrêt du 29 janvier 2018 – Cartels; publication d'une décision relative au marché du livre en français	471
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 5. März 2018 betreffend Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 19. Dezember 2017	474
2.	Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018	482
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	493
	Index (deutsch, français e italiano)	495

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

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

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Gym80

Verfügung vom 27. November 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend gym80 wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen 1. ratio AG, in Kriens, vertreten durch [...], 2. gym80 International GmbH, in Gelsenkirchen, Deutschland, vertreten durch [...]

A. Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung waren Anhaltspunkte, dass Parallel- und/oder Direktimporte von Fitnessgeräten der Marke gym80 in die Schweiz be- oder verhindert werden. Konkret lagen Anhaltspunkte vor, dass gym80 Lieferungen von Fitnessgeräten durch im an die Schweiz angrenzenden Ausland ansässige Händler zum Schutze der Schweizer Generalimporteurin, der ratio AG (nachfolgend: ratio), unterbindet.

2. gym80 International GmbH (nachfolgend: gym80) ist ein Unternehmen mit Sitz in Gelsenkirchen (Deutschland). Es ist in der Produktion von Fitness-, Medical- und High Performance-Geräten tätig, welche in Deutschland produziert werden.¹ gym80 vertreibt ihre Produkte weltweit; sie hat Vertriebspartner in verschiedenen europäischen Ländern. Eine Ausnahme davon bildet Deutschland, wo gym80 ihre Produkte im Wesentlichen selbst vertreibt.² In der Schweiz arbeitet gym80 im Vertrieb exklusiv mit ratio zusammen.

3. ratio ist eine im Jahr 2015 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Kriens. Sie ist u.a. im Handel mit Training- und Fitnessgeräten, Praxiseinrichtungen und fachspezifischer Software tätig.³ Daneben besteht noch eine weitere Gesellschaft, die ratio medical training GmbH (ebenfalls mit Sitz in Kriens), welche 2002 gegründet wurde und das Führen eines Fitnesscenters und den Handel mit Fitnessgeräten aller Art bezweckt.⁴ Aktuell ist jedoch lediglich ratio im Vertrieb von Fitnessgeräten usw. tätig, die ratio medical training GmbH verwaltet im Wesentlichen Immobilien.⁵ ratio bzw. zuvor die ratio

medical training GmbH ist seit dem 1. Januar 2007 Generalimporteurin für Produkte der Marke gym80.⁶

A.2 Prozessgeschichte

4. Am 23. September 2015 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG⁷ gegen ratio und mit ihr konzernmässig verbundene Gesellschaften⁸ sowie gegen gym80⁹. Gleichentags wurde bei ratio eine Hausdurchsuchung durchgeführt¹⁰, anlässlich derer elektronische Daten beschlagnahmt bzw. gespiegelt wurden. Die Bekanntgabe der Untersuchungseröffnung i.S.v. Art. 28 KG erfolgte am 22. Dezember 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)¹¹ und im Bundesblatt (BBI).¹²

¹ <<http://www.gym80.de/de/gym80>> (27.11.2017).

² <<http://www.gym80.de/de/vertrieb-0>> (27.11.2017).

³ Vgl. Handelsregisterauszug ratio, abrufbar unter <<https://lu.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?jsessionid=bc25fd4c7810e184185f828d7e25?uid=CHE-400.297.351>> (27.11.2017).

⁴ Vgl. Handelsregisterauszug der ratio medical training GmbH, abrufbar unter <<https://lu.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-109.585.228>> (27.11.2017).

⁵ Act. 112 Rz 106 ff.; act. 116 Rz 99 ff.

⁶ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass ratio neben gym80 auch Produkte anderer Marken exklusiv vertreibt, so bspw. StarTrac (Kraftgeräte), Ergofit (medizinische Trainings- und Präventionsgeräte), act. 112 Rz 111 ff.

⁷ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸ Act. 4.

⁹ Act. 5.

¹⁰ Act. 2.

¹¹ Act. 127.

¹² Act. 128.

5. Am 28. Juni 2016 erging das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba¹³, welches das Sekretariat dazu veranlasste, keine weiteren Ermittlungshandlungen vorzunehmen, solange die schriftliche Urteilsbegründung nicht vorlag. Diese erfolgte im Frühjahr 2017.

6. Mit Schreiben vom 4. August 2017 wurden gym80 und ein deutscher Händler (nachfolgend: deutscher Händler) vom Sekretariat schriftlich ersucht, eine Stellungnahme abzugeben.¹⁴ Die Stellungnahme von gym80 ging innert erstreckter Frist am 11. September 2017 beim Sekretariat ein.¹⁵ Da vom deutschen Händler keine Stellungnahme einging, ersuchte das Sekretariat am 14. September 2017 den deutschen Händler noch einmal per E Mail um eine Stellungnahme.¹⁶ Eine solche ging wiederum nicht ein.

A.3 Kartellrechtlich relevanter Sachverhalt

7. Die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung erhobenen Beweismittel wurden vom Sekretariat ausgewertet. Das entsprechende Ergebnis wird nachstehend aufgezeigt, wobei drei möglicherweise kartellrechtlich relevante Elemente voneinander abgegrenzt werden können.

a) Vertriebsvereinbarung

8. Vom 1. Januar 2007 [...] bestand zwischen gym80 und ratio eine Vertriebsvereinbarung, mit welcher gym80 ratio den exklusiven Vertrieb im Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein übertrug. Mit dem Abschluss dieser Vereinbarung haben gym80 und ratio die Geschäftsbeziehungen aufgenommen, davor bestanden zwischen den beiden Unternehmen keine geschäftlichen Beziehungen. [...] Die vertriebliche Zusammenarbeit wurde seither gemäss Aussagen der Parteien konkludent und in unveränderter Form fortgeführt.¹⁷

9. In dieser Vertriebsvereinbarung ist u.a. Ziff. 3 mit folgendem Wortlaut enthalten:

„Der Vertriebspartner [Zusatz des Sekretariates: ratio] verpflichtet sich, außerhalb des Vertragsgebietes für die Vertragsprodukte keine Kunden zu werben oder Niederlassungen oder Auslieferungslager zu unterhalten.“

10. Daneben ist in der Vertriebsvereinbarung eine Ziff. 5 mit folgendem Wortlaut enthalten:

„Der Vertriebspartner darf die Vertragsprodukte ausschließlich von gym80 beziehen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ohne Beachtung eines Fortsetzungszusammenhangs, verwirkt der Vertriebspartner eine Verstrafung [...] € [...]“

b) Weiterleitung von Kundenanfragen von gym80 an ratio

11. Unter den beschlagnahmten bzw. gespiegelten elektronischen Daten wurden einige Anfragen von Schweizer Kunden an gym80 gefunden, welche diese an die ratio weitergeleitet hat. Dies funktionierte im Wesentlichen so, dass gym80 Anfragen für Produkte, die sie von Schweizer Kunden erhielt, kommentarlos und direkt an die ratio weitergeleitet hat.¹⁸

c) Fall deutscher Händler

12. Neben den beiden vorstehenden Elementen gab es den Hinweis des Schweizer Fitnesscenters, dass der

Import von Fitnessgeräten der Marke gym80 aus Deutschland in die Schweiz vom Hersteller behindert werde. Der Geschäftsleiter des Schweizer Fitnesscenters wollte Fitnessgeräte aufgrund des Preisunterschiedes beim deutschen Händler bestellen, dieser teilte ihm jedoch mit, er müsse seine Offerte nach Rücksprache mit dem Vertriebsleiter von gym80 zurückziehen, da laut Aussage des Vertriebsleiters von gym80 der Vertriebspartner in der Schweiz geschützt werden müsse.

13. Diese drei kartellrechtlich relevanten Sachverhaltselemente werden in den nachfolgenden Erwägungen einer Würdigung unterzogen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

14. 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).

15. Sowohl ratio als auch gym80 sind als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

16. 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).

17. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.¹⁹

18. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, ist grundsätzlich im Rahmen der Beurteilung (vgl. unten Rz 37 ff.) zu prüfen, weshalb auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet wird.

¹³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28.6. 2016, abrufbar unter < https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/2C_180_2014_yyyy_mm_dd_T_d_15_57_41.pdf > (27.11.2017).

¹⁴ Act. 170 und 171.

¹⁵ Act. 176.

¹⁶ Act. 179.

¹⁷ Act. 116 Rz 703 ff.

¹⁸ Vgl. bspw. act. 47, 64 oder 65.

¹⁹ 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*.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

19. 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 bzw. auswirken kann.²⁰ Wenn gym80 im Ausland mittels Abreden mit ausländischen Händlern Parallelimporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.²¹ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. Die Frage, ob Parallelimporte tatsächlich verhindert bzw. behindert werden, ist Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

20. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Besonderheit, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsverfahrensgesetz²², ab.

21. Gemäss Art. 6 VwVG (i. V. m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Vorliegend richtet sich die Untersuchung gegen ratio und gym80, weshalb den beiden Unternehmen ohne weiteres Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG zukommt.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

22. 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)²³. 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).

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

B.4 Wettbewerbsabreden

B.4.1 Vorbemerkungen zum Beweis

24. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG schreibt vor, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Der damit statuierte Untersuchungsgrundsatz²⁴ ist auch im Kartellverfahren anwendbar. Ein Verstoss gegen das

Kartellgesetz ist daher grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sind, allen relevanten Tatsachen nachzugehen haben und aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären müssen.²⁵

25. Aufgrund dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, tragen im Kartellverfahren die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Es ist deren Sache, die Schuld eines betroffenen Unternehmens nachzuweisen, und nicht umgekehrt Sache des Unternehmens, seine Unschuld darzutun.²⁶ Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht jedoch gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber.²⁷

26. Bezüglich des Beweismasses, welches erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Sowohl im ordentlichen Verwaltungsverfahren als auch im Kartellrecht gilt grundsätzlich das Regelbeweismass des Vollbeweises. Nach diesem ist für den Nachweis erforderlich, dass die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von der Verwirklichung der Tatsache überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.²⁸

²⁰ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E.3.3; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, 535 Ziff. 222.2.

²¹ Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, *Volkswagen-Vertriebssystem*; Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E.3.3.

²² Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²³ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, RPW 2015/1, 131 ff. passim, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²⁴ PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 15 ff.

²⁵ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

²⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.4, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.10.16, *SFS unimarket AG/WEKO*.

²⁷ BGE 129 II 18, 33 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 E. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

²⁸ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 118 m.w.Hw.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 33), Art. 12 VwVG N 214 m.w.Hw.

27. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁹). Die Wettbewerbsbehörden würdigen die Beweise somit nach freier Überzeugung. Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.³⁰ Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden die Überzeugungskraft der vorliegenden Beweismittel von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten.³¹ Nicht angehen würde es, die Ergebnisse einer Beweiserhebung nur dann in die Beweiswürdigung einzubeziehen, wenn sie der Untermauerung der eigenen Auffassung dienen.³²

28. Im Unterschied zur Beweisführungslast und dem Beweismass regelt die objektive Beweislastverteilung die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer also die Folgen der Beweislosigkeit trägt: Hinsichtlich dem Vorliegen von Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 4 KG tragen die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast.

B.4.2 Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG

29. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek³³).

30. 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 Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf der gleichen oder auf verschiedenen Marktstufe(n) tätig.

31. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,³⁴ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.³⁵ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.³⁶ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.³⁷

32. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerk-

male „bezwecken“ resp. „bewirken“ alternativ voraus, nicht kumulativ, wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt. Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ genügt. Für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. 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.

B.4.3 Kartellrechtliche Würdigung

33. Bezogen auf den kartellrechtlich relevanten Sachverhalt im vorliegenden Fall (vgl. oben Rz 12 ff.) stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei den identifizierten Elementen um Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG handelt.

B.4.3.1 Vertriebsvereinbarung

B.4.3.1.1 Wettbewerbsabrede

34. In Bezug auf die Frage des Vorliegens einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt die Vertriebsvereinbarung (vgl. oben Rz 14 ff.) beide entsprechend erforderlichen Elemente. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken ist erfüllt, da die Vereinbarung als rechtlich bindender Vertrag ausgestaltet ist. Auch ist das Bezwecken oder Bewirken zu bejahen, da die Ziff. 3 und 5 der Vertriebsvereinbarung als objektiv geeignet zu betrachten sind, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken, da sie

²⁹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

³⁰ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99.

³¹ So etwa BGE 133 I 33, E. 2.1 (bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht).

³² Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.3.46, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.41, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

³³ Bekanntmachung der WEKO vom 28.6. 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

³⁴ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

³⁵ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 45), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

³⁶ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

³⁷ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

die Möglichkeiten für die ratio einschränken, Vertragsprodukte aktiv in andere Gebiete (als dem ihr zugewiesenen) zu verkaufen. Zusätzlich wurden die Bezugsmöglichkeiten von ratio beschränkt, d.h. sie wurde vertraglich dazu verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich bei gym80 zu beziehen. Ein Bezug bei anderen Lieferanten war dadurch ausgeschlossen bzw. hätte eine Konventionalstrafe zur Folge gehabt. Die Gefahren für den Wettbewerb liegen hauptsächlich darin, dass der markeninterne Wettbewerb verringert und der Markt aufgeteilt wird, was v.a. der Preisdiskriminierung Vorschub leisten kann. Verfahren die meisten oder alle Lieferanten nach dem Prinzip des Alleinvertriebs, kann es leichter zu Kollusion kommen, und zwar sowohl zwischen Lieferanten als auch zwischen Händlern.³⁸ Da gym80 und ratio auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind, ist die in Rede stehende Abrede als vertikal zu qualifizieren. Liegt eine solche Abrede vor, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG handelt.

B.4.3.1.2 Keine absolute Gebietsschutzabrede

35. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 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 (sog. Passivverkaufsverbot).

36. Fraglich ist, ob die Abrede als absolute Gebietsschutzabrede bzw. Passivverkaufsverbot i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu betrachten ist, da gym80 mit der Vertriebsvereinbarung ratio den exklusiven Vertrieb in der Schweiz und Liechtenstein einräumte, ihr gleichzeitig den aktiven Verkauf ausserhalb dieser Gebiete vertraglich untersagte und eine Alleinbezugsverpflichtung auferlegt(e). Grundsätzlich fallen auch Exklusivvertriebsverträge (oder auch Alleinvertriebsverträge) unter Art. 5 Abs. 4 KG, worunter Wettbewerbsabreden zwischen Herstellern und Händlern zu verstehen sind, durch die sich der Hersteller verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet zum Zwecke des Weiterverkaufs ausschliesslich einen bestimmten Abnehmer zu beliefern. Die Vertriebsvereinbarung zwischen gym80 und ratio ist im Lichte der eben genannten Definition als Exklusivvertriebsvertrag zu qualifizieren. Dies, weil gym80 der ratio vertraglich „...den exklusiven Vertrieb [...] im Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein...“ übertrug und sich dazu verpflichtete, in diesem Gebiet keine weiteren Vertragspartner einzusetzen.³⁹

37. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art geografischer 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.⁴⁰

38. 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. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietsschutz führen (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).

39. Da die Vertriebsvereinbarung als Exklusiv- oder Alleinvertrieb zu qualifizieren ist, ist von einer Abrede in einem Vertriebsvertrag über die Zuweisung von Gebieten auszugehen. Für die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG ist darüber hinaus erforderlich, dass Verkäufe in das zugewiesene Gebiet durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 5 Abs. 4 KG ist nach Einschätzung der WEKO jedoch in concreto nicht erfüllt, da sich der Vertriebsvereinbarung selbst nicht entnehmen lässt, dass es ratio untersagt gewesen wäre, auf passive Anfrage hin Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu liefern. Die WEKO kommt daher zum Schluss, dass die Vertriebsvereinbarung keine Klauseln enthält, welche Importe in die Schweiz direkt be- oder verhinderten, mithin kein absoluter Gebietsschutz bzw. kein Passivverkaufsverbot vorliegt. Was Vereinbarungen zwischen gym80 und anderen Vertriebspartnern in Europa angeht, so sind diese gemäss eigenen Aussagen von gym80 identisch zu derjenigen zwischen gym80 und ratio.⁴¹ Im Übrigen gaben sowohl ratio als auch gym80 übereinstimmend an, dass passive Verkäufe nicht behindert wurden bzw. werden sollten.

40. Vor diesem Hintergrund stellt sich höchstens die Frage, ob in concreto von einem indirekten Gebietsschutz auszugehen ist. Ziff. 3 der Vertriebsvereinbarung untersagte ratio, aktive Verkäufe ausserhalb des ihr zugewiesenen Gebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu tätigen. Zusätzlich wurde ratio nach Ziff. 5 der Vertriebsvereinbarung dazu verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich von gym80 zu beziehen. Mit diesen beiden vertriebsvertraglichen Verpflichtungen, welche ratio einging, wurde ein sog. Aktivverkaufsverbot⁴² statuiert, welches mit einer Alleinbezugsverpflichtung verknüpft wurde. Das Aktivverkaufsverbot alleine würde nicht unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen,⁴³ sondern bei diesem Tatbestand steht der Ausschluss von passiven Verkäufen im Vordergrund.⁴⁴ Die WEKO hielt im Fall

³⁸ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 (nachfolgend: Vertikal-Leitlinien), Rz. 151.

³⁹ Act. 112, S. 24.

⁴⁰ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 528.

⁴¹ Act. 142 Rz 235 ff.

⁴² Unter einem Aktivverkauf ist die aktive Ansprache einzelner Kunden zu verstehen, z.B. mittels Direktwerbung einschliesslich Massen-E-Mails oder persönlichen Besuchs, oder die aktive Ansprache einer bestimmten Kundengruppe oder von Kunden in einem bestimmten Gebiet mittels Werbung in den Medien, über das Internet oder mittels anderer verkaufsfördernder Massnahmen, die sich gezielt an die betreffende Kundengruppe oder gezielt an die Kunden in dem betreffenden Gebiet richten (Ziff. 2 VertBek).

⁴³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 60), Art. 5 KG N 562.

⁴⁴ RPW 2016/2, 464 Rz 200, Nikon AG.

Nikon AG allerdings fest, dass Alleinbezugsverpflichtungen in selektiven Vertriebsverträgen, die den Händler dazu verpflichten, einen wesentlichen Anteil seines Bedarfs beim Schweizer Generalimporteur zu beziehen, zu einem indirekten Gebietsschutz führen können.⁴⁵ Im konkreten Fall liegt die Konstellation vor, dass Alleinvertrieb mit einer Alleinbezugsverpflichtung kombiniert wird und es fragt sich im Lichte der Praxis der WEKO, ob auch diese Kombination zu einem indirekten Gebietsschutz führen kann.

41. In diesem Kontext gilt es das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Gaba/Gebro zu berücksichtigen, in welchem höchstrichterlich festgehalten wurde, dass der Schweizer Gesetzgeber, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden wollte, trotz fehlendem Verweis. Die schweizerische Regelung soll in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche und gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein.⁴⁶ In den Leitlinien zur Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung hält die EU-Kommission zur in Rede stehenden Fragestellung fest, dass Alleinvertriebsvereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt sind, wenn sowohl der Anbieter als auch der Abnehmer auf seinem Markt nicht mehr als 30 % Marktanteil hält; dies gilt selbst dann, wenn eine Vereinbarung noch andere vertikale Beschränkungen wie ein auf fünf Jahre befristetes Wettbewerbsverbot, Mengenvorgaben oder Alleinbezugsverpflichtungen enthält.⁴⁷

42. Angesichts der Marktanteile von gym80 und ratio, die beide weit unter 30 % liegen (vgl. dazu unten Rz 60 ff.), wäre die vorliegende Verknüpfung des Aktivverkaufsverbotes mit der Alleinbezugsverpflichtung nach Ziff. 5 der Vertriebsvereinbarung der Praxis der EU-Kommission entsprechend vom Kartellverbot freigestellt. Für das Schweizer Kartellrecht ist nach Ansicht der WEKO im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba/Gebro zu folgern, dass der vorliegende Fall nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Denn wenn die schweizerische Regelung gleich scharf sein soll wie diejenige der EU, kann eine vom Kartellverbot freigestellte, d.h. zulässige Abrede, nach schweizerischem Kartellrecht nicht als den Wettbewerb beseitigend eingestuft werden. Dementsprechend greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist, nach Ansicht der WEKO nicht.

43. Anders zu beurteilen wäre die Sachlage u.a. dann, wenn ein Generalimporteur (der mit seinem Lieferanten einen Exklusivvertriebsvertrag abgeschlossen hat, in welchem eine Alleinbezugsverpflichtung enthalten ist) in der Schweiz ein selektives Vertriebssystem implementiert hat und in diesem Rahmen seinen zugelassenen Wiederverkäufern die Pflicht auferlegt, Produkte ausschliesslich beim Schweizer Generalimporteur zu beziehen.⁴⁸

44. Da keine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob von einer erheblichen Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen ist.

B.4.3.1.3 Keine qualitativ schwerwiegende Abrede

45. Da *in casu* das Vorliegen einer unzulässigen vertikalen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden kann und somit kein Abredetyp vorliegt, welcher dem Bundesgericht zufolge grundsätzlich erheblich ist,⁴⁹ gilt es zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von Abreden auszugehen ist, die gemäss Praxis der WEKO dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend einzustufen sind (Ziff. 12 Abs. 2 VertBek). Jedoch ist der vorliegende Fall keinem der in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek genannten Beispiele zuzuordnen, sodass bereits von daher nicht von einer dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegenden Abrede auszugehen ist. Dies entspricht auch der Praxis der EU-Kommission, denn eine vom Kartellverbot (gruppen-)freigestellte Abrede ist zulässig, d.h. ist dem Gegenstand nach eben gerade zulässig, sodass in Übereinstimmung mit der europäischen Regelung die hier interessierende Abrede nicht als dem Gegenstand nach qualitativ schwerwiegend einzustufen ist.

46. Demzufolge und bezogen auf den vorliegenden Fall vertritt die WEKO die Ansicht, dass die Abrede zwischen gym80 und ratio nicht als qualitativ schwerwiegend einzustufen ist. Folglich gilt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu prüfen, ob die Erheblichkeit der Abrede durch quantitative Elemente bestimmt werden kann.

B.4.3.1.4 Unerhebliche/gerechtfertigte Abrede aufgrund der Marktanteile

47. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba ist die Erheblichkeitsschwelle einer Abrede durch quantitative Elemente zu bestimmen, wenn es keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht gibt.⁵⁰ Auf die vertiefte Prüfung der quantitativen Elemente kann *in casu* indes nach der Praxis der WEKO verzichtet werden, da die in Rede stehende Abrede zwischen gym80 und ratio nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, da kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Ziff. 13 Abs. 1 VertBek), wie nachfolgend dargelegt wird.

48. Im vorliegenden Fall ist von einem relevanten Markt für Fitnessgeräte auszugehen, welcher räumlich das Gebiet der Schweiz umfasst. Solche Fitnessgeräte werden in sachlicher Hinsicht grundsätzlich sowohl in (klassischen) Fitnesscentern als auch in (medizinischen) Therapiezentren eingesetzt.⁵¹

⁴⁵ RPW 2016/2, 463 f. Rz 193, *Nikon AG*.

⁴⁶ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E.6.2.3.

⁴⁷ Vertikal-Leitlinien, Rz 152.

⁴⁸ RPW 2016/2, 463 f. Rz 193, *Nikon AG*.

⁴⁹ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E.5.2.5.

⁵⁰ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E.5.2.2.

⁵¹ Act. 112 Rz 117 ff.

49. Die Parteien geben übereinstimmend an, dass der Marktanteil von ratio auf einem so abgegrenzten Markt (mit allen durch ratio vertriebenen Marken) [ca. 0-10 %] betrage. Ungefähr ein Viertel des Umsatzes entfalle auf gym80-Produkte, demnach beläuft sich der Marktanteil von gym80 auf unter [0-10 %].⁵²

50. Gestützt werden die Angaben der Parteien auch durch die Tatsache, dass im Bereich Fitnessgeräte mindestens 19 Unternehmen in der Schweiz tätig sind, mit welchen auch der SFGV⁵³ zusammenarbeitet.⁵⁴ Zusätzlich benennen die Parteien selbst zahlreich vorhandene Wettbewerber in ihrem Tätigkeitsbereich.⁵⁵ Die Aussagen der Parteien sind demnach als glaubhaft zu bewerten.

51. Eine genaue sachliche Analyse kann hier offen gelassen werden, weil selbst bei engerer Marktabgrenzung sich der Marktanteil in der Schweiz von ratio bzw. gym80 mutmasslich nicht wesentlich verändern würde und unter 15 % läge.

52. Selbst wenn man zu einer von dieser Einschätzung abweichenden Beurteilung gelangen sollte bzw. diejenige des Sekretariats nicht teilen würde, so wäre indes die hier in Rede stehende Abrede zwischen gym80 und ratio nach Praxis der WEKO in jedem Fall auch ohne Einzelfallprüfung gerechtfertigt, da keines der beiden Unternehmen Marktanteile von über 30 % hält (Ziff. 16. Abs. 2 VertBek).

53. Vor diesem Hintergrund ist die Abrede zwischen gym80 und ratio als nicht erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG bzw. als gerechtfertigt i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.4.3.2 Weiterleitung von Anfragen (von gym80 an ratio)

54. Unter den beschlagnahmten elektronischen Dokumenten wurden u.a. einige Anfragen von Schweizer Kunden an gym80 gefunden, welche diese an die ratio weitergeleitet hat. Dies funktionierte i.d.R. so, dass gym80 Anfragen für Produkte, die sie von Schweizer Kunden erhielt, kommentarlos und direkt an die ratio (per E-Mail) übermittelte (vgl. oben Rz 17 f.).

55. Es stellte sich die Frage, ob diese Weiterleitungen auf ein koordiniertes Verhalten zwischen der ratio und gym80 zurückgeführt werden können. Doch dies liess sich weder anhand der im Recht befindlichen Beweismittel noch anhand der durchgeführten Einvernahmen nachweisen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Praxis der WEKO zufolge die Verpflichtung ausländischer Anbieter gegenüber dem Schweizer Generalimporteur, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlern oder Endkunden aus der Schweiz diese an den Schweizer Generalimporteur zu verweisen, keine absolute Gebietsschutzabrede darstellt (Ziff. 9, 1. Bulletpunkt Erläuterungen VertBek⁵⁶). In diesem Kontext gilt es zu erwähnen, dass sowohl die Vertreter der ratio als auch jene von gym80 versicherten, dass Parallel- und Direktimporte jederzeit möglich waren und keine Beweismittel vorliegen, welche Gegenteiliges belegen würden.⁵⁷

56. Die WEKO erachtet damit in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG als nicht erstellt.

B.4.3.3 Fall deutscher Händler

57. Bezüglich dieses Elements stellt sich die Frage, ob der Rückzug der Offerte des deutschen Händlers auf eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zurückzuführen ist.

58. Vorab ist festzuhalten, dass für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zwischen der ratio und gym80 im eben genannten Sinn keine Beweise im Recht liegen, die auf entsprechendes hindeuten. Daher erübrigt sich in diesem Punkt eine weitere Prüfung.

59. Zu prüfen ist demnach, ob der Rückzug der Offerte des deutschen Händlers an das Schweizer Fitnesscenter auf eine Wettbewerbsabrede zwischen ihm und dem Hersteller gym80 zurückzuführen ist. Davon wäre nach Ansicht der WEKO auszugehen, wenn sich gym80 und der deutsche Händler darauf geeinigt hätten, dass letzterer die Offerte an das Schweizer Fitnesscenter zum Schutz des Schweizer Vertriebspartners von gym80 zurückziehen sollte.

60. Mit der E-Mail, welche das Schweizer Fitnesscenter dem Sekretariat zukommen liess lässt sich keine Einigung nachweisen, dass der deutsche Händler seine Offerte zum Schutze von ratio zurückziehen sollte. Hinzu kommt, dass gym80 zwar nicht in Abrede stellt, dass es ein Gespräch zwischen ihr und dem deutschen Händler gab, jedoch den Inhalt des Gesprächs, wie er in der E-Mail des Händlers widergegeben ist, vollumfänglich bestreitet.⁵⁸ Der tatsächliche Gegenstand des Gesprächs zwischen gym80 und dem deutschen Händler lässt sich somit nicht beweisen.

61. Festzuhalten ist, dass keine weiteren Beweismittel vorhanden sind, welche den Inhalt des Telefongesprächs zwischen gym80 und dem deutschen Händler belegen.⁵⁹ Es liegen lediglich die E-Mail und die Aussage von gym80 vor. Die Klärung des Gegenstandes des Gesprächsinaltes zwischen gym80 und dem deutschen Händler wäre zudem in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach Einschätzung der WEKO unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls weder verhältnismässig noch opportun. Vor diesem Hintergrund ist eine

⁵² Act. 165 S. 5 f.; act. 166 S. 4.

⁵³ Schweizerischer Fitness- und Gesundheitscenter Verband <<http://www.sfgv.ch>> (27.11.2017).

⁵⁴ Online: <<http://www.sfgv.ch/unsere-partner/fitnessgeraete.html>> (27.11.2017).

⁵⁵ Vgl. act. 116 Rz 241 f. sowie act. 112 Rz 151 ff.

⁵⁶ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.6.2017 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen).

⁵⁷ Act. 112 Rz 582 ff.; act. 116 Rz 1196 ff.; act. 142 Rz 151 ff., 177 f., 191 ff., 265 ff., 296 ff.

⁵⁸ Act. 176 Rz 2.

⁵⁹ Das Sekretariat ersuchte den deutschen Händler zweimal schriftlich, zur relevanten Passage der E-Mail Stellung zu nehmen, vgl. act. 171 und 179, dieser äusserte sich jedoch nicht dazu.

rechtsgenüßliche Beurteilung der Frage, ob es hinsichtlich des Rückzugs der Offerte an das Schweizer Fitnesscenter durch den deutschen Händler eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zwischen diesem und gym80 gab, nicht möglich.

B.5 Stellungnahmen der Parteien

62. Angesichts des Umstandes, dass das Sekretariat die Einstellung der vorliegenden Untersuchung beantragt, verzichteten sowohl gym80 als auch ratio auf eine Stellungnahme zu den materiellen Punkten des Antrags. Beide Parteien beantragen stattdessen eine Parteientschädigung; gym80 in der Höhe von CHF [...] und ratio in der Höhe von CHF [...], was den Honorarnoten der jeweiligen Rechtsvertreter entspricht. Die aktuelle Rechtsprechung zur Parteientschädigung im Kartellrecht ist eindeutig. Gemäss dem rechtskräftigen Urteil der REKO/WEF⁶⁰ ist Parteien im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigung zu gewähren.⁶¹ Damit sind die entsprechenden Anträge von gym80 und ratio abzuweisen.

B.6 Ergebnis

63. Die WEKO kommt gestützt auf die obigen Ausführungen zum Schluss, dass *in casu*

- die Vertriebsvereinbarung zwischen gym80 und ratio nicht als absolute Gebiets-schutzabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren ist und damit die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist, nicht greift. Die Abrede zwischen gym80 und ratio ist auch weder als qualitativ schwerwiegend einzustufen, noch lässt sich die Erheblichkeit mit quantitativen Elementen bestimmen, sodass die Abrede nicht als erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu betrachten ist (vgl. oben Rz 39 ff.);
- bezüglich der Weiterleitung von Kundenanfragen an ratio, die direkt bei gym80 eingegangen sind, mangels Nachweises eines koordinierten Verhaltens weder von einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, noch gemäss Praxis der WEKO vom Vorliegen einer absoluten Gebietsschutzabrede auszugehen ist (vgl. oben, Rz 59 ff.) und
- aufgrund der vorliegenden Beweismittel nicht rechtsgenüßlich nachgewiesen ist, dass die Nichtbelieferung des Schweizer Fitnesscenters durch den deutschen Händler auf eine Wettbewerbsabrede zwischen ihm und gym80 resp. zwischen dieser und ratio zurückgeführt werden kann (vgl. oben Rz 35 ff.).

64. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen wird die Untersuchung eingestellt.

C. Kosten

65. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Das in diesem Artikel statuierte Verursacherprinzip wird jedoch durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Verursacher eines Verfahrens müssen demnach dann keine Kosten übernehmen, wenn in Untersuchungen kein unzulässiges Verhalten der Beteiligten respektive in Vorabklärungen keine Anhaltspunkte für ein solches festgestellt werden konnten, kurz: wenn sie ein Verfahren zwar verursachen, nicht aber „unterliegen“. Das Verfahren

wird in diesen Fällen ohne Kostenfolge für die Beteiligten eingestellt.⁶³

66. Die Parteien haben die vorliegende Untersuchung zwar verursacht, doch konnte in Bezug auf die drei identifizierten Elemente des vorliegenden Falls mangels Beweisen kein unzulässiges Verhalten festgestellt werden bzw. ist die Wettbewerbsabrede zwischen gym80 und ratio als nicht erheblich bzw. als gerechtfertigt einzustufen (vgl. oben Rz 35 ff.). Dementsprechend wird die vorliegende Untersuchung ohne Kostenfolge für gym80 und ratio eingestellt.

D. Dispositiv

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

1. Die Untersuchung gegen gym80 International GmbH und die ratio AG wird ohne Kostenfolge eingestellt.
2. Die Anträge der gym80 International GmbH und der ratio AG auf Parteientschädigung werden abgewiesen.
3. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungs-adressatinnen werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - ratio AG, vertreten durch [...]
 - gym80 International GmbH, vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁶⁰ Entscheidung der REKO/WEF, RPW 200/4, 709 ff., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*; vgl. ferner BGE 132 II 47, 62 E. 5.2; BGE 140 V 116, 120 E. 3.4.2.

⁶¹ Vgl. auch das allerdings aufgehobene Urteil des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 Bayer (Schweiz) AG/WEKO, E. 10.

⁶² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁶³ RPW 2015/2, 321 Rz 467, *Türprodukte*.

B 2.2	2. Marché du livre écrit en français
-------	---

Décision du 27 mai 2013 dans l'affaire Enquête selon l'art. 27 LCart concernant Marché du livre écrit en français relative à des accords illicites selon l'art. 5 LCart.

Parties:

Albert le Grand S.A., à Fribourg, représentée par [...];

Dargaud (Suisse) S.A., à Moudon, représentée par [...];

Diffulivre S.A., à Saint-Sulpice (VD), représentée par [...];

Diffusion Transat SA, à Genève, représentée par [...];

Editions Glénat (Suisse) S.A., à Nyon, représentée par [...];

Editions l'Age d'Homme SA., Lausanne, représentée par [...];

Editions Zoé SA, à Carouge, représentée par [...];

Interforum Suisse SA, à Givisiez, représentée par [...];

La Librairie du Lac, Olivier Ducommun, à Lausanne;

Les éditions des 5 frontières SA, à Lausanne, représentée par [...];

Les Editions Flammarion S.A., à Lausanne, représentée par [...];

OLF SA, à Corminboeuf, représentée par [...];

Servidis SA, à Genève, représentée par [...];

Détaillants et libraires suivants, non représentés:

A l'ombre des jeunes filles en fleurs, A. Marschall, Airgate Shop, Archigraphy, Au Chien Bleu, Aux Beaux-Arts Perrier, Aux Galeries, Ayer-Demie, Bauer Renens, Billod, Cadev, Le Cep Librairie chrétienne, Crobar, Cur-sus, Des Livres et Moi, Du Boulevard, Du Château, Du Vieux-Comté, Ellipse, Espace Noir, Ex Nihilo, FNAC Suisse, Focale - Association pour la photographie, FOR YOU TOO/4U2 books, France Loisirs Suisse, Gigon Librairie, Graphic Shop du Scribe, Histoire d'être, Inter-lude, ISPA, L' Aile, L'Olivier, Librairie la Bulle (FR), La Bulle (VS), La Fontaine (EPFL), La Fontaine (Vevey), La Librairie, La Liseuse, La Maison de la Bible, La Meridienne, La Tache d'Encre, La Vouivre, Le Cabestan, Le Parnasse, Les Yeux Fertiles, Librairie arabe l'Olivier, Librairie Art et Histoire, Librairie Basta Nouvelles, Librairie Belpégor, Librairie C'est écrit, Librairie Cumulus, Librairie de Crans, Librairie du Coin, Librairie du Midi, Librairie Fahrenheit 451, Librairie Forum, Librairie Galérie Impressions, Librairie La Proue, Librairie Le Haricot Magique, Librairie Le Petit Prince, Librairie Le Syco-more, Librairie Le Vente des Routes, Librairie Librophoros, Librairie Lîlâ, Librairie Passiflore, Librairie Point-Virgule, Librairie Raspoutine, Librairie Repères,

Papeterie Cantin, Librairie-Papeterie des Franches-Montagnes, Librairie Tome1, Librairie Universitaire de la Palud, Librairie-Papeterie du Pierre-Pertuis, Librerit, Livraria Camões, Marine Pro, Melisa, Musée Barbier-

Mueller, Notre-Dame de Fatima, Nouvelle Librairie Des-combes, Nouvelles Pages, Editions du Parvis, Payot, Radio Reveil, Reperes, Saint-Augustin (Fribourg), Saint-Augustin (St-Maruice), Saint-Paul (Librairie), Schilliger Garden-Center, Thalia Bücher, Tschan, Villard, Vivishop, Voltaire, Watchprint.

Table des matières

A	Objet de l'enquête et procédure	246
A.1	Objet de l'enquête	246
A.2	Procédure	248
B	Considérants	249
B.1	Champ d'application de la LCart	249
B.1.1	Champ d'application personnel	249
B.1.2	Champ d'application matériel	251
B.1.3	Champ d'application territorial	251
B.2	Prescriptions réservées	251
B.2.1	Loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (LPL)	251
B.2.1.1	En général	251
B.2.1.2	Effets sur l'enquête	252
B.2.2	Loi française sur le prix du livre (Loi Lang)	252
B.2.2.1	En général	252
B.2.2.2	Effets sur l'enquête	253
B.2.3	Conclusions intermédiaires	254
B.3	Accords illicites en matière de concurrence	254
B.3.1	Standard et libre appréciation des preuves, principe in dubio pro reo	254
B.3.2	Accords illicites d'attribution de territoires de distribution (ATD)	255
B.3.2.1	Action collective consciente et voulue	255
B.3.2.2	Interforum	255
B.3.2.3	Editions des 5 Frontières	257
B.3.2.4	Flammarion	257
B.3.2.5	Glénat	258
B.3.2.6	OLF	258
B.3.2.7	Diffulivre	259
B.3.2.8	Servidis	262
B.3.2.9	Transat	264
B.3.2.10	Dargaud	265
B.3.2.11	Albert le Grand	267

B.3.2.12	Restriction à la concurrence visée ou entraînée	268	B.6.5.6	Conclusions intermédiaires	337
B.3.2.13	Durée de l'accord	268	B.7	Frais	337
B.3.3	Accord horizontal	268	B.8	Résultat	338
B.3.4	Accords illicites de fixation des prix de revente (FPR)	270	C	Dispositif	338
B.4	Suppression de la concurrence efficace	270	A	Objet de l'enquête et procédure	
B.4.1	Présomption de suppression de la concurrence efficace	270	A.1	Objet de l'enquête	
B.4.1.1	Accord de distribution	271	1.	La présente enquête a pour objet le marché du livre écrit en français. Elle a été ouverte le 13 mars 2008 contre les entreprises diffusant des livres en Suisse et a été étendue le 2 mars 2011 quant à son objet; les premiers développements de l'enquête ont indiqué qu'indépendamment d'un éventuel abus de position dominante, les relations entre les différents acteurs de la branche étaient susceptibles de constituer des accords illicites en matière de concurrence.	
B.4.1.2	Attribution de territoires	271	2.	Durant la période de l'enquête, le législateur fédéral s'est saisi d'un projet de loi visant à réguler la branche du livre. Le projet de loi a fait la navette entre les chambres fédérales durant une longue période avant d'être adopté le 18 mars 2011. Il a ensuite été porté devant le peuple par une procédure référendaire. Le souverain s'est opposé au législateur en votation populaire par 56,1 % et a enterré le projet de régulation le 11 mars 2012. Les travaux parlementaires menés en parallèle ont, au plus, eu une influence sur le déroulement temporel de l'enquête. ¹	
B.4.1.3	Exclusion des ventes passives	271	3.	La présente enquête, ouverte selon l'art. 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251), vise à établir si les accords et les comportements ayant cours dans la branche du livre sont conformes à la loi sur les cartels. Elle se concentre en particulier sur les restrictions aux importations parallèles concernant les livres écrits en français.	
B.4.1.4	Fournisseurs agréés	297	4.	Les entreprises visées par l'enquête sont principalement les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. ² Ce sont les sociétés suivantes, toutes constituées conformément aux art. 620 ss CO sous la forme d'une société anonyme, à l'exception de la Librairie du Lac, laquelle intervient également comme diffuseur, même si son appellation ne l'indique pas:	
B.4.1.5	Conclusion intermédiaire	298	-	Albert le Grand S.A. (ci-après: AIG), à Fribourg;	
B.4.2	Aucun renversement de la présomption	298	-	Dargaud (Suisse) S.A. (ci-après: Dargaud), à Moudon;	
B.4.2.1	Marché de référence	298	-	Diffulivre S.A. (ci-après: Diffulivre), à Saint-Sulpice (VD);	
B.4.2.2	Concurrence intramarque	313	-	Diffusion Transat SA (ci-après: Transat), à Genève;	
B.4.2.3	Concurrence intermarques	316	-	Editions Glenat (Suisse) S.A. (ci-après: Glénat), à Nyon;	
B.4.2.4	Position des partenaires de l'échange	322			
B.4.3	Conclusion intermédiaire	325			
B.5	Affectation notable de la concurrence	325			
B.5.1	Remarque liminaire	325			
B.5.2	Examen du caractère notable de l'affectation	325			
B.5.2.1	Caractère qualitativement notable	325			
B.5.2.2	Caractère quantitativement notable	325			
B.5.2.3	Conclusion intermédiaire	326			
B.5.3	Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique	326			
B.5.4	Conclusion intermédiaire	327			
B.6	Sanction	327			
B.6.1	Principe général de prescription	327			
B.6.2	Entreprises	327			
B.6.3	Comportement illicite	327			
B.6.3.1	Suppression de la concurrence	327			
B.6.3.2	Affectation notable	328			
B.6.3.3	Conclusion intermédiaire	328			
B.6.4	Imputabilité	328			
B.6.5	Mesure de la sanction	330			
B.6.5.1	Montant maximal	330			
B.6.5.2	Mesure concrète de la sanction	330			
B.6.5.3	Circonstances aggravantes	334			
B.6.5.4	Circonstances atténuantes et proportionnalité	334			
B.6.5.5	Limite légale	337			

¹ Cf. A.2 N 22.

² Parmi les diffuseurs, certaines entreprises assument également les tâches logistiques de distribution, d'autres ont externalisé ces mêmes tâches, cf. A.1 N 8.

- Editions l'Age d'Homme SA. (ci-après: AH), à Lausanne;
- Editions Zoé SA (ci-après: Zoé), à Carouge.
- Interforum Suisse SA (ci-après: Interforum), à Givisiez;
- La Librairie du Lac (ci-après: LLac), à Lausanne;
- Les éditions des 5 frontières SA (ci-après: E5F), à Lausanne;
- Les Editions Flammarion S.A. (ci-après: Flammarion), à Lausanne;
- OLF SA (ci-après: OLF), à Corminboeuf;
- Servidis SA (ci-après: Servidis), à Genève.

5. Les livres au cœur de l'enquête sont les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français. Ces livres sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse ont été produits ou ont transité par la France. Les conditions de marché en France ont naturellement un impact important sur la manière dont ces biens sont échangés en Suisse.

6. Le travail d'édition se concentre sur la production des livres et donc principalement sur leur contenu. Les rapports avec les auteurs sont essentiels. Si la création d'un livre commence nécessairement dans l'esprit de son auteur, celui-ci n'est en principe nullement impliqué dans la commercialisation de sa création. En d'autres mots, le livre en tant que produit, physiquement, ne naît pas chez l'auteur, mais bien chez l'éditeur qui envoie le document chez l'imprimeur.

7. La diffusion et la distribution doivent être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs. Ils sont en contact avec les détaillants, se chargent de la présentation des produits, du marketing, etc. Le représentant informe en outre les détaillants par exemple sur le niveau des lecteurs pour certains titres déterminés. Pour ce faire, il récolte chez les éditeurs les informations nécessaires et les éventuels dossiers de présentation. Ensuite, il organise ses visites chez les détaillants et sert d'interlocuteur pour les commandes. Parfois, le travail de l'équipe de représentants est en lien avec les maisons d'édition.

8. La distribution se charge des tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvrent notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le picking, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients. L'imbrication de ces deux échelons en Suisse suit plusieurs modèles. Certains diffuseurs ont intégré la distribution. Dans ces cas, les deux fonctions sont assumées par la même entité économique. Diffulivre, Servidis, Dargaud correspondent notamment à ce modèle. D'autres sous-traitent l'activité de distribution. Dans ce sens, Interforum, E5F, Flammarion et Glénat ont par exemple confié la distribution à OLF; Transat faisant de même à Servidis. D'autres constellations existent encore. Les relations entre ces deux échelons seront examinées en détails plus bas.

9. Fondamentalement, les diffuseurs entrent en relation commerciale avec, en amont, les éditeurs et/ou les diffuseurs-distributeurs en France et avec, en aval, les distributeurs et les détaillants. L'éditeur conclut avec un diffuseur un contrat de diffusion: l'éditeur confie au diffuseur la représentation et la diffusion des titres; le diffuseur s'engage à présenter les publications de l'éditeur à tous les libraires et dépositaires d'une région, éventuellement en se portant garant des ventes. Ces contrats prévoient pour la Suisse en général une exclusivité territoriale, ce qui a pour effet que chaque titre n'est commercialisé activement que par un seul diffuseur. Ces contrats de diffusion ont en général une durée déterminée. Certains éditeurs ont changé de diffuseur à la fin d'un contrat.

10. En aval, les diffuseurs entrent en relation avec les détaillants. Ils le font par l'intermédiaire d'un distributeur s'ils ont sous-traité la logistique à un tel. La relation entre le diffuseur et le détaillant est caractérisée par l'utilisation d'une table et la convention d'une remise ainsi que par l'accord sur certains droits et obligations accessoires tel qu'un droit de retour, une obligation de promotion, etc. En Suisse, le rôle des diffuseurs comporte ainsi une particularité supplémentaire consistant à l'établissement des tables de conversion entre les prix de vente en euros et en francs suisses.

11. Interlocuteur direct du consommateur final, le détaillant constitue le dernier maillon commercial de la chaîne traditionnelle du livre. Parmi les détaillants, le libraire traditionnel choisit un assortiment de livres parmi l'ensemble de la production éditoriale pour la mettre en vente. Son choix est fonction de plusieurs critères, dont les préférences de sa clientèle, son budget, la configuration de ses locaux (stocks), ses goûts littéraires personnels, etc. La création du stock de la librairie – le fonds – consiste en la composition de l'ensemble de l'assortiment, sur la base des catalogues d'éditeurs. Sa politique d'achat consiste en général à trouver un équilibre entre les « long-sellers » – livres pour lesquels la demande est constante (notamment la littérature classique, les dictionnaires, les livres éducatifs) –, les « best-sellers » et, finalement, d'autres livres – nouveautés d'auteurs peu connus, livres appréciés par le libraire lui-même ou son personnel. Le libraire effectue ses choix au titre, en tenant compte généralement de l'ensemble de l'offre de titres. Un libraire, même s'il est spécialisé dans un certain domaine, ne se limite pas à offrir à sa clientèle des livres édités par un éditeur unique. Il ne met pas non plus en vente l'ensemble du catalogue d'un éditeur, même si ce catalogue est conséquent et/ou varié. Ainsi, il est en relation avec la plupart, si ce n'est l'ensemble des diffuseurs pour composer son assortiment. Dans la mesure où il est impossible pour un libraire d'avoir tous les livres disponibles sur le marché en stock, il est demandeur d'un système dans lequel il peut commander les livres et les obtenir rapidement. Un système de droit de retour sur les nouveautés adoucit en partie la répartition des risques entre les différents échelons en amont.

12. A côté des libraires traditionnels, d'autres détaillants sont actifs dans la revente de livres écrits en français. D'une part, il s'agit des détaillants dont l'assortiment de produits, à la différence des libraires, n'est pas composé essentiellement de livres. Dans la mesure où ces détail-

lants ne développent pas une compétence particulière dans ce domaine, il se peut que le choix des livres qu'ils proposent dans leurs rayons soit sous-traité à un diffuseur-distributeur, ce qui le différencie notamment du libraire traditionnel. Cette méthode est connue sous le nom de « rackjobbing » et trouve application également dans d'autres secteurs, non culturels. OLF est la principale entreprise en mesure de proposer cette prestation en Suisse. D'autre part, il s'agit des détaillants agissant par internet dont le site web le plus connu pour les livres écrits en français est Amazon. L'assortiment proposé par ce site lancé en 2000 est sans commune mesure avec les librairies traditionnelles. Ces détaillants connaissent une croissance soutenue depuis peu.

13. La plupart des éditeurs, diffuseurs, distributeurs et libraires actifs en Suisse sont regroupés dans l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après: ASDEL). Il s'agit concrètement de l'association faïtière romande, environ 150 membres la composent.

14. Finalement, dans une perspective un peu plus large, on remarquera que malgré l'étroitesse du territoire suisse, la demande des consommateurs finaux est en Suisse, en comparaison à d'autres pays, très importante. En effet, 90 % des adultes suisses lisent régulièrement et plus d'un Suisse sur quatre lit quotidiennement, les femmes lisant tendanciellement plus que les hommes (39 % pour les femmes contre 24 % pour les hommes).

A.2 Procédure

15. Dans le cadre de l'enquête préalable qu'il a menée du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) a recueilli des informations auprès des principaux diffuseurs-distributeurs et de nombreux détaillants. Les informations obtenues durant l'enquête préalable ont apporté des indices selon lesquels les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et le niveau des prix était élevé en Suisse.

16. D'entente avec le président de la COMCO, le Secrétariat a donné suite à la phase préalable en ouvrant une enquête le 13 mars 2008 dans le but d'examiner l'éventuelle existence d'un abus de position dominante selon l'art. 7 LCart. Il a communiqué l'ouverture de l'enquête aux diffuseurs-distributeurs concernés par un courrier indiquant les principaux éléments qui étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante dont il convenait d'approfondir l'analyse.

17. L'ouverture d'enquête a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce conformément à l'art. 28 LCart.³ Aucun tiers n'a manifesté son intérêt à participer à la procédure dans le délai légal.

18. Le Secrétariat a envoyé le 31 octobre 2008 des questionnaires aux 13 diffuseurs-distributeurs. Les questions ont porté sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les libraires, la manière de déterminer les prix des livres en Suisse, l'activité de diffusion-distribution et les conditions d'entrée sur le marché. Le 9 décembre 2008, le Secrétariat a envoyé des questionnaires à l'ensemble des librairies actives en Suisse ro-

mande portant sur leurs possibilités de s'approvisionner en livres, l'influence des tables de conversion sur leur politique des prix et leur assortiment de livres. Le Secrétariat a adressé le 28 janvier 2010 aux diffuseurs-distributeurs des questions complémentaires comprenant dans une première partie des questions visant à obtenir des précisions quant aux réponses fournies au questionnaire du 31 octobre 2008 puis dans un second temps des informations sur les livres diffusés (notamment genre, meilleures ventes, etc.).

19. Le 2 mars 2011, l'enquête a été étendue à l'examen d'une prétendue violation de l'art. 5 LCart et/ou de l'art. 7 LCart, d'entente avec le président de la COMCO. Elle a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce conformément à l'art. 28 LCart.⁴ Le même jour, le Secrétariat a envoyé des questionnaires aux libraires et aux diffuseurs. Les détaillants ont été interrogés sur l'utilisation des prix publics recommandés et les canaux d'approvisionnement alternatifs aux diffuseurs-distributeurs, soit l'approvisionnement depuis l'étranger ou via internet. Les questions posées aux diffuseurs-distributeurs portaient essentiellement sur l'utilisation des tables, les relations avec les détaillants et la distribution via internet.

20. Jusqu'à l'extension de l'enquête, le Secrétariat a collaboré avec la Surveillance des prix dans le cadre défini par l'art. 41 LCart. Cette entraide administrative a notamment permis d'élaborer les questionnaires et de les évaluer.

21. Après plusieurs années de gestation et l'élimination de nombreuses divergences, le Parlement a adopté le 18 mars 2011 lors de sa session de printemps, la Loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (ci-après: LPL). Sitôt après l'adoption de la LPL par le Parlement, un comité interpartis a présenté son projet de requérir le référendum contre cette loi. Le 29 mars 2011, la publication du texte de loi dans la Feuille fédérale a déclenché la phase initiale de la procédure de référendum consistant en la récolte des signatures durant le délai référendaire.

22. Le 6 juin 2011, l'enquête a été suspendue par décision incidente. Cette décision a fait suite à l'adoption de la loi par le Parlement et la perspective d'une votation populaire. Elle s'est principalement inscrite dans le principe d'économie de procédure.

23. La récolte des signatures a abouti le 6 juillet 2011. Le peuple s'est prononcé le 11 mars 2012 et a rejeté la LPL.

24. Le 22 mars 2012, le Secrétariat a communiqué aux parties la reprise de l'enquête. Il s'est adressé aux diffuseurs-distributeurs pour leur demander des informations complémentaires le 26 mars 2012. Ces derniers ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec leurs fournisseurs.

³ Communication de la Commission de la concurrence du 29 avril 2008 (FF 2008 2582).

⁴ Communication de la Commission de la concurrence du 22 mars 2011 (FF 2011 2391; FOSC No. 57 du 22 mars 2011, 33).

25. Le 4 avril 2012, le Secrétariat a procédé dans ses locaux à l'audition de Payot SA, représentée par son directeur général, Pascal Vandenberghe.

26. Le 29 mai 2012, le Secrétariat a procédé à l'audition de Vera Michalski, Présidente de l'ASDEL, puis de Jacques Scherrer, Secrétaire de cette même association.

27. Le 14 août 2012, le Secrétariat a adressé par courrier sa proposition de décision aux parties en leur octroyant, conformément à l'art. 30 al. 2 LCart, un délai pour se déterminer jusqu'au 13 septembre 2012. La proposition prévoyait des sanctions fondées sur l'art. 49a LCart pour les diffuseurs-distributeurs. La liste de l'ensemble des pièces versées au dossier jusqu'à ce jour a été jointe à l'envoi.

28. Tous les diffuseurs-distributeurs ont sollicité pour prendre position une prolongation de délai d'une durée d'un mois. Ces prolongations de délai ont été accordées par le Secrétariat. Des circonstances exceptionnelles ont justifié l'accord de prolongations de délai supplémentaires dans certains cas. Les avis des diffuseurs-distributeurs sont parvenus au Secrétariat entre le 28 septembre 2012 et le 26 octobre 2012. Les versions expurgées des secrets d'affaires des prises de position ont été versées au dossier et rendues accessibles aux parties, au fur et à mesure qu'elles sont parvenues au Secrétariat. Les diffuseurs-distributeurs ont obtenu, sur demande, l'envoi sous forme électronique des pièces au dossier souhaitées.

29. Le 5 octobre 2012, les diffuseurs-distributeurs, le Secrétaire général de l'ASDEL et quatre libraires – Payot, la FNAC, La Liseuse et Distrilivres – ont été informés que la COMCO souhaitait les entendre selon l'art. 30 al. 2 LCart durant ses sessions plénières prévues à partir du 26 novembre 2012.

30. Les personnes concernées ont été convoquées par courrier des 6 et 7 novembre 2012 et informées du déroulement des auditions et de leur programme.

31. La COMCO a procédé à 18 auditions les 26 novembre, 3 décembre et 10 décembre 2012, soit trois lundis consécutifs. Ont été auditionnées, dans l'ordre chronologique de leur audition:

- Payot (Pascal Vandenberghe et Jean-Marie Lebec),
- FNAC (Pascal Reinhart),
- La Liseuse (Françoise Berclaz),
- Distrilivres (Jacques Lecomte),
- ASDEL (Jacques Scherrer),
- Servidis (Michel-Edouard Slatkine et Raymond Filliastre),
- Transat (Michel-Igor Slatkine),
- Glénat (Jacques Glénat),
- Flammarion (Pascale Buet, Delphine Basquin et Yorric Kermarrec),
- Dargaud (Eric Euzen et Simon Kummer),

- Interforum (Dominique Jarcsek et Josée Cattin),
- Diffulivre (Claude-Alain Roud),
- AIG (Samir Sawwaf),
- LLac (Olivier Ducommun),
- AH (Andonia Dimitrijevic-Borel et Marko Despot),
- Zoé (Caroline Coutau),
- OLF (Patrice Fehlmann),
- E5F ([...]), laquelle n'avait pas donné suite à la première convocation prévoyant que l'audition aurait lieu le 26 novembre.

32. La plupart des personnes auditionnées ont fait usage de la possibilité qui leur a été offerte de s'exprimer devant la COMCO en l'absence des autres parties à la procédure présente, de manière à préserver leurs secrets d'affaires.

33. Le 21 décembre 2012, le Secrétariat a envoyé les procès-verbaux des auditions, retranscriptions au mot pour mot des enregistrements effectués lors des trois journées d'auditions. Les parties ont disposé d'un délai au 18 janvier 2013 pour corriger d'éventuelles erreurs de retranscription du procès-verbal et fournir des pièces ou informations supplémentaires dans la mesure où elles estimaient cela nécessaire.

34. L'ensemble des protocoles signés et paraphés a été versé au dossier le 20 février 2013. Ce même jour, ils ont été notifiés aux parties pour permettre à ces derniers de faire valoir leurs droits de procédure.

35. Les écritures complémentaires des parties ont été versées au dossier selon leur arrivée et ont été en permanence accessibles pour les parties.

36. À plusieurs reprises durant la phase finale de la procédure, subséquente à l'envoi de la proposition de décision du Secrétariat du 14 août 2012, E5F a évoqué une récusation d'office des « personnes ayant participé à l'instruction », fondée sur la prétendue violation de secrets d'affaire au moment de l'envoi de la proposition du Secrétariat.⁵ Par courrier du 20 mars 2013, le Directeur du Secrétariat a rejeté l'existence de tout vice de procédure à ce titre.⁶

37. Le 27 mai 2013, la COMCO s'est prononcée sur la procédure en cause et la présente décision a été notifiée aux parties le 11 juin 2013.

B Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart

B.1.1 Champ d'application personnel

38. Le champ d'application personnel de la LCart est défini par la notion d'entreprise.⁷ La LCart s'applique aux entreprises engagées dans le processus économique, qui offrent ou acquièrent des biens ou des services,

⁵ Cf. notamment A 701, A 846, A 881, A 926, A 949.

⁶ A 937.

⁷ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique, de droit privé ou de droit public, et 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 en relation avec art. 2 al. 1^{bis} LCart).

39. Conformément au Message concernant la LCart de 1995, par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.⁸ Même si le critère de l'indépendance n'a pas été intégré dans la définition légale introduite lors de la révision de la LCart en 2003 (art. 2 al. 1^{bis} LCart), il demeure un critère pertinent pour la notion d'entreprise, comme l'a confirmé le Tribunal administratif fédéral.⁹ Ainsi, la notion d'entreprise de la LCart est soumise aux conditions de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart ainsi qu'à celle d'une participation de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.

40. Une entité ne participant pas de manière autonome au marché ne doit pas être considérée comme une entreprise au sens de la LCart.¹⁰ C'est le cas lorsque une société-mère non seulement peut effectivement contrôler l'activité d'une entité-fille, mais encore exerce un tel contrôle sur cette entité, de façon à ce que cette dernière ne soit pas en mesure de se comporter indépendamment.¹¹ Dans ce sens, le critère de la participation indépendante au processus économique permet dans certaines circonstances de considérer qu'un groupe d'entreprises communes ne constitue qu'une seule entreprise au sens de la LCart.¹² Même une participation à hauteur de 100 % d'une société-mère dans le capital d'une société-fille ne signifie pas automatiquement qu'il s'agit de considérer ces entités comme un groupe, si aucune direction commune n'est mise en œuvre.¹³ La constatation d'un groupe d'entreprises signifie que les accords passés entre les entreprises appartenant au groupe ne sont en principe pas soumises à la loi sur les cartels.¹⁴

41. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont contesté qu'ils étaient en mesure de participer de manière indépendante au processus économique. Les arguments se sont fondés, selon les cas, sur le concept de l'agence (Interforum, Flammarion, OLF, Servidis et Transat) ou sur l'appartenance à un groupe (Diffulivre et Dargaud). Ces arguments sont traités plus bas lors de l'examen de l'existence d'un accord en matière de concurrence. En effet, lorsque des accords sont au centre de l'analyse, la conséquence juridique d'admettre que les deux parties à un accord forment une seule entité économique consiste à devoir rejeter la constatation d'un accord en matière de concurrence.

42. Glénat (Suisse) a contesté être la destinataire correcte de l'enquête et plus précisément de la proposition de décision du Secrétariat.¹⁵ Elle ne serait pas partie à un accord, car ce serait Glénat (France) qui aurait confié la distribution à OLF. Le rôle de Glénat (Suisse) se limiterait à vérifier que le taux de change pratiqué par OLF correspond à celui prévu par Glénat (France).

43. Glénat (Suisse) et Glénat (France) forment une seule entité économique au sens du droit de la concu-

rence. La première appartient intégralement à la deuxième. Il n'y a aucunement lieu de distinguer entre les entités française et suisse. Au surplus, l'argument de Glénat tombe d'ailleurs particulièrement à faux, car le contrat de distribution qu'elle a conclu avec OLF est précisément tripartite. En effet, tant Glénat (Suisse) que Glénat (France) sont, au sens du droit des obligations, parties au contrat confiant à OLF la distribution des ouvrages de Glénat en tant qu'entité réunissant Glénat (Suisse) et (France).

44. En l'espèce, l'enquête a été formellement ouverte contre les diffuseurs-distributeurs situés en Suisse, lesquels sont les destinataires de la présente décision, indépendamment du fait qu'ils appartiennent ou non à un groupe d'entreprises. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé dans sa jurisprudence récente, les exigences concernant l'imputation de comportements illicites à des personnes morales s'inscrivant dans une unité économique tel qu'un groupe d'entreprise ne doivent pas être exagérées.¹⁶ En effet, cas échéant, le but de la norme de l'art. 49a LCart pourrait être éludé. Dans ces circonstances, un certain pragmatisme s'impose. En l'espèce, la diversité que présentent les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse au niveau de leur organisation, le fait qu'ils sont eux-mêmes parties aux accords examinés dans la présente décision ainsi que leur rôle commercial en Suisse justifient de considérer les entités actives en Suisse comme destinataires formels de la présente décision, même si sur le plan matériel, il y a lieu de tenir compte de l'appartenance de certaines de ces entités à un groupe sis à l'étranger, notamment au niveau de la sanction.¹⁷

45. Ainsi, pendant la période visée par l'enquête, les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse ont été des entreprises indépendantes ou ont été des filiales intégrées à des entreprises indépendantes dans le processus économique. En effet, ces entreprises ont toutes été actives dans le processus économique, dans la mesure où elles ont exercé une – voire plusieurs – activité commerciale dans la branche du livre. La condition de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart est réalisée pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

⁸ Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, 534.

⁹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO* et réf. citées.

¹⁰ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 16 et réf. citées.

¹¹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

¹² VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, 63.

¹³ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.2, *Publigroupe/COMCO*.

¹⁴ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.2, *Publigroupe/COMCO*; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 2011, art. 2 N 11 (BORER Wettbewerbsrecht I); CHRISTOPH LANG/RETO M. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, in: sic! 2007, 299 ss.

¹⁵ A 695, 2, N 10 ss.

¹⁶ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 3.4, *Publigroupe/COMCO*.

¹⁷ Cf. également Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 72, *Nikon*.

B.1.2 Champ d'application matériel

46. Toutes les formes de restrictions privées de la concurrence tombent dans le champ d'application matériel.¹⁸ Les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart constituent également de telles restrictions. Tel qu'il sera démontré plus bas, les comportements des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG peuvent être qualifiés d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

B.1.3 Champ d'application territorial

47. 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 LCart).

48. Les accords en cause déploient leurs effets en Suisse, ce qui sera exposé dans l'analyse matérielle des accords.¹⁹

B.2 Prescriptions réservées

49. 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 et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. La loi sur les cartels n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle selon l'art. 3 al. 2 LCart.

50. L'art. 3 LCart concrétise la fonction dérégulatoire de la loi sur les cartels. Elle doit permettre de rendre effectifs les principes de concurrence dans l'économie, l'exclusion de ces principes devant constituer l'exception. L'interprétation de cette disposition est donc menée de manière restrictive, en particulier compte tenu du paramètre historique. En effet, depuis la modification de cette disposition en 1995, lorsqu'une prescription laisse place aux principes de concurrence, il convient de permettre à ces principes de s'appliquer.²⁰ Même dans des marchés fortement régulés, les dispositions cartellaires peuvent demeurer au moins partiellement applicables.²¹ La version allemande de l'art. 3 al. 1 let. a LCart rend à ce titre plus clairement compte de cet élément:

« *Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.* »

51. L'élément essentiel consiste à déterminer si une prescription prévoit une mesure visant à corriger une défaillance de marché.²²

52. Si l'analyse d'une défaillance de marché est un exercice avant tout économique, le postulat d'une telle hypothèse est de nature politique. L'étendue de l'exclusion de la concurrence dépend de l'interprétation des prescriptions réservées. La volonté du législateur semble recouvrir une importance particulière à cet effet selon certains auteurs.²³ Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire renvoient cependant à la pratique tradi-

tionnelle en la matière, selon laquelle aucune des méthodes d'interprétation ne jouit d'une priorité prédéterminée.²⁴ Ainsi, l'interprétation restrictive de l'art. 3 al. 1 LCart conduit à limiter au strict minimum l'exclusion de l'application des principes de concurrence par une prescription divergente.²⁵ En résumé, non seulement la nature mais aussi l'étendue de la prescription est primordiale pour déterminer l'articulation d'une prescription régulatoire avec la loi sur les cartels.

B.2.1 Loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (LPL)

B.2.1.1 En général

53. Le projet d'une loi régulant la branche du livre est né en 2004. Le 7 mai 2004, le Conseiller national Jean-Philippe Maître a déposé une initiative parlementaire demandant la mise en place d'une réglementation du prix du livre en Suisse.²⁶ La mise au point du texte a demandé un temps très important aux organes fédéraux concernés. Après de nombreuses séances, le Parlement a adopté la LPL le 18 mars 2011.²⁷ Aussitôt, la menace d'un référendum populaire a été brandie par un comité interpartis.²⁸ Suite à la récolte du nombre idoine de signatures dans le délai légal par ledit comité, le Conseil fédéral a entrepris de porter le texte devant le peuple. Le 11 mars 2012, la LPL a été rejetée par le peuple. 56,1 % des votants se sont exprimés contre le texte de loi adopté par le Parlement, pour un taux de participation de 43,1 %.²⁹

54. En cas d'acceptation, la LPL aurait introduit un régime de régulation des prix des livres neufs et sans défaut rédigés dans une des langues nationales suisses qui seraient édités, importés ou commercialisés en Suisse (art. 2 LPL). La détermination du prix de vente final aurait été de la compétence de l'éditeur ou de l'importateur et les libraires et autres revendeurs auraient été tenus d'appliquer les prix ainsi déterminés (art. 4 LPL). Dans certaines circonstances exceptionnelles, une remise aurait été possible. Ces remises auraient également été régulées (art. 6-7 LPL). La durée du prix régulé pour chaque ouvrage aurait été indéterminée, mais après 18 mois, la loi prévoyait que l'éditeur ou l'importateur aurait pu libérer le prix d'un livre (art. 8 LPL). Finalement, un mécanisme judiciaire interne à la

¹⁸ 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.

¹⁹ Cf. l'analyse des accords B.3, 16 ss.

²⁰ BORER (n. 14), Wettbewerbsrecht I, art. 3 LCart N 2.

²¹ RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 3 al. 1 LCart N 4 et réf. citée.

²² BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3 al. 1 LCart N 8.

²³ BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3 al. 1 LCart N 7 et réf. citée.

²⁴ BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3 al. 1 LCart N 7 et réf. citée.

²⁵ DPC 2012/3, 737, Avis de droit Partenariat RER/EWZ-Projet de coopération Eoliennes de Provence SA.

²⁶ Initiative parlementaire « Réglementation du prix du livre » (04.430), déposée au Conseil national le 7.5.2004 par Jean-Philippe Maître, http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20040430.aspx (dernière consultation le 11 juin 2013).

²⁷ Loi fédérale du 18 mars 2011 sur la réglementation du prix du livre (LPL, FF 2011 2525).

²⁸ Cf. notamment Le Temps du 19.3.2011, 10.

²⁹ Cf. <http://www.parlament.ch/f/wahlen-abstimmungen/volksabstimmungen/volksabstimmungen-2012/abstimmung-2012-03-11/pages/default.aspx> (dernière consultation le 11 juin 2013).

branche aurait été mis en place pour assurer que tous les acteurs ne puissent pas s'écarter du régime de régulation (art. 10-13 LPL).³⁰ En résumé, le projet adopté par le Parlement prévoyait une fixation du prix de revente, c'est-à-dire du prix de vente aux consommateurs finaux, et plusieurs mesures pour assurer la pérennité du système.

55. Outre la fixation des prix, la LPL prévoyait également une norme (art. 9 LPL) imposant aux diffuseurs-distributeurs d'appliquer les mêmes prix et conditions aux libraires et autres détaillants dont l'assortiment n'est pas principalement composé de livres dans le but d'empêcher une discrimination des premiers par rapport aux seconds. Cette réglementation aurait concerné le marché des livres au niveau wholesale puisqu'elle aurait concerné le rapport entre les revendeurs et les détaillants.

B.2.1.2 Effets sur l'enquête

56. En légitimant les éditeurs-importateurs à fixer les prix de revente sur le marché final, la LPL aurait constitué une loi au sens formel prévoyant une régulation des prix de vente finaux fondée sur un but d'intérêt public selon le législateur. En agissant directement sur les prix de vente finaux, la loi aurait amputé une grande partie du champ d'application des principes de concurrence dans l'industrie en cause. La marge de manœuvre des opérateurs aurait été, d'une part, considérablement limitée par rapport à un marché libre et, d'autre part, une coordination des acteurs économiques aurait été préférée à un système basé sur la concurrence. La loi contenait non seulement des principes clairs concernant la compétence de détermination des prix, mais également un strict mécanisme de mise en application – tribunal arbitral, sanctions, etc. – empêchant de contourner le régime de régulation.

57. La loi ne contenait aucune prescription en relation avec les approvisionnements et se concentrait uniquement sur un régime de prix. Les mécanismes prévus consistaient principalement à permettre aux « éditeurs-importateurs » de faire respecter les prix de revente (niveau retail du marché de la vente) et, dans une moindre mesure, à garantir que les libraires traditionnels ne soient pas discriminés dans les conditions d'achat (niveau wholesale du marché de la vente). La LPL se serait bornée à réglementer la fixation des prix mais ne s'intéressait nullement à l'approvisionnement des livres et plus particulièrement aux importations parallèles. Il en serait résulté que même en dépit de l'adoption de la LPL qui aurait exclu la concurrence en matière de prix, la LCart serait restée pleinement applicable en ce qui concerne l'approvisionnement des livres.

58. L'objet de l'enquête en cours et la portée incertaine que l'éventuelle adoption de la LPL pouvait avoir sur cette dernière, a justifié la suspension de la procédure jusqu'à droit connu, de manière à garantir que l'intervention cartellaire pouvant résulter de cette enquête soit fondée juridiquement et opportune économiquement, ce qui présuppose, cas échéant une prise en compte de la régulation – en vigueur ou imminente – encadrant la branche concernée. La suspension de l'enquête s'est justifié essentiellement en ce qui concerne le volet prix, c'est-à-dire les prétendus accords de

fixation des prix de revente identifiés par le Secrétariat dans sa proposition de décision du 14 août 2012. Il convient cependant de relever que le volet des approvisionnements n'a jamais été débattu sur le plan législatif.

59. Par le rejet de la loi, la branche du livre reste exemptée de régulation sectorielle. Dans ces conditions, les prescriptions de la loi sur les cartels sont pleinement applicables. L'application de la loi sur les cartels concernant non pas les prix, mais les approvisionnements n'a jamais été sujet à réglementation. Il sera revenu en tant que besoin sur certains éléments résultant de la procédure législative et du contenu matériel de la LPL dans les considérants qui suivent.

B.2.2 Loi française sur le prix du livre (Loi Lang)

B.2.2.1 En général

60. En France, la Loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre – la « loi Lang » – met en place une régulation du prix du livre.³¹ Au moment de la présentation du projet de loi devant l'Assemblée nationale, le Ministre compétent a déclaré:

« Ce régime dérogatoire est fondé sur le refus de considérer le livre comme un produit marchand banalisé et sur la volonté d'infléchir les mécanismes du marché pour assurer la prise en compte de sa nature de bien culturel qui ne saurait être soumis aux seules exigences de rentabilité immédiate. »³²

61. Concrètement, la loi Lang soustrait le livre du régime de la concurrence et prévoit un système d'autorégulation de tous les échelons de la branche orchestré par les éditeurs. Ainsi, toute personne qui édite ou importe des

³⁰ Pour une présentation détaillée de la genèse du projet: cf. Avant-projet et rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 13 octobre 2008 concernant l'initiative parlementaire portant sur la réglementation du prix du livre (04.430), accessible à: http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1713/Bericht_f.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013) et Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 20 avril 2009 concernant l'initiative parlementaire portant sur la réglementation du prix du livre (04.430), accessible à: <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/1998-2007/04430/Documents/bericht-wak-n-04-430-2009-04-20-f.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

³¹ Le texte légal est disponible sur Internet: <http://www.legi-france.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000517179&fastPos=1&fastReqId=1273754702&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> (dernière consultation le 11 juin 2013).

³² Jack Lang, Ministre de la culture, 1981, lors de la présentation du projet de loi devant l'Assemblée nationale, disponible sur Internet: <http://www.culture.gouv.fr/culture/dll/prix-livre/index.htm> (dernière consultation le 11 juin 2013).

livres est tenue de fixer un prix de vente au public (art. 1 al. 1 loi Lang). Certaines situations permettent néanmoins aux détaillants – la notion de détaillant est très large³³ – de s'écarter de ce prix. La loi prévoit cinq circonstances dans lesquelles un prix différent peut être appliqué. Premièrement, la régulation française prévoit que les détaillants peuvent de manière générale pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur. Autrement dit, il est loisible aux détaillants d'accorder un rabais jusqu'à 5 % du prix de vente public inscrit sur l'ouvrage. Deuxièmement, le prix effectif de vente des livres peut être compris entre 91 % et 100 % du prix de vente au public lorsque l'achat est réalisé pour leurs besoins propres par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public. Troisièmement, les détaillants peuvent pratiquer des prix inférieurs au prix de vente au public sur les livres édités ou importés depuis plus de deux ans, et dont le dernier approvisionnement remonte à plus de six mois. Quatrièmement, les détaillants peuvent majorer le prix de vente public et imputer en sus les frais et rémunérations correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles. Etant donné que la commande à l'unité d'un ouvrage doit être gratuite et rentre dans le cadre des prestations normales (art. 1 al. 3 loi Lang), les prestations exceptionnelles consistent notamment en des frais de transport exceptionnels (p. ex. si le livre n'existe que chez un éditeur étranger) ou en un surcoût de recherche bibliographique (p. ex. si le livre est épuisé, ou que le fonds d'un éditeur ayant cessé d'exister a été racheté par un tiers, etc.).

62. Finalement, des règles particulières sont prévues pour les départements d'outre-mer (DOM). Elles impliquent l'utilisation d'une table. Conformément au Décret n°83-5 du 5 janvier 1983 (ci-après « Décret outre-mer »³⁴), des arrêtés du commissaire de la République fixent les coefficients applicables au prix de vente des livres au public pour les départements d'outre-mer (art. unique Décret outre-mer). Par exemple, pour le département de La Réunion, le coefficient majore le prix de vente public d'un facteur de 1,15 depuis le 1^{er} mars 2006.³⁵ Le taux de 1,15 remplace le taux précédent de 1,10 pour tenir compte de l'augmentation des prix du pétrole et des transports.³⁶

63. Il résulte du système régulé français que sont indiquées sur chaque livre édité ou importé en France deux références: un prix en euro et une date pour le calcul des délais. Ces indications ajoutent une caractéristique particulière au livre francophone. En effet, elles créent deux points de repère, l'un en valeur, l'autre temporel, transparents pour l'ensemble des acteurs du marché.

B.2.2.2 Effets sur l'enquête

64. Selon E5F, la loi Lang devrait être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Dans sa prise de position, elle a étayé son raisonnement principalement par les arguments suivants. En premier lieu, elle a fait valoir qu'au vu de la circonstance que plus de 80 % des livres écrits en français et

achetés en Suisse sont produits ou ont transité par la France qui connaît un système de fixation des prix et qui en impose l'apposition sur les ouvrages, le marché Suisse romand des livres serait incontestablement influencé par la loi Lang, ce qui justifierait que cette dernière vaille comme prescription réservée. La loi Lang remplirait les conditions de l'art. 3 LCart puisqu'il s'agirait sans aucun doute d'une loi formelle poursuivant un intérêt public évident. Finalement, l'art. 3 al. 1 LCart serait formulé de manière tellement extensive, que d'une part la prise en considération des lois étrangères ne pourrait être exclue et d'autre part, l'utilisation des tables de conversion par les diffuseurs pourrait reposer sur du droit privé impératif.³⁷

65. Le but de l'art. 3 al. 1 est de coordonner l'application de la LCart et d'autres prescriptions fédérales, cantonales et communales excluant la concurrence dans des domaines où le marché est défaillant.³⁸ Selon la doctrine unanime, il s'agit de prescriptions, règles générales et abstraites, contenues dans des actes normatifs émanant des autorités fédérales, cantonales ou communales³⁹ ou de manière plus générale, par toute délégation de norme conforme au droit.⁴⁰

66. Au demeurant, la loi Lang, dont s'est inspiré le législateur fédéral pour produire la LPL, introduit essentiellement un régime de prix. Une influence de la loi Lang sur les approvisionnements n'est pas perceptible et n'a d'ailleurs pas été invoquée par E5F.

67. Ainsi, la loi Lang, adoptée par le législateur français, n'étant pas une prescription fédérale, cantonale ou communale, ne saurait être considérée sous l'angle de l'art. 3 al. 1 LCart.

³³ Sont considérés comme des détaillants au sens de la loi Lang: les librairies dites traditionnelles, les librairies-papeteries-tabac, les grandes surfaces spécialisées (FNAC, Virgin, etc.), les maisons de la presse, les soldeurs professionnels (dans certains cas), les grands magasins, les grandes surfaces non spécialisées (hypermarchés, supermarchés, magasins populaires tels Monoprix, Uniprix, Prisunic...), les autres points de vente: kiosques, gares, métro, aéroports, drugstores, coopératives, groupements d'achats, commerces de produits autres que les livres (p. ex. un pépiniériste qui vend des livres de jardinage), les sociétés de courtage et les VRP (c'est-à-dire les représentants de commerce), les sociétés de vente par correspondance, les « clubs » (principalement les relais et les boutiques France-Loisirs), les grossistes et les éditeurs lorsqu'ils vendent sans intermédiaire.

³⁴ Décret n° 83-5 du 5 janvier 1983 pris pour l'application dans les départements d'outre-mer de la Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, disponible sur Internet: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=42D5D3E929646D00F6F658DD620C3E35.tpdjo13v_1?cidTexte=JORFTEXT000000313023&dateTexte=20100820 (dernière consultation le 11 juin 2013).

³⁵ Préfecture de La Réunion, arrêté n° 2719 du 20 juillet 2006 relatif au prix du livre non-scolaire à La Réunion, disponible sur Internet: <http://www.reunion.pref.gouv.fr/spip.php?rubrique33> <http://www.reunion.pref.gouv.fr/intpref/raa/2006/juillet/arrete2719.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

³⁶ Cf. Question n° 91735 de Mme Bello, députée à l'Assemblée nationale, disponible à: <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-91735QE.htm> (dernière consultation le 11 juin 2013).

³⁷ A 698 N 31ss.

³⁸ VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Edit.), 2013, Art. 3 al. 1 LCart N 8s.

³⁹ CR Concurrence MARTENET/CARRON (n. 38), art. 3 al. 1 LCart N 25; PETER MÜNCH in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 KG N 9.

⁴⁰ BSK KG-MÜNCH (n. 39), Art. 3 Abs. 1 KG N 10.

B.2.3 Conclusions intermédiaires

68. La LCart s'applique pleinement à la présente enquête, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ne devant être prise en compte.

B.3 Accords illicites en matière de concurrence

69. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

B.3.1 Standard et libre appréciation des preuves, principe *in dubio pro reo*

70. La procédure d'enquête est très largement dominée par la maxime d'office et la maxime inquisitoire.⁴¹ Les autorités de la concurrence ont donc à établir d'office les faits nécessaires à la décision, dans la mesure où la loi sur les cartels ne prévoit pas de règles spécifiques en la matière (art. 39 LCart en relation avec art. 12 PA). L'établissement de l'état de fait est mené dans la limite des possibilités des autorités de la concurrence et sur la base des renseignements que leurs fournissent les parties ou des tiers.⁴²

71. Les autorités de la concurrence apprécient les preuves librement (art. 39 LCart en relation avec l'art. 19 PA et 40 PCF). Elles ne sont liées par aucune règle concernant la valeur probante d'une preuve particulière et il n'y a aucune hiérarchie entre les différents moyens de preuve.⁴³ Dans un système de libre appréciation des preuves, n'importe quel indice peut, suivant les circonstances, entraîner la conviction de l'autorité.

72. Selon la pratique de la COMCO et la doctrine, existe la possibilité d'amener une preuve au moyen d'indices (« *Beweiserbringung mittels Indizien* »).⁴⁴ Par analogie à la jurisprudence développée en droit pénal, l'administration de preuves indirectes ou médiates, c'est-à-dire d'indices, permet également de tirer des conclusions significatives. Des indices sont des faits qui permettent de conclure à un autre fait pertinent. Dans la preuve par indice, un fait non prouvé directement est considéré comme établi parce que d'autres faits prouvés – les indices – et l'expérience générale de la vie imposent d'y conclure. Il n'y a pas a priori de différence de valeur entre une preuve par indice et une preuve directe, même si en règle générale la première laisse, à la différence de la preuve directe, la possibilité que le lien soit remis en cause et qu'un doute soit suscité. La possibilité d'une preuve par indice est reconnue et, en particulier lorsque celle-ci repose sur plusieurs indices différents, elle permet de conclure à satisfaction de droit à la preuve pleine (« *Vollbeweis* »).⁴⁵

73. Dans l'arrêt *Publigroupe*, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur les principes régissant le degré de la preuve concernant plusieurs éléments (matériels) de l'énoncé de fait légal de l'art. 7 LCart, comme notamment la définition du marché relevant, l'appréciation de la position sur le marché, etc.⁴⁶ Ces éléments doivent également être examinés dans l'application de l'art. 5 LCart et, dans la mesure où les concepts sont identiques, il convient de s'en tenir aux principes déterminés

par le TF en ce qui concerne ces éléments de l'énoncé de fait légal.

74. Selon le TF, il ne faut perdre de l'esprit que l'analyse des rapports de marché est complexe, que l'état des données est en principe incomplet et que la récolte de données supplémentaires est difficile. Dans ces circonstances, les exigences du degré de la preuve des rapports économiques ne doivent pas être exagérées, eu égard au but de la loi sur les cartels d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.⁴⁷ Une certaine logique de l'analyse économique et la probabilité de la justesse des éléments retenus doivent cependant être concluants et compréhensibles.⁴⁸

75. En vertu de la présomption d'innocence des art. 6 ch. 2 CEDH, 14 al. 2 Pacte II et 32 al. 1 Cst., le fardeau de la preuve incombe à l'autorité, qui doit établir l'existence des faits reprochés à l'entreprise visée. L'autorité ne doit pas tenir pour établi un fait défavorable à une telle entreprise si, d'un point de vue objectif, il subsiste des doutes quant à ce fait. Ce n'est cependant que si le doute est irréductible et sérieux que le principe *in dubio pro reo* trouvera à s'appliquer. Ce principe est violé lorsque l'autorité aurait dû éprouver des doutes quant à l'existence d'un fait. Toutefois, l'administration des preuves ne doit pas nécessairement aboutir à une certitude absolue. Des doutes simplement abstraits ou théoriques ne suffisent pas pour admettre la version la plus favorable à l'entreprise visée, dès lors qu'ils sont toujours possibles et qu'une certitude absolue ne peut être exigée.⁴⁹ Ainsi, l'adage *in dubio pro reo* ne porte en principe pas atteinte à la libre appréciation des preuves et à l'intime conviction; il ne dit en particulier pas comment un élément de preuve doit être apprécié, ni comment l'autorité peut former sa conviction. Ce n'est donc pas parce qu'il existe des moyens de preuve contradictoires que l'on peut nécessairement conclure à un doute sérieux et irréductible.

⁴¹ MARTENET/HEINEMANN (n. 12), 177.

⁴² MARTENET/HEINEMANN (n. 12), 177.

⁴³ Cf. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 62.

⁴⁴ DPC 2012/2, 385 N 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

⁴⁵ Cf. Arrêt du TF 6B_332/2009 du 4.8.2009, consid. 2.3.

⁴⁶ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, 9.2.3.4, *Publigroupe/COMCO*.

⁴⁷ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, *Publigroupe/COMCO* et réf. citées.

⁴⁸ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, *Publigroupe/COMCO*; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 305 ss.

⁴⁹ Arrêt du TF du 19 décembre 2000, 6P.151/2000, cons. 2a bb et les références citées.

B.3.2 Accords illicites d'attribution de territoires de distribution (ATD)

76. 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). La première condition est traitée à partir du considérant B.3.2.1 qui suit, pour chaque entreprise séparément.

B.3.2.1 Action collective consciente et voulue

77. La notion d'accord en matière de concurrence est plus large que celle de contrat au sens de l'art. 1 CO.⁵⁰ Elle est économique et comprend également les pratiques concertées.⁵¹ L'accord en matière de concurrence se définit ainsi comme une action consciente et voulue menée collectivement qui entraîne ou vise une restriction à la concurrence. Il suppose ainsi deux éléments: un comportement collectif conscient et voulu des entreprises participantes.⁵²

78. La doctrine a reconnu que la notion d'accord de distribution doit être interprétée de manière large.⁵³ Premièrement, même des clauses se situant dans d'autres accords que des accords traitant exclusivement de la distribution peuvent entrer dans cette définition. Deuxièmement, tout système de distribution fait intervenir plusieurs acteurs à différents niveaux de la chaîne de distribution. Un « accord » de distribution isolé ne constitue toujours qu'un élément d'un système de distribution plus large et impliquant plusieurs entités. La pratique de la COMCO dans l'arrêt *Gaba*, s'appuyant sur la jurisprudence de l'UE, précise que c'est la vue d'ensemble qui doit permettre d'admettre ou non qu'un système de distribution tombe sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart.⁵⁴ Dans ce sens, il y a lieu à ce stade d'examiner pour chaque diffuseur-distributeur s'il est partie à un système de distribution tombant sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart.

B.3.2.2 Interforum

B.3.2.2.1 Système de distribution

79. [...] ⁵⁵ [...].

80. [...] ⁵⁶ Les contrats en vigueur entre Interforum et OLF durant la période visée par l'enquête prévoyaient notamment les dispositions suivantes:

81. Art. 3, contrat du 3 septembre 2008

« INTERFORUM confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres

INTERFORUM s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. »⁵⁷

82. La clause ci-dessus a remplacé la clause qui suit:

83. Art. 3, contrat du 27 février 1996

« Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Editeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) – "sauvages et parallèles" – via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier et [Interforum] et OLF conviennent de se signaler immédiatement tout "incident" sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.

N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »⁵⁸

B.3.2.2.2 Appréciation des faits

84. La relation commerciale entre Interforum et OLF a été régie pendant la période visée par l'enquête par deux contrats successifs conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités du système de distribution d'Interforum.

85. Interforum n'a pas contesté l'existence ni la validité des contrats, mais selon elle, OLF n'agirait pas sur le marché en tant qu'acteur indépendant.⁵⁹ Ce grief a également été invoqué par Flammarion. Cette dernière, au contraire d'Interforum, a développé son argument plus avant, notamment sur la question des relations d'agence. Les relations qu'entretiennent Flammarion et Interforum avec OLF sont en de nombreux points similaires, en particulier au niveau de l'économie de leur relation. E5F et Glénat, elles-mêmes parties à des contrats à l'économie comparable avec OLF, n'ont pas contesté que OLF était indépendante. Finalement, OLF n'a pas non plus considéré qu'elle était dépendante tel que pourrait l'être un agent.

⁵⁰ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 4 LCart N 21 ss.

⁵¹ MARTENET/HEINEMANN, (n. 12), 2012, 87.

⁵² CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, (n. 50) art. 4 LCart N 9; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 4 al. 1 N 2.

⁵³ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 5 LCart N 534.

⁵⁴ DPC 2010/2, 72 N 93, *Gaba*; Arrêt du Tribunal de première instance du 30.4.2009, T-18/03, *Nintendo*.

⁵⁵ A 513, 1.

⁵⁶ A 513, 1.

⁵⁷ A 513, 6.

⁵⁸ A 516, 4.

⁵⁹ A 692, 35, N 127.

86. Le droit et la pratique suisses sont muets sur la question des relations d'agence au regard de la loi sur les cartels. Ni la loi sur les cartels, ni la CommVert ne contiennent de dispositions en la matière, comme l'a relevé Flammarion à juste titre. Dans ce contexte, le droit de l'Union européenne peut fournir une piste d'interprétation utile. En effet, selon la CommVert, les règles en vigueur dans l'Union européenne valent de manière analogue en Suisse (VII CommVert en relation avec VI CommVert). Il convient de relever que la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions.⁶⁰ Flammarion a également recouru au droit européen pour fonder son propos.⁶¹

87. Selon le droit de l'Union européenne, une relation d'agence n'est pas soumise à l'art. 101 TFUE, car l'agent est considéré comme faisant partie de l'organisation commerciale du commettant.⁶² Dans ce sens, un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat ou de la vente de biens ou de services par le commettant.⁶³

88. Le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent.⁶⁴ Sur la base de la jurisprudence de la CJUE, la Commission européenne a défini trois types de risque et établi l'ordre dans lequel ces risques doivent être examinés.⁶⁵ L'analyse des risques doit être faite au cas par cas.⁶⁶

89. Les risques spécifiques aux contrats sont les premiers qui doivent être examinés. Les contrats visés sont ceux qui sont conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant. Le fait que l'agent supporte des risques spécifiques aux contrats suffit pour conclure que celui-ci est un distributeur indépendant.⁶⁷ Si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse avec les risques liés aux investissements propres au marché, puis avec les risques liés à d'autres activités.⁶⁸

90. En l'espèce, les obligations assumées par OLF conformément aux contrats de distribution qui la lient avec Interforum et Flammarion – également avec E5F et Glénat d'ailleurs – disposent que le risque du croire revient à OLF, ce qui est expressément réglé à l'art. 4 des contrats respectifs. L'art. 8 des contrats respectifs complète cette obligation en stipulant ce qui suit:

« En vertu de l'article 4 point d), OLF assure l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. »

91. En audition, Josée Cattin et Dominic Jarcsek (Interforum) ont confirmé qu'OLF assumait le risque du croire.⁶⁹ Delphine Basquin (Flammarion) a confirmé en audition également que si un libraire ne paie pas sa facture, le risque est supporté par OLF, car elle est du croire.⁷⁰

92. Le risque du croire est typiquement un risque spécifique aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent

pour le compte du commettant, c'est-à-dire en l'espèce avec le détaillant. Certes la scission entre activités de diffusion et de distribution telle qu'elle est opérée par les entreprises ayant sous-traité la distribution à OLF mène à ce que le prix payé par les détaillants n'est pas déterminé par OLF, mais par les diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. Cependant l'activité de facturation et le risque qui y est lié sont expressément transférés à OLF.

93. Selon Flammarion, le fait qu'OLF serait rémunérée pour le risque du croire signifie qu'elle devrait être considérée comme un agent.⁷¹ L'argument n'est pas pertinent. D'abord, les contrats de distribution auxquels est partie OLF ne prévoient aucunement de rémunération spécifique pour le risque du croire. Les revenus d'OLF par ces contrats dépendent essentiellement des flux vers les détaillants et de divers autres mouvements. Ensuite, même si le risque du croire devait être rémunéré, on ne voit pas ce que cela changerait à la répartition des risques, ce que Flammarion n'a au demeurant pas étayé.

94. Selon la méthode définie par le droit de l'UE, il n'y a pas lieu de procéder à l'analyse d'autres risques éventuellement assumés par OLF. En effet, c'est seulement si aucun des risques spécifiques aux contrats n'est supporté par l'agent que la poursuite de l'examen est commandée.⁷² On relèvera cependant à toutes fins utiles qu'OLF est obligée également selon lesdits contrats à s'assurer à ses frais contre les risques issus des hypothèses d'un sinistre incendie et dommage naturel, dégâts d'eau ou d'un vol affectant tout ou partie des produits qui lui ont été confiés,⁷³ mais aussi qu'elle est responsable des différences de stock constatées lors de l'inventaire physique et que des investissements importants ont dû être consentis par OLF pour être en mesure de gérer la distribution des flux que génèrent, collectivement, mais également individuellement les diffuseurs

⁶⁰ Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, *Sécateurs et cisailles* et réf. citées; Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, *Nikon* et réf. citées.

⁶¹ A 699, 18, N 79.

⁶² RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 2012, 621.

⁶³ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 12.

⁶⁴ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 13.

⁶⁵ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, respectivement para. 14 à 16 (typologie des risques) et 17 (test).

⁶⁶ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17; Whish/Bailey (n. 62), 622.

⁶⁷ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

⁶⁸ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

⁶⁹ A 908, L 471.

⁷⁰ A 905, L 589 ss.

⁷¹ A 699, 17, N 74 ss; A 905, 66 ss.

⁷² Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

⁷³ Art. 4 des contrats de distribution d'OLF avec Interforum, E5F, Flammarion et Glénat.

que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. On notera concernant ce dernier point que l'activité d'OLF comme diffuseur est plutôt accessoire par rapport à celle de la distribution. Les risques assumés par OLF ne se limitent ainsi pas aux seuls risques spécifiques aux contrats et il est exclu de la considérer comme un agent des diffuseurs.

95. Ainsi, il ne convient nullement de considérer OLF comme un agent du commettant Interforum. Il en résulte qu'Interforum a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

B.3.2.3 Editions des 5 Frontières

B.3.2.3.1 Système de distribution

96. E5F est une entreprise [...] et un commercial. Elle ne dispose pas de locaux propres, la société étant domiciliée chez une fiduciaire en Suisse qui lui prête un bureau si nécessaire.⁷⁴

97. [...] ⁷⁵ [...] ⁷⁶ [...]. Les contrats en vigueur entre E5F et OLF durant la période visée par l'enquête prévoyaient notamment les dispositions suivantes:

98. Art I, contrats des 1^{er}/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

« [E5F] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse des produits définis à l'article 11, selon les modalités définies ci-après

Il est précisé que le présent contrat ne constitue pas une agence au sens de la législation suisse, OLF devant fournir à [E5F] certains services en matière de distribution, notamment logistique de distribution, facturation, ainsi que ci-après précisé.⁷⁷ »

99. Art. III, contrats des 1^{er}/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

« Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 11, OLF sert en exclusivité l'intégralité de la clientèle suisse de [E5F].

[E5F] s'engage à ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses sans l'accord préalable de l'OLF.

Toutefois, [E5F] se réserve la possibilité d'annuler unilatéralement cette clause de distribution exclusive dont bénéficie OLF au cas où interviendrait, indépendamment de la volonté des parties, des événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. Cette annulation de l'exclusivité deviendra effective six mois après sa dénonciation par [E5F], les clients suisses pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France.

Dans cette hypothèse, il est entendu que la distribution effectuée à partir du territoire suisse continuera d'être confiée par [E5F] exclusivement à OLF, dans le cadre du présent contrat dont les termes devront alors être révisés dans les meilleurs délais, ainsi que les parties en conviennent. Dans ce cas, l'OLF se ré-

serve la possibilité d'effectuer ses prestations en qualité de grossiste.⁷⁸ »

B.3.2.3.2 Appréciation des faits

100. Les clauses mentionnées font partie de contrats conclus avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. E5F a expressément relevé qu'elle était partie à un contrat de distribution avec OLF.⁷⁹

101. Ainsi, E5F a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

B.3.2.4 Flammarion

B.3.2.4.1 Système de distribution

102. [...] ⁸⁰ [...]. Pour la période d'enquête trois contrats successifs entrent en ligne de compte dans sa relation avec OLF. Tous ont notamment contenu les clauses suivantes:

103. Art. 3 contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000

« FLAMMARION confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres.

Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par FLAMMARION à OLF qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
- les ventes par clubs, couponing,
- les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.

FLAMMARION s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés.

Par ailleurs, OLF confirme à FLAMMARION, en ayant le droit de le faire par une délégation de pouvoir donnée par la Société Payot Naville Distribution, Maison Mère de OLF que les Sociétés Payot S.A. (librairies) et Naville S.A., filiales de cette dernière, se sont engagées à faire le maximum d'efforts sur les plans de la promotion et de la vente des ouvrages édités (et/ou diffusés) par FLAMMARION. »⁸¹

⁷⁴ A 904, L 227 ss.

⁷⁵ A 536, 1.

⁷⁶ A 904, L 209 ss.

⁷⁷ A 536, 26 et 35.

⁷⁸ A 536, 27 et 36.

⁷⁹ A 736, N 73.

⁸⁰ A 523, 2 s; A 699, 6, N 23 ss.

⁸¹ A 523, 7.

104. En date du 18 juillet 2012, Flammarion a précisé sa relation avec OLF par l'intermédiaire d'un courrier, contresigné par OLF, dont l'essentiel de son contenu est le suivant:

« Comme vous le savez, nous répondons à la demande de clients Suisse qui souhaitent acheter des ouvrages directement en France via notre filiale de distribution UD-Union Distribution et non plus via l'OLF. C'est notamment le cas de la FNAC ou encore de Payot.

Nous vous remercions de bien vouloir nous confirmer, en contresignant la présente que vous considérez comme nous que, FLAMMARION est libre de servir directement ses clients Suisse sans que l'OLF puisse lui opposer une quelconque exclusivité en sa qualité de logisticien. »⁸²

B.3.2.4.2 Appréciation des faits

105. Les clauses mentionnées font partie de contrats conclus avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. Sous réserve du grief d'indépendance invoqué et traité plus haut, Flammarion n'a pas contesté être partie à ces contrats.

106. Ainsi, Flammarion a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

B.3.2.5 Glénat

B.3.2.5.1 Système de distribution

107. Glénat intervient uniquement en tant que diffuseur et ne s'occupe d'aucune tâche logistique.⁸³ L'antenne suisse n'a pas conclu de contrat de diffusion directement avec des éditeurs. En Suisse, la distribution des catalogues de Glénat est intégralement assumée par OLF, sur la base d'un contrat de distribution conclu en 2004. Ce contrat contient la clause suivante:

108. Art 3 contrat de distribution du 10 septembre 2004

« GLENAT SUISSE confie à OLF la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité de la clientèle suisse.

Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par GLENAT SUISSE à OLF qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
- les ventes par clubs, couponing,
- les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.

GLENAT SUISSE et GLENAT FRANCE s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus. »⁸⁴

B.3.2.5.2 Appréciation des faits

109. La clause mentionnée fait partie d'un contrat conclu avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. Sous réserve du grief soulevé concernant les rôles de Glénat (Suisse) et de Glénat (France) dans ledit contrat invoqué et traité plus haut, Glénat n'a pas contesté être partie à ce contrat.

110. Ainsi, Glénat a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

B.3.2.6 OLF

B.3.2.6.1 Système de distribution

111. La société OLF occupe [...] et dispose d'une surface de 11'000 m² sur laquelle elle stocke 1'500'000 livres pour environ 140'000 références distribuées/diffusées.⁸⁵

112. A côté des tâches logistiques qui lui reviennent, OLF est également en charge de la diffusion de plusieurs (petits) éditeurs français, dont s'occupent [...].⁸⁶

113. Le Secrétariat a reçu d'OLF [...] contrats au total en vigueur durant la période visée par l'enquête, parmi eux, [...] contrats de diffusion/distribution et [...] contrats de distribution pure. A deux exceptions près, qui l'excluent expressément, tous les contrats contiennent une clause concédant à OLF l'exclusivité de la diffusion/distribution pour le territoire suisse.

114. En ce qui concerne les contrats de distribution pure, les contrats avec les diffuseurs Interforum, E5F, Flammarion et Glénat ont déjà été exposés plus haut.⁸⁷ Dans les deux contrats de distribution pure restants, c'est-à-dire avec les éditeurs [...] et [...], les parties ont convenu d'attribuer l'exclusivité à OLF à l'art. 3, formulé ainsi:

«L'ÉDITEUR confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres.

(...)

L'ÉDITEUR s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés. »⁸⁸

⁸² A 699a, 63.

⁸³ A 534.

⁸⁴ A 534, 15 s.

⁸⁵ A 912, L 21 ss.

⁸⁶ A 912, L 37 ss.

⁸⁷ Interforum (N 81), E5F (N 98 s.), Flammarion (N 103) et Glénat (N 108).

⁸⁸ A 515, 46 et 79. Dans le deuxième contrat la mention « dans le respect des lois en vigueur » fait défaut.

115. Parmi les contrats de diffusion/distribution, un contrat standard a été signé à de nombreuses reprises. Il prévoit à l'art. 1 décrivant l'objet du contrat, l'exclusivité octroyée à OLF:

« *L'éditeur confie au diffuseur la représentation et la diffusion de son ouvrage dans les trois régions linguistiques de Suisse, sous la forme suivante:*

*Exclusivité en librairies, kiosques et grands magasins. »*⁸⁹

116. Dans les autres contrats de diffusion/distribution, les clauses d'exclusivité formulées des manières suivantes ont été relevées:

« *[Editeur] confie à l'OLF SA la représentation et la diffusion exclusives de son fonds en Suisse. »*⁹⁰

« *[L'éditeur] confie au diffuseur la représentation de son fonds et des fonds qu'il diffuse en Suisse et à l'étranger sous la forme suivante:*

- en Suisse: exclusivité en librairie et en grande surface.

*- à l'étranger en open market à l'exclusion des territoires suivants: La France, La Belgique, La Grande-Bretagne, Les Etats-Unis et Le Canada, sur lesquels l'éditeur a conclu des accords d'exclusivité. »*⁹¹

« *[Editeur] confie à [diffuseur] une exclusivité de diffusion et de vente auprès des libraires de tous les ouvrages parus et à paraître sous sa marque, sur tout le territoire de la Suisse. »*⁹²

« *L'Editeur confie à titre exclusif au Diffuseur sa représentation en Suisse, conformément aux usages de la profession. »*⁹³

117. Le contrat de diffusion/distribution avec [...] contient, au-delà de l'article concédant à OLF la diffusion exclusive sur le territoire suisse, un art. 11 prévoyant ce qui suit:

« *L'éditeur avisera, par lettre recommandée, les grossistes français les plus importants de la présente convention, pour éviter des livraisons en Suisse par une autre voie que le diffuseur. »*⁹⁴

B.3.2.6.2 Appréciation des faits

118. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par OLF soit avec les diffuseurs qu'elle distribue uniquement, soit avec les éditeurs qu'elle diffuse/distribue.

119. Ainsi, OLF a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, diffuseurs et éditeurs.

B.3.2.7 Diffulivre

B.3.2.7.1 Système de distribution

120. Diffulivre est une société-fille appartenant à [...] à Hachette Livre. Elle mène ses activités commerciales selon trois modèles. Soit elle agit comme diffuseur et distributeur, soit comme distributeur uniquement, soit

comme diffuseur et distributeur « en dépôt ». Dans ce dernier cas de figure, les stocks ne sont pas financés par Diffulivre et les ouvrages sont payés par cette dernière uniquement après les avoir vendus.⁹⁵

121. Les fournisseurs de Diffulivre peuvent être classés en trois catégories:⁹⁶

- Les éditeurs qui font partie du groupe Hachette, lesquels sont tous diffusés et distribués en Suisse par Diffulivre via le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Hachette »)
- Les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette, mais qui sont au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre et qui sont diffusés et distribués en Suisse par Diffulivre via le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Tiers-Hachette »)
- Les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette, qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre, mais qui sont diffusés et distribués directement par Diffulivre, sans passer par le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Tiers-Diffulivre »)

122. Rapportées au chiffre d'affaires net de Diffulivre (hors surremises), les relations des Éditeurs-Hachette représentent pour la période 2005-2011 des ventes correspondant à [...], les Tiers-Hachette à [...] et les Tiers-Diffulivre à [...].⁹⁷ Ces données correspondent à la moyenne de la période considérée. Toujours selon une moyenne, le reste des ventes de Diffulivre se répartit entre les activités de rackjobbing ([...], cessation depuis 2008), les activités de distribution pure, c'est-à-dire sans diffusion ([...], cessation depuis 2007) et la diffusion/distribution de l'éditeur [...] ([...]), contrôlé conjointement par le groupe Hachette et un groupe canadien.⁹⁸

123. Les relations contractuelles de Diffulivre avec ses fournisseurs sont de deux types. D'une part, avec les Tiers-Diffulivre, elle a conclu des contrats de diffusion/distribution.⁹⁹ D'autre part, concernant les Éditeurs-Hachette et les Tiers-Hachette, elle a conclu un contrat avec Hachette Livre, laquelle est partie à des contrats avec lesdits éditeurs.¹⁰⁰

⁸⁹ Cette clause figure dans les contrats suivants: A 515, 68; 73; 86; 114 et A 535, 8; 13; 26; 37; 39; 42; 44; 53; 65; 67; 72; 75; 90; 92; 99; 101; 103; 125; 138; 157; 165; 167; 169; 173; 175; 191; 193; 209; 211; 213; 215; 217; 219; 232; 244; 247; 250; 254; 263; 270; 273; 276; 279; 281; 285; 294; 296; 300; 302; 304 et 306).

⁹⁰ Cette clause a été identifiée dans les contrats A 515, 60; 112 et A 535 15; 23; 142; 144; 171; 209.

⁹¹ A 535, 116.

⁹² A 535, 19.

⁹³ A 515, 62.

⁹⁴ A 515, 72.

⁹⁵ A 527, 1 s.

⁹⁶ A 845, 3.

⁹⁷ A 845, 3.

⁹⁸ A 845, 4.

⁹⁹ Diffulivre n'exerce plus d'activité de distribution pure depuis 2007, A 845, 4.

¹⁰⁰ A 845, 3.

Relations contractuelles avec les Tiers-Diffulivre et en distribution pure

124. Les contrats liant Diffulivre avec les éditeurs Tiers-Diffulivre contiennent en général les dispositions contractuelles standard suivantes:

« ARTICLE 1: DEFINITION

L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque:

[NOM DE L'ÉDITEUR]

L'Editeur confiera au Diffuseur la réalisation de ces mêmes opérations pour tout nouveau label dont il aurait acquis le droit de diffusion et de distribution pour le territoire suisse,

En conséquence de quoi, L'Editeur confie au Diffuseur la diffusion et la distribution exclusives du fonds ci-dessus désigné.

Leurs relations sont définies par la présente convention.

ARTICLE 2: ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

1. [L']exclusivité s'étend à tous les clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situées sur le territoire suisse.

2. L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur [l]e territoire [suisse] pendant la durée du présent contrat et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant des clients mentionnés sous points 1 résidant en Suisse. »¹⁰¹

125. Les clauses qui précèdent sont prévues avec les partenaires contractuels indépendamment de leur provenance – France, Belgique et même la Suisse.

126. Dans les contrats régissant les activités de distribution pure fournies par Diffulivre, les deux formulations suivantes apparaissent:

« Par les présentes, l'EDITEUR déclare confier, en exclusivité, la distribution de sa production présente et à venir au DISTRIBUTEUR et s'interdit, sauf accord écrit et en particulier, une distribution directe ou parallèle.

En [tant] que de besoin, l'EDITEUR informera la clientèle suisse de l'exclusivité de la distribution conférée au DISTRIBUTEUR. »¹⁰²

« L'exclusivité confiée à Diffulivre s'étend à tous les circuits de vente, à l'exception de la vente par correspondance et du courtage, et à tous les clients, qu'ils soient personne physique ou morale, privée ou publique, sur le territoire de la Suisse.

L'Editeur s'interdit en conséquence de distribuer tout ouvrage faisant partie de la présente exclusivité sur le territoire. »¹⁰³

127. Des clauses de ce type font partie depuis longtemps des relations contractuelles de Diffulivre avec ses fournisseurs. En attestent plusieurs contrats fournis par

Diffulivre datant des années nonante – à titre d'exemple l'évolution des relations avec les [...].¹⁰⁴ En attestent également les déclarations de Claude-Alain Roud en audition indiquant que ces clauses proviennent de « relativement vieux contrats ». ¹⁰⁵ Elles font partie des éléments standard des relations entre Diffulivre et ses fournisseurs.¹⁰⁶ Selon Diffulivre, de tels contrats sont utilisés aussi pour la Belgique.¹⁰⁷

Diffulivre en relation avec les Éditeurs-Hachette et les Tiers-Hachette

128. Le contrat entre Diffulivre et Hachette Livre contient les articles suivants:¹⁰⁸

« ARTICLE 1 - DEFINITION

L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit article 2, des ouvrages publiés par ses départements éditoriaux ou ses filiales d'édition tels qu'indiqués en annexe 1.

Celle-ci constitue la liste des fonds disponibles à la date des présentes. Elle sera complétée de tous les autres fonds de l'éditeur concédés à d'autres distributeurs à une date antérieure, au fur et à mesure de l'expiration des contrats de distribution.

L'Editeur déclare être également titulaire, pour une durée déterminée, à la date des présentes, des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit article 2 des ouvrages publiés par certains éditeurs (extérieurs au Groupe Hachette) dont la liste est communiquée à l'Editeur.

En conséquence de quoi l'Editeur confie au distributeur, la distribution exclusive de ses fonds présents et futurs pour autant qu'il en aura lui-même l'exclusivité et suivant la durée pour laquelle il aura cette exclusivité.

Leurs relations sont définies par la présente convention et ses annexes, qui annulent et remplacent les dispositions antérieurement conclues entre les parties.

ARTICLE 2 - ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

Cette exclusivité, s'étend à tous les clients situés sur le territoire suisse, et pour toutes catégories de clientèle exception faite de la vente par correspondance et par courtage.

L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant toute la durée de la présente convention et adressera à Diffulivre tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients résidents en Suisse. »

¹⁰¹ A 527, Contrats de diffusion et de distribution, 32, 36, 41, 45, 50, 54, 75, 80, 88, 95, 99, 109, 113, 119, 127, 136, 158, 169, 179, 188.

¹⁰² A 527, Contrat de distribution (art. 1), 131.

¹⁰³ A 527, Contrat de distribution, 146-157.

¹⁰⁴ Cf. A 527, Contrat de diffusion et de distribution (art. 2), 146-147, 158, 169.

¹⁰⁵ A 902, 553.

¹⁰⁶ A 902, 569.

¹⁰⁷ A 902, 560.

¹⁰⁸ A 527, 22.

Diffulivre en relation avec [...]

129. Le contrat entre Diffulivre et [...] contient l'article suivant:¹⁰⁹

« Article 2 [...] L'Éditeur fera ses meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non.

Article 3 L'Éditeur s'engage à ne vendre sur le Territoire, en dehors de l'intermédiaire du Distributeur, aucun [livre], objet de la convention, autrement qu'à l'unité, sans remise et ce, après la date de mise en vente fixée par le Distributeur. [...] »¹¹⁰

B.3.2.7.2 Appréciation et qualification juridique

130. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par Diffulivre pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, éditeurs et autres. De tels accords sont en principe saisis par l'art. 4 al. 1 LCart.¹¹¹

131. Diffulivre n'a pas contesté que les relations contractuelles auxquelles elle est partie avec les Tiers-Diffulivre en distribution pure constituent des accords en matière de concurrence. Cependant, elle a considéré que l'accord qui la liait à Hachette Livre ne constituait pas un accord en matière de concurrence, étant donné que l'une était la société-fille de l'autre.¹¹²

132. La question de l'indépendance économique est un élément décisif lorsque des accords intragroupe sont en jeu.¹¹³ En droit des cartels, la notion d'entreprise suppose l'indépendance de celle-ci dans le processus économique.¹¹⁴ L'indépendance dépend toujours des circonstances du cas d'espèce.¹¹⁵ Si l'indépendance économique fait défaut, il y a lieu de considérer que les entités ne forment qu'une seule entreprise au sens de la loi sur les cartels.¹¹⁶ A l'intérieur d'un groupe, ce sont la capacité de contrôle de la société-fille par la société-mère et l'exercice effectif de celui-ci qui sont déterminants.¹¹⁷ Selon la jurisprudence de l'Union européenne, l'absence d'autonomie est présumée lorsqu'une filiale est détenue à 100 % par la société-mère.¹¹⁸

133. Selon la doctrine dominante, les accords entre les sociétés d'un groupe ne peuvent pas être considérés comme des accords en matière de concurrence (« *Konzernprivileg* »).¹¹⁹ La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral va dans le même sens.¹²⁰ Tant le Tribunal administratif fédéral que la doctrine réservent toutefois la possibilité de cas particuliers. Dans une problématique proche, le Tribunal fédéral a considéré récemment que des directives entre entités d'un même groupe ne constituent pas des accords en matière de concurrence.¹²¹ La doctrine minoritaire se distingue de la doctrine majoritaire dans la mesure où elle ne se contente pas de réserver certains cas particuliers, mais expose certaines situations dans lesquelles ces cas se produisent.¹²²

134. Le *Konzernprivileg* n'empêche en revanche nullement qu'un accord entre une société du groupe et une entreprise tierce puisse être considéré comme un accord en matière de concurrence.¹²³ Selon la pratique de la Commission européenne, de tels accords peuvent être fondés sur la constatation d'un accord intragroupe qui, en tant que tel, n'est pas saisi par l'art. 101 TFUE. Dans l'affaire *Kodak*, la Commission européenne s'est en effet

fondée sur une clause convenue entre la société-mère et ses sociétés-filles prévoyant une interdiction d'exportation pour admettre l'existence d'un accord en matière de concurrence.¹²⁴ Selon elle, les clauses prévues à l'intérieur du groupe sont nécessairement répercutées dans des accords entre les entités du groupe concernées et des entreprises tierces.¹²⁵ Dans ces situations, c'est le contenu de l'accord entre deux entités d'un même groupe qui permet de considérer que le système de distribution en question est soumis aux règles de la concurrence, puisque l'interprétation des clauses ne laisse aucun doute sur la mise en œuvre par le groupe de mesures, éventuellement par des accords de distribution mais plus probablement par d'autres mesures également efficaces et moins lourdes, complétant le système. La doctrine récente, en particulier RICHARD WHISH qui fait autorité en Europe, a fait sienne cette conception.¹²⁶ Ainsi, lorsque des accords intragroupe prévoient un système de distribution avec une portée qui dépasse les seules relations intragroupe, il y a lieu d'admettre que les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart sont réalisées.

135. En l'espèce, Diffulivre appartient à [...] à Hachette Livre. Les relations, intragroupe, entre les deux entités sont régies par un contrat convenu avant que Hachette Livre n'ait acquis Diffulivre. Il faut cependant partir du principe que l'engagement de « ne pas vendre » bénéficie du *Konzernprivileg* bien que tant la doctrine que la jurisprudence réservent une exception pour des « cas particuliers », aucun élément ne semble indiquer qu'il y ait lieu de considérer une telle situation en l'espèce.

136. Il convient d'examiner si le contenu de la clause déterminant la relation intragroupe permet de conclure à l'existence d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La formulation de la clause en question a un caractère amplectif. L'obligation à laquelle est tenue Hachette Livre ne se limite pas uniquement à l'obligation de « ne pas vendre », mais elle stipule également l'obligation de « ne pas *laisser vendre* ».

¹⁰⁹ A 527, 22.

¹¹⁰ A 527, Contrat de distribution (art. 2-3), 67.

¹¹¹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 4 LCart N 26 ss.

¹¹² PP, N 191, 68.

¹¹³ VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 2 LCart N 30.

¹¹⁴ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 28.

¹¹⁵ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 30.

¹¹⁶ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113.), art. 2 LCart N 30.

¹¹⁷ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

¹¹⁸ Arrêt de la CJUE du 10.9.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, pt. 60 et réf. citées; arrêt du TPI du 18.12.2008 T-85/06, *General Quimica/Commission*, pt. 59 et réf. citées; arrêt du TPI du 15.6.2005, *Tokai Carbon e.a./Commission*, T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, [...], pt. 59; WHISH/BAILEY (n. 62), 94.

¹¹⁹ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 31 et réf. citées.

¹²⁰ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

¹²¹ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 10.4.1, *Publigroupe/COMCO* et réf. citées.

¹²² SOPHIE HENCKEL/PATRICK KRAUSKOPF, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff in sic! 2006, 747 ss.

¹²³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 31.

¹²⁴ Commission européenne, JO 1970 L147/24, pt 1, *Kodak*.

¹²⁵ Commission européenne, JO 1970 L147/24, pt 14, *Kodak*.

¹²⁶ WHISH/BAILEY (n. 62), 95.

137. L'obligation de ne pas vendre peut être interprétée comme une obligation ne visant que les ventes par d'autres entités du groupe. Dans ce sens, elle est couverte par le *Konzernprivileg*.

138. En revanche, il se pose la question de savoir si l'obligation de « ne pas laisser vendre » a une portée plus large. Diffulivre est revenue dans sa prise de position du 18 janvier 2013 sur la question de la portée de cette obligation, mais seulement en ce qui concerne les relations hors groupe et sur des éléments ne concernant pas la qualification juridique d'accords en matière de concurrence.¹²⁷ Seulement en ce qui concerne les relations hors groupe également, durant l'audition, Claude-Alain Roud (Diffulivre) a affirmé: « *cette clause engage surtout l'éditeur, lui-même, et qu'elle me paraît difficilement applicable* ». ¹²⁸ Diffulivre a donc principalement contesté le fait que ces clauses puissent être appliquées, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'un engagement de la part du partenaire de distribution en amont.

139. L'obligation de ne pas laisser vendre, complétant l'obligation de ne pas vendre, étend l'engagement du partenaire commercial en amont, à savoir Hachette Livre. En s'engageant à ne pas laisser vendre des ouvrages, ce ne sont plus les seules relations intragroupe qui sont réglées. L'engagement met en lumière que pour les partenaires commerciaux, qui n'appartenaient pas à un même groupe au moment du contrat, le système de distribution commandait un rôle actif du partenaire de distribution en amont pour faire respecter le régime d'exclusivité. Suite à la concentration des deux entités en question, le système de distribution est resté intact dans son principe. D'ailleurs, l'accord a été produit par Diffulivre lors de sa prise de position sur la proposition du Secrétariat. Pendant la période visée par l'enquête, Diffulivre et Hachette Livre, deux entités d'un même groupe, ont convenu d'une clause indiquant que la stratégie de distribution ne se restreignait pas à l'organisation des flux à l'intérieur dudit groupe, mais également à un contrôle des flux par d'autres entités, externes au groupe, aptes à vendre les livres dont l'exclusivité a été confiée à Diffulivre pour le territoire suisse. Un tel engagement commande que Hachette Livre prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe, mais également à l'extérieur du groupe pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle va ainsi plus loin que les relations intragroupe tombant sous le *Konzernprivileg*.

140. Ainsi, Diffulivre a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête tant avec les Éditeurs-Hachette, les Tiers-Hachette que les Tiers-Diffulivre.

B.3.2.8 Servidis

B.3.2.8.1 Système de distribution

141. Servidis compte [...] et assume tant une fonction de diffuseur qu'une fonction logistique (distribution). Elle est en relation contractuelle, d'une part, avec des éditeurs lui confiant tant la diffusion que la distribution de leurs titres et, d'autre part, avec des éditeurs ou diffuseurs qui

lui sous-traitent, comme Transat par exemple, uniquement les tâches logistiques.

142. Parmi les 93 contrats de diffusion-distribution qui ont été remis au Secrétariat, 71 contiennent une clause concédant à Servidis l'exclusivité pour la diffusion-distribution sur le territoire suisse. Les clauses d'exclusivité relevées sont formulées de plusieurs manières, lesquelles ont été classées par type de formulation dans l'énumération qui suit:

Clause A

« *L'Éditeur confie au Diffuseur la diffusion exclusive en Suisse de ses ouvrages, auprès des librairies, kiosques et grandes surfaces. Les annonces de l'Éditeur dans LIVRES-HEBDO porteront la mention " Diffusion en Suisse: SERVIDIS* ». ¹²⁹

Clause B

« *[L'éditeur], par le présent contrat, confie les opérations de diffusion en Suisse à SERVIDIS, sur une base exclusive, pour tous les ouvrages de son catalogue, ainsi que ceux de ses éditeurs diffusés.* » ¹³⁰

Clause C

« *[L'éditeur] confie à titre exclusif au Diffuseur la commercialisation, conformément aux usages de la profession, tous les ouvrages publiés ou à publier par lui.* » ¹³¹

Clause D

« *L'éditeur concède au diffuseur, qui l'accepte, la diffusion et la distribution de son fonds, à titre exclusif, pour la Suisse.* » ¹³²

Clause E

« *[L'éditeur] confie au Diffuseur la diffusion et la distribution exclusive de ses publications sur l'ensemble du territoire suisse.* » ¹³³

Clause F

« *Les produits dont la distribution exclusive est confiée à SERVIDIS sont définis comme étant tous les livres diffusés en Suisse par [éditeur], ainsi que les produits " non-livres ", tels que les jeux, le matériel et les supports multimédias: logiciels, CD-Rom, etc...* » ¹³⁴

¹²⁷ Les arguments en question concernent l'application de la présomption et sont traités plus bas, cf. B.4.1, 46 ss.

¹²⁸ A 902, L 545 s.

¹²⁹ La clause est contenue dans les contrats suivants: A 529, 136; 156; 164; 183; 187; 191; 195; 199; 207; 229; 242; 246; 250; 254; 259; 268; 279; 283; 287; 297; 307; 311; 315; 319; 323; 327; 331; 345; 365; 387; 391; 398; 441; A 530, 14; 19; 23; 27; 31; 36; 40; 44. Dans le contrat A 529, 203 la même clause figure à l'art. 1 avec la modification « auprès des librairies spécialisées et généralistes et auprès des enseignes du livre ». Dans les contrats A 529, 160; 223 et 233 il est indiqué « libraires, grandes surfaces ou autre points de vente spécialisés, incluant les ventes directes aux institutions scolaires. ». Dans A 529, 168; 179; 211; 218 la clause contient la mention: « auprès des librairies (...) et autres points de vente spécialisés ». Enfin, dans le contrat A 529, 461 on lit « auprès des librairies suisses ».

¹³⁰ La clause est contenue dans les contrats A 529, 172; 291 et 301.

¹³¹ La clause est contenue dans les contrats A 529, 273 et 445.

¹³² La clause est contenue dans les contrats A 529, 341; 361; 402; 408; 417; 433; 437; A 530, 6; 10.

¹³³ Clause du contrat A 529, 349.

¹³⁴ Clause contenue dans A 529, 372.

Clause G

« [Servidis] assurera la distribution des ouvrages de [éditeur] pour la Suisse seulement.

[Editeur] garantit à [Servidis] l'exclusivité de la distribution pour la zone en question. Cette exclusivité ne s'applique pas aux titres qui sont coédités ou seraient dans le futur coédités par [...] avec un éditeur français, belge ou suisse et dont la distribution serait assurée par ce dernier sur la Suisse. »¹³⁵

Clause H

« L'EDITEUR confie au DIFFUSEUR l'exclusivité de la diffusion et de la distribution des livres de ses catalogues [...] réalisés sous sa marque, pour tous canaux de vente en Suisse. »¹³⁶

Clause I

« Au titre de ce contrat, l'éditeur confie au diffuseur/distributeur l'exclusivité sur le territoire Suisse, de la diffusion, c'est-à-dire la prospection et la prise de commandes, de tous les ouvrages parus ou à paraître, publiés par les maisons d'édition qui ont confié par contrat à l'éditeur la responsabilité d'assurer pour leur compte la couverture du marché suisse en sélectionnant le prestataire suisse le mieux adapté pour remplir cette mission. »¹³⁷

143. Sur les 15 contrats de distribution pure transmis au Secrétariat, une clause d'exclusivité a été identifiée dans 11 contrats. On retrouve les mêmes clauses A, B, C et D que celles précédemment relevées pour les contrats de diffusion.¹³⁸

144. La clause suivante a été intégrée dans 59 contrats conclus par Servidis.

« L'Editeur [...] fera respecter (de son mieux)¹³⁹ la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires. »¹⁴⁰

145. Cette clause, qui figure dans 59 contrats conclus par Servidis avec les éditeurs qu'elle diffuse, est employée depuis 1992 au moins.

146. Dans le contrat par lequel Servidis s'engage à distribuer les ouvrages diffusés par Transat, la clause suivante a été relevée:

« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »¹⁴¹

147. La même clause est également contenue dans le contrat de diffusion conclu avec l'éditeur français [...].¹⁴²

B.3.2.8.2 Appréciation des faits

148. Les relations commerciales entre Servidis et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Servidis a été impliquée.

149. Servidis n'a pas contesté l'existence ni la validité des contrats, mais selon ses indications, elle n'agirait pas comme un acteur indépendant ce qui devrait mener

à la considérer comme un agent. La dépendance de Servidis vis-à-vis de ses partenaires commerciaux justifierait que les relations avec ces derniers soient traitées de manière analogue aux relations ayant lieu au sein d'un groupe de société. Partant, les contrats conclus par Servidis avec les éditeurs-diffuseurs qui la fournissent seraient exclus du champ d'application de la LCart.¹⁴³

150. La question de l'agence a été abordée plus haut concernant les relations contractuelles qu'ont entretenues OLF et les diffuseurs pour lesquels elle a assumé la distribution.¹⁴⁴ Sans qu'il apparaisse nécessaire de reprendre l'ensemble de l'exposé, auquel il peut demeurer être renvoyé pour la définition du cadre de l'analyse, on rappelle que le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent.¹⁴⁵

151. En l'espèce, plusieurs éléments sont pertinents pour apprécier si Servidis doit être considérée comme un agent au sens de la législation sur la concurrence. Premièrement, Servidis assume le risque du croire. Même si elle prétend dans sa prise de position que ce risque est très faible, Michel-Edouard Slatkine (Servidis) a expressément indiqué en audition que le du croire était la première raison pour laquelle un éditeur, en l'occurrence [...], l'un des plus importants du catalogue de Servidis, octroyait l'exclusivité à un diffuseur-distributeur.¹⁴⁶ Le risque du croire est typiquement un risque spécifique aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, c'est-à-dire en l'espèce avec le détaillant. Comme il a été exposé plus haut, un tel risque suffit à lui seul à éliminer la possibilité de considérer la relation entre Servidis et ses partenaires de distribution en amont comme une relation d'agence. Selon la méthode définie par le droit de l'UE, c'est seulement si aucun des risques spécifiques aux contrats n'est supporté par l'agent que la poursuite de l'examen est commandée.¹⁴⁷

152. Deuxièmement, Servidis est en principe investie de la diffusion des ouvrages qu'elle distribue et cela va plus loin que dans les relations contractuelles examinées plus haut concernant le rôle d'OLF, Servidis décide des prix de vente et des remises selon les usages du marché suisse conformément aux termes contractuels standard de Servidis:

¹³⁵ Contrat A 529, 414 (art. 9).

¹³⁶ Contrat A 529, 421.

¹³⁷ Clause issue du contrat avec [...] (A 605a).

¹³⁸ La clause A figure dans le contrat A 530, 71; la clause B a été identifiée dans les contrats suivants: A 530, 78; 88; 99 et 109; la clause C figure dans les contrats A 530, 96; 105; 115; 121; et 127. Finalement, la clause D figure dans le contrat A 530, 131.

¹³⁹ Relevé dans A 529, 161; 226; 234.

¹⁴⁰ A 529, 81 ss.

¹⁴¹ A 530, 132 (art. 3).

¹⁴² A 529, 372 ss. « [...] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de SERVIDIS. »

¹⁴³ A 672, 12 et 20.

¹⁴⁴ Cf. B.3.2.2.2 N 85 ss.

¹⁴⁵ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 13.

¹⁴⁶ A 914, L 627 ss.

¹⁴⁷ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

« Les prix de vente et remises seront fixés par le Diffuseur selon les usages du marché suisse. Le Diffuseur en assume toute la responsabilité. »¹⁴⁸

153. Troisièmement, on relèvera que Servidis a également convenu de clauses prévoyant que si elle devait dénoncer le contrat de diffusion/distribution, elle aurait à assumer les frais de retour. Elle est également tenue de répondre de tout dommage et de contracter les assurances nécessaires à cet effet. Cette liste de risques que Servidis assume n'est pas exhaustive.

154. Ainsi, il ne convient nullement de considérer Servidis comme un agent par rapport à ses partenaires de distribution en amont. Il en résulte que Servidis a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec l'ensemble de ses partenaires de distribution en amont.

B.3.2.9 Transat

B.3.2.9.1 Système de distribution

155. Transat [...] et son activité se concentre sur la diffusion. La distribution de ses ouvrages est sous-traitée à Servidis, conformément à un contrat entre ces deux entités contenant notamment la clause suivante:¹⁴⁹

« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »

156. En ce qui concerne les relations contractuelles régissant la diffusion, [...] contrats ont été remis au Secrétariat. [...] contrats ont été envoyés le 20 avril 2012¹⁵⁰ et [...] autres annexés à la prise de position du 12 octobre 2012.¹⁵¹

157. Parmi les clauses attribuant une telle exclusivité, les formulations suivantes ont pu être rencontrées:

« L'éditeur confie au diffuseur la diffusion exclusive de l'ensemble de son fonds, y compris les réimpressions et les nouveautés à paraître pour tout le territoire de la Suisse. »¹⁵²

« Le Distributeur confie au Dépositaire l'exclusivité de la commercialisation des ouvrages en langue française des fonds des éditeurs précisés en Annexe 1 sur le marché Suisse, et selon les contrats qui lient Le Distributeur à ses éditeurs. »¹⁵³

158. Le contrat liant Transat à l'éditeur [...] contient les deux clauses suivantes:

« Article 1

Transat s'engage à assurer la diffusion et la distribution générale des publications qui lui sont confiées en exclusivité par les Editions [...] pour la Suisse.

Article 9

[...] s'engage à transmettre à Transat toute commande de Suisse qui lui serait directement adressée, et ceci en raison de l'exclusivité qui a été accordée. »¹⁵⁴

159. Depuis le 1^{er} septembre 2003, tous les contrats conclus par Transat, à deux exceptions près traitées plus bas,¹⁵⁵ contiennent les clauses suivantes:

« Article 1: Définition

L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque [EDITEUR]

(...)

En conséquence de quoi, l'Editeur confie au Diffuseur la diffusion et la distribution exclusives des fonds ci-dessus désignés.

Article 2: Etendue de l'exclusivité

Cette exclusivité s'étend à tous nos clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, collectivités publiques et privées - écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situées sur le territoire suisse.

L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse.

Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par l'Editeur. L'Editeur et le Diffuseur conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation. »¹⁵⁶

160. Une version modifiée des clauses citées ci-dessus figure dans deux contrats, signés respectivement les 21 septembre 2011 et 30 janvier 2012 [...] et [...]:

« Article 1: Définition:

(...)

En conséquence de quoi, l'Editeur confie au Diffuseur la diffusion et la distribution des fonds ci-dessus désignés.

Leurs relations sont définies par la présente convention.

¹⁴⁸ Art. 3 Contrat [...], A 529, 442.

¹⁴⁹ A 529, 2 et A 915, L 12 et 22; A 530, 132 (art. 3).

¹⁵⁰ A 530.

¹⁵¹ A 672, annexes 5 à 8.

¹⁵² Cette clause figure dans 47 contrats, A 530, 175, 362, 364, 366, 368, 370, 372, 374, 376, 383, 385, 388, 390, 392, 394, 396, 398, 400, 402, 404, 406, 408, 410, 412, 415, 417, 419, 421, 423, 425, 427, 429, 431, 433, 435, 437, 439, 441, 443, 445, 448, 450, 456, 460, 462 (art. 1) et A 672, annexes 5 et 7 (art. 1).

¹⁵³ Cette clause d'exclusivité est issue du contrat avec [...], A 530, 354. L'exclusivité a toutefois été retirée à Transat par un avenant qui a été joint au contrat le 7 février 2005, A 530, 353.

¹⁵⁴ A 530, 452 ss.

¹⁵⁵ Il s'agit des contrats avec les Editions [...] et le groupe éditorial [...], A 530, 175 et 207.

¹⁵⁶ Ces clauses figurent dans les contrats suivants: A 530, 154; 165; 170; 178; 183; 187; 193; 197; 203; 214; 219; 224; 230; 235; 240; 244; 249; 254; 259; 264; 269; 274; 279; 284; 289; 294; 299; 304; 309; 314; 319; 324; 329; 334; 339; 344; 349; 379 et A 672, annexes 6 et 8.

Article 2 - Etendue de la Diffusion

La diffusion s'étend à tous nos clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, collectivités publiques et privées - écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situées sur le territoire suisse.

L'Éditeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse.

Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par l'Éditeur. L'Éditeur et le Diffuseur conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation. »¹⁵⁷

161. Sur l'ensemble, seuls deux contrats ne contiennent pas les clauses qui précèdent. Il s'agit d'abord du Groupe Editorial [...], dont l'art. I du contrat le liant à Transat est libellé comme suit:

« I – OBJET

L'Éditeur confie à Transat Diffusion la diffusion et la distribution de ses ouvrages parus et à paraître, exploités sous leurs différentes marques commerciales, dans les librairies spécialisées, les librairies générales, les boutiques diététiques, les grossistes, les sociétés de vente par correspondance, les grands magasins et tout autre circuit de distribution de livres susceptible de revendre les ouvrages de l'Éditeur. La vente aux particuliers n'est pas concernée par le présent contrat.

II – TERRITOIRE ET ZONE

Le territoire de vente du Diffuseur comprend toute la Suisse. »¹⁵⁸

162. Ensuite, le contrat avec [...] ne prévoit pas d'exclusivité. En effet, dans un avenant de 2005, les deux sociétés ont convenu que la commercialisation des ouvrages qui reposait jusqu'à alors sur une base exclusive,¹⁵⁹ était à partir de ce moment-là confiée de manière non exclusive à Transat:

*« Le Distributeur confie au Dépositaire (Transat) la commercialisation non exclusive des ouvrages en langue française des éditeurs précisés en annexe 1 sur le marché suisse et selon les contrats qui lient le Distributeur à ses éditeurs. »*¹⁶⁰

B.3.2.9.2 Appréciation des faits

163. Les relations commerciales entre Transat et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Transat a été impliquée.

164. Transat n'a pas contesté l'existence desdits contrats. La prise de position commune de Servidis et Transat n'a fait aucune distinction entre les deux sociétés concernant le grief de la relation d'agence.¹⁶¹ Ce grief a été traité spécifiquement concernant les relations con-

tractuelles de Servidis, il peut essentiellement y être renvoyé, dans la mesure où l'économie des relations de Servidis et Transat, exceptée le fait que ce dernier ait externalisé l'activité de distribution à l'autre, est comparable. Dans ce sens, en ce qui concerne Transat, l'examen de la question de l'agence mène également à nier l'existence d'une telle relation entre Transat et ses partenaires de distribution en amont. Comme Servidis, Transat assume le risque du croire mais également d'autres risques liés notamment aux frais de transport en cas de résiliation et d'assurance.

165. Ainsi, il ne convient nullement de considérer Transat comme un agent par rapport à ses partenaires de distribution en amont. Il en résulte que Transat a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec l'ensemble de ses partenaires de distribution en amont.

B.3.2.10 Dargaud

B.3.2.10.1 Système de distribution

166. Dargaud (Suisse) SA est active aussi bien en tant que diffuseur qu'en tant que distributeur. Elle [...] et dispose d'une surface de 3'000 m² pour stocker les ouvrages distribués.¹⁶² [...].¹⁶³

167. Dargaud diffuse aussi bien des éditeurs du groupe Média Participations que des éditeurs tiers. Ses relations contractuelles peuvent en fonction de la partie cocontractante, être réparties en quatre catégories. Dans le premier type de relation, Dargaud diffuse-distribue les ouvrages d'éditeurs Média Participations (ci-après: MP). Dans le second type de relation, des éditeurs tiers ont conclu un contrat de diffusion-distribution avec la société Média Diffusion, laquelle charge à son tour Dargaud de la diffusion-distribution des ouvrages de ces derniers sur le territoire suisse. Le troisième type de relation concerne les cas où Dargaud est directement mandatée par des éditeurs ne faisant pas partie du groupe pour la diffusion-distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse. Finalement, le quatrième et dernier type de relation ne se distingue du troisième qu'en ce que l'activité de Dargaud se limite à la seule distribution des ouvrages.¹⁶⁴ En résumé, il faut distinguer:

- Les éditeurs « MP »;
- Les éditeurs « Tiers-MP »;
- Les éditeurs « Tiers-Dargaud »;
- Les éditeurs en distribution pure.

¹⁵⁷ A 530, 149 et 159. Dans le dernier de ces contrats, l'art. 2 est intitulé « Domaine de diffusion ».

¹⁵⁸ A 530, 207 ss.

¹⁵⁹ A 530, 354.

¹⁶⁰ A 530, 353.

¹⁶¹ A 672, 12 et 20.

¹⁶² A 901, L 52.

¹⁶³ A 691, N 28 ss et annexe 4.

¹⁶⁴ A 870, 2 s.

168. Le système contractuel de Dargaud étant assez complexe, les clauses identifiées dans les différents contrats analysés, seront, par souci de clarté et dans le but d'avoir une meilleure vue d'ensemble, exposées selon les catégories de relations contractuelles (cf. les catégories en question décrites ci-dessus) au sein desquelles elles apparaissent. Dans le même sens, les clauses ont été classées par type de formulation dans l'énumération qui suit.

Relations contractuelles avec les éditeurs MP

169. Pour la plupart des relations que Dargaud entretient avec les éditeurs MP, il n'existe pas de contrat écrit.¹⁶⁵ Dans les contrats écrits avec ce type d'éditeurs, Dargaud a notamment convenu les clauses suivantes:

Clause A

« 1.1. L'ÉDITEUR confie à titre exclusif à DARGAUD SUISSE, qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que DARGAUD SUISSE déclare parfaitement connaître.

1.2. DARGAUD SUISSE diffusera/distribuera les ouvrages de l'ÉDITEUR en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage.¹⁶⁶

Clause B

« L'Éditeur confie au Diffuseur qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.

Le Diffuseur s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.

De même l'Éditeur prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. »¹⁶⁷

Clause C

« L'Éditeur confie au Diffuseur qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé (...) sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.

L'Éditeur prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. Toutefois l'Éditeur a la possibilité d'acquérir des albums avec une remise de [...] sur prix public suisse hors taxe afin d'en offrir dans un cadre promotionnel. »¹⁶⁸

Relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-MP

170. La diffusion-distribution des éditeurs Tiers-MP est organisée selon un contrat standard liant Dargaud à MP, lequel contient notamment la clause, standard elle aussi, suivante:

Clause D

« 1.1. MEDIA DIFFUSION confie à titre exclusif à DARGAUD SUISSE, qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [ÉDITEUR TIERS] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2. DARGAUD SUISSE diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [ÉDITEUR TIERS] dont la diffusion-distribution est confiée à MEDIA DIFFUSION dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage. »¹⁶⁹

Relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud

171. La plupart des contrats liant Dargaud aux éditeurs Tiers-Dargaud contiennent la clause B décrite plus haut.¹⁷⁰ Les contrats faisant exception contiennent la clause de type A¹⁷¹ ou la clause suivante:

Clause E

« Le Fournisseur confie au Diffuseur, pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et mettra tout en œuvre pour que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée.¹⁷² »

Relations contractuelles avec les éditeurs en distribution pure

172. Selon la liste transmise par Dargaud le 24 janvier 2013,¹⁷³ [...] La plupart de ces contrats sont très récents, selon les documents remis par Dargaud, ils contiennent notamment la clause suivante:

¹⁶⁵ A 870, 3.

¹⁶⁶ La clause est tirée des contrats avec les éditeurs [...], respectivement A 526, 91; 129 s et 192 s.

¹⁶⁷ Cette clause se trouve dans les contrats avec [...], A 526, 144 et [...] A 870, 22.

¹⁶⁸ La clause est tirée du contrat conclu avec [...], A 870, 33.

¹⁶⁹ Clause relevée dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 29 s.; [...], A 526, 34 s.; [...], A 526, 57 s.; [...], A 526, 67 s.; [...], A 526, 83 s.; [...], A 526, 97 s.; [...], A 526, 136 s.; [...], A 526, 156 s.

¹⁷⁰ On la trouve dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 42; [...], A 526, 45; [...], A 526, 54; [...], A 526, 64; [...], A 870, 12; [...], A 526, 105; [...], A 526, 111; [...], A 526, 113; [...], A 526, 116; [...], A 526, 163 [...], A 526, 167; [...], A 526, 170; [...], A 526, 173; [...], A 526, 176; [...], A 526, 179; [...], A 526, 190; [...], A 526, 200; [...], A 526, 203 et [...], A 526, 206.

¹⁷¹ A 526, 122 s.

¹⁷² Cette clause a été relevée dans les contrats avec [...], A 526, 108; [...], A 526, 119; et [...], A 526, 147.

¹⁷³ A 870.

Clause F

« L'ÉDITEUR confie au DISTRIBUTEUR, qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée au DISTRIBUTEUR. »¹⁷⁴

B.3.2.10.2 Appréciation des faits

173. Les relations commerciales entre Dargaud et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Dargaud a été impliquée.

174. Dargaud n'a pas contesté que les relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure constituaient des accords en matière de concurrence. Pendant la période visée par l'enquête, Dargaud a été partie à des systèmes de distribution soumis à l'art. 4 al. 1 LCart pour ces relations.

175. En revanche, Dargaud a contesté que les contrats qu'elle a conclus d'une part avec les éditeurs MP et les éditeurs Tiers-MP constitueraient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, tous les cocontractants appartenant à [...] au groupe Média Participations.¹⁷⁵ Lors de son audition, Dargaud par l'intermédiaire de sa mandataire a également soulevé que dans ces relations intragroupe il n'existait aucune restriction à l'exportation entre le diffuseur français et ses revendeurs en France, aucune exclusivité d'achat entre les revendeurs en Suisse et Dargaud Suisse SA et aucune restriction des livraisons croisées et importations parallèles entre les revendeurs en France et les revendeurs en Suisse.¹⁷⁶

176. Le grief invoqué par Dargaud soulève la question de l'indépendance économique (*Konzernprivileg*), laquelle s'est présentée dans une constellation en grande partie similaire pour le diffuseur-distributeur Diffulivre. Il peut être renvoyé aux développements théoriques exposés plus haut.

177. Comme pour Diffulivre, Dargaud appartient à un groupe, même si la plupart de ces relations revêtent une forme contractuelle. À la différence de ce qui concerne Diffulivre, les relations qu'a entretenues Dargaud avec les éditeurs MP et les éditeurs Tiers-MP ne sont pas régies par un seul contrat-cadre, mais par plusieurs contrats, dont 4 clauses de type standard différentes ont pu être identifiées: les clauses A, B, C et D ci-dessus. Parmi ces 4 clauses types, deux d'entre elles prévoient que le partenaire de distribution en amont, c'est-à-dire intragroupe, doit « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. » (clauses B et C ci-dessus).

178. La présence des clauses B et C dans plusieurs contrats intragroupe indiquent que la stratégie de distribution du groupe pendant la période visée par l'enquête

ne se restreignait pas à l'organisation des flux à l'intérieur dudit groupe, mais également à un contrôle des flux par d'autres entités, externes au groupe, aptes à vendre les livres dont l'exclusivité a été confiée à Dargaud pour le territoire suisse.

179. Une lecture attentive du deuxième paragraphe de la clause B ne laisse aucun doute sur la portée externe au groupe du régime d'exclusivité. D'une part, Dargaud s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire. Cette première partie de la disposition met en lumière un fait notoire, celui que l'ensemble de la distribution de livres écrits en français et non pas seulement la distribution de ces livres en Suisse est organisée selon un régime d'exclusivité. D'autre part, la suite de la disposition prévoit que Dargaud « prendra toutes mesures auprès de sa clientèle [donc les détaillants] afin que cette interdiction soit respectée », étendant ainsi la portée de l'organisation de la distribution intragroupe sur des relations hors groupes, avec les détaillants.

180. De tels engagements commandent que les partenaires commerciaux intragroupe prennent les mesures nécessaires non seulement au sein, mais également à l'extérieur du groupe pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle, comme pour Diffulivre, va ainsi plus loin que les relations intragroupe tombant sous le *Konzernprivileg*. Cet état de fait est d'autant plus pertinent que Dargaud, comme elle l'a exposé dans sa prise de position, a soustrait une partie de sa distribution à des grossistes externes au groupe.¹⁷⁷

181. Ainsi, Dargaud a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête tant avec les éditeurs MP, les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure.

B.3.2.11 Albert le Grand

B.3.2.11.1 Système de distribution

182. AIG est active, d'une part comme diffuseur et distributeur et, d'autre part, uniquement comme distributeur d'une poignée d'éditeurs.¹⁷⁸ [...] sont chargées de la diffusion. L'entreprise dispose de locaux d'environ 400m² comprenant des bureaux et une surface de stockage.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Clause relevée dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 224 et [...], A 526, 239.

¹⁷⁵ A 691, N 101 ss.

¹⁷⁶ A 901, L 129 ss.

¹⁷⁷ A 691, 35, N 110.

¹⁷⁸ A 536a, 1.

¹⁷⁹ A 122.

183. Dans son courrier du 30 avril 2012, AIG a fait mention de [...] éditeurs avec lesquels elle entretient des relations contractuelles en tant que diffuseur-distributeur. Dans ce même courrier, la société a indiqué que pour [...] de ces partenaires de distribution – [...] –, il n'existait pas de contrat écrit. En annexe à ce courrier, [...] contrats ont été remis par AIG, dont notamment ceux conclus avec les éditeurs [...], lesquels ne revêtaient pas la forme écrite selon AIG.¹⁸⁰

184. Tous les contrats de diffusion parvenus au Secrétariat, contiennent une clause accordant à AIG l'exclusivité de la diffusion-distribution des ouvrages concernés en Suisse. Ces clauses d'exclusivité sont ainsi libellées:

« [L'éditeur] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires, grandes surfaces et autres revendeurs suisses. »¹⁸¹

« Diffusion Albert le Grand S.A. bénéficie de la diffusion et de la distribution des produits [...] à titre exclusif sur le territoire suisse (...) »¹⁸²

« L'ÉDITEUR concède au DIFFUSEUR la diffusion et la distribution exclusive en Suisse des ouvrages de son fonds »¹⁸³

« Les Editions [...] confient à Albert le Grand, la diffusion exclusive de leurs ouvrages en Suisse, auprès de la clientèle « libraires ».¹⁸⁴

185. Dans [...] contrats de diffusion, la clause établissant l'exclusivité d'AIG est suivie d'un article 2, clause standard, stipulant ce qui suit:

« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse. »¹⁸⁵

186. Les relations contractuelles n'impliquant que la distribution pure prévoient également un système d'exclusivité, à l'exception du contrat conclu avec [...] lequel stipule expressément qu'une telle exclusivité ne fait pas partie du système de distribution. L'article 1^{er}, standard de la convention de distribution d'AIG, est ainsi libellé:

« L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. »¹⁸⁶

B.3.2.11.2 Appréciation des faits

187. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par AIG pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, éditeurs et autres. De tels accords sont saisis par l'art. 4 al. 1 LCart.¹⁸⁷

188. AIG n'a à aucun moment contesté que les contrats de diffusion/distribution qu'elle a conclus avec ses partenaires commerciaux en amont constituaient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.¹⁸⁸

189. Ainsi, AIG a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle

a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires de distribution.

B.3.2.12 Restriction à la concurrence visée ou entraînée

190. Au-delà d'une action collective consciente et voulue des entreprises parties aux accords, 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.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰

191. En l'espèce, comme il sera démontré plus bas, les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont visé et eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

B.3.2.13 Durée de l'accord

Les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été en place sur toute la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011. Toutes les clauses des systèmes de distribution exposées plus haut ont déterminé les modalités des accords selon l'art. 4 al. 1 LCart durant ladite période.

B.3.3 Accord horizontal

192. Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 LCart).

¹⁸⁰ A 536a.

¹⁸¹ Cette clause, en général la première du contrat, figure dans les contrats suivants: [...], A 536a, 17; [...], A 536a, 21; [...], A 536a, 23; [...], A 536a, 27; [...], A 536a, 34; [...], A 536a, 37; [...], A 536a, 39; [...], A 536a, 47; [...], 536a, 48; [...], A 536a, 51; [...], A 536a, 60; [...], A 536a, 63; [...], A 536a, 67; [...], A 536a, 74; [...], A 536a, 76; [...], A 536a, 78; [...], A 536a, 85; [...], A 536a, 88; [...] A 536a, 91; [...], A 536a, 99; [...], A 536a, 101.

¹⁸² Clause issue du contrat avec [...], A 536a, 42.

¹⁸³ Cette clause apparaît dans le contrat avec [...] A 536a, 53.

¹⁸⁴ Clause tirée du contrat avec l'éditeur [...] A 536a, 62.

¹⁸⁵ A 536a, 17; 34; 37; 39; 48; 51; 60; 63; 67; 76; 78; 85; 88; 95 et 99.

¹⁸⁶ Clause relevée dans les contrats de distribution avec [...], A 536a, 25; [...] A 536a, 29; [...], A 536a, 31; [...], A 536a, 56; [...], A 536a, 83; [...], A 536a, 93 et [...], A 536a, 95.

¹⁸⁷ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 4 LCart N 26 ss.

¹⁸⁸ A 690, 21.

¹⁸⁹ BSK KG-NYDEGGER-NADIG (n. 52), Art. 4 Abs.1 KG N 67 s.

¹⁹⁰ DPC 2010/1, 71 N 87, *Gaba*; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (édit), 2007, Art. 4 KG N 24 s.

193. 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, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). S'il recouvre la notion de contrat au sens de l'art. 1 ss CO, l'accord en matière de concurrence est une notion plus large que celle de contrat et comprend également les pratiques concertées. Il se définit ainsi comme une action consciente et voulue menée collectivement qui entraîne une restriction à la concurrence. Cette double exigence manque, par exemple, au comportement concordant pouvant résulter spontanément d'une certaine structure du marché.

194. L'ordonnement juridique de l'accord en matière de concurrence n'est pas relevant pour la qualification juridique de l'art. 4 al. 1 LCart. En effet, il n'est pas économiquement pertinent d'opérer une distinction entre des cartels prenant une forme quasi-contractuelle et d'autres intervenant sous une forme organisationnelle informelle – par exemple les « Frühstückskartelle » – ou institutionnelle comme par exemple sous une forme sociétale. Les décisions prises à l'intérieur d'associations constituent l'une des formes habituelles d'accords en matière de concurrence, indépendamment de leur force obligatoire.

195. En l'espèce, dans sa proposition du 14 août 2012, le Secrétariat s'est fondé sur un passage du procès-verbal d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005 pour admettre un accord en matière de concurrence.

196. Parmi d'autres griefs, tous les diffuseurs-distributeurs ont contesté que le passage en cause, reproduit ci-dessous, constituait une action consciente et voulue menée collectivement.¹⁹¹ Ainsi, se pose la question de savoir si la discussion qui a eu lieu dans le cadre d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005 à l'origine du passage rapporté dans le procès-verbal du 25 mai 2005 constitue la preuve d'un accord en matière de concurrence.

197. Le passage suivant figure dans le procès-verbal du 25 mai 2005:

« M. Raymond Filliastre a récemment rencontré M. Pascal Vandenberghe. Ce dernier souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

À la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document.¹⁹² »

198. Le premier paragraphe du passage ci-dessus rapporte les faits à l'origine de la discussion. Il permet de circonscrire l'objet de la discussion, mais pas de tirer une conclusion exempte de tout doute pour la constatation d'un accord.

199. Le deuxième paragraphe du passage ci-dessus porte au protocole le comportement des diffuseurs-distributeurs présents à l'assemblée. À défaut d'autres moyens de preuve, c'est précisément l'interprétation de

ce passage qui doit mener à constater ou non un accord en matière de concurrence.

200. Selon la première locution de ce passage, on apprend que les représentants des diffuseurs-distributeurs présents, à savoir Garbiel Audemars (Interforum), Jean-Marc Bruttin (Flammarion), Patrice Fehlmann (OLF), Raymond Filliastre (Servidis), Simon Kummer (Dargaud), Philippe Lamotte (Diffulivre), Michel Igor Slatkine (Transat) et Samir Sawwaf (AIG), ont reçu successivement la parole à ce moment de la réunion concernant les faits rapportés dans le premier paragraphe. Ensuite, le résultat du tour de table est couché sur papier par le protocole.

201. En revanche, le passage en question ne donne aucune indication sur la formation de la volonté des diffuseurs-distributeurs. La formulation du procès-verbal indique l'intention consciente et voulue de chaque diffuseur-distributeur. Il est possible que le fait que « personne n'est d'accord » ait résulté d'une discussion suite au tour de table et que les diffuseurs-distributeurs aient convenu d'un tel résultat. Dans ce cas, l'élément collectif de l'action, nécessaire à la constatation d'un accord serait réalisé. Il est cependant aussi possible que chaque diffuseur-distributeur ait formé sa volonté de manière individuelle, ait exprimé son avis sur la question durant le tour de table et que fort du constat que tous les diffuseurs-distributeurs avaient un même avis sur la question, il a été porté au procès-verbal que personne n'était d'accord. D'autres déroulements ne peuvent non plus être exclus.

202. Les doutes qui entourent le déroulement exact des faits rapportés par le procès-verbal ne sont pas simplement abstraits ou théoriques. Ils sont sérieux aux yeux de la COMCO. Dans ces circonstances, le principe *in dubio pro reo* trouve à s'appliquer, c'est la version la plus favorable qui doit être retenue. Cela signifie qu'aucun accord ne peut être constaté entre les diffuseurs-distributeurs sur la base du procès-verbal en cause. Ainsi, il y a lieu d'abandonner la charge retenue par le Secrétariat dans sa proposition de décision et de constater qu'un accord horizontal en matière de concurrence entre les diffuseurs-distributeurs n'est pas prouvé en l'espèce.

203. La question de l'objet concret de la discussion entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL et de sa portée concrète reste cependant pertinente dans le contexte des accords verticaux ATD constatés. Elle sera examinée plus bas.¹⁹³

¹⁹¹ A 693a, 41 ss, N 109 ss.

¹⁹² A 547f, PV du 25 mai 2005, 4.

¹⁹³ Cf. B.4.2.3.4, 84 ss.

B.3.4 Accords illicites de fixation des prix de revente (FPR)

204. 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).

205. Dans sa proposition du 14 août 2012, le Secrétariat a considéré que des accords imposant les prix de revente pouvaient être constatés entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Il s'est fondé sur plusieurs éléments de preuve, la plupart permettant de tirer des conclusions pour l'ensemble du marché de référence retail, tel que ce dernier est défini plus bas.¹⁹⁴

206. Dans la présente procédure, au vu des développements qui suivent concernant les caractéristiques des systèmes de distribution en cause, la COMCO considère que le cloisonnement du territoire suisse par les régimes d'exclusivité représente l'élément central des griefs qui peuvent être imputés aux diffuseurs-distributeurs au titre de la loi sur les cartels. Il constitue le trait marquant, du point de vue de cette loi, de la stratégie commerciale des diffuseurs-distributeurs, ce qui conduit la COMCO à focaliser son intervention sur les accords ATD. Par conséquent, l'hypothèse d'une violation distincte et autonome de la loi sur les cartels provenant d'accords verticaux fixant des prix de revente n'est pas examinée plus avant dans la présente décision.

B.4 Suppression de la concurrence efficace

B.4.1 Présomption de suppression de la concurrence efficace

207. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. En principe, l'application de la présomption est déduite de l'accord concret.¹⁹⁵ Le ch. 10 CommVert précise que l'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords conduisant indirectement à une protection territoriale absolue.

208. Constituent des accords ATD, les actions collectives conscientes et voulues visant à isoler le territoire suisse des contraintes concurrentielles extérieures. En particulier, les ventes dites passives ne doivent pas être empêchées par des accords. La *ratio legis* de la norme est de permettre aux acteurs économiques d'exploiter les possibilités d'arbitrage afin de discipliner les prix en Suisse par cette pression concurrentielle. Si une entreprise devait obtenir le droit exclusif d'écouler un bien et que les ventes passives en Suisse étaient entravées, le distributeur pourrait imposer un niveau de prix plus élevé sur le territoire suisse, sans craindre la concurrence des importations parallèles.¹⁹⁶

209. Selon le Tribunal fédéral, cité et suivi par le Tribunal administratif fédéral,¹⁹⁷ l'application de la présomption ne doit pas être confondue avec sa conséquence. Concrètement, cela signifie que la suppression de la concurrence – les effets concrets des accords – est présumée et n'a pas nécessairement à être démontrée pour que la présomption s'applique. La volonté du législateur d'introduire un système de présomption ne peut en toute logique consister à requérir que l'autorité – ou le demandeur en cas de procédure civile selon les art. 12 à 15 LCart – doive prouver les conséquences présumées par la présomption pour déclencher l'application-même de celle-ci, sauf à vider le mécanisme juridique de son sens. En d'autres mots, une interprétation différente reviendrait à éluder le mécanisme de présomption voulu par le législateur.¹⁹⁸ Rappelons que la volonté de ce dernier était d'alléger la procédure d'enquête grâce à l'introduction de présomptions pour certains types d'accords dont l'expérience montre qu'ils sont en général particulièrement nuisibles à la concurrence.¹⁹⁹

210. Dans sa prise de position, Diffulivre a admis cette interprétation juridique.²⁰⁰ Elle a précisé que « la présomption a [...] un effet sur la preuve: seule la base de la présomption doit être prouvée et il n'est pas nécessaire de démontrer l'effet sur la concurrence ». Le fonctionnement des mécanismes de présomption proposé par Diffulivre s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence.

211. Le Tribunal fédéral a cependant relevé que si les effets n'ont pas nécessairement à être prouvés pour l'application de la présomption, il arrive que les effets constatés aient déjà une portée dans la détermination de l'application de la présomption.²⁰¹ Dans sa pratique, la COMCO a plusieurs fois analysé les effets déjà au stade de l'application de la présomption et le Tribunal fédéral en a fait de même dans l'affaire du *Sammelrevers*.²⁰² Dans ce sens, les effets sur la concurrence, lorsqu'ils sont constatés peuvent constituer une indication supplémentaire appuyant l'application de la présomption.

212. Dans tous les cas, l'application de la présomption conformément à l'énoncé de fait légal suppose la preuve des éléments que sont l'existence d'un accord attribuant des territoires et excluant les ventes passives par des fournisseurs agréés.²⁰³ Ces éléments sont considérés pour chaque entreprise individuellement lorsque cela s'avère nécessaire.

¹⁹⁴ [...].

¹⁹⁵ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

¹⁹⁶ PETER REINERT in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2001, art. 5 LCart N 35 et 71.

¹⁹⁷ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

¹⁹⁸ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO*; ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, 26.

¹⁹⁹ FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, art. 5 al. 4 N 112.

²⁰⁰ A 693a, 40, N 106.

²⁰¹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380-381 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

²⁰² Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380-381 consid. 7, *Implenia/WEKO* et réf. citées.

²⁰³ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart N 585 ss et N 564 ss.

B.4.1.1 Accord de distribution

213. L'existence d'un accord en matière de concurrence a été analysée conformément à l'art. 4 LCart plus haut.²⁰⁴ La première condition que pose l'art. 5 al. 4 LCart est que l'accord s'inscrive dans la fonction économique de la distribution. Si le texte légal traite de « contrat » de distribution, ce terme n'a pas de portée propre autre que de mentionner la distinction avec les accords de licence, non pertinente en l'espèce.²⁰⁵

214. La plupart des diffuseurs-distributeurs, si certains d'entre eux ont contesté l'existence d'accords en matière de concurrence, n'ont cependant pas contesté que, cas échéant, il y avait lieu de considérer que lesdits accords s'inscrivent dans des systèmes de distribution.²⁰⁶

215. Seuls Servidis et E5F ont invoqué un grief à l'encontre de la réalisation de cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

Servidis/Transat

216. Servidis a réfuté que les contrats de diffusion/distribution qu'elle avait conclus avec ses éditeurs constituaient des contrats de distribution à proprement parler. En guise d'argument elle a avancé que les diffuseurs/distributeurs agissaient en tant que commissionnaires, et que partant, la propriété ne leur était pas transférée puisqu'il n'y avait pas la relation achat-vente, caractéristique de la distribution. A l'appui de cela, Servidis a fait valoir que tous les contrats qu'elle avait conclus contenaient une clause disposant qu'elle ne devenait pas propriétaire des ouvrages dont elle assurait la diffusion-distribution. Or, selon la LCart, il ne pourrait y avoir distribution d'un bien sans transfert de la propriété.²⁰⁷

217. La question de la relation d'agence a été traitée à suffisance plus haut. Dans la mesure où aucune relation d'agence ne peut être admise en l'espèce, l'argument perd toute pertinence également à ce niveau.

E5F

218. E5F a contesté que la notion d'accord de distribution devait être interprétée de manière large, mais n'en a pas tiré d'argument pour sa défense.²⁰⁸

219. Les clauses identifiées concernant E5F s'inscrivent dans des documents intitulés « contrats de distribution », ils font partie du système de distribution de E5F. Cet élément permet à lui seul d'admettre que la condition est réalisée, indépendamment d'une acception large ou étroite du concept d'accord de distribution.

B.4.1.2 Attribution de territoires

220. L'art. 5 al. 4 LCart vise tout type de répartition géographique de territoires de distribution qui aboutit à un cloisonnement du territoire en rendant difficile voire impossible l'accès au marché en question aux concurrents actuels ou potentiels. De cette manière, la concurrence intramarque est en principe garantie sur tous les territoires. Par conséquent, l'art. 5 al. 4 LCart s'applique aussi bien à la distribution nationale qu'internationale.²⁰⁹

221. Le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart recouvre non seulement les attributions directes mais également celles opérées de manière indirecte (ch. 10 al. 2

CommVert). L'attribution doit résulter du comportement du distributeur respectivement du producteur et non d'une libre décision du revendeur.²¹⁰

222. Tous les diffuseurs-distributeurs fonctionnent selon des systèmes de distribution prévoyant l'attribution du territoire national. À l'exception de Diffulivre, tous les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté que cette condition était réalisée.²¹¹

223. Le système de distribution repose pour Diffulivre comme pour l'ensemble des acteurs du marché, sur l'exclusivité de la distribution. Cette exclusivité est convenue contractuellement par Diffulivre.²¹²

224. Diffulivre n'a pas remis en cause cet état de fait, si ce n'est partiellement, dans la mesure où elle a contesté la portée de l'exclusivité en raison de l'activité d'Amazon.²¹³ Elle a admis cependant dans le même temps que Diffulivre bénéficiait d'une exclusivité territoriale, de manière générale et a fait à plusieurs reprises référence aux régimes d'exclusivité couvrant l'ensemble de la branche.²¹⁴ Il convient ainsi d'admettre que le système de distribution selon lequel fonctionne Diffulivre prévoit une attribution de territoire. La portée de l'activité d'Amazon, en particulier au niveau wholesale, sera traitée plus bas dans la définition du marché relevant.²¹⁵ Elle ne remet pas en cause l'attribution de territoires du système de distribution de Diffulivre, ni des autres diffuseurs.

B.4.1.3 Exclusion des ventes passives

225. L'art. 5 al. 4 LCart exige que le système de distribution exclue les ventes dans les territoires attribués.²¹⁶ Par ventes, il faut comprendre ventes passives dans le cadre de cette disposition, l'interdiction des ventes actives ne violant la loi sur les cartels que dans des situations particulières.²¹⁷ Les notions de ventes active et passive correspondent sur le principe à celles développées par l'Union européenne. Elles sont reprises par la doctrine en droit suisse et définies dans l'ordre juridique suisse aux ch. 2 et 3 CommVert.²¹⁸ Selon la pratique de la COMCO et la doctrine majoritaire, l'art. 5 al. 4 LCart

²⁰⁴ B.3.2, 18 ss.

²⁰⁵ CR Concurrence- AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart N 588 ss.

²⁰⁶ A 693a, N 180, 64.

²⁰⁷ A 672, 11 et 21; A 529, 2.

²⁰⁸ A 736, N 74.

²⁰⁹ DPC 2012/3, 554 N 129, *BMW*; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 528.

²¹⁰ DPC 2012/3, 554 N 131, *BMW*.; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 530 ss.

²¹¹ A 692, 16.

²¹² Cf. B.3.2.7.1, 26 ss.

²¹³ A 693a, 67 N 189.

²¹⁴ A 693a, 67 N 189 *in fine*.

²¹⁵ Cf. B.4.2.1, 93 ss.

²¹⁶ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, (n. 50), art. 5 LCart N 603.

²¹⁷ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 604 et réf. citées; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 554 ss; intervention du Conseiller aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 ss.

²¹⁸ Cf. également CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 606 s.

s'applique non seulement aux exclusions directes des ventes passives mais aussi aux exclusions indirectes.²¹⁹ La CommVert rappelle ce point à son chiffre 10 (2).

226. Le législateur a discuté très précisément la portée de l'art. 5 al. 4 LCart concernant l'hypothèse de l'attribution de territoires de distribution.²²⁰ Dans la mesure où cette disposition découle de la proposition de la majorité,²²¹ l'intervention du rapporteur F. SCHIESSER est particulièrement pertinente pour l'interprétation de la norme.²²² Concrètement, le législateur a adopté une norme qui doit être interprétée conformément au passage suivant:²²³

« Um ein System absoluten Gebietsschutzes aufzu- ziehen, braucht ein Hersteller nicht marktbeherr- schend zu sein. Es genügt, dass er seinen Händler- verträgen folgende Klauseln beifügen kann:

1. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nur sie und keine ande- ren Händler in diesem Gebiet zu beliefern.

2. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nicht direkt an Endab- nehmer 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 Uni- on - und wir haben uns immer auch an der Europäi- schen 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 lie- fern, und es darf ihm durch den Hersteller nicht un- tersagt werden. »

227. La volonté du législateur s'inscrit dans une législa- tion cartellaire suisse fondée non pas sur des interdic- tions per se de ce genre de système de distribution, mais sur des interdictions lorsque de tels systèmes ont des effets anticoncurrentiels.²²⁴ Selon Interforum, dans ce type d'accords, la CJCE a également indiqué dans la décision *Javico/YSLP* que pour l'examen de l'admissibi- lité de clauses d'attribution de territoires à l'aune du droit de la concurrence il ne fallait pas examiner la teneur du contrat, mais ses effets.²²⁵

228. En l'espèce, la branche du livre écrit en français se caractérise notoirement²²⁶ par un régime d'exclusivité couvrant l'ensemble de la branche. Seule Diffulivre a, en apparence, contesté cette caractéristique. Elle a en effet invoqué que le modèle de vente par l'entreprise Amazon mènerait à ce qu'aucune exclusivité ne soit confiée à Diffulivre dans les faits.²²⁷ Cette argumentation ne sau-

rait être suivie. Premièrement, elle s'est elle-même fon- dée à réitérées reprises dans sa prise de position sur l'existence du régime d'exclusivité.²²⁸ Deuxièmement, au-delà des remarques concernant l'influence de l'activité développée à partir d'internet sur la période d'enquête,²²⁹ l'argument n'est pas pertinent du fait qu'Amazon ne s'inscrit pas du côté de l'offre substituable sur le marché wholesale. Il peut être renvoyé plus bas à l'analyse détaillée du marché relevant.²³⁰ En d'autres mots, Amazon ne constitue pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants et ceux-ci sont directement confrontés à l'exclusivité constituant le fon- dement du système de distribution de Diffulivre et des autres diffuseurs-distributeurs en Suisse. Amazon ne change rien à cet état de fait. Tous les (autres) acteurs de la branche ont exposé que le système du livre écrit en français fonctionnait selon un système reposant sur un régime d'exclusivité, plusieurs d'entre eux ayant éga- lement invoqué la nécessité d'un tel système pour ga- rantir le droit de retour des détaillants et d'autres presta- tions.²³¹

229. À l'aune du droit de la concurrence, la question essentielle est cependant de savoir s'il s'est agi d'un régime d'exclusivité excluant non seulement les ventes actives, mais également les ventes passives.

230. Pour répondre à cette question, seront examinés dans l'ordre:

- Les effets des régimes d'exclusivité;
- La relation économique entre la faculté pour les détaillants de retourner les livres invendus aux dif- fuseurs-distributeurs actifs en Suisse et les ré- gimes d'exclusivité;
- Les indices constitués par les mécanismes et la formulation de certaines clauses contractuelles;
- La nécessité de recourir à des obligations contrac- tuelles pour prouver l'exclusion des ventes pas- sives.

231. Dans une approche basée sur les effets plutôt que sur la forme, telle que prônée par la doctrine et admise par la jurisprudence, l'analyse des effets et les mesures nécessaires pour garantir le fonctionnement de la faculté

²¹⁹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 615 et réf. citées; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), art. 5 N 554 ss.

²²⁰ Cf. interventions des Conseillers aux États F. SCHIESSER, D. EUGEN, R. BÜTTIKER et du Conseiller fédéral J. DEISS, BO CE 2003 329 à 331.

²²¹ Proposition de la majorité adoptée par 23 voix contre 9, cf. BO CE 2003 331.

²²² Cf. BORER (n. 14), Art. 5 KG N 43.

²²³ BO CE 2003 331.

²²⁴ Cf. PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Edit.), Introduction générale, N 219 et 234.

²²⁵ A 672, 35, N 128, renvoyant à l'arrêt de la CJCE du 28.4.1998, C-306/69, *Javico/YSLP*, pt 12 ss.

²²⁶ Cf. A 693a, annexe 80 (article de la FRC), 11.

²²⁷ A 693a, 67 N 189.

²²⁸ A 693a.

²²⁹ Cf. B.4.2.1, 93 ss.

²³⁰ Cf. B.4.2.1, 93 ss.

²³¹ Cf. B.4.1.3.2., 71 ss.

de retourner les livres sont de première importance pour déterminer la portée des régimes d'exclusivité usuels dans la branche. Cette analyse intervient généralement au moment de l'analyse du renversement de la présomption, mais peut aussi, si cela s'avère opportun être exposée lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des accords, ce qui est le cas en l'espèce.

B.4.1.3.1 Effets des systèmes de distribution des livres reposant sur un régime d'exclusivité

232. Tous les diffuseurs-distributeurs ont invoqué que le régime d'exclusivité prévu et plus particulièrement certaines clauses concernant les modalités des régimes d'exclusivité qui seront examinées plus bas n'avaient pas eu d'effets sur le marché. Plus avant, la plupart des diffuseurs-distributeurs a prétendu que les importations parallèles auraient dans tous les cas toujours été possibles et que « l'ouverture d'un compte » n'aurait jamais été refusée en cas de demande.

233. Dans la branche du livre rédigé en français, l'ouverture d'un compte concrétise le début d'une relation commerciale, le « compte » de l'acheteur représentant l'instrument de gestion des flux aller et retour des ouvrages et des paiements correspondants. Le refus d'ouvrir un compte signifie que l'acheteur ne peut s'approvisionner par le canal choisi. Au contraire, l'acceptation formelle d'ouvrir un compte par un fournisseur, par exemple un diffuseur-distributeur, ne signifie pas encore que l'approvisionnement est automatiquement rendu possible en pratique. En effet, l'ouverture d'un compte ne garantit pas une relation commerciale sans défaut, le compte n'étant qu'un instrument de gestion pour la relation commerciale.

234. À titre de preuve, les diffuseurs-distributeurs ont fait valoir que plusieurs détaillants avaient importé parallèlement des livres durant la période visée par l'enquête.²³² Les quatre principaux exemples seraient La Liseuse, Distrilivres, la FNAC et Payot. Ces détaillants ont tous été auditionnés par la COMCO à la fin 2012 et ont exposé leur expérience en matière d'importations parallèles concernant la période visée par l'enquête. D'autres détaillants ont fait part durant l'enquête de leurs expériences en matière d'approvisionnement. Parmi eux, certains ont été cités, principalement par Diffulivre et Servidis/Transat, comme des exemples supplémentaires d'importations parallèles opérées. Tous ces exemples sont passés en revue ci-après pour apprécier les effets des régimes d'exclusivité en cause.

(i) Expériences des diffuseurs-distributeurs

235. Les faits prétendus par les diffuseurs-distributeurs dans leurs prises de position respectives de 2012 sont pour le moins en porte-à-faux avec les propos de l'un d'eux, OLF. Celle-ci, dont [...] des flux physiques transitent par son infrastructure, a déclaré à la fin 2008:

« Il n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel. »²³³

236. Diffulivre a contesté cette affirmation d'OLF.²³⁴ Selon elle, OLF aurait confirmé au demeurant par cette affirmation qu'il était possible d'aller s'approvisionner à l'étranger.²³⁵

237. La notion de marché gris correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche.²³⁶ Cette pratique consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de détaillants situés en France sans que ceux-ci révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. Selon Payot, seul un volume marginal d'importations par ce biais est possible et, surtout il est dangereux, Pascal Vandenberghe ayant renvoyé durant son audition à l'expérience de Distrilivres.²³⁷ Il ne serait en aucun cas possible de fonctionner de la sorte pour un volume tel que celui généré par Payot.²³⁸ De plus cette méthode présuppose une action occulte, c'est-à-dire à l'insu des diffuseurs-distributeurs en France, comme il sera mis en évidence par les propos de Jacques Lecomte (Distrilivres) plus bas.

238. Selon les propos de Patrice Fehlmann (OLF) relatés ci-dessus²³⁹, *seuls* les livres qui ne sont pas diffusés en Suisse peuvent être importés, certes de manière « confidentielle ». Ces propos sont clairs et ne laissent pas de place à l'interprétation. *A contrario*, il est tout aussi clair que pour tous les livres diffusés-distribués en Suisse, il n'y a pas de place pour des importations parallèles selon Patrice Fehlmann (OLF), à l'exception des importations par le marché gris, c'est-à-dire grâce à un faux-nez.

239. Le seul argument de Diffulivre contestant cette déclaration est que des détaillants auraient justement été en mesure d'importer des livres diffusés-distribués en Suisse, ce qui sera examiné dans la suite de ce considérant dont le résultat ne soutient pas les propos de Diffulivre. *A priori*, il n'y a pas lieu de douter que les déclarations de Patrice Fehlmann (OLF) ont correspondu à la réalité durant la période visée par l'enquête. On verra d'ailleurs que cette perception du marché se recoupe avec celle des détaillants, de manière très précise au niveau des livres pouvant être importés – les livres non diffusés-distribués en Suisse – et de ceux qui ne peuvent pas l'être.²⁴⁰

(ii) Expériences des détaillants

240. L'examen des effets a pour objet tant les importations effectives que les importations potentielles. Il est mené sur la base des expériences rapportées par les détaillants et commentées, dans certains cas, par les diffuseurs-distributeurs.

²³² Cf. notamment A 693a, 75, N 213 ss; A 692, 45; A 691, 47, N 159 ss.

²³³ A 76, 2.

²³⁴ A 693a, 77 N 223.

²³⁵ A 693a, 77 N 223.

²³⁶ A 129a, 3; A 912 L 698 ss.

²³⁷ A 129a, 3; A 913 L 796 ss.

²³⁸ A 913, L.

²³⁹ Cf N 235.

²⁴⁰ Cf. B.4.1.3.1, N 297.

241. Parmi les indications fournies par les détaillants permettant de tirer des conclusions sur les importations parallèles, il convient de distinguer deux appréciations opposées pour évaluer les effets des régimes d'exclusivité. D'une part, certains détaillants ont prétendu qu'un approvisionnement par des importations parallèles n'était pas possible. D'autre part, certains détaillants ont considéré que de telles importations pouvaient être effectuées. Pour apprécier les indications faites par tous ces acteurs du marché, il s'agit notamment de tenir compte du fait que celles-ci se basent sur des tentatives d'importations parallèles ou sur des impressions subjectives. En effet, la plupart des détaillants n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Sur les 68 réponses reçues à cette question posée aux détaillants en 2011, 46 ont indiqué n'avoir jamais essayé de se procurer un livre par un autre canal que les diffuseurs-distributeurs suisses, soit environ 67 %.

« Les importations parallèles ne seraient pas possibles »

242. Pour de nombreux détaillants, un approvisionnement par d'autres canaux que les diffuseurs-distributeurs suisses est considéré comme impossible. Parmi ces détaillants, certains ont tenté de s'approvisionner par d'autres canaux, par exemple en France, et ont prétendu ne pas avoir été en mesure d'y parvenir.

243. La plupart des diffuseurs-distributeurs ont prétendu que Distrilivres, en particulier, ainsi que la FNAC et Payot avaient été en mesure d'opérer des importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Ces trois détaillants ont donc été auditionnés par la COMCO.

244. **Distrilivres** – Interforum, Diffulivre et Servidis/Transat ont fait valoir que la librairie Distrilivres avait importé des livres depuis la France durant toute la période visée par l'enquête.²⁴¹ Pour ces diffuseurs-distributeurs, Distrilivres est l'argument principal selon lequel des importations parallèles ont eu lieu durant ce laps de temps.

245. Sous l'enseigne Distrilivres, Jacques Lecomte est actif en tant que revendeur en Suisse. Distrilivres comprend un point de vente à Lausanne et trois points de vente à Genève.²⁴² Il en a été ainsi durant la période visée par l'enquête.²⁴³ Par l'intermédiaire de différentes structures, Jacques Lecomte a poursuivi en tant que revendeur suisse une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution respectifs prévus pour la Suisse. Il a décrit son activité (ci-après: système Ecolibri) lors de l'audition du 26 novembre 2012 et dans un document complémentaire transmis au début de l'année 2013.²⁴⁴

246. Un bref retour historique est commandé pour saisir l'expérience de Distrilivres. Dans une première phase, Jacques Lecomte a mis en place un système prévoyant une entité librairie en France (Ecolibri), à proximité de la frontière, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (Parfeuille et Distrilivres). Dès 1988, l'entité Ecolibri n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française, ce qui a mené à la création en 1989 d'une nouvelle société en Bretagne (SAB) afin d'obtenir des conditions commerciales conformes au

chiffre d'affaires. Entre 1989 et 1996, malgré des chiffres d'affaires identiques, l'entité située en Bretagne a obtenu une remise moyenne de l'ordre de [...] alors qu'Ecolibri a bénéficié d'une remise moyenne de [...]. Toujours selon Jacques Lecomte, la raison expliquant cette discrimination repose uniquement dans le fait que les diffuseurs partageaient de l'idée, correcte au demeurant, qu'Ecolibri fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi. Les diffuseurs suisses ont demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société Ecolibri. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été infligés à Ecolibri.²⁴⁵ Les bilans des deux sociétés (Ecolibri et SAB) ont été déposés en 1997. Un redressement judiciaire accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans ont été établis et respectés. En raison de la discrimination de traitement au regard de la réglementation française, la procédure s'est soldée par un abandon de créance de près de 72 % de la part de tous les distributeurs à l'exception de la SODIS (le pendant français de E5F en Suisse), dans la mesure où cette dernière avait plus ou moins respecté les conditions de vente.

247. Durant la période du plan de continuation, Jacques Lecomte a adapté sa structure. Il a fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant ces dernières, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour six librairies, spécialisées dans des domaines différents, qui composent la structure du système Ecolibri. Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. Ecolibri s'approvisionne en livres auprès de ces librairies et constitue ainsi la plateforme pour l'entité Distrilivres. Elle assume également les formalités douanières. Par-là, Ecolibri n'entretient plus de relation directe avec la distribution ou l'édition en France, à l'exception de certains éditeurs particuliers. La clé du système Ecolibri est depuis ce moment constituée par l'écran de librairies approvisionnant Ecolibri: en les gardant secrètes, la structure se protège des discriminations dont elle a été victime lorsque Ecolibri était en relation directe avec la distribution en France. « Je cache le nom de ces librairies c'est tout simplement que c'est mes sources d'approvisionnement et que si ces éditeurs les connaissaient, vraisemblablement il y aurait des rétorsions de prix. Voilà. Comme je les ai subies moi, en 1997 [alors qu'Ecolibri était en relation directe avec la distribution en France].²⁴⁶ » Toujours selon Jacques Lecomte, cette structure est la seule manière d'obtenir des livres à des conditions « normales ». ²⁴⁷ « Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir 5 ou 6 librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire.²⁴⁸ »

²⁴¹ A 672, 42, N 159.

²⁴² A 886, 3, L 70 à 73.

²⁴³ A 886, 3, L 70 à 73.

²⁴⁴ A 838 et A 911.

²⁴⁵ A 838, 3.

²⁴⁶ A 886, 3, L 251 à 253.

²⁴⁷ A 886, 3, L 186.

²⁴⁸ A 886, 3, L 608 ss.

248. Malgré les complications générées par la structure mise en place, Distrilivres est en mesure de mettre en œuvre une politique de prix proche de celle pratiquée en France. Selon Jacques Lecomte, aucun revendeur en Suisse n'a tenté de s'approvisionner directement depuis les années 1990 jusqu'à fin 2012, à l'exception des succursales de la Migros du canton de Genève entre 2009 et 2011, avant de réduire à néant le volume des livres vendus dans leurs points de vente depuis janvier 2012.²⁴⁹

249. Durant son audition, Jacques Lecomte a précisé qu'il obtenait des conditions intéressantes avec Diffulivre en comparaison aux autres diffuseurs actifs en Suisse.²⁵⁰ Dans cette relation, la remise s'établit à [...], ce qui correspond environ à du [...] sur le prix en euros.²⁵¹ Cette remise est considérée comme acceptable par Distrilivres,²⁵² qui relève cependant que sa remise moyenne par le système Ecolibri s'inscrit à [...] sur le prix en euro, ce qui est sensiblement supérieur même s'il convient de prendre en compte le fait que la TVA ne peut pas être complètement récupérée étant donné le système mis en place.²⁵³ Par conséquent, les approvisionnements chez Diffulivre, « c'est du dépannage » selon les termes de Jacques Lecomte.²⁵⁴

250. Dans un courrier à Distrilivres du 14 décembre 2012, Interforum a répondu à la demande formelle de l'ouverture d'un compte à Paris par Distrilivres datant du 20 novembre 2012: « Nous examinons actuellement la faisabilité d'un approvisionnement direct depuis la France. En parallèle, une enquête est pendante devant la COMCO.²⁵⁵ »

251. L'existence du système Ecolibri et la manière de fonctionner de Distrilivres en matière d'approvisionnement n'ont été remises en cause par aucun diffuseur. Au contraire, ce sont certains diffuseurs-distributeurs qui ont attiré l'attention sur le fait que l'exemple de ce détaillant devrait être examiné plus précisément. [...] Servidis avait d'ailleurs elle aussi cité Distrilivres pour démontrer que les importations parallèles n'étaient pas empêchées. Tout au plus [...] met en évidence la relation entre le droit de retour et le régime d'exclusivité, relation sur laquelle il est revenu en détail plus bas.²⁵⁷ Ainsi, l'expérience de Distrilivres, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs comme l'exemple-type prouvant que des importations parallèles avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête est révélatrice. Seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la diffusion-distribution en Suisse, qui plus est, pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché retail.

252. **FNAC (Suisse)** – La FNAC est active en Suisse comme revendeur sur quatre points de vente, soit à Genève (deux fois), Lausanne et Fribourg. Ensemble, ces points de vente ont généré un chiffre d'affaires en 2010 d'environ [...].²⁵⁸ Pascal Reinhart, directeur des opérations pour la FNAC en Suisse depuis mai 2009,²⁵⁹ a été auditionné par la COMCO le 26 novembre 2012.²⁶⁰ La part de marché de la FNAC en Suisse est de [...].²⁶¹

253. La FNAC s'est approvisionnée en Suisse depuis son arrivée, au début des années 2000, jusqu'en 2012.²⁶² Durant cette période, à la question « auriez-

vous pu vous approvisionner à l'étranger ? », Pascal Reinhart a répondu « non ».²⁶³ Durant cette période, la FNAC a affirmé qu'il était quasi impossible pour un libraire de s'approvisionner en France, pour la simple raison que l'ouverture d'un compte n'était pas possible.²⁶⁴ Cette affirmation vaut pour l'ensemble des diffuseurs.²⁶⁵ En résumé, Pascal Reinhart affirme: « Tout ce que je peux vous dire c'est que si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance. C'est tout ce que je peux vous dire.²⁶⁶ » Or, l'ouverture d'un compte est centrale, puisque c'est elle qui permet de gérer les flux aller et retour caractéristiques de la branche du livre.

254. L'impossibilité d'ouvrir un compte a été manifeste pour toute la période 2005-2011 et a concerné tous les diffuseurs.²⁶⁷ Pascal Reinhart a ajouté: « Nous avons eu même aujourd'hui, malgré l'enquête de la COMCO, énormément de mal à avoir des comptes ouverts en France. Malgré notre poids en France.²⁶⁸ » Parallèlement, il n'y a aucun problème pour importer par exemple des livres en français depuis la France vers l'Italie.²⁶⁹

255. Selon la FNAC, dans les années 2000, l'équilibre de prix était raisonnable, c'est-à-dire accepté par le consommateur.²⁷⁰ L'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené à ce que les clients ont commencé à considérer le libraire comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse.²⁷¹ En clair, le prix était devenu inacceptable, menant à une « évasion de clientèle vers la France voisine et internet.²⁷² »

256. Pour la FNAC, le problème sur le produit livre s'est répercuté sur d'autres produits. Les ventes des autres segments ont également subi un ralentissement.²⁷³ Une réaction était nécessaire, si bien que FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement direct, « au forcing, vu [son] poids en France », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement, ni en

²⁴⁹ A 838, 3.

²⁵⁰ A 886, 3, L 197.

²⁵¹ A 886, 3, L 293 s.

²⁵² A 838, 5.

²⁵³ A 886, 3, L 296.

²⁵⁴ A 886, 3, L 346.

²⁵⁵ A 838, 15.

²⁵⁶ A 855, 4 ss.

²⁵⁷ Cf. B.4.1.3.2, 70 ss.

²⁵⁸ A 411, 1.

²⁵⁹ A 892, 2, L 3.

²⁶⁰ A 892.

²⁶¹ A 892, 2, L 20.

²⁶² A 892, 2, L 72 ss.

²⁶³ A 892, 2, L 76.

²⁶⁴ A 892, 2, L 78 à 80.

²⁶⁵ A 892, 2, L 85-86.

²⁶⁶ A 892, 2, L 330 à 332.

²⁶⁷ A 892, 2, L 219 à 224.

²⁶⁸ A 892, 2, L 222-223.

²⁶⁹ A 892, 2, L 341 à 343.

²⁷⁰ A 892, 2, L 94 à 103.

²⁷¹ A 892, 2, L 119 à 125.

²⁷² A 892, 2, L 122 à 126.

²⁷³ A 892, 2, L 133 ss.

Suisse ni en France.²⁷⁴ Les démarches ont été entamées avant l'envoi de la proposition du Secrétariat, ledit envoi ayant aidé pour discuter du côté français selon la FNAC.²⁷⁵ Par la suite, des ouvertures de comptes ont été accordées, sauf par [...] (catalogue distribué par Servidis en Suisse).²⁷⁶ La FNAC a relevé qu'il faut une structure assez importante pour être en mesure de s'occuper de la partie logistique nécessaire à un approvisionnement direct.²⁷⁷

257. Le basculement vers un approvisionnement direct en 2012 ne fonctionne pas sans problème selon la FNAC. Premièrement, des problèmes avec les retours en Suisse sont constatés, lesquels sont refusés malgré l'achat de la marchandise en Suisse, alors que les retours avec la France fonctionnent sans problème pour la marchandise achetée en France.²⁷⁸ Deuxièmement, des problèmes liés à l'information sont constatés. Dans ce sens, la FNAC ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément.²⁷⁹ Troisièmement, des fortes baisses de la remise – allant de [...] – ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année.²⁸⁰ Quatrièmement, certains délais ne sont pas respectés, notamment en ce qui concerne la livraison des nouveautés, générant des difficultés de mise en magasin, puisque le temps de traitement nécessaire à la FNAC (étiquetage, mise en magasin, etc.) est ainsi comprimé.²⁸¹ La nature des difficultés est difficile à démontrer, citant l'exemple de Hachette qui a fermé puis à nouveau ouvert un compte (en France) dans un laps de temps très court.²⁸² Il n'est pas non plus aisé de prouver qu'un livre est parti à temps ou non ou que c'est seulement l'indication du traçage qui est erronée.²⁸³

258. Concernant les premières expériences de ce nouveau modèle d'approvisionnement, la FNAC relève cependant l'expérience positive, isolée, avec Flammarion France. Avec cette entité, les approvisionnements sont reçus correctement et à temps, c'est-à-dire avant la mise en vente des nouveautés, ce qui signifie pour la FNAC que ce type d'approvisionnement direct est aussi tout à fait possible.²⁸⁴

259. Pour ce qui est des relations avec les diffuseurs-distributeurs suisses, depuis le lancement du projet de basculer les approvisionnements vers la France, des baisses de remise ont été décidées de façon unilatérale, malgré les contrats en vigueur, le conseil a disparu, les retours ne sont plus acceptés et les frais de port désormais à la charge de la FNAC.²⁸⁵ Par cette nouvelle donne, la FNAC obtient désormais des conditions inférieures aux conditions accordées à des libraires de même poids.²⁸⁶ À volume d'achat – en Suisse – comparable, le libraire bénéficiera du droit de retour et de l'information, ce dont la FNAC est privée aujourd'hui, « certaine manière d'être punis, je pense », selon Pascal Reinhart.²⁸⁷

260. Les indications faites par la FNAC sont appréciées conjointement avec les indications fournies par Payot qui suivent.

261. **Payot** – Payot exploite sous l'enseigne « Payot Libraire » une douzaine de librairies.²⁸⁸ Elle est présente dans toutes les principales villes de Suisse romande. En 2010, elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ [...].²⁸⁹

Pascal Vandenberghe est directeur général de la société depuis 2004; Jean-Marie Lebec en est l'administrateur délégué depuis 1990.²⁹⁰ Payot a une part de marché de [...] sur le marché romand selon Pascal Vandenberghe.²⁹¹ Sur le « marché francophone », intégrant la France en particulier, Payot estime ne peser que [...] du marché, ce qui la distingue de la FNAC.²⁹²

262. Durant son audition devant la COMCO, Payot a décrit la pratique du faux-nez en matière d'approvisionnement, c'est-à-dire le marché « gris » de l'approvisionnement.²⁹³ Par cette pratique, un libraire suisse trouve un accord avec un libraire français ou se crée une boîte postale en France afin de s'approvisionner à des conditions françaises. Cette pratique reste marginale selon Payot et elle ne pourrait en aucun cas la mettre place étant donné sa taille. D'après elle, un exemple de la mise en place d'une forme douce de faux-nez était représenté par l'entreprise Schaer, laquelle détenant une librairie en Suisse et une en France, faisait transiter toutes les commandes-clients par l'entité française.²⁹⁴ Ces pratiques se font à l'insu des fournisseurs, qu'ils soient diffuseurs-distributeurs ou éditeurs.²⁹⁵ Cela ne peut marcher que pour des libraires de taille modeste. Selon Payot, dès que le volume est important, la démarche serait beaucoup trop visible, remarqué trop rapidement et mise en échec, Pascal Vandenberghe renvoyant à l'expérience de Jacques Lecomte à ce sujet.²⁹⁶ De manière générale, en cas de tentative, Pascal Vandenberghe a répété qu'aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et qu'il devrait compter avec un certain nombre de réactions, c'est-à-dire des mesures de rétorsions au niveau des conditions commerciales.²⁹⁷ Il n'est pas possible de se mettre à l'abri de rétorsions à ce niveau, car le système de distribution en France est basé sur l'exclusivité, privant les détaillants, quel que soit leur poids, du choix du fournisseur et le soumettant à ces décisions.²⁹⁸

²⁷⁴ A 892, 2, L 149 à 154.

²⁷⁵ A 892, 5, L 153-154.

²⁷⁶ A 892, 5, L 154 à 156.

²⁷⁷ A 892, 5, L 436 à 440.

²⁷⁸ A 892, 5, L 173 à 180.

²⁷⁹ A 892, 5, L 180 à 186.

²⁸⁰ A 892, 5, L 186.

²⁸¹ A 892, 5, L 164 à 168.

²⁸² A 892, 2, L 359-369.

²⁸³ A 892, 5, L 164.

²⁸⁴ A 892, 5, L 372 à 375.

²⁸⁵ A 892, 5, L 389 à 393.

²⁸⁶ A 892, 5, L 424-425.

²⁸⁷ A 892, 5, L 417 à 423.

²⁸⁸ Cf. <http://www.payot.ch/fr/nos-librairies> (dernière consultation le 11 juin 2013).

²⁸⁹ A 397, 1.

²⁹⁰ A 913, L 87 ss.

²⁹¹ A 913, L 95-96.

²⁹² A 913, L 100.

²⁹³ A 913, L 189 ss.

²⁹⁴ A 913, L 202 ss.

²⁹⁵ A 913, L 218-219.

²⁹⁶ A 913, L 796 ss; cf. plus bas les faits relatés par Distrilivres, B.4.1.3.1 N 244 ss.

²⁹⁷ A 913, L 812 ss.

²⁹⁸ A 913, L 821-822.

263. Durant l'été 2011, Flammarion et Payot se sont approchées pour l'éventualité d'un approvisionnement direct depuis la France.²⁹⁹ Parallèlement, Payot était en train de développer le projet d'une base arrière dans ce sens.³⁰⁰ Dans l'enchaînement, un contact a été pris avec Gallimard pour un mouvement comparable.³⁰¹ Malgré ces contacts et plusieurs démarches, le modèle n'avait pas encore été implanté à la fin novembre 2012, au moment de l'audition. Selon Payot, la première raison invoquée par Gallimard pour figer le développement esquissé est la proposition du Secrétariat intervenue en été 2012.³⁰² Une autre raison consiste dans le fait qu'un niveau de prix différent entre Payot et les libraires indépendants (achetant toujours via OLF) est perçu comme un problème.³⁰³ Avec Interforum, une fin de non-recevoir a été signalée en automne 2011. En automne 2012, la position du diffuseur est passée à « nous réfléchissons ». ³⁰⁴ Avec Hachette, suite à la demande d'ouverture de compte officielle de Payot, la réponse a été « nous reviendrons vers vous en temps utile. ³⁰⁵ » À la fin novembre, une ouverture à la discussion a été évoquée par Hachette.³⁰⁶ Avec Servidis et Dargaud, les démarches de Payot ont mené à l'obtention de conditions améliorées par la Suisse, si bien que Payot n'a pas besoin, « pour l'instant » de les contourner.³⁰⁷ Avec Servidis, un terrain d'entente a notamment été trouvé par l'intérêt de Servidis « de continuer à exister » et celui de Payot d'obtenir, grâce à la tablette relativement basse de Servidis, de nombreux éditeurs en dehors de [...] qui seraient économiquement difficiles à obtenir par d'autres canaux.³⁰⁸ Glénat, AH, AIG, OLF (en tant que diffuseur) et Zoé notamment ne constituent pas des priorités pour Payot, car ils ne pèsent que quelques pourcents.³⁰⁹

264. Selon Payot, lorsque les différences de prix entre l'euro et le franc suisse sont moins marquées (cours de change), la pression pour un approvisionnement en direct est moins importante.³¹⁰ Le regain d'intérêt pour des conditions d'approvisionnement plus favorables est dû à l'appréciation du franc et aussi, à la montée en puissance de la concurrence provenant d'internet.³¹¹

265. Sur la période d'enquête, la seule modification dans l'approvisionnement concerne les éditeurs non diffusés/distribués en Suisse.³¹² Pour ceux-ci, elle a conclu un partenariat avec les librairies françaises Decitre. Payot se charge d'aller récupérer une à deux fois par semaine à Lyon les ouvrages livrés sur la plateforme logistique de ces librairies françaises. Le volume représenté par ces livres est marginal, puisqu'il correspond à 0,5 % du volume d'achat de Payot, « les bonnes années ». ³¹³

266. Sur la période visée par l'enquête, Payot n'a procédé à aucune importation parallèle et n'aurait pas été en mesure de le [note: procéder à des importations parallèles pour les livres diffusés/distribués en Suisse] faire ? », Pascal Vandenberghe et Jean-Marie Lebec ont répondu simultanément « non », Pascal Vandenberghe complétant par « certainement pas ». ³¹⁴

267. Payot a affirmé, d'une part, ne procéder à aucun achat caché par l'intermédiaire d'un faux-nez, ni, d'autre part, à aucune importation « ouverte ». ³¹⁵ Les livres des catalogues n'étant ni diffusés, ni distribués en Suisse,

ainsi que les livres proposés dans la franchise Nature & Découvertes sont les seuls à être obtenus par Payot en dehors du circuit traditionnel de la distribution en Suisse. Les ouvrages s'inscrivant dans la franchise « Nature & Découvertes » constituent un cas particulier et marginal selon Payot.³¹⁶ La franchise comprend différents produits, dont quelques livres, 1006 références au 31 octobre 2012.³¹⁷ Ces références sont complétées par des ouvrages suisses commandés par Payot, 228 références à la même date. À l'exception de ces livres complémentaires, l'ensemble est fourni par un prestataire français et Payot n'assume pas de service de librairie pour les titres obtenus dans la franchise.

268. Diffulivre a fait état dans sa prise de position que Payot avait obtenu l'ouverture d'un compte dans les années 2000 auprès d'Hachette et qu'elle n'en a jamais fait usage.³¹⁸ Jean-Marie Lebec a confirmé cette ouverture de compte et a précisé que celle-ci est intervenue dans le contexte de l'entrée sur le marché suisse de la FNAC.³¹⁹ La décision de la FNAC de s'approvisionner depuis la Suisse a effacé l'importance d'un approvisionnement direct pour Payot à cette époque, bien que les conditions d'achat auraient permis une économie de 15 à 25 % par rapport aux prix d'achat en Suisse.³²⁰ Le compte n'a jamais été utilisé. A la question « ce compte aurait-il pu être utilisé ? », Payot a répondu que c'était difficile à dire aujourd'hui et que cela aurait dépendu de la bonne volonté de part et d'autre.³²¹

269. Pour Payot, un approvisionnement par des grossistes, par Heidiffusion ou par Amazon, n'est pas une alternative.³²² Les conditions commerciales ne sont pas adaptées, car ces entités constituent en définitive un intermédiaire supplémentaire. Le niveau du service ne serait pas non plus suffisant, notamment au niveau de l'assiette de l'offre, laquelle est limitée. Seul un dépannage ponctuel peut entrer en considération. Il en va de

²⁹⁹ A 913, L 226 à 229.

³⁰⁰ A 913, L 229 à 231.

³⁰¹ A 913, L 232 à 234.

³⁰² A 913, L 774 à 776.

³⁰³ A 913, L 776 ss.

³⁰⁴ A 913, L 268 ss.

³⁰⁵ A 913, L 281 ss.

³⁰⁶ A 913, L 290.

³⁰⁷ A 913, L 293 ss.

³⁰⁸ A 913, L 887 ss.

³⁰⁹ A 913, L 320-321.

³¹⁰ A 913, L 333 ss.

³¹¹ A 913, L 338-339.

³¹² A 913, L 343 ss.

³¹³ A 913, L 355.

³¹⁴ A 913, L 360-361, L 410 à 415.

³¹⁵ A 913, L 357-358.

³¹⁶ A 913, L 394 ss.

³¹⁷ A 913, L 404.

³¹⁸ A 693a N 196.

³¹⁹ A 913, L 366 ss.

³²⁰ A 913, L 368-369.

³²¹ A 913, L 386.

³²² A 913, L 423 ss.

même pour tout libraire concernant un approvisionnement par Amazon, étant donné les conditions commerciales.³²³ De telles conditions ne peuvent être positives pour un libraire que dans le contexte, par exemple, d'un éditeur non diffusé en Suisse, dont le libraire concerné, situé en périphérie, aurait à cœur de donner suite à la commande d'un client particulier. Dans ce cas, il pourrait commander le livre par Amazon pour obtenir une livraison (plus) rapide et le revendre ensuite au client. Mais cela ne peut être qu'une solution ponctuelle.³²⁴ Heidiffusion est considérée par Payot comme un diffuseur classique, si ce n'est que sa taille est tout à fait marginale, la société ne comptant qu'un seul employé, au demeurant ancien directeur commercial de Payot.³²⁵

270. Selon Payot un approvisionnement direct depuis l'étranger aurait des conséquences importantes sur le paysage de la distribution en Suisse.³²⁶ Par hypothèse, si Payot et la FNAC, lesquelles génèrent environ 50 % du volume distribué, devaient « sortir » du système il serait à prévoir que la distribution telle qu'elle existe en l'état ne pourrait pas être viable. La distribution en Suisse romande sur un bassin d'un million et demi d'habitants reproduit en effet un système reposant en France sur 60 millions d'habitants. Dans ce sens, ce n'est pas la diffusion en ce qu'elle recouvre la présentation des œuvres aux détaillants qui pose problème, laquelle est par ailleurs en grande partie déjà payée depuis la France, mais la structure de diffusion incluant une distribution locale et fixant le niveau de prix.³²⁷

271. La FNAC et Payot, malgré leur poids respectif, n'ont pas non plus pu procéder à des importations parallèles durant la période visée par l'enquête pour des ouvrages diffusés-distribués en Suisse, si ce n'est, pour la première citée, dans des circonstances exceptionnelles. Dans le même genre de circonstance exceptionnelle (rupture de stock en Suisse), Payot a d'ailleurs vu sa demande d'être approvisionnée directement depuis la France refusée et abordée lors d'une assemblée des diffuseurs.³²⁸ Le choix de ces acteurs de passer à des approvisionnements directs est perçu comme un danger pour les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs locaux, vu le poids de ces détaillants sur le territoire suisse. Malgré leur volonté et même la tentative de passage en force, postérieure à la période visée par l'enquête, de l'un d'eux, des approvisionnements directs n'ont toujours pas pu être opérés pour Payot et n'interviennent pas sans difficultés pour l'autre.

272. L'ouverture de comptes, si elle constitue une condition *sine qua non* pour obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur en France, ne signifie encore pas que des importations parallèles par l'intermédiaire de ce « compte » seraient possibles. Les relations entre Hachette France et Payot ou même la FNAC – hors période d'enquête pour cette dernière cependant – ont illustré que l'ouverture d'un compte, même si elle était formellement opérée, ne signifiait pas encore que des importations parallèles pouvaient être effectuées. Au demeurant, l'ouverture de comptes n'est pas une formalité, comme l'indique la réponse récente d'Interforum à Distrilivres. On peut s'étonner que ce courrier lie la présente procédure et son caractère pendant à la requête de Distrilivres.

273. Les difficultés éprouvées par la FNAC Suisse depuis qu'elle a tenté de « passer au forcing » ses approvisionnements en direct ne laissent pas non plus conclure à ce que des importations parallèles auraient été possibles durant la période visée par l'enquête. Malgré les atouts non négligeables dont elle dispose de par son poids commercial au niveau retail en France, mais aussi de par son infrastructure, elle doit compter avec des désavantages, au demeurant non contestés par les diffuseurs-distributeurs, sur le marché suisse, des mesures de rétorsions, selon elle. La démarche de la FNAC de mettre en œuvre des approvisionnements directs depuis 2012 ne saurait prouver que des importations parallèles auraient été possibles durant la période visée par l'enquête.

274. **Autres détaillants ayant tenté des importations parallèles** – En sus de Distrilivres, de la FNAC et de Payot, il y a lieu de tenir compte des indications d'autres détaillants à la question d'un approvisionnement alternatif.

275. Le détaillant La Librerit a indiqué, en 2009 puis en 2011:

*« Il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France. »*³²⁹

*« [L]es diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse. »*³³⁰

276. Le détaillant Comics Shop Keller a indiqué en 2009:³³¹

« AUCUNE solutions autre que de travailler avec les diffuseurs suisses: exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non-rentable. »

Ceci est malheureusement inévitable, car m'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution, est quasi-impossible, très, très difficile, et de toute façon, encore bien plus cher que le prix des tables.

Une anecdote: mécontents des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible: je DEVAIS commander les livres chez le diffuseur suisse.

³²³ A 913, L 431 ss.

³²⁴ A 913, L 439.

³²⁵ A 913, L 448 ss.

³²⁶ A 913, L 462 ss.

³²⁷ A 913, L 490-491.

³²⁸ Cf. B.4.1.3.4, 84 ss.

³²⁹ A 143, Q. 4.

³³⁰ A 433, 6.

³³¹ A 140, Q. 4.

Une autre anecdote: j'ai essayé une autre fois une commande en France: on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerais mon compte ! Chose que je ne peux me permettre: j'ai donc annulé cet essai. »

277. Le détaillant Ex Nihilo a indiqué en 2009:³³²

« Certains éditeurs francophones ne possèdent pas de diffuseurs en Suisse. Dans ce cas, nous leur commandons directement des livres ou auprès d'un diffuseur étranger s'ils en possèdent un. Normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français (Gallimard [diffusion-distribution par E5F-OLF en Suisse], Seuil [diffusion-distribution par Servidis en Suisse], Hachette [diffusion-distribution par Diffulivre en Suisse] etc.), nous sommes obligés de passer par le diffuseur en Suisse. »

En 2011, la réponse selon laquelle aucune difficulté n'a été rencontrée pour importer des livres faisait référence aux commandes faites par internet sur Amazon.³³³

278. Le détaillant Bauer Renens a indiqué en 2009:³³⁴

« En principe non, car un éditeur français, qui a son diffuseur en Suisse, nous renvoie à lui en cas de demande directe. Si un éditeur n'a pas de diffusion suisse, une commande directe est possible, mais c'est un procédé long et coûteux (...) »

279. Le détaillant Forum Stanislas Joly a indiqué en 2009:³³⁵

« Là je peux mieux répondre: en fait il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat; toute tentative de « doubler » la distribution est vouée à l'échec et nous sommes renvoyés au représentant local: cela a ses avantages et ses inconvénients, la commande à l'étranger posant le problème grandissant depuis quelques années du coût du transport [exemple]. Nous ne pouvons donc nous adresser directement à l'éditeur étranger (ou à son distributeur local) que s'il n'est pas distribué en Suisse. »

280. Détaillants considérant qu'il n'y a pas d'alternative – De nombreux détaillants ont considéré qu'il n'y avait pas d'alternatives au diffuseurs-distributeurs suisses pour obtenir les livres diffusés-distribués en Suisse. Cet état de fait, exposé ci-après, ressort de plusieurs réponses données à la question formulée de la manière suivante: « [e]xiste-il d'autres solutions pour vous approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs [en Suisse] (...) ? ». ³³⁶

281. Plusieurs situations doivent être distinguées:

- Plusieurs détaillants ont indiqué que c'était le régime d'exclusivité qui était la cause de l'absence d'alternative.³³⁷ Pour ces détaillants, les diffuseurs-distributeurs suisses sont perçus comme des partenaires imposés en raison des systèmes de distribution exclusifs. Le détaillant Histoire

d'être doit en particulier être introduit dans cette catégorie, malgré l'indication contraire faite en 2011.³³⁸ En effet, en 2009, ce détaillant avait indiqué: « Les éditeurs dont je vends les livres exigent de passer par leurs diffuseurs suisses.³³⁹ » En 2011, le questionnaire du Secrétariat proposait des cases à cocher. En 2009, la réponse de l'Histoire d'être est rédigée sur un document à part, dans lequel le détaillant a précisé qu'il ne commandait que de petites quantités.³⁴⁰ L'indication de 2009 ne laisse place à aucun doute; en revanche l'indication de 2011 repose sur trois cases cochées semble-t-il assez rapidement, à la main, ce qui distingue également les deux réponses de ce détaillant. L'impression de précision se dégageant du document dactylographié de 2009 emporte la conviction que c'est bien cette réponse qui correspond à la réalité à laquelle est confrontée ce détaillant. Or, dans sa réponse, il a indiqué expressément que les éditeurs exigent de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses.

- Plusieurs détaillants ont indiqué que seuls les livres non diffusés-distribués en Suisse pouvaient faire l'objet d'importations.³⁴¹ Ces importations ne constituent pas des importations parallèles. En effet, il n'y a pas de diffusion-distribution particulière pour la Suisse dans ces situations. Partant, ces importations ne peuvent pas être considérées comme des importations parallèles. Par contre, cette précision permet de déduire que selon eux, des importations parallèles pour les livres diffusés-distribués en Suisse ne sont pas possibles.
- Plusieurs détaillants ont indiqué que des importations n'étaient pas possibles, sans ajouter de commentaire particulier.³⁴² Ces détaillants ont simplement exprimé qu'il n'y a pas d'alternatives d'approvisionnement. Parmi ces détaillants, les indications de la librairie Notre Dame de Fatima seront examinées plus bas.
- Plusieurs détaillants ont indiqué que des importations n'étaient pas possibles, car ce serait soit trop compliqué, soit trop lent, soit trop coûteux.³⁴³ Parmi ces détaillants, les indications de la librairie Lîlâ seront examinées plus bas.

³³² A 136, Q. 4.

³³³ A 406, 6.

³³⁴ A 180, Q. 4.

³³⁵ A 212, Q. 4.

³³⁶ Question 4 du questionnaire envoyé au libraires du 9 décembre 2008.

³³⁷ A 123, 2; A132, 3; A 108, 4; A 144, 4; A 139, 2; A 193, 3; A 264, 4; A 155, 2; A 149, 4; A 255, 4.

³³⁸ En 2011, le détaillant Histoire d'être a indiqué qu'il avait à plusieurs reprises, mais pas régulièrement, essayé d'obtenir un livre auprès d'un diffuseur-distributeur étranger et qu'il n'avait rencontré aucune difficulté, cf. A 349, 5-6.

³³⁹ A 108, Q. 4.

³⁴⁰ A 108, 1.

³⁴¹ A 127, 3; A 252, 4; A 194, 6; A 262, 3; A 131, 4; A 114, 2; A 251, 4; A 106, 4; A 137, 2; A 250, 2; A 150, 4; A 240, 2 A 235, 5; A 263, 4.

³⁴² A 161, 2; A 90, 4; A 211, 2; A 130, 4; A 243, 2; A 133, 4-5; A 232, 5; A 266, 3; A 99, 2; A 223, 2; A 120, 2.

³⁴³ A 148, 4; A 225, 2 A 261, 5 A 233, 2; A 242, 2; A 196, 2; A 185, 2; A 247, 4; A 220, 2; A 142, 4; A 197, 2.

282. Diffulivre a considéré la question des effets dans sa prise de position. Selon elle, les librairies Librophoros, Passiflore Pierre Genier et Crobar se seraient également plaintes d'avoir essuyé un refus de la part d'entités actives sur le marché français.³⁴⁴ Elle a cependant fortement relativisé le caractère probant des allégations tenues par ces quatre détaillants, car ces derniers n'auraient pas apporté de preuves.³⁴⁵

283. Plus avant, Diffulivre a relevé, que les librairies Camoes, Librerit, Sapientia les Yeux Fertiles ainsi que la Migros auraient renoncé à leurs démarches d'importations parallèles pour des motifs certes liés à l'exclusivité confiée au distributeur local, mais de manière *spontanée*.³⁴⁶ Il peut être renvoyé aux indications faites plus haut en ce qui concerne le détaillant La Librerit; les autres sont examinés ci-après.

284. La librairie Sapientia Les Yeux Fertiles a distingué deux situations concernant l'obtention de livres à l'étranger.³⁴⁷ D'abord, elle a relevé qu'elle ne rencontrait aucune difficulté pour obtenir des livres à l'étranger lorsqu'elle s'adressait à des éditeurs ou des diffuseurs de livres anglo-saxons, « *qui sont moins exclusifs que leurs collègues français.* » L'absence de difficulté pour obtenir des livres « anglo-saxons » n'est pas pertinente pour la présente enquête. On en retient tout au plus que selon cette librairie, le système d'exclusivité mis en place pour les livres écrits en français est plus étanche que celui des livres écrits en anglais et constitue la cause des échecs rencontrés. Ensuite, elle a indiqué avoir renoncé à des importations parallèles, car « *en tant que libraire suisse, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat.*³⁴⁸ » En 2008, cette même librairie avait indiqué, concernant l'approvisionnement direct depuis l'étranger: « *en théorie, oui; en pratique, non car c'est trop coûteux, trop long, trop compliqué et on ne peut pas exercer notre droit de retour.*³⁴⁹ » On ne saurait voir une renonciation spontanée à des importations parallèles de la part de ce détaillant comme l'a prétendu Diffulivre.

285. La librairie Camoes a indiqué avoir essayé à plusieurs reprises d'obtenir des livres par l'intermédiaire de diffuseurs-distributeurs étrangers, mais y avoir renoncé au vu des difficultés qui se présentaient. 95 % des livres qu'elle vend sont des livres en portugais, 5 % des livres en français.³⁵⁰ Elle a précisé expressément « droit d'exclusivité par le distributeur/diffuseur ». Cette indication finale ne saurait soutenir l'interprétation proposée par Diffulivre, selon laquelle la renonciation serait intervenue de manière spontanée.

286. La Migros a indiqué qu'elle a essayé à plusieurs reprises d'obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur étranger, mais qu'elle a renoncé au vu des difficultés, précisant « *pas de livraison car distribution en Suisse* ».

287. [...] ³⁵¹ La renonciation de la Migros ne saurait non plus être considérée comme une renonciation spontanée au sens prêté à cette terminologie par Diffulivre. [...] également corroborée par les affirmations de Jacques Lecomte (Distrilivres) durant son audition. Malgré les indications de la Migros, lesquelles ont été faites par la centrale suisse, il n'est pas à exclure, comme l'a précisé

Jacques Lecomte (Distrilivres), [...]. Une telle constellation est très particulière au regard du [...], puisqu'il déconnecte le flux financier (facturation en Suisse) du flux physique (depuis la France, sans passer par OLF). Cette constellation constitue à n'en point douter une exception, non significative, dans le système de distribution [...], [...], Migros ayant revu drastiquement son implication dans la branche du livre depuis le début 2012. Il y a lieu d'admettre que la relation avec la Migros, éventuellement ses seules succursales de Genève, mais la question peut rester ouverte, n'a pas été soumise durant toute la période visée par l'enquête au système de distribution [...] reposant sur un régime d'exclusivité.

288. Le propos de Diffulivre concernant les quatre exemples qui précèdent ne résiste pas aux faits. Tous ces détaillants – Camoes, Librerit, Sapientia les Yeux Fertiles et la Migros – ont indiqué avoir essayé de s'approvisionner à l'étranger à plusieurs reprises et avoir essuyé des échecs dont la cause était la distribution exclusive en Suisse, deux d'entre elles précisant avoir été renvoyées vers les entreprises actives en Suisse. Ces exemples sont complétés par les nombreux autres détaillants ayant indiqué qu'il n'y avait pas d'alternatives au diffuseurs-distributeurs suisses pour les ouvrages disposant d'une diffusion-distribution en Suisse.

289. Ainsi, malgré la volonté de procéder à des importations parallèles, aucun des détaillants examinés plus haut n'a été en mesure d'y procéder. Il n'y a au surplus aucune raison de mettre en doute le caractère probant des affirmations des détaillants dont Diffulivre a contesté les échecs en matière d'importations parallèles. La seule « exception » est constituée par Distrilivres, laquelle est parvenue à contourner les diffuseurs-distributeurs traditionnels grâce au système Ecolibri, ce qui signifie que les importations parallèles opérées par Distrilivres ont été opérées de manière cachée, des importations parallèles ouvertes n'étant pas possibles.

« Les importations parallèles seraient possibles »

290. Plusieurs détaillants ont prétendu que des importations parallèles auraient été possibles. Parmi eux, plusieurs n'ont cependant pas essayé d'y procéder. Françoise Berclaz, Présidente de la librairie indépendante au sein de l'ASDEL a notamment défendu cette opinion en audition.

³⁴⁴ A 693a, 83, N 249 et 230.

³⁴⁵ A 693a, 83, N 250.

³⁴⁶ A 693a, 83, N 249, et n. 231.

³⁴⁷ A 473, 6.

³⁴⁸ A 473, 6.

³⁴⁹ A 142, 3.

³⁵⁰ A 275, 1.

³⁵¹ A 672, 42, N 160.

291. **La Liseuse** – La Librairie La Liseuse est située à Sion et gérée par Françoise Berclaz, Présidente des libraires au sein de l'ASDEL.³⁵² Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ [...] en 2010.³⁵³ Selon Françoise Berclaz, les libraires indépendants représentent entre [...] du marché.³⁵⁴ La Liseuse s'approvisionne exclusivement en Suisse.³⁵⁵ Selon Françoise Berclaz, elle pourrait tout à fait ouvrir un compte en France, comme toute autre librairie indépendante.³⁵⁶ Cela serait peut-être un peu plus compliqué, certes.³⁵⁷ Mais elle n'a pas envie de faire ces démarches. Elle considère, sur la base des renseignements qu'elle a obtenus, que ce serait plus cher et moins bien pour les libraires indépendants.³⁵⁸ Amenée à préciser les raisons pour lesquelles La Liseuse ne rencontrerait pas de difficultés à ouvrir de comptes en France, Françoise Berclaz a indiqué: « *Donc déjà, cette pratique [exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a de gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement c'est une pratique française et je vois mal...nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient...enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion.*³⁵⁹ » Elle a ajouté « *j'ai vu justement en parlant avec [...] [Gallimard] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes [référence est faite à la démarche de Pascal Vandenberghe], on pourrait le faire aussi. (...) nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être très performants.*³⁶⁰ »

292. Trois autres détaillants, tous libraires indépendants ont également considéré que des alternatives aux diffuseurs-distributeurs existent.³⁶¹ Mais ils ont également expressément indiqué n'avoir jamais tenté d'importations parallèles.³⁶²

293. Ainsi, tous les détaillants qui ont déclaré que des importations parallèles seraient possibles sont des librairies indépendantes n'ayant nullement tenté de tels approvisionnements. Ces entités, probablement satisfaites des prestations qu'elles obtenaient en Suisse, n'ont aucunement expérimenté d'importer parallèlement des livres pendant la période visée par l'enquête. Ainsi, elles ne basent leurs déclarations sur leur propre expérience. De surcroît, elles admettent dépendre des diffuseurs-distributeurs et on peut légitimement penser qu'elles ne veulent pas leur nuire. Certaines affirmations mettent en exergue la fragilité des déclarations, notamment lorsque Françoise Berclaz (La Liseuse) a exposé que certains détaillants étaient « *revenus bredouilles* » de leur tentative et que des comptes seraient ouverts pour les libraires indépendants s'ils l'étaient pour Payot³⁶³, ce qui n'est pas le cas comme l'a indiqué Payot à de nombreuses reprises.³⁶⁴ Cette dernière affirmation met le doigt sur une préoccupation légitime des libraires indépendants, à savoir celle de s'enquérir de leur sort si le plus gros détaillant – Payot – sur le marché devait être en mesure de s'approvisionner en France. Sur la base de ces éléments, le fait que les systèmes de distribution reposant sur le régime d'exclusivité eussent permis des

importations parallèles n'emporte aucunement la conviction qu'il correspond à la réalité du marché. Les déclarations de ces détaillants ne sont pas aptes à démontrer que des importations potentielles auraient pu être opérées pendant la période visée par l'enquête.

294. Selon Diffulivre, plusieurs détaillants ont prétendu avoir fait usage de sources d'approvisionnement alternatives durant toute la période visée par l'enquête.³⁶⁵ Ce sont les exemples des librairies Melisa, Albert Le Grand (librairie), Histoire d'Être, Notre Dame de Fatima, Marine Pro, Ex Nihilo, Nautique Le Cabestan, FNAC Suisse, Lîlà, Raspoutine, Saint-Augustin SA ainsi que France Loisirs Suisse.³⁶⁶ Servidis/Transat ont également relevé que la librairie Sapientia les Yeux Fertiles avait procédé à des importations parallèles.

295. La plupart des exemples avancés par Diffulivre et Servidis/Transat ne peut pas être considérée comme des détaillants ayant prétendu avoir importé parallèlement. Les indications des détaillants Melisa, Albert Le Grand (librairie), Histoire d'Être, Ex Nihilo, Sapientia les Yeux Fertiles et en particulier de la FNAC ont déjà été traitées et appréciées plus haut. Il peut y être renvoyé.³⁶⁷

296. Les détaillants cités restants ont fait part des indications suivantes, indications auxquelles Diffulivre s'est référée pour justifier son propos, qu'il convient d'apprécier.

- La librairie Raspoutine a indiqué qu'elle avait essayé régulièrement d'obtenir des livres auprès d'un autre partenaire commercial que les diffuseurs-distributeurs en Suisse, en prenant soin de préciser « car on ne trouve pas tout en Suisse.³⁶⁸ » Les importations effectuées par la librairie Raspoutine n'entrent pas dans la catégorie des importations parallèles. En effet, la remarque « car on ne trouve pas tout en Suisse » indique que l'activité d'importation qu'elle a déployée concerne essentiellement des titres non diffusés-distribués en Suisse.
- La librairie Lîlà, dont le chiffre d'affaires en 2010 s'est établi à [...], a indiqué qu'elle n'avait rencontré aucune difficulté lorsqu'elle s'est adressée à un éditeur, ce qu'elle a fait à une seule reprise.³⁶⁹ En 2009 cependant, elle avait rapporté l'expérience suivante concernant les alternatives

³⁵² A 887, L 7.

³⁵³ A 442, 1.

³⁵⁴ A 887, L 26.

³⁵⁵ A 887, L 117-118.

³⁵⁶ A 257, 1.

³⁵⁷ A 887, L 120 à 122.

³⁵⁸ A 887, L 155-156.

³⁵⁹ A 887, L 336 ss.

³⁶⁰ A 887, L 346 ss.

³⁶¹ A 229, 4 (Au Chien Bleu); A 274 (Melisa), 3; A 451 (Alber le Grand [librairie]), 3.

³⁶² A 401, 5 (Au Chien Bleu); A 274 (Melisa), 3; A 451 (Alber le Grand [librairie]), 3.

³⁶³ A 909, L 347.

³⁶⁴ Cf. N 261 ss.

³⁶⁵ A 693a, 75, N 211.

³⁶⁶ A 693a, 75, N 213 ss et A 693a, 83, N 249, et N 232.

³⁶⁷ Cf. N 252 ss; 277; 281; 284 et 292.

³⁶⁸ A 432, 5.

³⁶⁹ A 427, 6.

d'approvisionnement: « Les coûts seraient trop élevés à cause des frais de port. Les retours dû aux erreurs et livres abîmés seraient problématiques. Les frais bancaires de règlement sont importants eux aussi. » Selon les déclarations de 2009, il semble plutôt que la librairie Lîlâ n'a pas essayé d'importer directement, à cause de plusieurs difficultés et de certains coûts, mais qu'elle considère que cela serait possible de se procurer des livres à l'étranger. Ainsi, l'unique importation effectuée par la Librairie Lîlâ, si tant est qu'elle ait correspondu à l'importation d'un livre diffusé-distribué en Suisse, ce qui n'est pas certain, n'est dans tous les cas pas significatif et correspond à un acte singulièrement isolé.

- France Loisirs Suisse a indiqué qu'elle s'était approvisionnée en France sans rencontrer de difficultés. France Loisirs Suisse ne peut pas être considérée comme un détaillant étant donné son modèle d'affaire (club de vente par correspondance), raison pour laquelle elle a été exclue du marché relevant, exclusion au demeurant contestée par aucun des diffuseurs-distributeurs.³⁷⁰ Cette société fonctionne par correspondance, si bien que son approvisionnement a lieu en France. En indiquant qu'elle n'était pas passée par les diffuseurs-distributeurs suisses, elle ne fait pas état d'importations parallèles, mais bien d'un approvisionnement local en France. Il n'y a pas lieu d'admettre des importations parallèles la concernant.
- La librairie Saint-Augustin a indiqué avoir obtenu des livres à plusieurs reprises sans difficulté par des diffuseurs-distributeurs, par des éditeurs directement ou par l'intermédiaire d'autres libraires.³⁷¹ Elle a remarqué expressément qu'il fallait comprendre la démarche comme un service à la clientèle lorsqu'un ouvrage est indisponible, « c'est des exceptions » a-t-elle précisé.³⁷² Les importations effectuées par la Librairie Saint-Augustin correspondent à des actes isolés, de caractère exceptionnel. La librairie Saint-Augustin a affirmé expressément le caractère exceptionnel précisant que cela s'était produit dans la situation suivante: lorsqu'un livre était indisponible chez les diffuseurs [suisses] et indiqué comme « disponible » en France chez l'éditeur. On peut légitimement douter du fait que ce détaillant ait contourné le système de distribution dans ces situations, puisque ces importations n'ont justement eu lieu que lorsque ledit système n'était pas en mesure de distribuer le livre au moment requis. En considérant cet ordre de décision, le détaillant indique justement qu'il s'approvisionne en principe par le canal suisse et les importations sont admises au cas par cas, lorsqu'une situation exceptionnelle intervient.
- La librairie Marine Pro n'a pas rencontré de difficultés pour obtenir des livres à l'étranger. Elle a précisé que son activité de vente de livres est accessoire, le chiffre d'affaires correspondant s'élevant à environ [...] en 2010, et qu'elle ne vend que de la « littérature nautique technique

spécialisée non disponible auprès des diffuseurs suisses ». ³⁷³ La librairie Nautique le Cabestan n'a rencontré aucune difficulté pour se procurer, régulièrement, des livres en s'adressant aux éditeurs.³⁷⁴ Elle a vendu 100 % de ses livres au prix public suisse. La page internet de Nautiservices indique que la librairie Nautique le Cabestan s'inscrit dans l'activité de Nautiservices, entité proposant essentiellement des formations nautiques sur lac, en mer ou à terre, et que les ouvrages proposés complètent et enrichissent les supports de cours de Nautiservices.³⁷⁵ Les remarques formulées par la librairie Marine Pro éliminent tout doute sur le caractère parallèle ou non des importations. Ainsi, les importations opérées par Marine Pro et selon toute vraisemblance pour la librairie Nautique le Cabestan, toutes deux des librairies nautiques, très spécialisées, n'entrent pas dans la catégorie des importations parallèles.

- La librairie Notre Dame de Fatima, déclarant un chiffre d'affaires de [...] en 2010, a indiqué qu'elle avait pu obtenir un livre à l'étranger sans formuler de commentaire particulier.³⁷⁶ Elle n'a tenté qu'à une seule reprise donc, avec succès.³⁷⁷ Dans une indication de 2009, cette même librairie avait cependant indiqué qu'il n'y avait selon elle pas d'alternative aux diffuseurs-distributeurs suisses.

297. Les importations rapportées par les détaillants Raspoutine, Marine Pro et Nautique le Cabestan ne peuvent pas être considérées comme des importations parallèles de livres, car ces importations n'ont pas concerné des titres distribués selon l'un des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. On rappelle en effet, que dans l'appréciation de chaque cas, il est indispensable de distinguer les importations de livres diffusés-distribués en Suisse des importations de livres non diffusés-distribués en Suisse. Seules les premières sont en effet soumises à un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Les importations de livres non diffusés-distribués en Suisse ne peuvent ainsi pas être qualifiées d'importations « parallèles », puisque ces livres ne connaissent justement pas de diffusion-distribution primaire – ou officielle selon la terminologie utilisée par un détaillant.³⁷⁸ Pour ces livres, Payot a indiqué qu'elle pouvait coopérer avec l'entité Decitre en France.³⁷⁹ La FNAC a également déclaré durant l'enquête qu'elle pouvait obtenir en France des livres qui n'étaient pas distribués en Suisse.³⁸⁰ La FNAC a indiqué début 2008 qu'un approvisionnement en France entrerait en ligne de compte dans certaines situations particulières, c'est-à-dire, « *essentiellement pour des commandes-clients pour lesquelles (...) la référence*

³⁷⁰ Cf. N 516.

³⁷¹ A 440, 6.

³⁷² A 440, 6.

³⁷³ A 390, 7 (divers).

³⁷⁴ A 410, 6.

³⁷⁵ Cf. www.nautischool.ch (dernière consultation le 11 juin 2013).

³⁷⁶ A 353, 6.

³⁷⁷ A 353.

³⁷⁸ A 194, Q. 4.

³⁷⁹ A 913, L 348.

³⁸⁰ A 53, 2.

n'est pas distribuée en Suisse » et lorsque certaines références sont cumulativement en rupture prolongée chez les diffuseurs suisses et soumis à une forte demande, par exemple parce que la demande a été sous-estimée.³⁸¹ Ces situations représentent pour la FNAC en base annuelle entre [...] du chiffre d'affaires.³⁸²

298. Dans ces cas, il n'y a aucun régime d'exclusivité pour la Suisse, car il n'y a aucune diffusion-distribution propre au territoire national.

299. Au regard des indications des détaillants, les seules importations parallèles qui ont été effectuées pendant la période visée par l'enquête sont les suivantes:

- une (unique) importation parallèle opérée par Lîlà à Rolle, en passant par un éditeur;
- une (unique) importation parallèle opérée par Notre Dame de Fatima à Sion, en passant par un diffuseur-distributeur.

300. Au vu de l'ensemble des expériences des détaillants, ces deux cas d'importations parallèles se révèlent tout à fait singuliers, tous les deux faisant en outre l'objet d'indications contradictoires entre les réponses données en 2009 et en 2011. Ces cas ne sont assurément pas significatifs si l'on considère une période allant de 2005 à 2011. Force est de constater que ces librairies n'y ont eu recours que de manière très rare, ce qui signifie qu'elles ont été approvisionnées de manière régulière par les structures de diffusion-distribution en Suisse.

Conclusions intermédiaires

301. Il ressort de l'analyse des effets qui précède les conclusions suivantes.

302. Malgré la volonté de procéder à des importations parallèles, aucun détaillant n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent. La seule exception est constituée par Distrilivres, laquelle est parvenue à contourner les diffuseurs-distributeurs traditionnels grâce au système Ecolibri, ce qui signifie que les importations parallèles opérées par Distrilivres ont été opérées de manière cachée. Pour la FNAC et Payot, représentant environ 50 % du marché, ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de leur échec à importer parallèlement des livres pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Pour Distrilivres, ce sont également les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de la mise en place du système Ecolibri, aussi ingénieux que secret pour permettre des importations cachées.

303. De nombreux détaillants ont considéré que des importations parallèles n'étaient pas possibles. Plusieurs d'entre eux ont mentionné – parfois implicitement – que c'étaient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui rendaient de telles importations impossibles. Plusieurs d'entre eux ont indiqués qu'ils ne voyaient en outre pas d'avantages à procéder de la sorte.

304. Quatre détaillants, dont La Liseuse ont considéré que des importations parallèles auraient été possibles. Ces indications ne se basent sur aucune tentative concrète d'importation parallèle, mais sur les indications

fournies par les diffuseurs-distributeurs. Parfois au surplus contradictoires, elles ne semblent pas correspondre à la réalité et ne sont pas aptes à démontrer que des importations auraient pu être opérées pendant la période visée par l'enquête.

305. Finalement, quelques détaillants ont prétendu avoir importé parallèlement. L'examen des propos de ces derniers indique que deux librairies auraient procédé, chacune, à une importation parallèle. Même en admettant malgré des indications contradictoires de ces deux acteurs du marché que tel a vraiment été le cas, il résulte, au vu de l'ensemble des circonstances, qu'il s'est agi, cas échéant, d'exceptions tout à fait singulières en comparaison du volume global du marché.

306. Ainsi, les systèmes de distribution fondés sur des régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs suisses ont dans les faits incontestablement visé les ventes passives.

B.4.1.3.2 Faculté de retourner les invendus (droit de retour)

307. De nombreux diffuseurs-distributeurs ont indiqué que le régime d'exclusivité était intimement lié au droit de retour, voire le corollaire indispensable du droit de retour.³⁸³ Sans ce régime, le droit de retour aurait été ingérable durant la période visée par l'enquête.

308. L'argument de le caractère indispensable de l'exclusivité pour permettre la faculté de retourner les ouvrages met en relief une contradiction permettant de comprendre précisément la portée du régime d'exclusivité: il est en effet contradictoire pour les diffuseurs-distributeurs de prétendre d'une part que les détaillants ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait, c'est-à-dire directement en France chez les diffuseurs-distributeurs, chez un grossiste, chez un libraire français, etc. ou chez le diffuseur-distributeur traditionnel en Suisse et d'autre part de considérer simultanément que le régime d'exclusivité est indispensable pour permettre le droit de retour au diffuseur-distributeur suisse. De nombreux diffuseurs-distributeurs ont fait valoir tant la possibilité des approvisionnements directs que le caractère indispensable du régime d'exclusivité comme corollaire au droit de retour. Or, si l'on suit l'argumentation des diffuseurs-distributeurs, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence, pour éviter des comportements opportunistes – certains diffuseurs ont évoqué certaines mesures possibles permettant cela, comme des conventions sur les taux de retours, le marquage des ouvrages, etc.; la distribution des livres en langue allemande constitue un autre exemple –; soit le régime d'exclusivité exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque, puisque le diffuseur-distributeur peut partir

³⁸¹ A 53, 2.

³⁸² A 53, 2.

³⁸³ Cf. en particulier Servidis/Transat qui ont traité le sujet en profondeur, A 672, 20-21; Interforum, A 74, 5 et A 320; E5F, A 904 L 162 ss, 176 ss et 778 ss; Flammarion, A 699 N 71 ss; Glénat, A 907 L 166 ss; OLF, A 515, 1; Diffulivre, A 693a, 12-13, N 15-16; Dargaud.

de la certitude que les livres qui lui parviennent en retour ont d'abord été livrés par ses propres soins. Il n'y a alors aucun « retour croisé ». Dans un tel système, le droit de retour est garanti par un moyen qui supprime la concurrence, ce que Servidis/Transat ont constaté selon les termes suivants:

« [Le] droit de retour qui est le système ayant cours dans toute la francophonie, ne peut fonctionner si des diffuseurs sont en concurrence ou si des comptes directs sont ouverts pour des revendeurs.³⁸⁴ »

309. Servidis/Transat ont en outre précisé:

« Typiquement, ce système interdit aussi que les revendeurs s'approvisionnent à commande ferme auprès de grossistes ou autres libraires étrangers puis exercent le droit de retour sur le libraire suisse.³⁸⁵ »

310. En l'espèce, dans la branche du livre écrit en français, c'est la deuxième solution qui a été retenue et pratiquée par les diffuseurs-distributeurs pendant la période visée par l'enquête. Aucun diffuseur-distributeur n'a mis en place durant cette période d'autres instruments permettant de gérer des retours sans craindre des comportements opportunistes. Mieux, c'est important pour l'interprétation, de nombreux diffuseurs-distributeurs ont indiqué que c'était précisément le régime d'exclusivité qui était indispensable au droit de retour usuel, tel qu'il a été pratiqué pendant la période visée par l'enquête.

311. Ainsi, il est démontré que les diffuseurs-distributeurs ont fonctionné selon des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives. En considérant que le régime d'exclusivité est le corollaire direct et indispensable du droit de retour tel qu'il a été pratiqué au jour le jour durant la période d'enquête, les diffuseurs-distributeurs révèlent qu'ils ont fonctionné selon un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité étanche au niveau wholesale prohibant les ventes passives durant la période d'enquête, indispensable à leurs yeux pour garantir le droit de retour.

B.4.1.3.3 Portée du système de diffusion-distribution

312. La formulation de nombreuses clauses contenues dans les contrats de diffusion, dans les contrats de distribution et dans les contrats de diffusion-distribution fournissent des indices sur les régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse.

313. Ces indices sont exposés séparément pour chaque diffuseur-distributeur en tenant compte du volume des cinq groupes de distribution:

- Interforum, E5F, Flammarion, Glénat et OLF (distribution OLF, [...] du marché de référence en moyenne)
- Diffulivre (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)
- Servidis, Transat (distribution Servidis, [...] du marché de référence en moyenne)
- Dargaud (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)

- AIG (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)

Interforum (distribution OLF)

314. Le système de distribution d'Interforum a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur les clauses d'exclusivité suivantes, la liant à OLF:

315. Art. 3, contrat du 3 septembre 2008

« INTERFORUM confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres

INTERFORUM s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. »³⁸⁶

316. La clause ci-dessus a remplacé la clause qui suit:

317. Art. 3, contrat du 27 février 1996

« Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Editeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) – "sauvages et parallèles" – via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier et [Interforum] et OLF conviennent de se signaler immédiatement tout "incident" sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.

N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »³⁸⁷

318. Selon Interforum, les clauses en question seraient inaptes à cloisonner le marché. De plus elles n'auraient jamais été appliquées et n'auraient donc pas eu d'effets.³⁸⁸

319. Durant l'audition, Interforum a confirmé que les deux clauses qu'elle avait conclues avec OLF et couvrant la période d'enquête avaient un contenu « similaire ». ³⁸⁹ Selon Interforum, « [i] est exact que tous les livres écrits en français diffusés en Suisse sont commercialisés au niveau de la diffusion selon un modèle d'exclusivité. Ce même système prévaut en Europe (France, Belgique etc.). Or cela ne signifie pas que les commandes ne pourraient être passées qu'auprès d'un diffuseur. Les libraires suisses disposent de possibilités alternatives pour commander leur[s] livres.³⁹⁰ » En audition, Josée Cattin (Interforum) a indiqué: « [La clause]

³⁸⁴ A 855, 3.

³⁸⁵ A 855, 3.

³⁸⁶ A 513, 6.

³⁸⁷ A 516, 4.

³⁸⁸ A 672, 32 ss, N 122 ss.

³⁸⁹ A 908, L 424 s.

³⁹⁰ A 692, 34.

est effectivement dans le contrat qui lie Interforum à OLF. Ce qu'il faut savoir c'est que c'est un contrat-type d'OLF, puisque vous avez certainement remarqué que c'est à peu près la même chose qui est stipulée par Flammarion (...) ».

320. Le contenu des clauses des contrats d'Interforum avec OLF est très précis. Interforum doit faire ses meilleurs efforts et intervenir pour que des importations parallèles, directes ou indirectes via des grossistes ou assimilés ne puissent pas être faites pour le marché suisse. Le but de cette clause est également expressément exprimé: c'est l'intérêt pour Interforum de « protéger » le marché suisse, auquel il est ajouté en *nota bene* qu'OLF a aussi un tel intérêt.³⁹¹ De plus, les parties au contrat prévoient de s'informer réciproquement et de faire cesser de telles « pratiques », c'est-à-dire des importations parallèles.

321. Les clauses en question font partie du système de distribution d'Interforum et il ne fait aucun doute qu'elles ont visé tant les ventes actives que passives.

322. De plus, le système prévoit la recherche et l'échange de renseignements sur les importations parallèles, c'est-à-dire les « incidents » selon le texte-même de la clause. Un tel mécanisme présuppose que les parties au contrat partent de l'idée que des importations parallèles pourraient avoir lieu de manière cachée, nécessitant d'abord la recherche des entités concernées avant de mettre en œuvre les démarches nécessaires.

323. En cas de tentative ouverte – c'est-à-dire non cachée – d'importations parallèles, Interforum a indiqué elle-même durant la procédure qu'elle était en mesure de s'opposer à des approvisionnements depuis la France: « Pour info, la Fnac nous a menacé d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder.³⁹² » Cette possibilité de s'opposer existe toujours aujourd'hui dans les faits. Dans un courrier à Distrilivres du 14 décembre 2012, Interforum a répondu à la demande formelle d'ouverture d'un compte à Paris par Distrilivres datant du 20 novembre 2012: « Nous examinons actuellement la faisabilité d'un approvisionnement direct depuis la France. En parallèle, une enquête est pendante devant la COMCO.³⁹³ »

324. Les trois livraisons directes mises en avant dans la prise de position d'Interforum, au demeurant toutes de 2012 et d'une portée non significative, ne sauraient emporter la conviction que le système de distribution mis en place ne prévoit pas un cloisonnement du territoire suisse.

325. Ainsi, il y a lieu d'admettre que le système de distribution d'Interforum par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives, y compris cachées, durant la période visée par l'enquête.

E5F (distribution OLF)

326. Le système de distribution d'E5F a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur les clauses d'exclusivité suivantes, la liant à OLF:

327. Art I, contrats des 1^{er}/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

« [E5F] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse des produits définis à l'article 11, selon les modalités définies ci-après

Il est précisé que le présent contrat ne constitue pas une agence au sens de la législation suisse, OLF devant fournir à [E5F] certains services en matière de distribution, notamment logistique de distribution, facturation, ainsi que ci-après précisé.³⁹⁴ »

328. Art. III, contrats des 1^{er}/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

« Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 11, OLF sert en exclusivité l'intégralité de la clientèle suisse de [E5F].

[E5F] s'engage à ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses sans l'accord préalable de l'OLF.

Toutefois, [E5F] se réserve la possibilité d'annuler unilatéralement cette clause de distribution exclusive dont bénéficie OLF au cas où interviendrait, indépendamment de la volonté des parties, des événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. Cette annulation de l'exclusivité deviendra effective six mois après sa dénonciation par [E5F], les clients suisses pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France.

329. Dans cette hypothèse, il est entendu que la distribution effectuée à partir du territoire suisse continuera d'être confiée par [E5F] exclusivement à OLF, dans le cadre du présent contrat dont les termes devront alors être révisés dans les meilleurs délais, ainsi que les parties en conviennent. Dans ce cas, l'OLF se réserve la possibilité d'effectuer ses prestations en qualité de grossiste.³⁹⁵ »

330. E5F a d'abord contesté que le contrat de distribution qu'elle avait conclu avec OLF avait pour objet de cloisonner le territoire suisse. Les clauses contenues dans ce contrat ne concèderaient qu'une exclusivité simple et non absolue. Il aurait toujours été possible de s'approvisionner auprès de grossistes ou d'autres distributeurs en France.³⁹⁶ Ensuite, selon E5F, OLF n'aurait aucune obligation de s'approvisionner exclusivement auprès d'E5F et cette dernière aurait la possibilité de nommer un second distributeur disposant de la faculté d'annuler unilatéralement la clause d'exclusivité.³⁹⁷ Selon la terminologie utilisée par E5F dans sa prise de position, une exclusivité absolue se distingue d'une exclusivité simple en ce qu'elle prévoit l'obligation réciproque d'exclusivité. *In casu*, une exclusivité absolue signifierait donc qu'OLF serait tenue de s'approvisionner

³⁹¹ Cf. la clause citée au B.4.1.3.3, N 317 *in fine*.

³⁹² A 27, 1.

³⁹³ A 838, 15.

³⁹⁴ A 536, 26 et 35.

³⁹⁵ A 536, 27 et 36.

³⁹⁶ A 736, N 80.

³⁹⁷ A 698 N 77.

exclusivement chez E5F, ce qui n'est pas le cas. Dans tous les cas, OLF ne serait nullement empêchée de donner suite à des demandes d'approvisionnement sur la base du contrat selon E5F.³⁹⁸

331. Selon le partenaire de distribution de E5F, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.³⁹⁹ L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

332. L'art. 3 des contrats conclus avec OLF – ses deux derniers paragraphes en particulier – prévoient un mécanisme particulier concernant un changement de mode de collaboration entre OLF et E5F. Il y est question « [d]'événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. » Bien qu'il ait signé lesdits contrats, [...] (E5F) n'a pas été en mesure d'éclaircir les événements considérés par la clause. Durant son audition, il a indiqué qu'il ne se souvenait pas, à plusieurs reprises, avant de compléter par « [m]oi je voyais ça comme une disposition générale vu la fragilité du marché d'une manière générale. (...) une dizaine de librairies ont disparu et il fallait qu'on puisse se réserver la possibilité de sortir de ce cadre.⁴⁰⁰ » Le mécanisme prévu par les deux derniers paragraphes indique qu'en cas « [d]'annulation de l'exclusivité », les clients suisses pourraient « alors être approvisionnés directement depuis la France » dans un délai de six mois. Dans une telle situation, il est expressément précisé qu'E5F continuerait à confier à OLF la distribution en exclusivité.

333. Le mécanisme prévu par les parties à partir de 2005 permet de saisir la portée du système de distribution pendant la période visée par l'enquête très précisément. D'abord, il indique que durant la période visée par l'enquête, les ventes passives ont été visées par le système de distribution d'E5F. L'ajout de la subordonnée « *pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France* » élimine tout doute à ce sujet, car elle indique que c'est seulement par un changement du système que de tels approvisionnements pourraient alors être effectués pour les détaillants suisses.⁴⁰¹ *A contrario*, cela signifie que pendant la période visée par l'enquête, des importations par des détaillants suisses n'étaient pas possibles. Ensuite, E5F et OLF ont convenu que le système de distribution qui serait mis en place en cas de changement resterait un système basé sur une exclusivité. Une lecture attentive permet de déceler que c'est l'objet de l'exclusivité qui serait alors légèrement modifié. Dans le nouveau système, c'est « la distribution *depuis la Suisse* » qui est confiée en exclusivité à OLF, alors qu'avant le changement, il s'agit d'une exclusivité *pour* la Suisse.⁴⁰² Cette nuance ne fait sens que dans la mesure où les parties à l'accord partagent l'idée que par la suite d'un changement de système de distribution, des approvisionnements directs seraient rendus possibles. La portée de cette clause est ainsi pour les parties de s'assurer que leur collaboration perdure, même si la

perspective d'approvisionnements directs devait s'ouvrir. En d'autres mots, l'exclusivité de la distribution *pour* la Suisse, c'est-à-dire telle qu'elle a été vécue pendant la période visée par l'enquête, s'inscrit dans un système de distribution bannissant les ventes passives, alors que l'exclusivité de la distribution *depuis* la Suisse conçoit que d'autres canaux d'approvisionnement entrent en ligne de compte, mais exclut que les prestations logistiques (services de distribution) échoient à d'autres entités suisses en mesure de les assumer (on pense ici aux autres entreprises qui seraient capables de reprendre la prestation de distribution).

334. Deux indications de E5F pendant la procédure corroborent cette interprétation. Premièrement, à une question concernant les alternatives d'approvisionnement pour les détaillants suisses par rapport au canal des diffuseurs-distributeurs suisses, E5F a indiqué en 2008 que « [l]es libraires peuvent s'approvisionner en France, auprès de certains éditeurs. La diffusion de ces maisons d'édition en Suisse est souvent inexistante.⁴⁰³ » Par cette affirmation, E5F a ainsi précisé qu'un approvisionnement en France n'était possible que pour les éditeurs qui n'étaient pas diffusés en Suisse. *A contrario* cela indique précisément que ce n'est pas le cas pour les éditeurs diffusés en Suisse. Ainsi, E5F a admis que des approvisionnements en France n'étaient pas possibles pour les éditeurs qu'elle diffuse en Suisse. Deuxièmement, elle a relevé les faits suivants: « La poursuite de l'activité des distributeurs suisses indispensables à la diffusion la plus large des livres de langue française dépend aussi de la fixation du prix. La fixation d'une table basse serait susceptible d'amener les éditeurs français à abandonner leurs distributeurs locaux au profit d'importations directes par les libraires; les petits points de vente en pâtiraient, accélérant le phénomène de concentration des principales librairies.⁴⁰⁴ » Dans ce passage, elle a mis en relation l'abandon des distributeurs locaux avec les importations directes, semblant vouloir indiquer que l'existence de l'un excluait l'autre. Cette opinion a été développée dans le plaidoyer du mandataire d'E5F en audition.⁴⁰⁵ E5F a donc émis l'opinion qu'il y avait deux systèmes possibles, l'un permettant les importations directes et l'autre non. Ce point de vue indique que des importations directes ont été exclues du système de distribution d'E5F pendant la période de référence.

335. Le fait qu'OLF ne serait pas obligée de s'approvisionner chez E5F – le deuxième argument d'E5F – n'est pas relevant concernant la condition des ventes passives.

³⁹⁸ A 698 N 80.

³⁹⁹ Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

⁴⁰⁰ A 904 L 384 ss.

⁴⁰¹ Mise en relief par la COMCO.

⁴⁰² Mise en relief par la COMCO.

⁴⁰³ A 79, 1; mise en relief par la COMCO.

⁴⁰⁴ A 315, 3.

⁴⁰⁵ A 904, L 160 ss.

336. Ainsi, le système de distribution d'E5F par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives.

Flammarion (distribution OLF)

337. Le système de distribution de Flammarion a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur la clause d'exclusivité suivante, la liant à OLF :

338. Art. 3 contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000

« FLAMMARION confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres.

Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par FLAMMARION à OLF qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
- les ventes par clubs, couponing,
- les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.

FLAMMARION s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés.

Par ailleurs, OLF confirme à FLAMMARION, en ayant le droit de le faire par une délégation de pouvoir donnée par la Société Payot Naville Distribution, Maison Mère de OLF que les Sociétés Payot S.A. (librairies) et Naville S.A., filiales de cette dernière, se sont engagées à faire le maximum d'efforts sur les plans de la promotion et de la vente des ouvrages édités (et/ou diffusés) par FLAMMARION. »⁴⁰⁶

339. Selon Flammarion, la disposition en cause, à savoir celle qui précède, « relève de la pratique et des usages commerciaux de l'édition avec les librairies.⁴⁰⁷ » Les contrats conclus par OLF avec E5F, Interforum et Glénat contiennent un régime d'exclusivité visant les ventes passives. Ce régime d'exclusivité est fondé sur une clause identique au niveau de l'attribution de l'exclusivité. Selon le partenaire de distribution de Flammarion, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.⁴⁰⁸ L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

340. En considérant que cette clause fait partie des usages de la branche, Flammarion a confirmé que son système de distribution ne permettait pas les ventes passives. Sur le fond, cela confirme les propos de Josée Cattin (Interforum: « [La clause] est effectivement dans le contrat qui lie Interforum à OLF. Ce qu'il faut savoir

c'est que c'est un contrat-type d'OLF, puisque vous avez certainement remarqué que c'est à peu près la même chose qui est stipulée par Flammarion (...) ». [...] ⁴⁰⁹

341. Ensuite, en modifiant son système de distribution en 2012, elle a pris soin de préciser, en juillet 2012:

« [...] »⁴¹⁰

342. En audition, Delphine Basquin (Flammarion) a indiqué que le compte de la FNAC avait été ouvert à la fin août 2012, après une demande intervenue à la fin janvier 2012.⁴¹¹ En raison des premières difficultés opérationnelles, Delphine Basquin (Flammarion) a indiqué en décembre 2012 « [La FNAC] nous a donc demandé de conserver un compte à OLF, qu'on lui a laissé, voilà... aux conditions précédentes jusqu'à ce que tout ça se pose un peu (...) ».⁴¹² En audition, les négociations commerciales entre Payot et Flammarion concernant un approvisionnement direct depuis 2012 ont été abordées de manière approfondie. [...] ⁴¹³

343. [...] ⁴¹⁴ Partant, durant la période visée par l'enquête, les ventes passives ont été exclues par le système de distribution de Flammarion.

344. Finalement, Flammarion a invoqué que c'était la nécessité de gérer les retours qui commandait une telle clause. Sans une telle disposition, la faculté des retours ne serait pas garantie ce qui « serait de nature à générer une désorganisation structurelle et un risque financier non maîtrisé.⁴¹⁵ » Cependant, en exposant les lignes du nouveau système de distribution et des premières expériences avec la FNAC – de septembre à novembre 2012 – Flammarion a indiqué que la gestion de double flux en tenant compte des retours, bien que nouvelle, n'était pas un problème logistique insurmontable.⁴¹⁶ Comme il a été démontré plus haut, si le régime d'exclusivité s'inscrivait dans la garantie du droit de retour, cela signifie que les ventes passives devaient être visées par le système de distribution.⁴¹⁷

345. Ainsi, le système de distribution de Flammarion par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives. Dès 2012, Flammarion a œuvré à la mise en place d'un système abandonnant cette prémisses, notamment avec la FNAC depuis la fin du mois d'août 2012.

Glénat (distribution OLF)

346. Le système de distribution de Glénat a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur la clause d'exclusivité suivante, la liant à OLF:

347. Art. 3 contrat du 10 septembre 2004

⁴⁰⁶ A 523, 7.

⁴⁰⁷ A 699, 16, N 71.

⁴⁰⁸ Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

⁴⁰⁹ A 699, 8, N 32.

⁴¹⁰ A 699, annexe 6, 1.

⁴¹¹ A 905, L 224.

⁴¹² A 905, L 230-231.

⁴¹³ A 905, L 760-761.

⁴¹⁴ A 699, annexe 6, 1 Mise en relief par la COMCO.

⁴¹⁵ A 699, 17, N 73.

⁴¹⁶ A 905, L 283 ss.

⁴¹⁷ Cf. B.4.1.3.2.

« GLENAT SUISSE confie à OLF la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité de la clientèle suisse.

Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par GLENAT SUISSE à OLF qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
- les ventes par clubs, couponing,
- les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.

GLENAT SUISSE et GLENAT FRANCE s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus. »⁴¹⁸

348. Selon Glénat, la clause ci-dessus n'est pas apte à limiter les ventes passives. Selon le partenaire de distribution de Glénat, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.⁴¹⁹ L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

349. En audition, lorsqu'il a été confronté avec le fait que les détaillants n'avaient pas été en mesure d'ouvrir un compte et plus généralement de s'approvisionner en France, Jacques Glénat (Glénat) a mentionné à répétition reprises qu'il n'avait pas le pouvoir d'ouvrir un compte, de par le fait que sa distribution passait par Hachette Livre en France, puis a ajouté qu'un compte a finalement apparemment été ouvert en ce qui concerne la FNAC.⁴²⁰ Selon lui la clause-type d'OLF ne lui a pas coûté cher, car il ne pouvait pas ouvrir de comptes. Plus avant il a précisé qu'il pouvait comprendre qu'un distributeur voulait « se rassurer » en se protégeant contre des retours. Plus tard durant l'audition, il a remarqué cependant qu'OLF percevait les flux aller et les flux retour, « [p]lus il y a des retours et des invendus, plus le distributeur s'enrichit.⁴²¹ » Le système instauré par le contrat avec OLF prévoit effectivement que les flux sont la base de calcul de la rémunération d'OLF pour ses services de distribution, comme c'est également le cas pour les autres contrats de distribution auxquels OLF est partie.

350. Les propos de Jacques Glénat ne peuvent être suivis. Le fait que la distribution du catalogue Glénat a également été sous-traitée en France, à Hachette Livre, n'est d'aucune pertinence. Or, trois éléments sont déterminants. Premièrement, comme Glénat l'a également relevé dans sa prise de position, la clause provient d'un contrat-type d'OLF.⁴²² L'interprétation de ce « contrat-type » – dont le régime d'exclusivité est l'élément central et caractéristique dans la branche en cause, dont le fonctionnement et les intérêts communs des partenaires

au respect de cette clause ont été mis en valeur par Interforum et E5F et qui s'inscrit dans les usages de la profession selon Flammarion – est que les ventes passives sont également visées par le système de distribution. Jacques Glénat a indiqué pendant l'audition qu'il connaissait un peu le métier, ayant fondé la société il y a 40 ans.⁴²³ On ne saurait en douter. La portée de la « clause-type » ne peut pas avoir été ignorée par Glénat.

351. Deuxièmement, la structure particulière de distribution en France est différente de celle des autres groupes en relation avec OLF – Interforum, E5F et Flammarion – mais cela ne joue aucun rôle. Glénat, tant Glénat Suisse que Glénat France sont toutes deux parties au contrat avec OLF. Cependant, l'éditeur reste en charge de sa politique commerciale tant en France où la loi le prévoit expressément, qu'en Suisse où Glénat, comme les autres diffuseurs actifs sur le territoire national, intervient sur le taux de change majoré pour fixer un prix de référence.

352. Finalement, le fait que Glénat et Hachette Livre ont supprimé en 1993 une clause interdisant les ventes passives ne saurait emporter la conviction qu'une telle interdiction n'a pas été vécue, malgré la suppression de la clause par la suite. Bien plus, il y a lieu de remarquer que la clause-type convenue avec OLF permet d'obtenir les mêmes effets qu'une interdiction expresse des ventes passives avec le distributeur en France. En effet, dans la mesure où grâce à la relation contractuelle qu'elle a convenue avec OLF, Glénat dispose de toute l'information nécessaire pour gérer le cloisonnement du territoire sans le concours d'Hachette Livre. La clause d'interdiction des ventes passives dont la caducité est invoquée par Glénat prévoit uniquement l'engagement d'Hachette Livre d'en « informer dans les meilleurs délais [Glénat].⁴²⁴ » Il s'agit d'une preuve supplémentaire que le retour d'information est suffisant pour exclure les ventes passives.

353. Ainsi, il convient de constater que le système de distribution de Glénat par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

OLF (distribution OLF et diffusion-distribution intégrée)

354. En tant que distributeur (pur), OLF a fait partie durant la période visée par l'enquête des systèmes de distribution d'Interforum, d'E5F, de Flammarion et de Glénat. Les contrats de distribution qui précèdent ont déjà été exposés plus haut, individuellement pour Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. Ces contrats prévoyaient l'exclusion des ventes passives. Cette conclusion vaut également pour les deux autres relations dans

⁴¹⁸ A 534, 15 s.

⁴¹⁹ Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

⁴²⁰ A 907, L 195 et 301.

⁴²¹ A 907, L 240-241.

⁴²² A 695, 8, N 49.

⁴²³ A 907, L 367 ss.

⁴²⁴ A 695, annexe 4.

lesquelles OLF intervient également en distribution pure, car ces contrats contiennent des clauses comparables et sont construits sur le même modèle concernant l'exclusivité

355. Les régimes d'exclusivité dans lesquels OLF est intervenue en tant que distributeur (uniquement) ont été analysés séparément pour chacun des quatre partenaires commerciaux que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. De nombreux éléments ont permis de démontrer que ces systèmes de distribution reposaient sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives.

356. OLF, en tant que diffuseur-distributeur intégré a également fonctionné selon un régime d'exclusivité, lequel était prévu dans le contrat-type, en principe sans plus de précision.

357. Tous ces systèmes de distribution ont reposé sur un régime d'exclusivité pendant la période visée par l'enquête. La portée du régime d'exclusivité est notamment précisée par les éléments suivants.

358. Premièrement, selon les propos mêmes de Patrice Fehlmann (OLF), il y a lieu d'admettre que le régime d'exclusivité excluait les ventes passives:

« [...] »⁴²⁵

359. La notion de marché gris correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche.⁴²⁶ Cette pratique consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de détaillants situés en France. Selon Payot, seul un volume marginal d'importations par ce biais est possible et, surtout il est dangereux, Pascal Vandenberghe (Payot) ayant renvoyé durant son audition à l'expérience de Distrilivres exposée plus haut.⁴²⁷ De plus, cette méthode présuppose une action occulte, c'est-à-dire une pratique à l'insu des diffuseurs-distributeurs en France.

360. Selon les propos de Patrice Fehlmann (OLF) relatés ci-dessus⁴²⁸, *seuls* les livres qui ne sont pas diffusés en Suisse peuvent être importés, certes de manière « confidentielle ». Ces propos sont clairs et ne laissent pas de place à l'interprétation. *A contrario*, il est tout aussi clair que pour tous les livres diffusés-distribués en Suisse, il n'y a pas de place pour des importations parallèles selon Patrice Fehlmann (OLF), à l'exception des importations par le marché gris, c'est-à-dire grâce à un faux-nez.

361. Ainsi, OLF a considéré qu'aussitôt qu'une antenne commerciale en Suisse, c'est-à-dire une diffusion, existe, des approvisionnements par un autre canal que le diffuseur-distributeur en Suisse n'est plus possible, le caractère d'impossibilité étant relevé à deux reprises dans ce passage. Au-delà de la portée de cette considération pour les systèmes de distribution des diffuseurs qui ne sont pas en relation contractuelle directe avec OLF – concrètement Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG – qui est exposée plus haut, cette affirmation signifie que selon OLF, tant pour les systèmes de distribution auxquels sont parties les diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat que pour les systèmes de distribution dans lesquels OLF assume

elle-même également l'activité de diffusion, le régime d'exclusivité saisit les ventes passives.

362. Deuxièmement, dans certains contrats de diffusion-distribution, une clause formulée de la manière suivante a pris place:

« [L'éditeur] confie au diffuseur la représentation de son fonds et des fonds qu'il diffuse en Suisse et à l'étranger sous la forme suivante:

- en Suisse: exclusivité en librairie et en grande surface.

- à l'étranger en open market à l'exclusion des territoires suivants: La France, La Belgique, La Grande-Bretagne, Les Etats-Unis et Le Canada, sur lesquels l'éditeur a conclu des accords d'exclusivité. »⁴²⁹

363. Il n'est pas inintéressant de constater que selon les parties à l'accord, deux systèmes, en soi possibles, semblent s'opposer: les accords d'exclusivité et « l'open market ».

364. Troisièmement, l'un des contrats auxquels est partie OLF stipule la clause suivante:

« L'éditeur avisera, par lettre recommandée, les grossistes français les plus importants de la présente convention, pour éviter des livraisons en Suisse par une autre voie que le diffuseur. »⁴³⁰

365. Cette clause met en lumière que l'éditeur est tout à fait à même de jouer un rôle actif pour que le système de distribution auquel est partie OLF élimine toute possibilité d'importations parallèles. Cette clause isolée est utile pour démontrer que le fonctionnement du régime d'exclusivité ne nécessite pas de mesures telles que des accords contractuels pour en garantir la portée.

366. Ainsi, OLF a fait partie intégrante pendant la durée de l'enquête du système de distribution de plusieurs diffuseurs et est intervenue comme diffuseur-distributeur intégré selon un système de distribution dont le caractère commun est que tous ces systèmes de distribution prévoyaient un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives.

Diffulivre (diffusion-distribution intégrée)

367. Diffulivre a convenu avec l'ensemble de ses partenaires commerciaux d'un régime d'exclusivité. La portée du régime d'exclusivité est décrite précisément par les clauses conclues par Diffulivre, dont notamment celle qui suit, convenue avec Hachette Livre:

« **ARTICLE 2 - ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE**

Cette exclusivité, s'étend à tous les clients situés sur le territoire suisse, et pour toutes catégories de clientèle exception faite de la vente par correspondance et par courtage.

⁴²⁵ A 76, 2.

⁴²⁶ A 129a, 3; A 912 L 698 ss.

⁴²⁷ A 129a, 3; A 913 L 796 ss; cf. B.4.1.3.1.

⁴²⁸ Cf N 235.

⁴²⁹ Cf. notamment A 535, 116.

⁴³⁰ A 515, 72.

*L'Éditeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant toute la durée de la présente convention et adressera à Diffulivre tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients résidents en Suisse.*⁴³¹ »

368. Le partenaire de distribution en amont de Diffulivre – Hachette Livre, éditeur ou autre – s'est engagé non seulement à « ne pas vendre », mais également à « ne pas laisser vendre » les ouvrages en cause sur le territoire attribué exclusivement et à réorienter les clients suisses vers Diffulivre. Les clauses convenues avec les éditeurs Tiers-Diffulivre contiennent tous cette précision concernant la vente et le fait de laisser vendre.⁴³²

369. La locution « laisser vendre » ne saisit pas uniquement l'opération de vendre, mais bien également celle de veiller à ce que des ventes par d'autres opérateurs en mesure de le faire – grossistes, libraires et autres – ne puissent pas intervenir. La formulation de la clause est très précise, puisqu'elle prend soin de distinguer entre les deux situations qui peuvent mener à des importations parallèles de la part de clients visés par l'exclusivité: la vente directe telle qu'elle pourrait survenir d'un approvisionnement direct et la vente indirecte, telle qu'elle pourrait survenir par le biais d'intermédiaires profitant par exemple d'opportunités d'arbitrage.

370. Les précisions concernant la description du régime d'exclusivité contenues dans les clauses exposées ci-dessus permettent de constater que les systèmes de distribution auxquels Diffulivre a été partie durant la période visée par l'enquête, en particulier concernant les livres écoulés par le groupe Hachette, prévoyaient l'exclusion des ventes passives.

Servidis et Transat (respectivement diffusion-distribution intégrée et distribution Servidis)

371. À l'exception de la relation avec [...], Servidis a convenu avec l'ensemble de ses partenaires commerciaux d'un régime d'exclusivité, dont la formulation a varié selon les contrats.

372. Dans sa prise de position, Servidis a principalement invoqué et illustré que le régime d'exclusivité était le corollaire indispensable de la faculté de retourner les livres invendus accordée aux détaillants. Elle a également contesté que le régime d'exclusivité ait eu des effets sur la concurrence, en particulier sur la capacité de procéder à des importations parallèles. Ces arguments ont déjà été traités plus haut, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

373. Concernant la formulation de certaines clauses, Servidis a proposé une distinction entre exclusivité « stricte » et exclusivité « simple »,⁴³³ la première étant éventuellement problématique, la dernière ne l'étant certainement pas. En audition, Raymond Filliastre (Servidis) a indiqué que la clause qui suit, considérée comme stricte par Servidis, était « problématique dans le contexte actuel »⁴³⁴ et que « c'est sûr qu'à l'heure actuelle on ne la mettrait pas. »⁴³⁵ La clause-type est la suivante:

« L'Éditeur [...] fera respecter (de son mieux)⁴³⁶ la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires. »

374. Il ne semble pas qu'une telle distinction soit pertinente en l'espèce. Premièrement, Servidis a invoqué une telle distinction en faisant abstraction de son argumentation générale, laquelle repose sur le droit de retour. Or, le fonctionnement de Servidis comme distributeur apparaît uniforme, indépendamment de la formulation des clauses. Les systèmes de distribution ne contenant pas de clause stricte au sens donné par Servidis ne prévoient pas d'autres mécanismes pour gérer le droit de retour. Bien au contraire, Servidis a constamment renvoyé au mécanisme du droit de retour pour justifier le régime d'exclusivité. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que le régime d'exclusivité, indépendamment de la question de sa formulation précise pour chaque partenaire de distribution en amont, a saisi les ventes passives. Servidis n'a d'ailleurs aucunement prétendu que sa manière de mener son activité se distinguait selon l'une ou l'autre situation.

375. Deuxièmement, une importance exagérée ne saurait être attachée à la forme d'une clause. Comme le soutient également la doctrine, ce sont essentiellement les effets qui sont déterminants. Lorsque des clauses certes formulées différemment ont prévu un mécanisme mis en œuvre de manière uniforme, ce sont ces effets qui sont centraux, et la formulation devient secondaire.

376. Lorsque des précisions concernant les modalités du régime d'exclusivité avaient été introduites dans les relations contractuelles, force est de constater que les mesures prévues s'étendaient au-delà du canal de diffusion-distribution en France pour englober également les grossistes et autres dépositaires. Or, la définition du marché de référence parvient précisément à la conclusion, comme cela est d'ailleurs également soutenu par la prise de position commune de Servidis et Transat, que les grossistes et autres dépositaires font partie de l'offre, c'est-à-dire qu'ils pourraient constituer des alternatives d'approvisionnement pour les détaillants. Partant, le régime d'exclusivité, lorsqu'il est décrit plus précisément dans un contrat, exclut les ventes passives de l'ensemble des offreurs potentiels.

377. Finalement, dans le contrat par lequel Servidis s'engage à distribuer les ouvrages diffusés par Transat, la clause suivante a été relevée:

*« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »*⁴³⁷

⁴³¹ A 527, 22.

⁴³² Cf. B.3.2.7.1.

⁴³³ A 672, 23-24.

⁴³⁴ A 914, L 619.

⁴³⁵ A 914, L. 623.

⁴³⁶ Relevé dans A 529, 161; 226; 234.

⁴³⁷ A 530, 132 (art. 3).

378. Cette clause décrit un fonctionnement du système de distribution basé sur l'ouverture de comptes. À la différence des clauses à la formulation presque similaire liant OLF aux quatre diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat, la portée de la clause entre Servidis et Transat est plus difficile à saisir. En effet, Transat, à la différence des diffuseurs qui viennent d'être mentionnés, est indépendante des éditeurs ou groupes éditoriaux qu'elle diffuse. Partant, il n'est pas clair dans quelle mesure l'engagement de ne pas ouvrir de comptes peut être saisi sur la base de ce seul contrat. L'analyse des contrats de diffusion de Transat est ainsi commandée.

379. La quasi-totalité des contrats de diffusion conclus par Transat depuis le 1er septembre 2003 – les 3 exceptions sont traitées directement à la suite – ont précisé les modalités du régime d'exclusivité notamment selon les termes suivants:

« (...) L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. »⁴³⁸

380. Le partenaire de distribution en amont de Transat – éditeur ou autre – s'est engagé non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas laisser vendre les ouvrages en cause sur le territoire attribué exclusivement et à réorienter les clients suisses vers Transat. L'obligation contractuelle est la même que celle contenue dans plusieurs contrats de Diffulivre examinés plus haut.

381. La locution « laisser vendre » ne saisit pas uniquement l'opération de vendre, mais bien également celle de veiller à ce que des ventes par d'autres opérateurs en mesure de le faire – grossistes, libraires et autres – ne puissent pas intervenir. La formulation de la clause est très précise, puisqu'elle prend soin de distinguer entre les deux situations qui peuvent mener à des importations parallèles de la part de clients visés par l'exclusivité: la vente directe telle qu'elle pourrait survenir d'un approvisionnement direct et la vente indirecte, telle qu'elle pourrait survenir par le biais d'intermédiaires profitant par exemple d'opportunités d'arbitrage.

382. Parmi les relations contractuelles de Transat avec ses partenaires de distribution en amont, les 3 contrats ne contenant pas le texte même de la clause exposée ci-dessus, soit les contrats avec [...], prévoient uniquement une réorientation des commandes directes.

383. Ainsi, comme il apparaît, la clause convenue entre Servidis et Transat ayant pour objet l'ouverture de « comptes directs pour des clients suisses » est transposée contractuellement dans les relations commerciales que Servidis entretient avec ses partenaires de distribution en amont.

384. Finalement, la relation de Servidis et Transat avec [...] commande une précision. Cette relation implique trois entités, chacune étant liée avec les deux autres par un contrat distinct. Comme Michel Igor Slatkine l'a précisé en audition, l'ensemble du catalogue de [...] est distribué par Servidis, mais la diffusion est répartie entre

Servidis – domaine scolaire et semblables – et Transat – érotisme, bien-être etc.⁴³⁹ L'avenant au contrat convenu en 2005 entre [...] et Transat modifie expressément le régime d'exclusivité, dans le sens où ce dernier est supprimé conventionnellement. Les raisons à l'origine de ce changement de système de distribution ne sont pas claires. En effet, Servidis a précisé dans sa prise de position que la diffusion-distribution des [...], d'une part, font partie du catalogue du distributeur [...] et, d'autre part, sont soumis à un régime d'exclusivité, citant la clause. En audition, Michel Igor Slatkine (Transat) amené à s'exprimer sur la relation avec [...] avait sous-entendu que cette relation fonctionnait de manière standard, ce qui laisserait également supposer qu'il n'a pas été mis fin au régime d'exclusivité avec [...] par l'avenant de 2005. Sur la base de la clause citée et reprise par Servidis dans sa prise de position, il peut être constaté que la relation avec les [...] a fonctionné sur la base d'un régime d'exclusivité. Pour les autres éléments du catalogue de [...] des doutes sérieux sur l'état de fait ne peuvent être éliminés. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre en application du principe *in dubio pro reo* que la relation avec [...], dans la mesure où les [...], diffusées-distribuées par Servidis, ne sont pas concernées, ne saisit pas l'exclusion des ventes passives, ce dont il conviendra de tenir compte, cas échéant, dans l'analyse.

385. Au vu des éléments d'ordre contractuel remis durant la procédure, il y a lieu de constater que Servidis est intervenue pendant la période visée par l'enquête comme diffuseur-distributeur intégré selon plusieurs systèmes de distribution comparables et a fait partie intégrante du système de distribution de Transat. Le caractère commun de tous ces systèmes de distribution est qu'ils prévoyaient un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives. Les systèmes de distribution dans lesquels Transat a été impliquée pendant la période visée par l'enquête prévoyaient également un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives. La seule exception est constituée par le système de distribution impliquant [...], dans la mesure où les [...], diffusées-distribuées par Servidis, ne sont pas concernées.

Dargaud (diffusion-distribution intégrée)

386. Tous les contrats auxquels Dargaud est partie contiennent, sans exception et peu importe le type de relation contractuelle en jeu, une clause lui octroyant l'exclusivité pour la diffusion-distribution ou pour la distribution pure d'ouvrages sur le territoire suisse, ce qu'elle n'a d'ailleurs pas contesté. Malgré des formulations diverses,⁴⁴⁰ le régime d'exclusivité sur lequel sont fondés les systèmes de distribution de Dargaud ne connaissent pas de différenciation dans la mise en œuvre.

⁴³⁸ Ces clauses figurent dans les contrats suivants: A 530, 154; 165; 170; 178; 183; 187; 193; 197; 203; 214; 219; 224; 230; 235; 240; 244; 249; 254; 259; 264; 269; 274; 279; 284; 289; 294; 299; 304; 309; 314; 319; 324; 329; 334; 339; 344; 349; 379 et A 672, annexes 6 et 8.

⁴³⁹ A 915, L 134.
⁴⁴⁰ Cf. B.3.2.10.1.

387. Plusieurs clauses-type employées par Dargaud prévoient que le partenaire de distribution en amont est tenu de « *prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée.* » Cet engagement commande un comportement actif du partenaire de distribution en amont, cas échéant au-delà des entités du groupe, et constitue un indice que les ventes passives sont visées par le régime d'exclusivité. Les relations contractuelles des partenaires de distribution en amont, qu'il s'agisse de Médias-Participation ou de tiers, permettent une traçabilité des flux. Partant, les mesures utiles d'ordre contractuels sont aptes à mettre en échec des ventes passives. Par ailleurs, les grands détaillants, FNAC et Payot, ont clairement indiqué, lors de leur audition, que le marché suisse était cloisonné par tous les diffuseurs-distributeurs suisses.⁴⁴¹ En outre, des librairies spécialisées dans la vente de bandes dessinées ont confirmé, sans aucune réserve, que les importations parallèles n'étaient pas possibles.⁴⁴²

388. Les précisions concernant la description du régime d'exclusivité contenues dans les clauses employées par Dargaud permettent de constater que les systèmes de distribution auxquels Dargaud a été partie durant la période visée par l'enquête prévoient l'exclusion des ventes passives.

AIG (diffusion-distribution intégrée)

389. À une exception près, tous les contrats remis par AIG pendant la procédure prévoient un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Malgré des formulations diverses, le régime d'exclusivité sur lequel sont fondés les systèmes de distribution d'AIG ne connaissent pas de différenciation dans la mise en œuvre. On rappelle qu'en particulier en ce qui concerne le droit suisse des cartels, une importance exagérée ne saurait être attachée à la forme d'une clause. Comme le soutient également la doctrine, ce sont essentiellement les effets qui sont déterminants.

390. Concernant la formulation de certaines clauses, AIG a proposé une distinction entre exclusivité « qualifiée » et exclusivité « simple », la première étant considérée comme cloisonnant le marché, la dernière ne le cloisonnant pas. Ainsi, selon AIG, seuls les systèmes de distribution reposant sur la clause suivante cloisonneraient le marché en excluant les ventes passives:

*« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse. »*⁴⁴³

391. AIG a d'ailleurs évoqué en audition qu'elle prévoyait de supprimer ladite clause lors de la renégociation des contrats la contenant.⁴⁴⁴

392. Un argument comparable a été développé par Servidis. Comme pour Servidis, il ne semble pas qu'une telle distinction soit pertinente en l'espèce. Le fonctionnement d'AIG comme diffuseur-distributeur est apparu uniforme, indépendamment de la formulation des clauses. Les systèmes de distribution ne contenant pas de clause qualifiée au sens donné par AIG ne prévoient notamment pas d'autres mécanismes pour gérer le droit de retour.

393. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que le régime d'exclusivité, indépendamment de la question de sa formulation précise pour chaque partenaire de distribution en amont, a saisi les ventes passives. AIG n'a d'ailleurs aucunement prétendu que sa manière de mener son activité se distinguait selon l'une ou l'autre situation.

B.4.1.3.4 Échange d'informations

394. La discussion entre les diffuseurs-distributeurs du 11 mai 2005 telle qu'elle a été portée au protocole du 25 mai 2005, exposée plus haut concernant la prétendue existence d'un accord horizontal, niée en l'occurrence, constitue un indice sur la portée des régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse.

Portée de la discussion rapportée au protocole du 25 mai 2005

395. L'objet et la portée de la discussion ont été remis en question par plusieurs diffuseurs-distributeurs. Interforum et Diffulivre ont contesté le fait que les importations parallèles aient été abordées le 11 mai 2005. Selon elles, le passage du procès-verbal étant équivoque, le(s) thème(s) abordé(s) lors du tour de table n'en ressortent pas de manière irréfutable. Ces deux entreprises ont exposé d'autres interprétations possibles. Selon Interforum, les diffuseurs auraient tout aussi bien pu discuter de la « question de savoir si une livraison demandée par le diffuseur suisse auprès de sa maison-mère en France pouvait être effectuée directement au client.⁴⁴⁵ » ou, selon Diffulivre de « la possibilité que le distributeur suisse accepte que le transporteur en provenance de l'entrepôt de l'éditeur français livre la marchandise commandée non pas au dépôt du distributeur, mais directement chez le libraire.⁴⁴⁶ »

396. Diffulivre a avancé l'argument que même dans l'hypothèse où le tour de table avait porté sur les importations parallèles, la portée du refus de l'autorisation aurait été limitée à un triple égard. Dans ce sens, le refus n'aurait concerné que les importations sollicitées par Payot et non les autres revendeurs, uniquement dans le cas où une livraison ne pourrait être effectuée dans un délai raisonnable, par les seuls diffuseurs-distributeurs présents lors de la réunion de l'ASDEL.⁴⁴⁷

397. À s'en tenir à la lettre du passage rapporté dans le procès-verbal du 25 mai 2005, il ressort sans ambiguïté que les faits à l'origine de la discussion ne concernent que les approvisionnements en France « lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai⁴⁴⁸ ». La sollicitation est parvenue bilatéralement, de la part de Pascal Vandenberghe (Payot). Elle a cependant été abordée durant une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Cela

⁴⁴¹ A 906 L 78 ss; A 913 L 357 ss et 812 ss.

⁴⁴² Cf. N 276; A 204, 1; A 241, 2 et A 278, 4.

⁴⁴³ A 536a, 17; 34; 37; 39; 48; 51; 60; 63; 67; 76; 78; 85; 88; 95 et 99.

⁴⁴⁴ A 899, L 55 ss et 422.

⁴⁴⁵ A 692 N 12 et 84.

⁴⁴⁶ A 693a N 119.

⁴⁴⁷ A 693a N 114.

⁴⁴⁸ A 547f, 4.

signifie que l'avis des autres diffuseurs-distributeurs a été demandé et qu'il y a eu par cette intermédiaire une communication entre les diffuseurs-distributeurs concernant ces faits. En d'autres mots, les faits à l'origine du passage rapporté dans le protocole en question, bien qu'ils n'aient concerné que la relation bilatérale entre un diffuseur-distributeur concret et un détaillant ont néanmoins mené les diffuseurs-distributeurs à s'échanger leurs avis sur la question. Dans ces circonstances, la portée de la discussion doit être approfondie en parallèle de son objet concret.

398. Dans la prise de position de Servidis, il est indiqué que Raymond Filliastre n'a aucun souvenir de l'événement.⁴⁴⁹ Durant les auditions, les diffuseurs-distributeurs ont été interrogés sur l'objet de la discussion de la réunion du 11 mai 2005. Parmi ces personnes auditionnées, plusieurs avaient personnellement participé à la dite réunion. Ce sont Simon Kummer (Dargaud), Samir Sawwaf (AIG), Patrice Fehlmann (OLF), Raymond Filliastre (Servidis) et Michel-Igor Slatkine (Transat). Les autres, qui n'étaient donc pas présentes lors de la réunion, avaient en principe pris contact avec les personnes qui avaient représenté l'entreprise au moment des faits et ont rendu compte en audition des renseignements qu'ils avaient ainsi obtenus.

399. En audition, Raymond Filliastre (Servidis) a déclaré avoir dit aux autres diffuseurs présents que « si M. Vandenberghe se sert en France pour une partie de la production, il peut très bien se servir en France pour la totalité de la production interne, qui peut le moins peut le plus (...)»⁴⁵⁰. Puis, Raymond Filliastre a relaté la prise de contact de Pascal Vandenberghe (Payot) de la manière suivante: « Il [M. Vandenberghe] m'a téléphoné en me disant: J'envisage éventuellement de me servir en France pour les ouvrages que je ne peux pas avoir chez vous. (...) Est-ce que éventuellement je peux me servir par la France ?⁴⁵¹ » Raymond Filliastre a répondu par la négative selon les propos suivants:

« (...) Monsieur Vandenberghe souhaite pouvoir se servir en France pour une certaine catégorie d'ouvrages donc il parlait d'ouvrages en rupture. Personnellement, si Monsieur Vandenberghe se sert en France pour une partie de la production, il peut très bien se servir en France pour la totalité de la production interne, qui peut le moins peut le plus, c'est pas gênant je veux dire. Et ce que j'ai dit à mes collègues c'est que si Monsieur Vandenberghe c'est-à-dire Payot se servait en France, ma société n'existait plus. C'est exactement ce que j'ai dit: « Je n'existe plus si Payot se sert en France. ». (...) Payot c'est pas 15 % de notre chiffre d'affaires, c'est 35 % de notre chiffre d'affaires. Donc, perdre 35 % de notre chiffre d'affaires, pour moi, je n'existe plus. C'est ce que j'ai dit à mes collègues, c'est tout. Après voilà mes collègues étaient à peu près dans le même sentiment que moi (...) [i]ls estimaient qu'eux aussi la perte de Payot sur la Suisse était gravissime pour eux. Le plus important bien évidemment c'est celui qui est comme moi, c'est-à-dire Diffulivre qui assure à la fois la distribution et la diffusion. »⁴⁵²

400. Ensuite, Raymond Filliastre a répété « s'il [Pascal Vandenberghe] commence à se servir en France là,

dans mon esprit, il peut basculer la totalité de son activité en France et moi je disparaissais, c'est tout.⁴⁵³ »

401. Claude-Alain Roud (Diffulivre) s'est informé auprès de Philippe Lamotte qui représentait la société lors de la réunion. Selon Claude-Alain Roud, la réponse de Philippe Lamotte lorsque ce dernier lui a demandé quel avait été l'objet de la discussion, a été: « Des importations parallèles.⁴⁵⁴ » Il a ensuite rapporté les paroles de Philippe Lamotte de la manière suivante: « (...) oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles, mais nous ne sommes pas tombés d'accord.⁴⁵⁵ »

402. Michel-Igor Slatkine a déclaré ne pas se souvenir « de cette histoire de demande de Payot.⁴⁵⁶ » Cependant, il a précisé par la suite « Il n'a pas demandé à se fournir complètement en France. Il était venu demander son autorisation théorique pour se dépanner en France. C'est différent.⁴⁵⁷ »

403. Simon Kummer (Dargaud) a affirmé en audition « il y avait un point qui évoquait un client qui avait fait une demande d'approvisionnement direct par rapport à un titre qui était, si mes souvenirs sont bons, pas disponible en quantité suffisante sur le marché suisse. (...) Et puis donc le diffuseur-distributeur concerné avait répondu que ce n'était pas possible (...) Servidis par ce biais-là informait simplement le plénum des gens présents comme quoi ils avaient eu une demande de la part d'un client pour avoir accès à un produit qui ne se trouvait pas en Suisse et qu'ils leur avaient répondu par la négative.⁴⁵⁸ » Dans la prise de position de Dargaud, il est indiqué que « le diffuseur en question souhaite recueillir l'avis de ses confrères avant de donner réponse au libraire.⁴⁵⁹ »

404. Les autres parties qui étaient présentes lors de la réunion du 11 mai 2005, ont déclaré n'avoir aucun souvenir ou bien ne se souvenir que de manière approximative des faits relatés dans le procès-verbal. Selon Delphine Basquin (Flammarion), un des représentants commerciaux de la société était présent lors de la réunion du 11 mai 2005 mais « son souvenir reste très vague.⁴⁶⁰ » Lors de la réunion du 11 mai 2005, Interforum a été représentée par Gabriel Audemars, son ancien directeur. Josée Cattin (Interforum) a déclaré en audition que Gabriel Audemars « n'a pas du tout souvenir de ce passage-là (...) il m'a dit ne pas savoir de quoi il s'agissait.⁴⁶¹ » Samir Sawwaf (AIG) a indiqué n'avoir que très peu de souvenirs au sujet de cette réunion: « Je

⁴⁴⁹ A 692, 19.

⁴⁵⁰ A 914, L 384 ss.

⁴⁵¹ A 914, L 439 ss.

⁴⁵² A 914, L 395 ss.

⁴⁵³ A 914, L 453 ss.

⁴⁵⁴ A 902, L 355 ss.

⁴⁵⁵ A 902, L 362 ss.

⁴⁵⁶ A 915, L 56.

⁴⁵⁷ A 915, L 70s.

⁴⁵⁸ A 901, L 357 ss.

⁴⁵⁹ A 691, N 61.

⁴⁶⁰ A 905, L 203 ss.

⁴⁶¹ A 908, L 220 ss.

crois volontiers que ce tour de table a existé, mais je ne me souviens pas, malheureusement.⁴⁶² » Patrice Fehlmann (OLF), qui avait participé personnellement à la réunion des diffuseurs de l'ASDEL a indiqué « [o]n en a discuté entre nous, il n'y en a pas un d'entre nous qui est capable de véritablement se rappeler. Sûrement que ça a été dit puisque c'est écrit mais maintenant on en a pas fait cas.⁴⁶³ »

405. Pascal Vandenberghe (Payot) n'a pas participé à la réunion des diffuseurs-distributeurs. Ses propos n'en restent pas moins pertinents, puisque les faits à l'origine de la discussion le concernent directement. En audition, il a nié l'existence d'un « document » au sens propre.⁴⁶⁴ Ensuite, il a expliqué sa démarche auprès de Raymond Filliastre (Servidis) de la manière suivante: « j'ai fait la demande oralement, et à peu près simultanément, à plusieurs diffuseurs individuellement, Servidis évidemment, Diffulivre, Gallimard et Interforum de mémoire, pour leur dire - « Il faut qu'on trouve avec vous un système parallèle pour ces titres, de manière à ramener le délai à quelque chose d'acceptable et raisonnable. » Aucun diffuseur n'a donné suite à cette demande.⁴⁶⁵ » À la question de savoir s'il avait été confronté avec des fins de non-recevoir concernant ses sollicitations, Pascal Vandenberghe (Payot) a répondu: « Absolument, enfin, oui, comme ça se pratique souvent dans notre profession, c'est une fin de non-recevoir qui n'est pas exprimée. On ne reçoit juste jamais de réponse à la question qu'on pose.⁴⁶⁶ » Suite au refus de sa sollicitation, il a dû continuer à faire appel aux services des diffuseurs-distributeurs en Suisse, même en cas de rupture de stock.⁴⁶⁷ Selon les indications qu'il a faites, il n'attendait pas un document l'autorisant à procéder à des importations parallèles mais un « accord de principe de mettre en place ce circuit.⁴⁶⁸ » Concernant les faits relatés dans le procès-verbal en question, Pascal Vandenberghe (Payot) a tiré « la conclusion qui est celle, à l'époque en tout cas et depuis l'époque, de non prise en compte de ce besoin que nous avons exprimé par les diffuseurs quels qu'ils soient.⁴⁶⁹ »

406. Dans un procès-verbal du 12 mars 2007, il est rapporté le passage suivant:

« Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir d'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les points et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches prendront au besoin des dispositions appropriées.⁴⁷⁰ »

Appréciation des faits

407. Certaines versions exposées dans les prises de position des diffuseurs-distributeurs contrastent avec les indications faites en audition. Alors que Diffulivre est l'un des deux seuls diffuseurs-distributeurs à contester dans sa prise de position que la discussion aurait eu une portée plus large concernant les importations que les faits à l'origine de la discussion ne laisseraient à eux seuls

interpréter, Claude-Alain Roud (Diffulivre) a expressément rapporté en audition qu'il s'était agi d'importations parallèles lors de la réunion.⁴⁷¹

408. De même, alors que Servidis a indiqué par écrit que Raymond Filliastre (Servidis) n'avait aucun souvenir de la discussion, ce dernier a été en mesure de fournir de nombreux détails sur les faits à l'origine et sur la portée de cette discussion. D'abord il a indiqué que selon lui, si Payot passait en direct pour les livres en rupture de stock, cela signifiait que ce détaillant était en mesure de basculer tous ses achats par la France. Un tel cas de figure aurait signifié l'extinction de l'entreprise Servidis « dans les dix minutes⁴⁷² » selon Raymond Filliastre (Servidis), lequel a fait état de cette relation de cause à effet à plusieurs reprises en audition.⁴⁷³

409. Les propos de Raymond Filliastre (Servidis) sont crédibles et reposent sur une réalité économique plausible. Le poids de Payot dans la revente de livres est important, environ [...] selon les estimations.⁴⁷⁴ Dans ce sens, Raymond Filliastre (Servidis) a rendu compte de sa préoccupation, comme intermédiaire, de perdre un tel client non pas pour certaines commandes en cas de rupture de stock, mais pour l'ensemble de ses approvisionnements. Une telle évolution serait très problématique pour la survie de sa société et probablement pour d'autres diffuseurs-distributeurs, toujours selon Raymond Filliastre (Servidis), raison pour laquelle la sollicitation de Pascal Vandenberghe (Payot) a été traitée pendant la réunion du domaine diffuseurs. Au vu de l'issue de la discussion, sans qu'un accord de principe entre les diffuseurs-distributeurs puisse être prouvé en la matière,⁴⁷⁵ il convient d'admettre que chaque diffuseur-distributeur est parvenu à la même conclusion.

410. Le passage du procès-verbal du 12 mars 2007 concernant les intentions de la FNAC indiquent également que les diffuseurs-distributeurs ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les détaillants les plus importants augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité.

411. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. Pour les diffuseurs-distributeurs, en particulier ceux dont la distribution est intégrée, la perte d'un client tel que Payot aurait eu des conséquences économiques négatives immédiates.

⁴⁶² A 899, L 172 ss.

⁴⁶³ A 912, L 208 ss.

⁴⁶⁴ A 913, L 142.

⁴⁶⁵ A 913, L 148 ss.

⁴⁶⁶ A 913, L 157 ss.

⁴⁶⁷ A 913, L 160 ss.

⁴⁶⁸ A 913, L 166 ss.

⁴⁶⁹ A 913, L 179 ss.

⁴⁷⁰ A 547f, 12 (PV de l'Assemblée professionnelle des diffuseurs du 12.3.2007, 2).

⁴⁷¹ A 902, L 355 ss.

⁴⁷² A 914, L 514.

⁴⁷³ A 914, L 388; 394 et 455.

⁴⁷⁴ A 913, L 95.

⁴⁷⁵ B.3.3, 44 ss.

Conclusions intermédiaires

412. Les faits entourant le procès-verbal du 25 mai 2005 permettent de tirer plusieurs conclusions concernant la question de savoir si les systèmes de distribution examinés ont exclu les ventes passives.

413. Si l'objet de la demande de Pascal Vandenberghe (Payot) à Raymond Filliastre (Servidis) – et aux autres diffuseurs selon les propos de Pascal Vandenberghe en audition⁴⁷⁶ – ne vise que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs, Raymond Filliastre (Servidis) en tête, perçoivent une telle démarche comme un danger pour leurs systèmes de distribution respectifs. En d'autres mots, pour les diffuseurs-distributeurs, ouvrir la distribution en cas de rupture de stock revient à tolérer une exception qui pourrait avoir des conséquences non limitées à ces situations. C'est dans ce sens que « personne n'est d'accord » selon la formulation du protocole en question.

414. On peut constater que malgré les différences constatées dans l'agencement des systèmes de distribution selon les diffuseurs-distributeurs – sous-traitance de la logistique, intégration verticale, relations contractuelles, etc.⁴⁷⁷ –, ceux-ci ont un dénominateur commun concernant la mise en œuvre de leurs systèmes de distribution respectifs: le régime d'exclusivité est compris de manière large et aucune distinction ne semble nécessaire entre les diffuseurs-distributeurs.

415. Les diffuseurs-distributeurs se sont consultés sur le danger que l'ouverture des systèmes de distribution pour un détaillant de la taille de Payot pourrait avoir pour leur survie. En se consultant, ils se sont livrés des renseignements sur les démarches de Payot. Cette mise à niveau concernant l'information, laquelle a au demeurant semblé surprendre Pascal Vandenberghe en audition,⁴⁷⁸ a renforcé la capacité des systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive, même dans des situations de rupture de stock. Chaque diffuseur-distributeur était au courant que sur le principe, les autres diffuseurs-distributeurs ne reverraient pas leur mise en œuvre de la distribution pour tolérer des importations parallèles. Forts de cette information, les diffuseurs-distributeurs se mettaient à l'abri d'éventuelles tentatives stratégiques de la part des détaillants, en particulier de celles de Payot, de faire pression sur l'un en invoquant par exemple qu'un autre réfléchissait à l'opportunité d'entrer en matière. Il n'est pas nécessaire de démontrer plus avant que le niveau d'information est primordial dans ce genre de négociations parallèles et multipartites.

416. Ainsi, les diffuseurs-distributeurs se sont entretenus sur le danger des importations parallèles – donc des ventes passives – pour leur existence durant leur réunion du 11 mai 2005. L'exclusion des ventes passives faisait non seulement partie intégrante du système de distribution de chaque diffuseur-distributeur, mais elle a été renforcée par la mise en commun de l'information sur la sollicitation du détaillant le plus lourd sur le marché en date du 11 mai 2005.

B.4.1.3.5 Contrats des éditeurs/diffuseurs-distributeurs avec d'autres diffuseurs-distributeurs (grossistes notamment) en France

417. Diffulivre a invoqué que l'enquête des autorités de la concurrence ne contenait aucune preuve ni même allégation selon laquelle des éditeurs ayant conféré une exclusivité territoriale à Hachette Livre ou Diffulivre auraient obligé un distributeur ou grossiste tiers situé en dehors de Suisse à s'abstenir d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse, que ce soit directement (sur la base d'un contrat) ou par des mesures d'incitation ou d'accompagnement (surveillance, par exemple). Elle en a déduit un état de fait incomplet et a évoqué la possibilité que, sous l'hypothèse du refus de certaines ventes passives par de telles entités, ces dernières auraient agi librement, pour des motifs commerciaux propres uniquement.⁴⁷⁹ Cet argument constitue l'argument principal de Diffulivre.⁴⁸⁰ A l'appui, elle a exposé, d'une part, que les conditions générales de Hachette Livre ne contenaient aucune disposition dans le sens de l'exclusion de ventes passives sur la période visée par l'enquête. D'autre part, elle a affirmé qu'elle n'avait pas refusé d'ouverture de compte à des détaillants suisses pendant la même période, citant Payot en exemple.

418. Les conditions générales de Hachette Livre ne prévoient aucune restriction à l'exportation. Cela n'est cependant pas propre à démontrer l'absence d'une exclusion des ventes passives. En effet, les conditions générales de Hachette Livre, même si elles sont détaillées sur certains points, ne régissent que les grandes lignes de la coopération entre cette dernière et ses partenaires de distribution. Les partenaires de distribution soumis à ces conditions générales sont d'ailleurs de tout type, comme l'indique l'art. 2.2.⁴⁸¹ Ils peuvent être actifs du côté de l'offre soit sur le marché retail, soit sur le marché wholesale, Hachette Livre prévoyant un contrôle pointu sur le niveau de marché concerné, comme en témoigne ladite disposition puisqu'elle introduit notamment la nécessité d'une certification par un expert indépendant de la juste répartition des activités pour les entités exerçant tant sur le niveau retail que wholesale (par exemple un libraire qui fonctionnerait également partiellement comme grossiste). Ce contrôle doit être mis en relation non seulement avec les divers engagements contractuels pris par Hachette Livre à l'égard de Diffulivre de *ne pas laisser vendre* des livres en Suisse, mais aussi avec les indications fournies par Payot, FNAC et Distrilivres, en vertu desquelles un approvisionnement parallèle directement en France à partir de la Suisse ne saurait passer inaperçu aux yeux d'un éditeur ou d'un diffuseur en France. Dans ce sens, le cadre déterminé par les conditions générales permet la mise en œuvre du cloisonnement du marché. Les relations contractuelles de

⁴⁷⁶ A 913, L 149 s.

⁴⁷⁷ Cf. les systèmes de distribution décrits pour chaque partie dans B.3.2., 18 ss.

⁴⁷⁸ A 913, L 153.

⁴⁷⁹ A 693a, 67 N 190.

⁴⁸⁰ A 693a, 68 ss, N 193 ss.

⁴⁸¹ A 693a, 663, annexe 13.

distribution des autres entités appartenant à un groupe prévoient un cadre comparable permettant la mise en œuvre du cloisonnement du marché.⁴⁸² L'ensemble de ces éléments permet de conclure à un système de distribution conduisant au cloisonnement du marché suisse tel que le législateur l'a visé à l'art. 5 al. 4 LCart.⁴⁸³

419. D'autres éléments indiquent également que les relations contractuelles entre les partenaires de distribution en amont prévoient les moyens nécessaires pour mettre en échec les ventes passives. Premièrement, l'analyse de la clause convenue entre Interforum et OLF sur la manière d'annihiler toute tentative de contournement du régime d'exclusivité a mis en lumière qu'il n'est nul besoin de convenir de telles clauses pour permettre d'exclure les ventes passives:

« Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Éditeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) – "sauvages et parallèles" – via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier et [Interforum] et OLF conviennent de se signaler immédiatement tout "incident" sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.

N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »⁴⁸⁴

420. La recherche d'information suffit à elle seule pour permettre au partenaire du diffuseur-distributeur en Suisse de prendre les mesures nécessaires. Dans ce sens, le cadre des relations contractuelles avec les différents partenaires de distributions permet de gérer les flux et de déterminer la destination des livres.⁴⁸⁵ Indépendamment de l'existence ou non de conditions générales codifiant la pratique des diffuseurs-distributeurs en France. Seul un système comme celui mis en place par Jacques Lecomte (Distrilivres) a permis à un détaillant suisse de parvenir à accéder à un approvisionnement en France, un approvisionnement qu'il reste d'ailleurs difficile de qualifier comme direct puisqu'il repose sur des partenariats secrets avec des détaillants en France. De plus, la portée d'un tel système est forcément limitée. Dans ces circonstances, les moyens prévus par les conditions générales des diffuseurs-distributeurs fournissent la base contractuelle suffisante pour surveiller la distribution de la part des partenaires de distribution – grossistes, mais aussi les libraires en France qui souhaiteraient fonctionner comme grossiste par rapport à la Suisse – et mettre en échec des importations parallèles, indépendamment du fait qu'elles interviendraient par l'intermédiaire d'un grossiste ou d'un détaillant français.

421. On relèvera en sus, à l'instar des considérants de la COMCO dans l'affaire *Gaba*,⁴⁸⁶ qu'exiger comme nécessaire à la constatation des éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 5 al. 4 LCart des éléments contractuels entre des entités situées à l'étranger – en l'occurrence par exemple entre quelque éditeur et un autre distribu-

teur ou grossiste – reviendrait à amputer considérablement la portée de l'action voulue par le législateur. En effet, ces entités, toutes situées par définition à l'étranger, ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner de la loi sur les cartels et ne peuvent faire l'objet d'une perquisition, si bien que les autorités suisses de la concurrence seraient consignées à tabler sur leur bon vouloir de leur faire parvenir ces documents ou de répondre à un questionnaire, faute d'accord de coopération en la matière. De telles preuves ne sont certainement pas commandées lorsque d'autres éléments au dossier indiquent qu'une exclusion des ventes passives a été effectivement mise en œuvre en pratique, que l'interprétation des contrats avec les entités suisses actives dans la diffusion-distribution vient confirmer la portée de l'exclusion des ventes passives, que les diffuseurs-distributeurs se sont consultés et ont maintenu un régime de cloisonnement du marché suisse. L'un d'eux, Raymond Filliastre (Servidis), a même indiqué qu'une ouverture du marché wholesale serait « *gravissime* »⁴⁸⁷.

B.4.1.3.6 Conclusions intermédiaires

422. Les accords de distribution analysés reposent tous sur un régime d'exclusivité. Est décisif pour apprécier si de tels systèmes de distribution exclusifs sont saisis par l'art. 5 al. 4 LCart, la question de savoir si les ventes passives ont été empêchées par lesdits accords. De nombreux éléments éclairent en l'espèce la question de savoir si les ventes passives ont été exclues par les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs.

423. Les régimes d'exclusivité prévus par les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont exclu les ventes passives sur la base de plusieurs éléments:

424. En premier lieu, l'analyse des effets, particulièrement importante au regard de la doctrine des effets de la loi sur les cartels suisse, élimine tout doute. Seul le détaillant Distrilivres, cité par les parties comme l'exemple par excellence que des importations parallèles avaient été possibles durant la période visée par l'enquête, a été en mesure de s'approvisionner en France. Pour y parvenir cependant, il a dû mettre en place le système EcoLibri, lequel repose sur des partenariats, secrets pour les diffuseurs-distributeurs en France comme en Suisse, avec des détaillants en France. La mise en œuvre d'un tel système a été commandée à cause des régimes d'exclusivité mis en place.

⁴⁸² Cf. notamment les conditions générales de vente de Dargaud, A 691, annexe 14 à 17 et celles de MDS, auxquelles renvoient les conditions générales de Dargaud: <http://dev.mdsfrance.com/index.php?page=cgv> (dernière consultation le 11 juin 2013); A 786 (Interforum).

⁴⁸³ A 913 L 809; A 911 L 187 ss et N 254 s.

⁴⁸⁴ A 516, 4.

⁴⁸⁵ Cf. conditions générales de Interforum, A 786; conditions générales de Flammarion, A 699, annexe 10, conditions générales de Dargaud, A 691, annexes 15-18.

⁴⁸⁶ Cf. DPC 2010/1 79 N 127, *Gaba*

⁴⁸⁷ A 914, L 398.

425. En deuxième lieu, la manière dont a été pratiqué le droit de retour ne laisse aucun doute sur le fait que les régimes d'exclusivité ont prohibé les ventes passives. Le régime d'exclusivité a été, durant la période visée par l'enquête, considéré comme le seul mécanisme pour se prémunir contre d'éventuels comportements opportunistes en matière de droit de retour. Or, en l'absence d'autres instruments, seul un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives peut permettre la gestion des flux sans risque de comportements opportunistes. L'argumentation des diffuseurs-distributeurs sur le droit de retour confirme cet état de fait.

426. En troisième lieu, en sus de prévoir un régime d'exclusivité, lequel pourrait être conforme à la loi s'il n'excluait pas les ventes passives, de nombreuses clauses contenues dans les contrats des diffuseurs-distributeurs indiquent pour chacun d'eux que la portée du régime d'exclusivité couvre les ventes passives, certaines clauses étayant même la manière de se comporter des partenaires de distribution pour garantir le cloisonnement du territoire suisse.

427. En quatrième lieu, les diffuseurs-distributeurs se sont informés en date du 11 mai 2005 sur leurs perceptions et le traitement qu'ils donneraient à une sollicitation concernant des importations parallèles d'un type particulier (rupture de stock), conscients des répercussions que cela pourrait avoir sur leurs systèmes de distribution. Depuis ce moment, les diffuseurs-distributeurs étaient conscients qu'aucun diffuseur-distributeur ne considérerait qu'un approvisionnement de ce type devait intervenir, ce qui a renforcé la capacité d'exclure les ventes passives des systèmes de distribution respectifs.

428. Dans ce contexte, la preuve d'une exclusion des ventes passives est établie à suffisance de droit. L'élément de preuve supplémentaire que constitueraient des clauses contractuelles formelles, prévoyant expressément une interdiction d'exportation, conclues par les partenaires de distribution des diffuseurs-distributeurs avec d'autres entités susceptibles de donner suite à des demandes d'approvisionnement direct de la part de détaillants situés en Suisse n'est pas requise. De telles clauses ne sont pas nécessaires pour garantir le cloisonnement du territoire suisse, dans la mesure où les dispositions contractuelles prévues, parfois contenues dans des conditions générales standardisées, réglant notamment l'échange d'information, permettent de prendre les mesures nécessaires pour exclure les ventes passives.

429. Ainsi, il y a lieu de constater que les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG ont reposé sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

B.4.1.4 Fournisseurs agréés

430. L'art. 5 al. 4 LCart vise l'exclusion des ventes par des fournisseurs agréés. Selon la doctrine majoritaire, une interprétation conforme au texte exclut les limitations obligeant les producteurs, ce dont attesterait en particulier une interprétation littérale des versions italienne et allemande de la disposition – « *distributori esclusi* », « *Vertriebspartner* ». ⁴⁸⁸ Une interprétation histo-

rique de la norme abouti au même résultat. Les travaux préparatoires, dont le passage essentiel est reproduit plus haut, indique également qu'un producteur peut s'engager à ne pas livrer d'autres entreprises ou des consommateurs finaux dans le territoire attribué. Ce sont les clauses 1 et 2 selon la classification du rapporteur F. SCHIESSER, ⁴⁸⁹ lesquelles correspondent à un système d'exclusivité simple. Une portée propre du terme « agréé », contenu uniquement dans la version française de la norme, doit être niée. La doctrine suisse partage également cette opinion. ⁴⁹⁰

431. Il convient de relever que la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions. ⁴⁹¹ En droit de l'UE, une exclusion des ventes passives élimine d'emblée la possibilité pour une pratique d'être considérée comme une exemption par catégorie. ⁴⁹²

Diffulivre

432. Selon Diffulivre, l'éditeur n'étant pas un partenaire de distribution, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas aux clauses des N 140, 143 et 144 de la proposition du Secrétariat. ⁴⁹³ Diffulivre précise que l'éditeur fait office de « producteur » des livres écoulés par le canal de Diffulivre. « Pour cette raison, l'exclusivité territoriale dont bénéficie Diffulivre en relation avec les ouvrages des Tiers-Diffulivre échappe aux prévisions de l'art. 5 al. 4 LCart (...). »

433. En l'espèce, les clauses identifiées vont au-delà de l'obligation faite aux producteurs, c'est-à-dire aux éditeurs, de ne pas vendre. En effet, les partenaires de distribution de Diffulivre, qu'ils soient des éditeurs ou non, se sont engagés non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas *laisser* vendre les ouvrages visés par le contrat de distribution. Partant, le système de distribution de Diffulivre a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

Servidis

434. Servidis a prétendu qu'elle ne serait pas un fournisseur agréé mais uniquement un commissionnaire raison pour laquelle cette condition légale ne serait pas remplie en l'espèce. ⁴⁹⁴ Elle semble avoir confondu que la condition d'un fournisseur agréé vise les autres entités en mesure de constituer une alternative d'approvisionnement. Le système de distribution affecte les autres fournisseurs, comme l'indiquent d'ailleurs expressément certaines des clauses des contrats de Servidis. ⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 638.

⁴⁸⁹ Cf. intervention du Conseiller aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 à 330.

⁴⁹⁰ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 49), art. 5 LCart N 556-557.

⁴⁹¹ Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, *Sécateurs et cisailles* et réf. citées; décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, *Nikon* et réf. citées.

⁴⁹² REINHARD ELLGER in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, art. 4 REC-Vertical, N 41 et 43.

⁴⁹³ A 693a, N 188, 67 et A 845, 4.

⁴⁹⁴ A 672, 21.

⁴⁹⁵ Cf. B.3.2.8.1, N 144.

435. Partant, le système de distribution de Servidis a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

E5F

436. Selon E5F, l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que l'interdiction des ventes passives au sein d'un système de distribution *sélective*, ce qui se déduirait de l'utilisation de l'adjectif « agréé ». ⁴⁹⁶ E5F a contesté que cette condition était remplie en l'espèce puisqu'elle n'aurait pas sélectionné OLF sur la base de critères définis comme cela aurait été exigé par un système de distribution sélective.

437. Comme il a été exposé plus haut, l'adjectif « agréé » n'a pas de portée propre dans l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, on ne saurait admettre que l'application de l'art. 5 al. 4 LCart est restreinte aux systèmes de distribution sélective.

438. Partant, le système de distribution de E5F a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

439. Autres diffuseurs-distributeurs

440. Les autres diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté que la condition du fournisseur agréé était remplie.

B.4.1.5 Conclusion intermédiaire

441. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. La suppression de la concurrence efficace est présumée.

B.4.2 Aucun renversement de la présomption

442. 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 suffisante. (ch. 11 CommVert).

443. En l'espèce, la présomption pourrait être renversée si les détaillants de livres en Suisse avaient été en mesure d'exploiter des possibilités d'arbitrage, tant au niveau des prix que d'autres paramètres concurrentiels en procédant à des importations parallèles (concurrence intramarque), ou si une concurrence intensive entre les différents diffuseurs-distributeurs avait existé (concurrence intermarques) ou finalement, si la combinaison des concurrences intramarque et intermarques n'avait pas conduit à la suppression de la concurrence efficace, mais seulement à une affectation de celle-ci.

444. L'examen du marché dans son ensemble appelle en premier lieu la délimitation du marché de référence en tenant compte des dimensions produit et géographique.

B.4.2.1 Marché de référence

445. Selon le Tribunal fédéral, pour la définition du marché de référence, une probabilité confinante à la certitude n'est pas requise, une administration des preuves stricte

n'étant pas possible en la matière. ⁴⁹⁷ En effet, comme l'a relevé la jurisprudence européenne également, la définition du marché relevant implique des appréciations économiques complexes. ⁴⁹⁸

446. Dans l'arrêt *Publigruppe*, le Tribunal fédéral a précisé que la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, c'est-à-dire si et seulement s'ils permettent des conclusions impératives sur la situation antérieure. ⁴⁹⁹ Il y a lieu au surplus de renvoyer aux considérations exposées plus haut en matière du degré de preuve. ⁵⁰⁰

447. Ensuite, une remarque liminaire concernant la jurisprudence et la pratique de la COMCO dans la branche économique concernée est nécessaire. En matière de livres, la COMCO s'est prononcée sur la définition d'un marché de référence dans la décision *Sammelrevers*. ⁵⁰¹ La définition proposée par la COMCO a été examinée par le Tribunal fédéral. ⁵⁰² Les considérants du Tribunal fédéral ainsi que ceux de l'autorité de la concurrence se sont inscrits dans l'application de l'art. 5 al. 3 LCart sur l'objet d'un accord horizontal entre les libraires. Si l'accord générique du *Sammelrevers* concernait l'ensemble de la branche, à l'instar des pratiques examinées dans la présente enquête, force est de constater que l'analyse concurrentielle s'est focalisée sur le marché retail à cette occasion. Cette focalisation découle en particulier du fait que le Tribunal fédéral n'a pas constaté qu'il y avait un accord (horizontal) entre les entreprises se trouvant en amont des libraires, mais uniquement entre les libraires, au niveau du prix. Il convient à cet endroit de relever que le marché de l'approvisionnement – le marché wholesale dans la présente enquête – n'a pas été analysé dans l'enquête concernant le *Sammelrevers*.

448. La Commission européenne a procédé à une analyse approfondie de la branche du livre lors de la concentration de deux groupes éditoriaux français importants. Cette analyse est exposée dans la décision *Lagardère*. ⁵⁰³

⁴⁹⁶ A 736, N 79.

⁴⁹⁷ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.3.4, *Publigruppe/COMCO*.

⁴⁹⁸ Arrêt du Tribunal du 17.9.2007 T-201/04, pt 482, *Microsoft*. (ECR II-3370).

⁴⁹⁹ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.2, *Publigruppe/COMCO*.

⁵⁰⁰ Cf. B.3.1, 17.

⁵⁰¹ DPC 1999/3, 474 s., N 62 s., *Sammelrevers*.

⁵⁰² ATF 129 II 18, consid. 7.3 (= DPC 2002/4, 731, 743 s., *Buchpreisbindung*).

⁵⁰³ Deux versions de la décision ont été publiées. D'une part, un résumé de la décision a été publié au Journal officiel: Commission européenne, JO 2004 L 125/54, *Lagardère/Natexis/VUP*. D'autre part, la version intégrale publique de la décision est accessible en ligne: Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP*, accessible à: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2978_20040107_600_1522341_FR.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013). Les références à cette affaire dans la présente décision concernent la version intégrale publique.

B.4.2.1.1 Critiques des parties à la procédure

449. La proposition du Secrétariat du 14 août 2012 a considéré que le marché de référence au niveau wholesale, dans sa composante produit, concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par des diffuseurs aux libraires/revendeurs en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale était la région francophone supranationale, incluant en particulier la France. Au niveau retail, il a exposé que dans sa composante produit, le marché de référence concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par les libraires/revendeurs aux consommateurs finaux. La dimension géographique du marché relevant retail était la région francophone nationale.

450. Les parties à la procédure ont critiqué plusieurs éléments de la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Ces critiques sont résumées ci-dessous.

451. Interforum a formulé plusieurs critiques.⁵⁰⁴ Premièrement, elle a critiqué le fait que seuls les marchés de la vente et de la revente avaient été pris en considération. Deuxièmement, elle a contesté que la diffusion et la distribution n'avaient pas fait l'objet d'une distinction. Troisièmement, elle a considéré que non seulement les grossistes, mais aussi les entreprises présentes sur internet et les librairies situées en France devaient être intégrées à l'offre au niveau wholesale. Quatrièmement, au niveau retail, il y aurait eu lieu de considérer les entreprises présentes sur internet du côté de l'offre. Cinquièmement, elle a considéré que les ebooks auraient été substituables aux livres imprimés. Sixièmement, la délimitation géographique au niveau retail aurait été trop étroite, dans la mesure où il serait égal pour un consommateur final de télécharger un livre « depuis un serveur installé au Canada » ou de l'acheter chez un détaillant situé en Suisse.

452. E5F a contesté la définition du marché de référence.⁵⁰⁵ La définition des marchés contenue dans la proposition du Secrétariat aurait comporté d'importantes lacunes.⁵⁰⁶ La prise de position renvoie essentiellement vers l'expertise Gu[g]gler du 19 octobre 2012 (ci-après: l'expertise Gugler), laquelle a énuméré plusieurs critiques et constatations concernant la définition des marchés. Premièrement, l'expertise Gugler a soutenu de manière générale que la définition des marchés de référence ne serait pas assez claire, ne permettant pas « d'assurer une compréhension des mécanismes, des structures et des contraintes qui s'imposent aux acteurs du marché, en particulier aux diffuseurs.⁵⁰⁷ » Deuxièmement, les autres marchés de la chaîne du livre n'auraient pas été considérés.⁵⁰⁸ Troisièmement, au niveau de la demande wholesale, elle a constaté que les différentes catégories de détaillants n'auraient pas été prises en considération, alors qu'elles auraient dû l'être.⁵⁰⁹ Quatrièmement, elle a considéré qu'une distinction par catégories de livre aurait été nécessaire, dans la mesure où les rapports de concurrence auraient pu également se distinguer entre ces catégories.⁵¹⁰ Cinquièmement, elle a considéré qu'il y aurait eu lieu de tenir

compte des livres numériques et du commerce électronique du livre papier.⁵¹¹ Finalement, elle a critiqué la dimension géographique du marché retail, prétendant que la dimension nationale retenue ne servait qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». ⁵¹² E5F n'a retenu aucune définition du marché de référence, ni dans sa prise de position, ni par l'intermédiaire de l'expertise Gugler.

453. Flammarion a renvoyé pour l'essentiel à l'expertise Gugler, également produite en annexe à sa prise de position.⁵¹³ Il s'est agi de la même expertise que celle produite par E5F. Au surplus, elle a considéré, d'une part, que le sondage MIS Trend/Hebdo n'aurait pas été une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.⁵¹⁴ » D'autre part, elle a été d'avis qu'un « SSNIP test »⁵¹⁵ aurait dû être mené pour déterminer l'influence du commerce de livres imprimés par internet et que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.⁵¹⁶

454. Selon OLF, les grossistes étrangers et les commerçants opérant sur internet devraient être qualifiés de concurrents.⁵¹⁷ De plus, au niveau retail, la vente par l'intermédiaire d'internet et les ebooks devraient être intégrés au marché.⁵¹⁸ Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés de référence.

455. Diffulivre a formulé divers reproches à l'encontre du marché de référence retenu par le Secrétariat dans sa proposition de décision. Ainsi, elle a soulevé qu'au niveau wholesale, une distinction entre un marché de services et un marché de vente des livres aurait dû être opérée en conformité avec la jurisprudence européenne.⁵¹⁹ Ensuite, toujours en relation avec le marché au niveau wholesale, les grossistes et les entreprises présentes uniquement sur internet auraient dû figurer parmi les partenaires de l'échange du côté de l'offre.⁵²⁰ En ce qui concerne le marché au niveau retail, il appartiendrait au Secrétariat de déterminer dans quelle mesure les ebooks devraient être intégrés au marché de

⁵⁰⁴ A 692, 15 ss, N 33 ss et 38 ss, N 139 ss.

⁵⁰⁵ A 736 N 108 ss.

⁵⁰⁶ A 736 N 108.

⁵⁰⁷ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2.

⁵⁰⁸ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 2.

⁵⁰⁹ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 3.

⁵¹⁰ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5.

⁵¹¹ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5 ss.

⁵¹² A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11.

⁵¹³ Cf. A 699, annexe 1 (expertise Gugler).

⁵¹⁴ A 699, 22, n. 63.

⁵¹⁵ « SSNIP » est l'abréviation de « Small but Significant Non-transitory Increase in Price »; cf. WHISH/BAILEY (n. 62), 31; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 4 al. 2 LCart N 76 ss.

⁵¹⁶ A 699, 19 ss, N 22 ss.

⁵¹⁷ A 689, 11.

⁵¹⁸ A 689, 10.

⁵¹⁹ A 693a 28 ss.

⁵²⁰ A 693a, N 47 ss.

référence en tant que produits substituables aux livres traditionnels.⁵²¹ En outre, les acteurs économiques présents uniquement sur internet auraient dû être considérés du côté de l'offre au niveau retail également.⁵²² Diffuivre a aussi contesté la dimension géographique retenue pour la délimitation du marché de référence au niveau retail.

456. Servidis/Transat ont émis plusieurs critiques.⁵²³ Au-delà de la terminologie anglaise employée, elles ont contesté la nature des entreprises composant l'offre au niveau wholesale (y compris le rôle au niveau de l'offre à ce niveau des entreprises présentes sur internet uniquement), l'absence de distinction entre différentes catégories de livres et la limitation aux livres de langue française. Au niveau retail, elles ont considéré « à la limite de la malhonnêteté intellectuelle » d'écarter les ventes par internet.⁵²⁴ Au niveau retail, l'accès aux ebooks aurait été un substitut au livre physique et la dimension géographique aurait été supranationale.⁵²⁵

457. Bien qu'elle ait reconnu expressément la distinction entre les niveaux wholesale et retail, Dargaud a décrit la méthode utilisée dans la proposition du Secrétariat, consistant à déterminer le marché wholesale avant le marché retail.⁵²⁶ Elle a considéré en outre qu'il convenait de distinguer des sous-marchés pour chaque catégorie de livre, comme l'a fait la Commission européenne, et d'inclure le livre électronique, les supermarchés et magasins spécialisés mais aussi les ventes par internet. Tous ces éléments ont concerné le marché retail uniquement.

458. AIG a soutenu concernant le marché relevant que les clauses incriminées cloisonnant le marché ne concernaient pas tous les livres qu'elle a écoulés. Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés.⁵²⁷

459. AH a considéré que le commerce par internet, qu'il se soit agi des livres imprimés ou numériques, aurait dû être mieux analysé. Elle a considéré ensuite, que les livres de deuxième main auraient été substituables aux livres neufs. Finalement, elle a prétendu que le marché des best-sellers aurait constitué un sous-marché, dans la mesure où les élasticité-prix auraient été différentes de celles d'autres ouvrages.⁵²⁸

460. LLac n'a pas remis en cause la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Elle a relevé cependant que certains diffuseurs étaient intervenus parfois du côté de l'offre sur le marché retail, pour certains clients particuliers tels que les bibliothèques.⁵²⁹

461. Glénat et Zoé n'ont pas contesté la définition des marchés de référence.⁵³⁰

462. Toutes les critiques émises par les parties à la procédure sont traitées au fur et à mesure de l'analyse, selon les griefs concrets sur lesquels elles portent.

B.4.2.1.2 Dimension produit

463. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Les critères définis dans cet article sont applicables dans les procédures de con-

centration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO également dans les procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart.⁵³¹

464. La substituabilité, principalement sous l'angle de la demande, constitue le critère pertinent pour définir le marché de référence de l'analyse cartellaire. Le degré de substituabilité est apprécié en fonction des caractéristiques objectives (propriété, usage et prix du produit) et subjectives (préférences).⁵³²

465. Dans un premier temps, le produit « livre » est circonscrit. Dans un deuxième temps, les partenaires de l'échange sont examinés, tant sous l'angle de la demande que de l'offre.

Notion de livre

466. Les livres écrits en français sont le point de départ de la présente enquête. Le produit « livre » a été défini dans plusieurs contextes sans que des différences significatives n'apparaissent. La définition proposée par le législateur dans la LPL peut être reprise comme point de départ. L'art. 3 LPL entend par « livre » :

« Tout imprimé publié par un éditeur et tout produit combiné dont l'imprimé est l'élément principal; les journaux, les périodiques, les partitions et les produits cartographiques notamment ne sont pas considérés comme des livres ».

467. Dans la LPL, les livres considérés correspondent non seulement à cette définition mais sont en outre neufs et sans défaut (art. 2 LPL).

468. Les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français sont au centre de la présente enquête. En Suisse, les livres ainsi définis sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse, ont été produits ou ont transité par la France.

469. La plupart des diffuseurs-distributeurs ont considéré qu'il s'agissait d'y ajouter le livre numérique. Certaines parties ont considéré que des subdivisions étaient nécessaires. Servidis/Transat ont prétendu que les livres de langues étrangères, notamment en anglais devraient être ajoutés. AH a considéré que les livres de deuxième main seraient des substituts aux livres neufs. Au surplus, la notion retenue du produit livre a été acceptée par les parties.

⁵²¹ A 693a, N 74.

⁵²² A 693a, N 76 ss.

⁵²³ A 672, 39 ss.

⁵²⁴ A 672, 44.

⁵²⁵ A 672, 44.

⁵²⁶ A 691, 36 ss.

⁵²⁷ A 690, 25.

⁵²⁸ A 683, 4 à 6.

⁵²⁹ A 647, 3.

⁵³⁰ Cf. A 695; A 681, 26 ss.

⁵³¹ Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 356 s., (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 85 s., N 173 s., *Gaba*; DPC 2010/4, 670 s., N 165 s., *Hors-liste*; DPC 2009/2, 147 s., N 41 s., *Felco*.

⁵³² BORER (n. 14), art. 5 LCart N 12.

470. Livres de deuxième main – AH a relevé que les livres de deuxième main auraient été des substituts aux livres neufs, mais n'a nullement étayé sa thèse plus avant, ni n'en a tiré de conséquence dans l'analyse de la concurrence dont la définition du marché ne constitue que le premier pas. Aucune des parties à l'enquête n'a considéré que la vente de ces livres constituait un substitut. Sans que des chiffres précis ne soient disponibles, il ne semble pas que l'importance de la vente de livres de seconde main soit significative. De plus, ces livres ne sont pas offerts dans les mêmes conditions que les livres neufs, mais peuvent s'acquérir principalement dans les marchés aux puces, chez des antiquaires ou dans des librairies (très) spécialisées. Ils répondent à des schémas de distribution qui ne sont en aucun cas comparables. Etant donné ces différences et leur caractère marginal par rapport à la vente de livres neufs, il n'y a pas lieu d'intégrer les livres de seconde main dans le marché de référence.

471. Livres écrits dans d'autres langues – Servidis/Transat ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres écrits dans d'autres langues. Selon elles, la distinction selon la langue ne serait pas pertinente, tant au niveau wholesale qu'au niveau retail.⁵³³ Elles ont cependant explicitement exposé auparavant que le « Secrétariat doit se tenir à la définition du marché de produit qu'il retient, en l'espèce les livres de langue française » et qu'il y a « un marché de produit qui est le marché des livres de langue française.⁵³⁴ » Dans ce contexte, l'avis de Servidis/Transat sur la question est pour le moins confus. En outre, les chiffres avancés par Servidis/Transat concernaient l'exemple genevois uniquement. Au-delà du fait qu'on peut émettre certains doutes sur la pertinence d'admettre que ces chiffres puissent être représentatifs de (toute) la demande de livres de la part des consommateurs finaux, ils n'établissent nullement que ce sont les (mêmes) consommateurs finaux qui demandent des livres dans plusieurs langues. Si de tels consommateurs existent certainement, l'expérience générale de la vie permet de douter qu'ils ne doivent pas être considérés comme représentant un poids marginal de la demande. La Commission européenne dans la décision *Lagardère* n'a pas du tout considéré ce point. Ainsi, il n'y a pas lieu d'admettre que les livres rédigés dans d'autres langues que le français font partie du marché de référence. Les autres parties n'ont pas contesté ce point.

472. Livres numériques – Plusieurs parties ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres numériques ou ebooks. Servidis/Transat, Dargaud, Interforum et OLF ont invoqué que l'ebook ne ferait partie du marché de référence qu'au niveau retail. L'expertise Gugler, fournie par E5F et Flammarion, n'a pas distingué ses arguments selon les niveaux wholesale et retail et a semblé prétendre que les ebooks devaient également être considérés sur le marché wholesale. Le niveau retail est considéré en premier lieu, suivi du niveau wholesale.

473. Selon une étude du cabinet Kearney de 2012,⁵³⁵ reprise par différents médias, les ventes d'ebooks ne représenteraient que 0,5 % des ventes totales de livres en France, contre 7 % au Royaume-Uni et 20 % aux Etats-Unis. Selon la même étude, seuls 0,2 % des Fran-

çais sont équipés en matériel pour lire des ebooks.⁵³⁶ Toujours selon cette étude, en 2011, 2,7 millions de titres étaient disponibles (en anglais) aux Etats-Unis, alors que seuls 60'000 titres étaient disponibles (en français) en France.⁵³⁷

474. Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo effectuée du 21 janvier 2011 au 7 février 2011 et présentée au Salon du livre de Paris en 2011,⁵³⁸ les Français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support. Cette étude précise également que le taux d'intérêt pour les ebooks n'a pratiquement pas bougé en deux ans, soit de 2009 à 2011.

475. L'expertise Gugler fait référence à une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, dont elle reprend même une illustration.⁵³⁹ Selon l'expertise Gugler, une forte croissance des parts de marché du livre numérique est prédite par PricewaterhouseCoopers. Dans l'étude mentionnée, les parts des ebooks aux Etats-Unis en 2011 sont – prospectivement – estimées à 11,7 %, au Royaume-Uni à 3,4 %, en Hollande à 0,8 % et en Allemagne à 1,4 %.⁵⁴⁰ En 2010, l'estimation est de 7,2 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 1,5 %, en Hollande de 0,3 % et en Allemagne de 0,4 %. En 2009, l'estimation est de 2,7 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 0,2 %, en Hollande de 0,2 % et en Allemagne de 0,1 %. Ces données indiquent sans ambiguïté qu'il ne convient pas d'accorder une importance démesurée aux taux de progression mis en avant pour cette période. A titre d'exemple, la progression du taux en Allemagne entre 2009 et 2010, en une seule année donc, est de 400 %, puis entre 2010 et 2011, de 250 %. Ces progressions à trois chiffres, n'empêchent cependant pas les ebooks de ne peser que 1,4 % en 2011 dans ce pays, selon PricewaterhouseCoopers.

476. Plusieurs parties ont admis d'ailleurs explicitement les conclusions de l'étude PricewaterhouseCoopers. Selon la prise de position d'Interforum du 19 octobre 2012, la distribution d'ebooks « vivra un développement considérable.⁵⁴¹ » Ce propos, au demeurant spéculatif, indique implicitement que la distribution d'ebooks peut effectivement être considérée comme marginale durant

⁵³³ A 692, 40-41.

⁵³⁴ A 672, 39.

⁵³⁵ A.T. KEARNEY, Do Readers Dream of Electronic Books?, cf. extrait accessible online, 4, <http://de.slideshare.net/lfBookThen/do-readers-dream-of-electronic-books>.

⁵³⁶ Cf. article paru le 13 mars 2012, <http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167>; article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-dumal-a-seduire-les-francais-39769628.htm> (dernières consultations le 19 avril 2013).

⁵³⁷ A.T. KEARNEY, (n. 535).

⁵³⁸ Le sondage a été commandé par le magazine spécialisé Livres Hebdo et le Cercle de la librairie et se fonde sur un échantillon de 3'032 personnes représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus, cf. http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hHGIFvgs_RSMi-3cSMVsvgVxwUXw?docId=CNG.829507cd841e863904aa7e5211c47aa7.b1

⁵³⁹ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 6-7.

⁵⁴⁰ PricewaterhouseCoopers, Turning the Page: The Future of eBooks, 29, disponible à <http://www.pwc.com/gx/en/entertainment-media/publications/future-of-ebooks.jhtml> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁵⁴¹ A 692, 40, N 149.

la période d'enquête. Dargaud a relevé à plusieurs reprises que l'apparition du livre numérique est « récente ».⁵⁴² Elle a même qualifié de « progression fulgurante » l'essor du livre électronique et considéré, sans citer de source, qu'il pèserait *aujourd'hui* 10 % du marché. La conjugaison d'une progression fulgurante et d'une part de marché de 10 % à fin 2012 ne laisse pas de doute sur le caractère marginal de l'ebook durant la période d'enquête.

477. Au demeurant, l'étude PricewaterhouseCoopers, sur laquelle repose l'argument principal de l'expertise Gugler à ce sujet, ne produit aucune donnée concernant les livres en français. Sur la base de la faible pénétration des ebooks en français, il ne peut raisonnablement être admis que la portée de ce support dépasse les taux, eux-mêmes marginaux, des ebooks aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Hollande ou encore en Allemagne. Les données sont même probablement très faibles, étant donné la rareté des titres disponibles en français en comparaison aux titres disponibles pour la demande en anglais selon l'étude Kearney.⁵⁴³ Même à émettre l'hypothèse que le niveau d'équipement est supérieur en Suisse romande qu'en France,⁵⁴⁴ dans la mesure où les contenus éditoriaux restent pour ce support également essentiellement produits en France, l'importance des ebooks ne peut être à ce jour que marginale. *A fortiori* il en a été ainsi durant toute la période de référence.

478. L'expertise Gugler elle-même prend soin d'indiquer que l'Office of Fair Trading, l'autorité de la concurrence de la Grande-Bretagne (ci-après: OFT) n'a pas, en 2011, jugé opportun de considérer que les livres numériques faisaient partie du même marché de référence (niveau retail), en raison de l'insuffisance de leur importance.⁵⁴⁵ Cette constatation de l'OFT dans l'affaire *Amazon.com/Book Depository International Limited* est très instructive: non seulement elle est récente, car elle date du mois d'octobre 2011, mais en plus elle s'inscrit dans une décision de concentration, situation dans laquelle la période de référence n'est pas celle, passée, d'une enquête portant sur une violation de la concurrence, mais bien celle, future, qui suit immédiatement l'opération de concentration en question, dans un spectre de 2 à 3 ans en général. Les autres jurisprudences de droit comparé mentionnées par l'expertise Gugler ont toutes, sans exception, laissée ouverte la question de la prise en compte des ebooks dans le marché pertinent.

479. Dans un entretien accordé à la télévision suisse romande, Patrice Fehlmann (OLF) a précisé le 30 novembre 2010: « On est plus en face d'une réflexion des éditeurs qui veulent garder la main sur la production, sur les droits d'auteur. Et chacun a sa raison pour expliquer pourquoi il y viendra demain. Est-ce que c'est parce qu'il n'y a pas de demande qu'il n'y a pas d'éditeur ou l'inverse ? Je ne sais pas vous le dire.⁵⁴⁶ » Début 2012, dans un entretien accordé au quotidien 24h Française Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires indépendants) justifiait le fait que le Parlement n'ait pas jugé opportun de légiférer sur le prix du livre électronique de la manière suivante: « *Le livre électronique vient d'arriver sur le marché il faut attendre avant de légiférer. En outre nous pensons qu'il s'agit d'un nouveau format pour l'écrit qui ne va pas supplanter le livre traditionnel mais plutôt le compléter.*⁵⁴⁷ »

480. Les résultats d'un sondage réalisé en 2012 par M.I.S Trend/L'Hebdo pour le compte du Salon du livre montraient que moins de 8 % des Suisses romands ont lu un livre électronique.⁵⁴⁸ À noter que plusieurs parties à la procédure ont remis en cause les résultats de ce sondage. Leurs critiques sont traitées plus bas concernant le commerce électronique de livres imprimés.⁵⁴⁹

481. Selon les considérants de l'OFT dans la décision *Amazon.com/Book Depository International Limited*, il convient de relever que même si l'importance des ebooks avait été plus forte, il n'est pas à exclure que ceux-ci forment un marché de référence distinct. En effet, les différences significatives dans la formation des prix (coûts de production différents) et la nécessité de disposer d'un équipement (liseuse, tablette, ordinateur) notamment, pourraient justifier de considérer un marché séparé des ebooks.⁵⁵⁰ Quoiqu'il en soit, l'OFT a exclu du marché de référence les ebooks.

482. Ainsi, en l'espèce, pour la période 2005 à 2011, il y a lieu de considérer que le livre électronique n'a pas fait partie du marché de référence au niveau retail. La question de savoir si le livre électronique doit être inclus dans le marché de référence ou si la vente de livres électroniques constitue un marché séparé peut rester ouverte.

483. Les considérations qui précèdent concernent essentiellement le niveau retail du marché, soit la vente

⁵⁴² A 691, 38, N 123, 124.

⁵⁴³ La presse spécialisée s'est régulièrement faite l'écho du faible développement du livre en français sur le nouveau support dématérialisé. « Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'intérêt des Français pour les livres électroniques est dérisoire ! », article paru le 19 mars 2011 sur Numerama, cf. <http://www.numerama.com/magazine/18332-moins-d-un-francais-sur-dix-a-deja-lu-un-ebook.html>; « Culture, politiques, stratégie des grands acteurs, attitude des éditeurs, ventes de matériel...le marché des ebooks est très différent des deux côtés de l'atlantique. Ces différences importantes expliquent pourquoi l'ebook est un tel succès aux Etats-Unis, et pourquoi il a tant de mal à trouver sa place en France. », article paru le 15 mars 2012 sur CNET, cf. <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm>; « (...) les livres numériques peinent terriblement à se tailler une place dans les habitudes des consommateurs. Et ce, tout particulièrement en France. », article paru le 13 mars 2012 sur Franchweb, cf. <http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167> (dernières consultations le 19.4.2013).

⁵⁴⁴ « On peut même raisonnablement se demander si ce genre d'appareil [liseuses] a un avenir en France. Le taux d'équipement des Français serait de seulement 0,2 %, alors que c'est un élément essentiel pour vendre des ebooks, que les applications de lecture pour tablettes et smartphones ne remplacent pas (encore). », article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm>.

⁵⁴⁵ OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

⁵⁴⁶ Cf. <http://www.rts.ch/emissions/abe/alimentation/2635306-saumon-d-elevage-des-poissons-finalement-assez-conservateurs-e-books-un-marche-qui-se-hate-lentement.html>.

⁵⁴⁷ Interview accordée au quotidien 24h, publiée le 13.01.2012, 5.

⁵⁴⁸ Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse: http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf (consulté la dernière fois le 23.4.2013); cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse: http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012).

⁵⁴⁹ Cf. B.4.2.1.2, N 1517 ss.

⁵⁵⁰ OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

aux consommateurs finaux. L'exclusion des livres électroniques du marché de référence au niveau wholesale est d'autant plus justifiée. D'ailleurs, aucune partie à la procédure n'a développé d'argument spécifique au niveau wholesale. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché wholesale durant la période d'enquête. Pour le futur, comme le relève expressément l'expertise Gugler,⁵⁵¹ la question a été laissée ouverte dans une décision de concentration de l'autorité française de la concurrence du 12 août 2012. La question n'a pas non plus à être tranchée dans la présente procédure.

484. Catégories de livre – Plusieurs parties (Servidis/Transat, E5F, Flammarion, Dargaud), ont jugé nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres. L'expertise Gugler considère qu'une telle division doit être opérée au niveau wholesale, mais pas au niveau retail. Le fait de ne pas considérer des sous-marchés constituerait un biais dans l'analyse subséquente de la concurrence intermarques au niveau wholesale. Dans le même sens, Flammarion a exposé dans sa prise de position à titre d'exemple que le consommateur romand a une préférence entre les guides touristiques de la marque « *Routard* » ou « *Lonely Planet* » dans la préparation de ses voyages.⁵⁵² Cette observation est probablement correcte. Elle n'indique cependant pas en quoi elle conduirait à devoir, en l'espèce, considérer un sous-marché. Au niveau wholesale, le détaillant va très probablement devoir commander les deux « marques » mentionnées. Dans tous les cas, il devra être en mesure de les commander pour un client. En effet, à la différence du consommateur qui achètera un guide dans le but de préparer son voyage, le détaillant se procurera plusieurs guides différents, pour les revendre. Dans la mesure où il raisonne de cette façon pour l'ensemble de l'assortiment qu'il propose à ses clients, une division en sous-marchés est superflue en l'espèce, en particulier au niveau wholesale. La concurrence intermarques mentionnée par Flammarion au moment du choix ne concerne que le consommateur final dans la préparation de son voyage, et ce, sous réserve de l'hypothèse non établie que le consommateur va acheter l'un ou l'autre des deux guides en cause, et non les deux.

485. AH a soutenu qu'il y avait lieu de considérer un sous-marché des best-sellers. Elle s'est fondée essentiellement sur la pratique de la COMCO concernant d'autres biens ayant des caractéristiques culturelles⁵⁵³ et sur le fait qu'au niveau retail, il conviendrait d'admettre des élasticité-prix différentes pour les best-sellers. En matière de livres, plusieurs autres autorités étrangères de la concurrence n'ont pas jugé nécessaire d'opérer une telle sous-division du marché. Elles ont relevé notamment qu'il n'était pas satisfaisant de se déterminer sur la nature d'un best-seller – À partir de quand un livre est-il un best-seller ? Pour combien de temps ? etc. Les auditions menées par la COMCO ont permis également de constater qu'il y a une grande différence dans la perception de ce qu'est un best-seller selon les parties à la procédure, tant les critères utilisés pour mesurer et juger les ventes diffèrent entre les acteurs.⁵⁵⁴ Dans ces conditions, la « catégorie des best-sellers » ne permet pas de fonder un marché de référence utile à l'analyse. Par

conséquent, une telle distinction au niveau du marché pertinent n'est pas opportune, ce qui n'empêche pas que le phénomène des best-sellers soit considéré à d'autres stades de l'analyse.

486. Servidis/Transat ont considéré qu'une division en sous-marchés était nécessaire en raison de l'hétérogénéité du marché, mais n'en ont tiré aucune conclusion dans l'analyse. Elles ont semblé au surplus considérer que dans la littérature chaque titre serait un marché en soi, aucun titre n'étant substituable à un autre. Cette conclusion est erronée. Chaque titre ne constitue pas un marché de référence en soi au sens du droit de la concurrence. En effet, malgré la différenciation extrême propre au contenu du produit, il y a lieu de constater que la distribution des livres intervient de manière homogène indépendamment du contenu du titre. En d'autres mots, tous les livres considérés ont en commun le fait qu'ils sont des imprimés. La COMCO, suivie par le TF sur ce point, avait déjà constaté cet élément dans l'affaire *Sammelrevers*.⁵⁵⁵ A cette occasion, la demande prise en compte était celle des consommateurs finaux. Le raisonnement vaut *a fortiori* pour le marché wholesale.

487. Dargaud a prétendu que ne pas distinguer entre catégories de livres se détacherait de la pratique de la COMCO dans les affaires *BMW* et *Nikon*. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans l'analyse. Bien que les accords incriminés dans ces affaires auraient connu une application dépassant les marchés de produits retenus, la COMCO aurait cependant à raison distingué les produits pour tenir compte de la réalité du marché. En l'espèce, l'examen des concurrences intramarque et intermarques devrait tenir compte de chaque catégorie de livres.⁵⁵⁶ A la différence des affaires mentionnées, les systèmes de distribution en cause en l'espèce s'appliquent non seulement à tous les livres écoulés, mais en plus, ils prévoient une méthode de calcul des prix uniforme basée sur un prix de référence sur le marché final décompté d'une remise (système des tabelles). Dans ce sens, les différences d'élasticité-prix ont certes une influence à certains niveaux du marché – notamment au niveau de la fixation des prix en euros par les éditeurs conformément à la loi Lang, dont l'éventuelle pression concurrentielle sur le marché wholesale sera examinée plus bas – mais certainement pas dans la distribution.

488. Les autres parties à la procédure n'ont pas contesté qu'une distinction en sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres était superflue en l'espèce.

⁵⁵¹ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8.

⁵⁵² A 699, 20, N 86.

⁵⁵³ DPC 2000/4, 171, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.

⁵⁵⁴ A 898, L 60ss; A 901, L 259ss; A 902, L 332 ss; A 904, L 252 ss; A 908, L 183 ss; A 912, L 114 ss; A 905, L 167 ss.

⁵⁵⁵ DPC 1999/3, 474 N 64, *Sammelrevers*.

⁵⁵⁶ A 691, 37, N 118 ss.

489. Ainsi, il n'y a pas lieu de diviser le marché de référence en sous-marchés selon les grandes catégories de livres, ni selon les best-sellers, ni de considérer que chaque livre constitue un marché pour lui-même. Cela n'empêche pas que l'influence sur la concurrence des phénomènes à l'origine des contestations des parties à ce niveau soit traitée plus loin dans l'analyse, notamment au niveau de l'examen de la concurrence inter-marques, dans la mesure où certains diffuseurs-distributeurs ont développé des arguments correspondants.⁵⁵⁷

490. Erreur méthodologique – Finalement, selon Dargaud, il aurait convenu de déterminer le produit uniquement selon la demande des consommateurs finaux, sous peine de commettre une erreur méthodologique.⁵⁵⁸ Elle a fondé son argument sur la pratique de la COMCO dans les affaires *Nikon* et *BMW*, en cela qu'il est recouru au concept de la demande dérivée des consommateurs – « *abgeleitete Nachfrage* ». ⁵⁵⁹

491. Les préférences des consommateurs finaux sont un élément important dans les décisions d'achat des détaillants. C'est ce qui explique pourquoi les décisions citées, mais également la présente décision accordent une importance particulière à ces préférences. Des constatations semblables ont mené la COMCO à se fonder sur les préférences des consommateurs finaux comme point de départ pour définir la dimension produit du – ou des – marché de référence dans le cadre d'accords ATD constatés dans d'autres industries.⁵⁶⁰ Ne joue cependant aucun rôle, l'ordre dans lequel les marchés sont définis. En l'espèce, le niveau wholesale est directement affecté par les clauses ATD. Partant, il est le marché de référence (principal). Pour le définir, il est tenu compte de la demande dérivée des consommateurs finaux mais également d'autres éléments, dont certains ne sont d'ailleurs pas pertinents pour le niveau retail. De plus, les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché retail et la demande des consommateurs finaux sont également considérées à un stade ultérieur de l'analyse.⁵⁶¹ De cette manière, il est tenu compte adéquatement du marché final en l'espèce.

Niveaux de marché wholesale et retail

492. Les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs, s'ils peuvent notamment au niveau des préférences se recouper en partie ou complètement, ne sont pas directement comparables.⁵⁶² Le détaillant intervient dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs non pas dans le but de lire ou d'offrir les livres qu'il acquiert, mais dans le but de les vendre ensuite à des consommateurs finaux. Cette observation n'exclut pas que les libraires soient eux-mêmes de fervents lecteurs, mais elle tient compte de la réalité économique du détaillant qui doit composer son offre de manière à créer un revenu par son activité. Pour ce faire, il tiendra compte des comportements d'achat des consommateurs finaux, mais aussi d'autres critères. Ainsi, le comportement d'achat des consommateurs finaux est (seulement) l'une des composantes de celui du détaillant.

493. La caractéristique du prix d'un produit est essentielle dans la définition du marché telle qu'elle est prévue par l'art. 11 OCCE.⁵⁶³ Le prix d'achat pour un même produit est en soi différent entre les deux échelons de

marché. En effet, pour un même livre, le consommateur et le détaillant ne seront pas prêts à payer le même montant, car le dernier ne vise pas – ou pas seulement – la lecture de ce livre, mais également sa revente afin de dégager un revenu de son activité. De même, un lecteur ne consomme en général qu'un seul exemplaire d'un titre, alors que le libraire acquiert un même titre en plusieurs exemplaires afin d'être en mesure de revendre ce titre à plusieurs consommateurs finaux distincts. Les questions du nombre d'exemplaires à commander en fonction de la place physique à disposition du détaillant et du risque de supporter des coûts (supplémentaires) de transport en cas d'exercice du droit de retour ne sont pas négligeables pour le détaillant et font partie des réflexions commandées par son activité commerciale habituelle. Le consommateur final n'a pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Il y a donc lieu de distinguer deux niveaux de marché, wholesale et retail pour tenir compte de manière adéquate des caractéristiques différentes de la demande des détaillants et des consommateurs finaux.

494. Aucune des parties n'a remis en cause sur le fond la distinction entre les échelons wholesale et retail des marchés de la vente de livres, exception faite de la critique d'ordre terminologique de Servidis/Transat (anglicisme) et d'un problème de compréhension éventuellement soulevé par l'expertise Gugler concernant le lien fait par le Secrétariat dans sa proposition avec la décision *Lagardère* de la Commission européenne. Pour cette dernière critique, il convient de relever que les mandataires de Dargaud ont constaté expressément que la scission en deux niveaux – wholesale et retail – « est conforme à la jurisprudence européenne et n'est pas remise en cause par Dargaud (Suisse) SA.⁵⁶⁴ » Dans la mesure où ce sont les mêmes mandataires qui ont défendu les intérêts de Flammarion, on peut raisonnablement partir de l'hypothèse que l'expertise Gugler, fournie par Flammarion et par E5F, se basait également sur cette scission en deux niveaux de l'analyse, malgré la critique apparente de l'expertise Gugler sur ce point.⁵⁶⁵ D'ailleurs, l'expertise Gugler a distingué par la suite fréquemment ses arguments selon qu'ils portaient sur le niveau wholesale ou retail.

495. Les parties ont contesté cependant les partenaires de l'échange qu'il convient de considérer du côté de l'offre (en particulier) et de la demande, tant au niveau wholesale que retail.

⁵⁵⁷ Cf. notamment les arguments de Dargaud ci-dessus B.4.2.3.1, 124 ss.

⁵⁵⁸ A 691, 36-37.

⁵⁵⁹ A 691 N 117; DPC 2012/3, 559 N 174, *BMW*; Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 357 (publication prévue in DPC).

⁵⁶⁰ DPC 2012/3, 559, N 174, *BMW*; décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 357, (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 85 N 174, *Gaba*.

⁵⁶¹ Cf. B.4.2.4, 134 ss.

⁵⁶² Cf. également décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 355.

⁵⁶³ Cf. également DPC 2009/2, 147 N 46, *Felco*.

⁵⁶⁴ A 691, 36, N 115.

⁵⁶⁵ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2; A 699, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2.

496. La demande wholesale et retail, puis l'offre wholesale et retail sont considérées.

Demande wholesale

497. La demande au niveau wholesale est composée des détaillants. Ils englobent principalement les librairies et les autres détaillants actifs dans la vente de livres aux consommateurs finaux, ce qui inclut implicitement les magasins spécialisés que Dargaud a soulevés.⁵⁶⁶

498. Le modèle d'affaires des détaillants dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement la vente au détail, c'est-à-dire les grandes surfaces, n'est pas directement comparable à celui des libraires. En effet, ces entreprises ne sont pas systématiquement en mesure de proposer aux consommateurs finaux la commande des ouvrages désirés si ceux-ci ne se trouvent pas en rayon ou ne font pas partie de l'assortiment.⁵⁶⁷ Coop, Naville et la Poste notamment fonctionnent en outre selon le modèle du rackjobbing, qui prévoit la délégation du choix des produits, en l'occurrence des livres, qu'il s'agit de présenter dans un rayon de taille définie à une entreprise tierce, disposant du savoir-faire en la matière.⁵⁶⁸ Ces entreprises sont cependant actives dans la revente de livres et, partant, font partie intégrante de la demande du marché wholesale. Il y a lieu de les considérer dans le marché de référence.

499. Catégories de revendeurs – Selon l'expertise Guger, la demande au niveau wholesale aurait dû être déterminée en tenant compte des catégories de détaillants. L'expertise n'en a cependant tiré aucune conclusion dans la suite de l'analyse. Aucune autre partie n'a considéré qu'une distinction par catégorie de revendeur serait pertinente.

500. Dans la décision *Lagardère*, la Commission européenne s'est intéressée aux différences entre les types de détaillants pour la définition des marchés en cause. Elle a constaté que les activités de diffusion et de distribution variaient considérablement selon le type de détaillant. Les détaillants sont classés selon différents niveaux en fonction de leur chiffre d'affaires, du nombre de références qu'ils peuvent offrir, de leur surface commerciale réservée aux livres et de leur degré de spécialisation.⁵⁶⁹ Etant donné les différences des conditions de concurrence pour les différents types de détaillants, la Commission européenne a ainsi considéré qu'une subdivision par niveau de détaillant serait pertinente. Elle a toutefois laissé la question ouverte, dans la mesure où telle distinction n'aurait pas eu pour effet de modifier le résultat de son analyse.⁵⁷⁰ En Suisse, au niveau des services, il ne semble pas que les différences de traitement opérées par les diffuseurs concernant les catégories de détaillants requiert l'analyse de sous-marchés distincts. Les accords examinés sont indépendants du type de détaillant.

501. En l'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux types de détaillants, la question peut cependant rester ouverte car elle n'est pas déterminante en l'espèce.

Demande retail

La demande au niveau retail est composée par les consommateurs finaux, ce qui n'est pas remis en question par les parties à la procédure.

Offre wholesale

502. Du côté de l'offre, les partenaires de l'échange ont essentiellement été les diffuseurs-distributeurs en Suisse durant la période visée par l'enquête.⁵⁷¹ Au vu des prestations comparables qu'ils offrent notamment aux libraires français, les diffuseurs-distributeurs français sont également à ranger du côté de l'offre. Au-delà des diffuseurs-distributeurs suisses et français, plusieurs parties ont fait valoir que d'autres entreprises devraient également être considérées du côté de l'offre au niveau wholesale. Ce sont les grossistes, les coursiers, les entreprises présentes sur internet et les libraires français. Le rôle de chacun de ces types d'entreprises est analysé. Avant cela, il convient cependant de traiter la critique principalement émise par Diffulivre, concernant le fait de considérer les diffuseurs comme des partenaires de l'échange.

503. Diffuseurs comme partenaires de l'échange – Diffulivre a constaté que la Commission européenne n'avait pas considéré les diffuseurs-distributeurs en tant que tels mais plutôt les éditeurs et leurs partenaires les diffuseurs-distributeurs, formant un tout, malgré leur relation contractuelle basée sur la prestation de service, comme partenaire de l'échange des détaillants. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans la suite de son analyse de la concurrence. D'ailleurs, la distinction wholesale et retail a été reprise sans autre par l'expertise CRA qu'elle a fournie.⁵⁷²

504. Admettant la relation particulière entre les éditeurs et les diffuseurs-distributeurs, la Commission européenne a essentiellement fondé son analyse dans la décision *Lagardère* sur deux niveaux de demande, soit celle constituée par les détaillants et celle constituée par les consommateurs finaux,⁵⁷³ conceptuellement les mêmes que dans la présente décision. Plus avant elle a précisé: « La vente de livres s'effectue à plusieurs niveaux de la chaîne du livre. Dans un premier temps, il existe une relation commerciale entre les éditeurs et leurs clients détaillants, qui s'articule autour d'un prix, la remise accordée au revendeur. Dans un second temps,

⁵⁶⁶ A 691, 40, N 128 ss.

⁵⁶⁷ Cf. A 550, 4, 8 et 12; cf. A 547, 5.

⁵⁶⁸ Cf. A 551, 4; A 527, 2.

⁵⁶⁹ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 36. Quatre catégories résultent de ce classement – les détaillants de niveau 1, de niveau 2, les grossistes et les hypermarchés. Les premiers obtiennent un large éventail de prestations, alors que les derniers se contentent du service minimal; la gamme d'ouvrages diffusés et les taux moyens de remise diffèrent également selon le niveau des détaillants.

⁵⁷⁰ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 176 à 187, 355.

⁵⁷¹ Cf. B.4.2.4, 134 ss.

⁵⁷² A 693a, annexe 1 (expertise CRA), 1 ss.

⁵⁷³ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 174.

le livre fait l'objet d'une transaction commerciale distincte de la première qui se déroule entre les détaillants et le consommateur final, c'est-à-dire le lecteur. Lorsque le client revendeur est un grossiste et non un détaillant, une relation commerciale intermédiaire supplémentaire prend place entre ce grossiste et les détaillants de petite taille.⁵⁷⁴ » On peut par ailleurs relever que Servidis/Transat ont constaté à tort que le seul marché de gros considéré par la Commission européenne dans l'affaire Lagardère serait la vente par les grossistes aux détaillants.⁵⁷⁵

505. L'analyse de la Commission est adaptée sur mesure à la décision *Lagardère*. Les spécificités de la demande wholesale identifiées dans la présente procédure commandent cependant de considérer les diffuseurs-distributeurs comme les partenaires de l'échange, et non les éditeurs, pour la plupart situés en France. En effet, dans la perspective des détaillants en Suisse, les diffuseurs-distributeurs sont l'interlocuteur direct. En particulier, c'est avec eux que les remises sont en principe négociées, et non avec les éditeurs français. De plus, si l'importance des diffuseurs-distributeurs (français) et leur influence au niveau de la politique commerciale de l'éditeur sont considérées comme (très) fortes par la Commission européenne,⁵⁷⁶ leur influence en Suisse sur la politique commerciale est encore plus grande. Plus proches du marché, ils jouent un rôle considérable en pratique et déterminent la table. Au surplus, on constatera que les diffuseurs-distributeurs suisses comme les grossistes en France, sont approvisionnés par les diffuseurs-distributeurs français. En d'autres mots, en Suisse, il y a systématiquement une relation commerciale supplémentaire pour les livres écoulés sur le territoire national durant la période visée par l'enquête. Or, dans l'analyse de la Commission européenne, la relation d'intermédiaire assumée par les grossistes a justifié de les considérer comme des partenaires de l'échange.⁵⁷⁷

506. Dans la suite de son analyse, Diffulivre elle-même a partagé l'opinion que du point de vue de la demande, ce sont les diffuseurs-distributeurs qui intervenaient du côté de l'offre, notamment lorsqu'elle a soutenu, à plusieurs reprises, que les diffuseurs-distributeurs français auraient pu être, à côté des diffuseurs-distributeurs suisses notamment, des partenaires de distribution des détaillants suisses.⁵⁷⁸

507. En Suisse, le rôle des diffuseurs-distributeurs est encore plus important que dans la situation à la base de l'analyse de la décision *Lagardère*. Au-delà de Diffulivre aucune partie n'a mis en cause que les diffuseurs-distributeurs sont les partenaires de l'échange des détaillants considérés. Ce sont donc eux qu'il s'agit de considérer comme partenaires de l'échange du côté de l'offre au niveau wholesale. Au surplus, il peut être renvoyé aux considérants dédiés à l'indépendance des diffuseurs-distributeurs suisses.⁵⁷⁹

508. Diffuseurs en France – Les parties n'ont pas remis en cause que les diffuseurs-distributeurs en France font partie de l'offre. Interforum a précisé même que « sur le marché wholesale Amazon est un des trois plus grand[s] clients d'*Interforum France* ». ⁵⁸⁰ Diffulivre est revenue à plusieurs reprises sur la possibilité prétendument offerte

par Hachette Livre.⁵⁸¹ Flammarion l'a également reconnu.⁵⁸²

509. Grossistes – Selon Diffulivre, OLF et Interforum, les grossistes devraient être considérés du côté de l'offre sur le marché wholesale. Diffulivre a souligné dans sa prise de position le rôle et l'importance des grossistes sur le marché wholesale.⁵⁸³ Selon elle, le canal des grossistes serait substituable à celui des diffuseurs; les services d'un niveau différent que ceux offerts par les diffuseurs-distributeurs ne seraient pas un critère pour les exclure du marché de référence wholesale dans la perspective d'une délimitation des marchés fondée sur la vente de livres et le caractère incomplet de leur assortiment ne les distinguerait pas des autres diffuseurs-distributeurs puisque la distribution est caractérisée par des rapports d'exclusivité. Plus avant, elle a remis en cause la pertinence des données statistiques de l'étude Ipsos Culture de mars 2007.⁵⁸⁴ Ces données ne permettraient pas de conclure à ce que l'importance des grossistes soit faible pour les détaillants suisses.⁵⁸⁵

510. Les arguments qui ont été avancés par Diffulivre concernant l'assortiment et la qualité de services sont pertinents. Il est correct d'affirmer qu'aucun diffuseur-distributeur dans un système d'exclusivité généralisé tel qu'il a cours dans la branche du livre ne dispose d'un assortiment complet. Les différences au niveau du service ne doivent pas non plus mener à une définition trop étroite du marché de la vente. Dans ces circonstances, les grossistes doivent être intégrés au marché de référence. L'importance réelle qu'ils ont joué sur le marché sera considérée au niveau de l'analyse des concurrences intramarque et intermarques.

511. Librairies situées en France - Certains diffuseurs, notamment Interforum et Diffulivre ont considéré que les libraires en France pouvaient constituer une alternative d'approvisionnement pour les détaillants en Suisse. Distrilivres a monté un système d'approvisionnement reposant essentiellement sur des achats à travers des librairies françaises. On peut cependant se demander si les libraires français constituent un partenaire de l'échange au niveau wholesale uniquement en raison de l'ampleur du potentiel d'arbitrage et des restrictions au cœur de la présente enquête. La question de savoir si ces libraires font partie de l'offre au niveau wholesale peut rester ouverte.

⁵⁷⁴ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 159.

⁵⁷⁵ A 672, 40.

⁵⁷⁶ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 124.

⁵⁷⁷ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 278 ss.

⁵⁷⁸ Cf. notamment A 693a, N 39 ss.

⁵⁷⁹ Cf. B.1.1, 10 ss.

⁵⁸⁰ A 692, 16, N 39.

⁵⁸¹ A 693a, N 39 ss.

⁵⁸² A 699, 25, N 108.

⁵⁸³ A 693a, 22, N 51 ss.

⁵⁸⁴ Ipsos Culture et Observatoire de l'économie du livre, Situation économique de la librairie indépendante - rapport des enquêtes quantitatives, disponible à l'adresse: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000245/0000.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁵⁸⁵ A 693a, 25, N 59 ss.

512. Commerce électronique du livre imprimé (en particulier Amazon) – Pour éviter toute redondance et proposer un exposé clair, le rôle du commerce électronique sur le niveau wholesale est traité à la suite de l'analyse concernant son importance au niveau retail. En effet, toutes les parties qui ont prétendu que le commerce électronique avait eu une influence durant la période de référence au niveau wholesale ont également invoqué que cela avait été, a fortiori le cas au niveau retail.

513. L'analyse qui suit permet de retenir que le commerce électronique du livre n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

Offre retail

514. L'offre retail est principalement constituée par les détaillants, lesquels ont acquis les livres des partenaires de l'échange de l'offre wholesale.

515. Flammarion a exposé que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.⁵⁸⁶ Il ne s'agit là pas d'une critique, mais d'une erreur, puisque les grandes surfaces sont considérées – et l'ont déjà été dans la proposition du Secrétariat – du côté de l'offre sur le marché retail.

516. Sont exclus du marché de référence retail, les clubs de vente par correspondance. Cela concerne notamment l'entreprise France Loisirs dont le modèle économique se base sur le principe d'un engagement dans un club. Les membres sont obligés de commander un nombre minimal de livres par année, à défaut de payer la sélection du trimestre, composée d'un ou de deux livres recommandés par le comité de lecture du Club France Loisirs Suisse.⁵⁸⁷ Aucune partie n'a remis en cause l'exclusion du Club France Loisirs Suisse du marché de référence.

517. **Commerce électronique de livres imprimés** – La principale critique de nombreuses parties – Diffulivre, Servidis/Transat, Dargaud, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (au moins implicitement) – a concerné l'absence de prise en compte au niveau de l'offre retail des entreprises actives par l'intermédiaire d'internet, dont Amazon est la plus connue. La plupart des parties n'a pas motivé en détail ce point. Certaines parties, en particulier Diffulivre ainsi qu'E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler, ont en revanche avancé plusieurs éléments pour soutenir la thèse.

518. Pratique à l'étranger – L'expertise Gugler a relevé expressément que l'OFT n'a pas considéré le commerce électronique comme un substitut du commerce stationnaire dans une décision de concentration du 26 octobre 2011.⁵⁸⁸ Selon l'OFT, qui a fondé sa décision sur la base de nombreuses prises de position de tiers, deux études économiques livrées par les parties en cause (*BML Survey* et *ICM Survey*), une étude économique livrée par un tiers et construite sur la méthode du SSNIP test,⁵⁸⁹ la vente de livres imprimés par le commerce électronique est un marché de référence différent que la vente de livres imprimés dans des « magasins physiques » – « *physical stores* » ou « *bricks and mortar retailers* ». ⁵⁹⁰ On rappelle que la définition du marché relevant est un exercice prospectif dans l'analyse d'une concentration. On relèvera que l'OFT semble être la seule autorité à ce

jour à avoir mené une analyse dans la branche du livre sur l'opportunité de considérer un marché séparé du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire. Comme l'expertise Gugler l'a constaté, les décisions de la Commission européenne, de l'Autorité française de la concurrence (en 2012) mais aussi de l'autorité allemande Bundeskartellamt ont toutes laissé la question ouverte, dans la mesure où cela ne modifiait pas les conclusions des décisions correspondantes.⁵⁹¹

519. Dans la décision *Lagardère*, la Commission européenne avait également laissé la question ouverte. Selon Dargaud et Servidis/Transat, les références à la décision *Lagardère* sont peu pertinentes, étant donné la date à laquelle a été adoptée celle-ci.⁵⁹² On a vu que de nombreuses décisions récentes sont parvenues à la même conclusion que la Commission européenne. Il convient de garder à l'esprit que la décision *Lagardère* est une décision de concentration et que la délimitation du marché relevant y est par définition prospective, laquelle s'inscrit dans un horizon temporel en principe de deux à trois ans. Dans la mesure où la décision a été arrêtée en 2004, elle ne pourrait pas être écartée sous ce seul prétexte.

520. Plusieurs détaillants (physiques) ont déclaré qu'ils considéraient les sites tels que Amazon comme de réels concurrents, ce qui supposerait que ceux-ci fassent partie de l'offre au niveau retail. La définition des marchés repose en principe essentiellement sur les perceptions de la demande. Dans ce sens, il serait erroné de considérer comme décisives les indications des détaillants pour déterminer si le commerce électronique doit être inscrit du côté de l'offre. Il n'en reste que les perceptions rapportées par ceux-ci ont une valeur certaine. L'évaluation des questionnaires indique, conformément à ce qu'a prétendu Diffulivre, que la plupart des détaillants – presque trois sur quatre – a considéré que les entreprises actives sur internet étaient des concurrents actuels, en 2011. Au moment d'estimer l'importance du commerce électronique, moins de la moitié des détaillants interrogés n'a cependant été en mesure d'articuler des chiffres. Lorsque des chiffres ont été articulés, il est ressorti que selon les détaillants, l'importance d'Amazon, en 2011 s'établissait en moyenne à environ 10 %.

521. Durant son audition, Jacques Lecomte (Distrilivres) a affirmé que les concurrents de Distrilivres avec l'euro à 1.2 francs, ne sont pas Payot et la FNAC (Suisse), mais Amazon et les librairies qui ouvrent dans la région d'Annemasse, à proximité de la frontière avec la

⁵⁸⁶ A 699, 19 ss, N 22 ss.

⁵⁸⁷ Cf. www.franceloisirs.ch, aide en ligne (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁵⁸⁸ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7; OFT, ME/5085/11, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

⁵⁸⁹ OFT, ME/5085/11, 4 ss, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

⁵⁹⁰ OFT, ME/5085/11, 11, N 40, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

⁵⁹¹ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7-8; A 692, 41, N 132 (Servidis/Transat).

⁵⁹² A 672, 44, Fn 120; A 691, 41 N 132.

Suisse.⁵⁹³ La portée d'Amazon est estimée par Jean-Marie Lebec (Payot), lors de l'audition du 26 novembre 2012, à 10, 15 % peut-être.⁵⁹⁴

522. Il y a lieu d'admettre que les détaillants ont considéré en 2011 les entreprises actives sur internet comme des concurrents et qu'ils ont estimé que le poids de la vente de livres par internet a été marginal en 2005 et de l'ordre de 10 à 15 % pour la période 2010-2011. Sans être décisifs, ces éléments sont un indice en faveur de l'inclusion des entreprises actives sur internet du côté de l'offre sur le marché retail.

523. Plusieurs diffuseurs-distributeurs n'étaient pas en mesure de fournir une estimation de l'importance du commerce électronique de livres en Suisse dans leur réponse au questionnaire du 2 mars 2011. Pour ceux qui ont fait part de leur estimation, les indications sont proches de celles des détaillants, Interforum et Dargaud indiquant des parts de marché identiques de 10 % (2010) et 12 % (2011),⁵⁹⁵ OLF des parts de marché de 10 % (2010) et 15 % (2011).⁵⁹⁶ Glénat a indiqué que le commerce électronique pesait 10 % en se référant au sondage M.I.S Trend examiné ci-après. Les autres diffuseurs-distributeurs ne se sont pas prononcés.

524. La portée du sondage M.I.S Trend a été remise en cause par certaines parties. D'une part, Diffulivre a prétendu que selon le sondage M.I.S Trend internet exercerait une présence déjà significative sur le marché retail. D'autre part, Flammarion a considéré que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne serait pas une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.⁵⁹⁷ ». D'autres parties ont simplement soulevé que le sondage n'était pas sérieux, étant donné qu'il a été rapporté par un magazine hebdomadaire. Le fait que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne peindrait pas la réalité n'est pas motivé par Flammarion, qui n'a fourni d'ailleurs aucun élément de fait pour soutenir sa critique. Il n'y a pas lieu d'écarter « par principe » le sondage M.I.S Trend/Hebdo, ni de ne pas le considérer sous prétexte qu'il a été élaboré en collaboration avec un magazine hebdomadaire.

525. Le sondage M.I.S Trend appelle plusieurs commentaires. Les données à la base de l'étude ont été collectées à la fin de l'hiver 2012.⁵⁹⁸ Selon l'étude, moins de 10 % des Suisses romands ont le plus souvent acheté des livres par le biais d'internet en 2012. La question posée était la suivante: « Où achetez-vous le plus souvent vos livres ? »

526. Interforum a prétendu que « 10 % sont une part de marché loin d'être négligeable.⁵⁹⁹ » La texture ouverte de la question, comme l'a relevé Diffulivre, ne permet pas de conclure à admettre que le chiffre de 10 % correspond à une part de marché. Le chiffre ne concerne que le lieu d'achat le plus utilisé et n'indique aucun volume. Il convient dans tous les cas d'être prudent pour extrapoler des indications en parts de marché à partir de ces données.

527. M.I.S Trend a indiqué que 74,2 % des Suisses romands achetaient le plus souvent leurs livres dans une librairie appartenant à une chaîne ou de type indépen-

dant. Les propositions à choix du sondage éludaient les supermarchés – comme Manor, Migros, Coop – mais aussi d'autres lieux comme les kiosques Naville ou la Poste. Or, comme l'ont relevé de nombreux diffuseurs, il ne peut être fait abstraction de ces canaux. Dans ces circonstances, on ne peut exclure qu'en volume de livres achetés, la prise en compte du poids de ces détaillants tend à se répercuter négativement sur le canal internet, comme sur les autres canaux mentionnés d'ailleurs.

528. La plupart des parties ont souligné la rapidité de la croissance des entreprises actives sur internet. Interforum a dans ce sens précisé que le chiffre de 10 % est d'autant moins négligeable que les parts de marché des entreprises sur internet connaissent une croissance très rapide.⁶⁰⁰ Sous l'hypothèse d'un développement rapide, il ne peut être mis en doute dans ces circonstances que le chiffre de 10 % avancé par l'étude, décrivant la situation en 2012, est très probablement supérieur à l'influence réelle du canal en question durant la période de référence, à savoir de 2005 à 2011. Pour rappel, en 2005, la Suisse romande venait juste de passer la barre des 50 % de la population utilisant internet régulièrement et c'est en 2010 que la Suisse romande a dépassé la barre des 60 %.⁶⁰¹ Il est au surplus notoire que procéder à des paiements sur des sites étrangers ne fait pas partie des activités les moins craintes par les utilisateurs internet.

529. Le sondage distingue entre les résultats pour les hommes et les femmes. Il ressort du sondage que parmi les catégories « 4 à 10 achats » et « plus de 11 achats » proposées pour répondre à la question « [a]u cours des douze derniers mois, combien de livres avez-vous achetés ? », les femmes surperforment systématiquement les hommes. Cette indication confirme les données collectées par l'UNESCO indiquant que 39 % des femmes contre seulement – ce qui reste cependant élevé en comparaison internationale – 24 % des hommes lisent quotidiennement. Il convient de constater que les femmes génèrent un plus gros volume de commerce de livres que les hommes. Or, cette consommation plus forte de livres par l'un des genres ne retrouve pas son pendant au niveau des achats sur internet. L'achat sur internet n'est l'apanage que de 5,7 % des femmes contre 12 % des hommes, soit plus du double. Selon ces indications, il semble ainsi même plutôt raisonnable

⁵⁹³ A 886, 3, L 321 ss.

⁵⁹⁴ A 913, L 935-936.

⁵⁹⁵ A 407, Q. 14.

⁵⁹⁶ A 404, Q. 14.

⁵⁹⁷ A 699, 22, n. 63

⁵⁹⁸ Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse: http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012); cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse: http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012).

⁵⁹⁹ A 692, 40, N 148.

⁶⁰⁰ A 692, 40, N 148.

⁶⁰¹ Cf. Office fédéral de la statistique, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html?open=5,6#6 (dernière consultation le 11 juin 2013).

d'admettre que la moyenne indiquant que 10 % de la population suisse romande achète en 2012 le plus souvent des livres sur internet est probablement surévaluée et que le volume généré est inférieur à 10 %.

530. Dans ces circonstances, il n'est pas possible de déduire du sondage M.I.S Trend que le commerce électronique aurait eu une influence importante sur le marché durant la période d'enquête. Il indique qu'environ 10 % des consommateurs ont effectué le plus souvent, leurs achats de livres par internet. Il s'agit d'un indice selon lequel certains consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais cet indice ne permet pas d'affirmer que cela a été le cas durant la période visée par l'enquête.

531. Diffulivre a produit une étude effectuée par Ipsos Suisse SA (ci-après: rapport IPSOS) à sa demande. Ce rapport confirmerait l'importance d'internet pour les consommateurs de Suisse romande, selon Diffulivre. Le rapport Ipsos a été réalisé online, du 14 au 19 septembre 2012 sur un échantillon de 561 individus. Cela signifie que l'étude a été réalisée en dehors de la période d'enquête et sur la base de réponses fournies par des internautes. Pour déterminer l'importance du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire pour les consommateurs Suisses romands, le choix d'une étude online est particulièrement peu pertinent. Se basant sur le rapport Ipsos, Diffulivre a souligné que, parmi les Suisses romands ayant acheté des livres par le commerce électronique durant l'année précédant l'étude – essentiellement en 2012 en d'autres mots – 29 % ont déclaré acheter de plus en plus souvent sur internet.⁶⁰² Cette donnée confirme la progression du canal internet. Elle prouve également que durant la période visée par l'enquête l'influence a forcément été inférieure à ce qu'elle peut l'être à ce jour. Comme l'étude M.I.S Trend, le rapport Ipsos constitue un indice selon lequel les consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais il ne laisse pas tirer de conclusion déterminante pour la période visée par l'enquête.

532. L'importance d'internet serait également corroborée par des données statistiques françaises que Diffulivre a extrapolé pour juger de la situation en Suisse. Le tableau proposé par Diffulivre indique qu'en France, les ventes de livres par internet sont passées de 5,4 % en 2005 à 10,0 % en 2009. Les chiffres devraient même être supérieurs pour la Suisse étant donné le différentiel de prix entre la Suisse et la France.⁶⁰³ Ces données statistiques n'appellent de commentaire particulier si ce n'est qu'elles ne concernent pas la Suisse. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un indice supplémentaire menant à considérer les entreprises actives sur internet du côté de l'offre retail.

533. Diffulivre a exposé que cela serait contraire à la pratique de la COMCO de ne pas considérer les ventes par internet, citant la décision *Online-Handel*.⁶⁰⁴ S'il est correct de remarquer que la COMCO a considéré le canal internet dans ladite décision, la définition du marché de référence reste un exercice devant être effectué au cas par cas et dépendant exclusivement des circonstances de la branche concernée. On ne saurait extrapoler des constatations faites en matière de ventes de

machines à laver, des éléments déterminants pour apprécier la substituabilité de la demande de livres de la part des consommateurs finaux, seul pertinente en l'espèce.

534. L'expertise Gugler datant du 19 octobre 2012 a mentionné au demeurant, en se basant sur plusieurs sources que « [d]ans de nombreux pays, on observe une augmentation de la part de marché détenue par le [commerce électronique de livres]⁶⁰⁵ dont la substituabilité au commerce stationnaire tend à s'affirmer.⁶⁰⁶ » En observant que la substituabilité « tend à s'affirmer » à l'automne 2012, l'expertise Gugler constate ainsi que cette substituabilité est en progression et, précisément, qu'elle n'est pas encore – puisqu'elle « tend » – affirmée en automne 2012. Dans ce contexte, une lecture précise de l'expertise Gugler confirme également que le commerce électronique de livres n'a certainement pas constitué une option de substitution durant la période de référence, laquelle s'étend de 2005 à 2011.

535. Flammarion au niveau retail a considéré que c'est la méthode du SSNIP test qui devrait être utilisée pour déterminer si la vente de livres imprimés par internet devait être considérée dans le marché relevant.⁶⁰⁷ Sur le plan conceptuel, le point est pertinent. Cette méthode a d'ailleurs été mise en œuvre par l'OFT dans l'examen de la concentration *Amazon.com/Book Depository International Limited* et c'est justement sur cette base qu'il a été considéré, à la fin 2011 et pour la durée habituelle de deux à trois ans pertinente en cas de concentration, que la vente de livres imprimés par internet n'était pas un substitut à la vente physique de livres.⁶⁰⁸ Pour la Suisse, le rapport Ipsos relève que « le prix trop élevé des livres est clairement la principale raison pour laquelle les Romands achètent moins souvent leurs livres en librairie et en GSS⁶⁰⁹ » et que « [l]e prix des livres est clairement la principale motivation des Romands qui achètent plus souvent leurs livres sur internet.⁶¹⁰ » Dans ces circonstances, il ne peut ainsi être exclu que le commerce électronique constitue en Suisse également un marché distinct du commerce stationnaire, mais que c'est le niveau de prix anormalement élevé du commerce stationnaire, en particulier dans un contexte de forte appréciation du franc suisse, qui mène à ce que le commerce électronique de livres devienne un substitut du commerce stationnaire. Sous une forme certes particulière, ce phénomène n'est pas sans rappeler l'analyse des autorités

⁶⁰² A 693a, 36.

⁶⁰³ A 693a, 37.

⁶⁰⁴ Cf. DPC 2011/3, 372 ss, *Online-Handel*.

⁶⁰⁵ Le texte original indique « commerce de livres électroniques », mais il convient d'admettre qu'il s'agit d'une confusion de l'auteur. Une portée limitée aux livres électroniques du propos tenu serait dans tous les cas moins favorable aux mandantes de l'expertise Gugler que l'interprétation retenue dans la présente décision.

⁶⁰⁶ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8.

⁶⁰⁷ A 699, 20, N 88.

⁶⁰⁸ Cf. B.4.2.1.2, N 478 ss.

⁶⁰⁹ L'abréviation n'est pas précisée dans l'étude, il semble que cette indication regroupe les chaînes de librairies/grandes surface culturelles si l'on se réfère à la prise de position de Diffulivre, A 693a, 36.

⁶¹⁰ A 693a, annexe 2 (rapport Ipsos), 52.

américaines dans l'affaire *United States v El du Pont de Nemour and Co* dont la doctrine a déduit l'erreur dite de la « *Cellophane Fallacy*⁶¹¹ ». Dans sa prise de position, Interforum a relevé qu'il y a « sûrement des clients qui, par principe, préféreraient la librairie [physique] aux diffuseurs sur internet.⁶¹² » Distrilivres a précisé que c'est « l'euro à 1,2 » qui mène à ce que ses concurrents ne soient plus Payot ou la Fnac, mais bien Amazon et les librairies transfrontalières.⁶¹³ Les constatations du rapport Ipsos et d'Interforum ne permettent pas d'écarter l'option d'une substituabilité uniquement due à la (forte) différence de prix actuelle entre le commerce électronique et stationnaire.

536. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le commerce électronique de livres imprimés connaît un développement non négligeable dans la branche du livre en Suisse. Sur la période visée par l'enquête, il s'est avéré qu'il n'a joué qu'une portée marginale en 2005 et que sa portée avait progressé pour représenter, en 2011, un poids de 10 % de l'achat des livres en Suisse romande par des consommateurs finaux. La plupart des acteurs ont constaté une progression rapide de ce canal de distribution. Cette indication laisse conclure à ce que le commerce électronique n'a pas joué un rôle important durant la période visée par l'enquête. De plus, au même titre que la pénétration du commerce électronique dans les habitudes de consommation, l'appréciation du franc semble avoir joué un rôle déterminant dans la progression des sites en ligne. Cette indication ne permet pas d'exclure qu'il conviendrait, comme l'a fait l'OFT et l'a relevé l'expertise Gugler, de distinguer entre un marché du commerce stationnaire et un marché du commerce électronique de livres. D'ailleurs, le fait que malgré la différence de prix conséquente entre un même livre obtenu sur internet ou en librairie, fait relevé par tous les diffuseurs-distributeurs, en particulier durant les années 2009 à 2011, il n'y a pas eu de déplacement de la demande conséquent vers le commerce électronique est un indice important dans le sens d'une constatation de deux marchés distincts. Pour la présente enquête, la question de savoir si ces entreprises font partie de l'offre substituable au niveau retail pour la période visée par l'enquête peut rester ouverte. Cependant il conviendra d'examiner l'influence du commerce électronique au moment de l'analyse d'éventuelles pressions concurrentielles émanant des entreprises actives sur internet sur les diffuseurs-distributeurs.⁶¹⁴

Commerce électronique de livres imprimés (wholesale)

537. Selon Diffulivre, Servidis/Transat, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (pour ces deux entreprises, au moins implicitement), les entreprises qui vendent des livres sur internet doivent être considérées du côté de l'offre également sur le marché wholesale. Elles se sont fondées notamment sur les réponses de certains détaillants durant l'enquête. En revanche, OLF a indiqué durant l'enquête que « le canal internet est aujourd'hui destiné au consommateur final.⁶¹⁵ » Plusieurs parties se sont référées à la réponse suivante de 2011 de la librairie Ex Nihilo:

« J'achète souvent sur Amazon.fr. Les livres sont vendus au change réel, hors TVA française, les frais

de port sont offerts. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur Amazon des livres au prix où les libraires les achètent aux diffuseurs.⁶¹⁶ »

538. La même librairie a fait en 2008, ce qu'a relevé Diffulivre également,⁶¹⁷ la remarque suivante:

« Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant.⁶¹⁸ »

539. Il ne peut être interprété des deux affirmations de la librairie Ex Nihilo que les entreprises présentes sur internet ont constitué durant la période visée par l'enquête et même par après, une alternative d'approvisionnement. La librairie a abordé la question du prix. Un approvisionnement par Amazon ne permet pas au libraire de retirer une marge suffisante pour son activité. Les prix sur Amazon sont les mêmes que peut obtenir tout un chacun utilisant ce canal. Cela renforce la thèse selon laquelle le canal internet peut représenter, au mieux un dépannage pour une librairie qui souhaite garantir un service à certains clients préconisant le commerce stationnaire par rapport au commerce électronique. Dans ce sens, les autres détaillants qui ont entrepris de se fournir par internet, cités par Diffulivre à l'appui de cet argument, ont indiqué que la commande par internet s'inscrivait au même niveau que de profiter d'un séjour en France pour acheter des livres ou qu'elle était utilisée lorsqu'un diffuseur exclusif pour la Suisse n'avait pas été prévu ou pour des recherches concernant de petits éditeurs méconnus.⁶¹⁹ Les indications de Payot lors de son audition ont confirmé cet état de chose.⁶²⁰

540. De manière générale, le fait que plusieurs détaillants ont indiqué que les entreprises actives sur internet étaient devenues des concurrentes permet également d'exclure le commerce électronique de l'offre wholesale.

541. Ainsi, les démarches ont été exécutées dans des situations particulières, ponctuelles, et elles ne sauraient mener à la conclusion que les entreprises actives sur internet constituent une alternative d'approvisionnement. Le commerce électronique, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises dont le modèle repose sur des commandes par internet, n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

⁶¹¹ WHISH/BAILEY (n. 62), 32-33. Dans cette affaire, certains produits ont été considérés comme des substituts alors qu'il n'en étaient probablement pas, et ce uniquement du fait que l'entreprise en cause avait déjà élevé les prix de son produit à un niveau supra compétitif. On notera que le SSNIP test a été développé aux Etats-Unis pour examiner les opérations de concentration, c'est-à-dire dans un contexte où une restriction de concurrence n'est pas présumée par l'analyse juridique. L'UE a étendu la portée de ce test aux analyses de restrictions à la concurrence – à savoir les at. 105 et 106 TFUE – mais adopte expressément une approche prudente à cet égard et se garde de fonder la définition des marchés de référence uniquement sur ces critères, cf. Notice sur la définition du marché de l'UE.

⁶¹² A 692, 40, N 147.

⁶¹³ A 886, 3, L 321 ss.

B.4.2.1.3 Dimension géographique

542. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits. Les critères définis dans cette disposition sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO dans les procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart, également au niveau de la dimension géographique du marché de référence.⁶²¹

543. Dans la mesure où les règles concernant le traitement des accords verticaux en Suisse doivent se lire en symbiose avec le droit de l'UE correspondant, il convient de remarquer que ce dernier admet qu'en cas d'accord visant une restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun – le principal cas visé est celui de la restriction des importations parallèles –, la définition de la dimension géographique est superflue. Cette pratique a été confirmée par la CJCE et n'est guère remise en cause en pratique.⁶²² Ainsi, dans l'UE, lorsque des accords ATD sont constatés, la dimension géographique du marché n'est en principe pas examinée.

wholesale

544. Les partenaires potentiels de l'échange se trouvent tant en France qu'en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale est la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, ce que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté.⁶²³

retail

545. La demande des consommateurs finaux pour les produits en cause s'inscrit dans un contexte local. L'analyse de la dimension géographique en l'espèce ne se distingue pas fondamentalement des analyses menées dans le secteur de la vente de détail, notamment alimentaire. Dans ces situations, la pratique décisionnelle de la COMCO a constaté à plusieurs reprises une demande locale.⁶²⁴

546. Une demande locale peut mener à la définition d'un marché relevant plus large, soit régional voire national. C'est le cas lorsqu'une chaîne de substitution peut être constatée ou que certains éléments relevant du fonctionnement du marché peuvent s'observer sur une région plus vaste.⁶²⁵ La Commission européenne s'est basée sur un raisonnement comparable pour la branche du livre au niveau retail dans la décision *Lagardère*.⁶²⁶

547. Certains diffuseurs-distributeurs ont considéré que la dimension géographique du marché retail est supranationale. Ils se sont en particulier fondés sur les ventes par internet, mais aussi sur le commerce stationnaire transfrontalier. Selon l'expertise Gugler, la dimension géographique nationale du marché retail considérée dans la proposition du Secrétariat ne sert qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». ⁶²⁷

548. En l'espèce, les conditions du marché au niveau retail devraient permettre de considérer un marché national, non seulement en raison de l'extension de la di-

mension locale grâce aux chaînes de substitution, mais aussi par les politiques de prix de référence uniformes pour toute la Suisse et les coûts uniformes (envois postaux notamment).

549. Les seuls arguments invoqués dans le sens d'une définition plus large se sont basés sur l'hypothèse que le commerce électronique faisait partie de l'offre au niveau retail. L'analyse de la dimension produit a laissé ouverte la question de savoir si le commerce électronique faisait partie du marché de référence, sous réserve d'une considération de leur influence sur le marché dans l'analyse de concurrence subséquente. Sous les mêmes réserves, la définition d'un marché supranational au niveau retail peut rester ouverte.

550. La détermination de la dimension géographique du marché relevant au niveau retail correspond à la région francophone nationale. L'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devra cependant être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente.

B.4.2.1.4 Autres marchés de la branche du livre

551. À côté des marchés de la vente, marchés de référence de la présente enquête, la branche du livre présente d'autres marchés, notamment les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution. En effet, comme l'a constaté la Commission européenne en 2005, « [à] la différence de nombreux secteurs, la commercialisation des livres n'est pas toujours intégrée aux activités propres des éditeurs, mais est souvent sous-traitée à des diffuseurs-distributeurs, qui réalisent ces fonctions de commercialisation pour le compte de tiers.⁶²⁸ » Dans cette affaire, la Commission européenne a dû analyser les marchés des services de diffusion et de distribution⁶²⁹, mais également les mar-

⁶¹⁴ Cf. B.4.2.4, 134 ss.

⁶¹⁵ A 76, 2.

⁶¹⁶ A 406, 6.

⁶¹⁷ A 693a, 244.

⁶¹⁸ A 136, 2.

⁶¹⁹ A 693a, 82, N 242-243.

⁶²⁰ A 913, L 430 ss, 437 ss.

⁶²¹ Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 83 s., N 382 s., (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 89 s., N 201 s., *Gaba*; DPC 2010/4, 673 s., N 190 s., *Hors-liste*; DPC 2009/2, 147 s., N 51 s., *Felco*.

⁶²² Le point est expressément explicité dans la version non-confidentielle de la décision de la Commission des Communautés européennes du 5.10.2005 en l'affaire Peugeot, N 12, 9, accessible à: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_192_1.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013). Le TPI s'est prononcé dans l'affaire *Volkswagen* sur ce point, cf. *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, Rec. II-2713, points 230-232. Le recours de Volkswagen devant la CJCE n'a plus contesté ce point.

⁶²³ Cf. en particulier A 693a, 29 N 73; A 692, 39, N 144.

⁶²⁴ DPC 2010/4, 673 N 192, *Hors-liste*; DPC 2008/1, 156 s., N 235 s., *Migros/Denner*.

⁶²⁵ DPC 2010/4, 673 N 194, *Hors-liste*.

⁶²⁶ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 399 ss.

⁶²⁷ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11.

⁶²⁸ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 115.

⁶²⁹ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 115 ss.

chés des droits,⁶³⁰ au-delà des marchés de la vente de livres.⁶³¹

552. Diffulivre a mentionné l'option de considérer des marchés des services distincts des marchés de la vente de livres francophones, car il n'y aurait pas de véritable relation commerciale entre les diffuseurs-distributeurs et les revendeurs.⁶³² Diffulivre a rappelé que la Commission européenne avait considéré le diffuseur comme un partenaire de l'éditeur.⁶³³ Selon E5F, l'importance des services offerts par les diffuseurs aux éditeurs ne serait pas considérée à suffisance dans la proposition,⁶³⁴ critique émise également par Interforum.⁶³⁵ E5F a indiqué à ce sujet que les diffuseurs achetaient les livres aux éditeurs français, qu'ils prenaient en charge l'ensemble des coûts commerciaux, qu'ils assumaient les frais d'importation, qu'ils payaient notamment le dédouanement et les frais de transport aller et retour (des invendus), qu'ils prenaient également en charge les coûts de distribution, soit notamment les coûts de logistique (emballage), de facturation et finalement, qu'ils assuraient le recouvrement auprès des libraires.⁶³⁶ E5F s'est limitée à constater ces éléments et n'a pas précisé plus avant de quelle manière cette relation devrait se répercuter sur la définition du marché relevant, ni sur l'analyse de la concurrence d'ailleurs.⁶³⁷

553. La décision *Lagardère* de la Commission européenne ne saurait être interprétée comme imposant le choix de considérer soit des marchés de services, soit des marchés de vente comme a semblé l'invoquer Diffulivre. Ces marchés sont distincts et coexistent. L'énumération des tâches par E5F à l'appui de son argument confirme si nécessaire que les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les éditeurs contiennent plusieurs facettes. Sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs interviennent du côté de la demande. En résumé, ils déterminent le partenaire commercial qui sera le plus à même respectivement de mettre en valeur leur production éditoriale au mieux (services de diffusion) et de gérer la logistique (services de distribution), ces deux tâches pouvant être attribuées à la même entreprise. Sur les marchés de la vente, ils interviennent non pas en tant que demandeur, mais en tant qu'offreur, puisqu'ils sont à l'origine de la production éditoriale. C'est dans ce cadre qu'ils sont étroitement liés aux diffuseurs-distributeurs et que la Commission européenne a jugé pertinent, dans la définition des marchés de référence de la vente, de les considérer ensemble. En effet, le point de départ de toute définition du marché de référence est la demande, laquelle se répartit en deux niveaux distincts: l'approvisionnement de gros (wholesale) et de détail (retail).

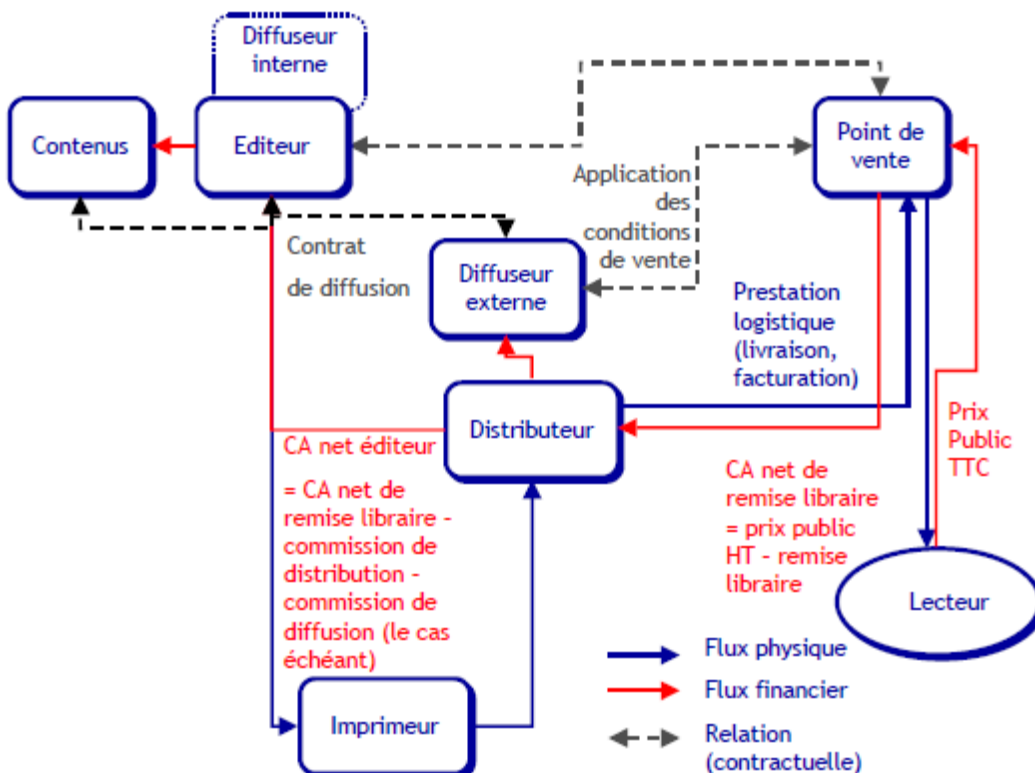


Figure: Détails des flux entre les intervenants dans la chaîne du livre⁶³⁸

⁶³⁰ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 65 ss.

⁶³¹ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 159 ss.

⁶³² A 693a 17 ss, N 28 ss, en particulier, 18, N 33.

⁶³³ A 693a, 19, N 37; Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 121.

⁶³⁴ A 736 N 110.

⁶³⁵ A 672.

⁶³⁶ A 736 N 111.

⁶³⁷ Cf. B.4.2.4, 134 ss.

⁶³⁸ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 19.

554. En l'espèce, la constatation de base est la même que dans la décision *Lagardère* et que dans d'autres décisions du domaine du livre: deux niveaux de demande doivent être distingués, la demande wholesale, c'est-à-dire celle des détaillants et la demande retail, c'est-à-dire celle des consommateurs finaux. Ces deux types de demandes sont l'origine et la destination respectivement des flux physiques (flèches bleues sur la droite de la figure ci-dessus) et financiers (flèches rouges sur la droite de la figure ci-dessus) sur les marchés de la vente en Suisse. Les spécificités de la diffusion-distribution en Suisse conduisent ensuite à ne pas considérer les diffuseurs-distributeurs conjointement avec les éditeurs comme les partenaires de l'échange des détaillants, mais à se concentrer sur les diffuseurs-distributeurs. Cette distinction entre éditeurs, diffuseurs-distributeurs et détaillants est d'ailleurs également celle qui structure l'association faïtière de la branche et celle qu'ont exposé certains diffuseurs-distributeurs dans leurs indications sur le fonctionnement du marché.

555. À la différence d'une décision de concentration, comme celle qu'a examinée la Commission européenne dans l'affaire *Lagardère*, une décision fondée sur les art. 5 ou 7 LCart ne commande pas de considérer comme « marché de référence » tous les marchés connexes à ceux sur lesquels une restriction à la concurrence est supposée. L'analyse doit se concentrer sur les marchés affectés par les accords examinés et les pressions concurrentielles disciplinant les acteurs du marché de référence doivent être dûment prises en compte dans l'analyse. Ainsi, en l'espèce, en ce qui concerne les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution, seule pourrait être déterminante une éventuelle pression disciplinante provenant de ces marchés sur les marchés de la vente de livres au niveau wholesale (marché de référence), ce qui sera analysé plus bas.⁶³⁹

B.4.2.1.5 Conclusion intermédiaire

556. Le marché de référence est le marché de la vente de livres au niveau wholesale. Sur ce marché, les partenaires de l'échange sont du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les libraires traditionnels – la librairie indépendante – que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor; du côté de l'offre ce sont les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France ainsi que les grossistes et les libraires français. Ce marché est de dimension supranationale et englobe la région supranationale francophone.

557. En aval de ce marché se trouve le marché de la vente de livres au niveau retail, sur lequel les détaillants sont en relation avec les consommateurs finaux.

558. Les libraires en France et le commerce électronique développé depuis la France pourraient faire partie du marché de référence respectivement au niveau de l'offre wholesale et retail pour le premier et de l'offre retail uniquement pour le deuxième. Ces questions peuvent cependant rester ouvertes. L'analyse de la concurrence qui suit en tiendra cependant compte.

559. La portée des livres électroniques n'a été au mieux que marginale durant la période visée par l'enquête. Il

n'y a pas lieu de les considérer plus avant dans la présente enquête.

B.4.2.2 Concurrence intramarque

560. Dans la pratique de la COMCO, l'analyse de la concurrence intramarque s'arrête de prime abord sur les possibilités d'arbitrage et l'évaluation des activités d'importation parallèle.⁶⁴⁰ Ce n'est que dans un deuxième temps que la concurrence intramarque au sens strict est analysée, dans les dimensions prix et service.⁶⁴¹

561. Selon KRAUSKOPF/SCHALLER, il faut comprendre par concurrence intramarque, la concurrence qui existe entre commerçants de la même marque – « *Markenhändler* ».⁶⁴² Selon REINERT, il faut la comprendre comme la concurrence entre producteurs d'un même produit.⁶⁴³ Ensemble, ces définitions correspondent en grande partie à celle de MOTTA, lequel fait abstraction, à raison, des différents échelons. Ceux-ci dépendent en effet du marché de référence examiné. Ainsi, la notion de concurrence intramarque recouvre les relations entre entreprises qui produisent et distribuent la même marque, en faisant abstraction des effets des producteurs ou distributeurs de marques concurrentes.⁶⁴⁴ Cette notion correspond à celle utilisée par la COMCO dans sa pratique.⁶⁴⁵ Par conséquent, le point de départ de l'appréciation de la situation de concurrence sur le marché wholesale est, d'une part, la concurrence entre produits de la même marque au niveau wholesale (concurrence intramarque) et, d'autre part, la concurrence entre produits substituables appartenant au même marché relevant (marché wholesale), fournis par d'autres offreurs (concurrence intermarques).

562. Dans la branche considérée, une question supplémentaire surgit. La notion de « marque » pose certaines difficultés de mise en œuvre. La forte différenciation des titres édités rend non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau wholesale ou retail, n'acquiert pas en fonction d'une marque correspondant au nom du fabricant (par exemple « BMW » ou « Nivea »), comme c'est le cas dans d'autres marchés de produits. En effet, selon la FNAC, un client ne vient pas acheter un Flammarion ou un Hachette, mais un livre.⁶⁴⁶ Selon Françoise Berclaz, le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.⁶⁴⁷ Dargaud a relevé qu'il est exact qu'un consommateur ne choisit pas un livre en fonction de sa « marque ».⁶⁴⁸ Ces constatations n'altèrent pas la pertinence de la méthode d'analyse. Le système

⁶³⁹ Cf. B.4.2.4, 134 ss.

⁶⁴⁰ Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 90 N 207 s., *Gaba*.

⁶⁴¹ Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC).

⁶⁴² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), art. 5 LCart N 594.

⁶⁴³ SHK-REINERT (n. 196), art. 5 LCart N 42.

⁶⁴⁴ MASSIMO MOTTA, *Competition Policy Theory and Practice*, 2004, Cambridge University Press, 305.

⁶⁴⁵ DPC 2010/4, 669 N 211 s., *Hors-liste*.

⁶⁴⁶ A 892, L 144-145.

⁶⁴⁷ A 257, 3.

⁶⁴⁸ A 691, 48 N 164.

d'exclusivité couvrant l'ensemble du marché, on remarquera qu'indépendamment de l'interprétation que l'on peut donner à la notion de marque - production de chaque éditeur, catalogue de chaque diffuseur, chaque livre - l'analyse mène à la même conclusion. La question de la détermination de la marque peut donc rester ouverte.

563. Diffulivre a considéré dans sa prise de position qu'il y aurait lieu d'examiner la concurrence intramarque entre les détaillants au niveau retail et non au niveau wholesale.⁶⁴⁹ Elle a considéré que la concurrence intramarque serait très vive au niveau retail, se fondant sur les parts de marché des détaillants et sur la concurrence par les prix et par la qualité entre ces derniers.⁶⁵⁰ Elle n'a relevé aucun élément lié au niveau wholesale, ni dans sa prise de position, ni dans l'expertise économique CRA qu'elle a jointe à sa prise de position et à laquelle cette dernière renvoie.⁶⁵¹ Le Tribunal administratif fédéral a précisé dans sa jurisprudence récente que les concurrences actuelle et potentielle doivent en principe être analysées de manière séparée sur chaque marché de référence.⁶⁵² Il n'y a pas lieu d'admettre qu'il devrait en aller différemment en l'espèce. Par conséquent, l'analyse de la concurrence intramarque et intermarques est conduite sur le marché wholesale et sera suivie par l'analyse de la position des partenaires de l'échange pour être complétée.

564. Albert le Grand a admis dans sa prise de position que la concurrence intramarque a été supprimée au niveau wholesale.⁶⁵³ Les prises de position des parties sont traitées par la suite selon qu'elles concernent les possibilités d'arbitrage, les importations parallèles ou les autres paramètres de concurrence.

B.4.2.2.1 Potentiel d'arbitrage

565. La première étape de l'analyse consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, tel le service.⁶⁵⁴

566. Diffulivre n'a pas contesté qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique pour les détaillants sur le marché pertinent durant toute la période visée par l'enquête.⁶⁵⁵ Elle a d'ailleurs exposé dans sa prise de position qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique, également avec l'offre des grossistes, lorsqu'elle a décrit le calcul, théorique, à la base du choix que pourrait être amené à faire un libraire suisse entre un approvisionnement par un grossiste en France et le diffuseur-distributeur situé en Suisse.⁶⁵⁶

567. Dargaud a contesté le fait que le système de détermination des prix dans la branche conduisait systématiquement à une possibilité d'arbitrage pour les détaillants suisses. Servidis/Transat ont considéré qu'il n'y avait pas de possibilité d'arbitrage.⁶⁵⁷

568. Interforum n'a pas contesté que cet arbitrage avait existé mais a prétendu qu'il avait été surestimé, et partant qu'il était insuffisant.⁶⁵⁸ Selon elle, le Surveillant des Prix aurait constaté que le différentiel de prix ne serait pas abusif.⁶⁵⁹ Les conclusions du Surveillant des Prix ne sauraient être interprétées dans ce sens et l'argument doit être écarté d'emblée. En effet, les conclusions du Surveillant des Prix se sont basées sur la structure des

coûts théorique des entités actives en Suisse. Elles ne sauraient être propres à évaluer les possibilités d'arbitrage avec des prix d'achat auprès d'autres entités situées à l'étranger.

Prix

569. L'exemple de Distrilivres est la preuve par les faits que durant la période visée par l'enquête un différentiel de prix important a existé.⁶⁶⁰ Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, Distrilivres a mis en place le système Ecolibri. Ce système prévoit des achats par l'intermédiaire de librairies situées en France, afin de fournir les points de vente de Distrilivres en Suisse. Malgré la complexité de la structure mise en place pour obtenir des livres depuis l'étranger et les coûts inhérents à une telle organisation (notamment logistiques), Distrilivres a contourné la diffusion-distribution exclusive prévue pour la Suisse pour profiter de prix d'achat plus bas. C'est exemple constitue un réel test de marché et démontre à suffisance l'existence d'un potentiel d'arbitrage important au niveau du prix. On remarquera également que le système fonctionne par l'intermédiaire de libraires situés en France, et non de grossistes. Or, dans la mesure où les grossistes obtiennent en principe de meilleures conditions que les libraires sur le prix du fait qu'ils ne s'adressent pas à la même clientèle, il y a lieu d'admettre que le potentiel d'arbitrage sur le seul paramètre du prix pourrait même être plus important en cas d'achat auprès de grossistes.

570. D'autres éléments confirment au surplus cette constatation. Premièrement, dans l'une des expertises économiques qu'elle a produites, Diffulivre a proposé une comparaison entre les prix wholesale – c'est-à-dire les prix d'achat pour les détaillants – en France et en Suisse pour un ouvrage dont le prix public en France est de 10 euros.⁶⁶¹ Elle a exposé dans ce cadre qu'en moyenne, sur la période 2005 à 2011, l'écart de prix avait été de [...] au niveau wholesale, sans tenir compte de la TVA.⁶⁶² Ce différentiel ne peut pas être qualifié de modeste, contrairement à l'avis de Diffulivre,⁶⁶³ puisqu'il se situe au-delà du niveau de [...] parfois utilisé pour admettre que des différences de prix sont considérables et éliminer tout doute lié aux imprécisions des mesures effectuées.⁶⁶⁴

⁶⁴⁹ A 693a, 87 N 259.

⁶⁵⁰ A 693a, 153 ss, N 477 ss.

⁶⁵¹ A 693a, 87, N 261.

⁶⁵² Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 383 consid. 9.2, *Implenia/WEKO*.

⁶⁵³ A 690, 24.

⁶⁵⁴ DPC 2012/3, 570-571, *BMW*; Arrêt du TAF 2010/2, 384, consid. 9.2.2.2, *Implenia/WEKO*.

⁶⁵⁵ A 693a, 74, N 209-210.

⁶⁵⁶ A 693a, 64, N 26.

⁶⁵⁷ A 672, 45.

⁶⁵⁸ A 692, 41, N 156.

⁶⁵⁹ A 692, 42, N 157.

⁶⁶⁰ Cf. A 886, 3, L 296 et cf. N 248 ss.

⁶⁶¹ A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 19.

⁶⁶² A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 20.

⁶⁶³ A 693a, 94, N 294.

⁶⁶⁴ Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 387 ss, en particulier N 404, *Nikon*.

571. Deuxièmement, dans la branche du livre, la détermination des prix au niveau wholesale repose sur le système des tabelles. Les prix pour les détaillants suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public – et obligatoire – en euros pour les consommateurs finaux en France, la conversion en un prix de vente en francs suisses pour la Suisse et de la déduction d'une remise. Les tabelles de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiennent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change, laquelle est conséquente au regard des remises légèrement supérieures octroyées aux détaillants en Suisse par rapport à la France. Ainsi, les possibilités d'arbitrage sont systématiques, même pour les diffuseurs-distributeurs qui ont prétendu pratiquer des prix très attractifs en Suisse. Ainsi, Dargaud a admis une différence de [...] ⁶⁶⁵, pourcentage qui s'élèverait même à [...] selon les indications de Payot produites par Dargaud. ⁶⁶⁶

572. Selon Payot, le mécanisme de fixation des prix et le canal d'approvisionnement sont économiquement liés, ils forment un tout économique. ⁶⁶⁷ La raison principale en est le système de fixation du prix:

« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table de aujourd'hui on le retrouve à (...) 150 comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à 60. Donc ils vont acheter ledit bouquin à 60. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est [...] de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. » ⁶⁶⁸

Sur cette base, Payot craint une distorsion de concurrence avec la FNAC: « On est privés de pouvoir concurrentiel quand on achète les livres entre 30 et 40 % plus chers que notre voisin [la FNAC]. ⁶⁶⁹ » Jean-Marie Lebec (Payot) expose que le système des tabelles mène de manière systématique à des différences concernant le prix d'achat allant jusqu'à 40 %, ce qui n'est pas justifié en tant que tel par des éléments économiques. ⁶⁷⁰

573. L'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro a augmenté les différentiels entre libraires suisses et français. En effet, si les diffuseurs ont adapté leurs tabelles en fonction de l'appréciation du franc, ces adaptations n'ont pas suivi une évolution comparable à celle de l'évolution du taux de change. En termes relatifs, même les tabelles traditionnellement les plus basses du marché ont donc augmenté par rapport au cours, comme l'indiquent les données que Servidis a fournies, par exemple. ⁶⁷¹ Concrètement, alors que l'euro s'échangeait à 1,61, la table (principale) de Servidis prévoyait un coefficient de 1,9 à 2,0 en 2007. Début novembre 2011, le taux de change s'était installé à 1,2 et la même table avait baissé à 1,60. Ainsi, en 2011, la table de Servidis majorait le prix public français au taux de change additionné de 33 %, alors qu'elle le majorait du taux de change additionné d'environ 18 à 24 % en 2007. ⁶⁷² En d'autres mots, le coefficient de la table a baissé sur la période considérée, mais la majoration pour le marché suisse a augmenté relativement au taux de change sur la même période.

574. Dans ce sens, les librairies Payot et Ex Nihilo, dont les volumes d'achat ne sont pas comparables, ont indiqué que leur prix d'achat avait parfois, en ce qui concerne Payot au [...]. ⁶⁷³

575. Ainsi, des possibilités d'arbitrage au niveau du prix auraient pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

Service et autres paramètres

576. Plusieurs parties ont relevé que les services des diffuseurs-distributeurs suisses sont plus étoffés et de meilleure qualité par rapport aux autres alternatives d'approvisionnement. La plupart des diffuseurs a relevé la qualité de son service de distribution par rapport à d'autres canaux. Plusieurs détaillants se sont faits l'écho de ces différences, telles qu'ils ont pu les percevoir. La Liseuse, comme d'autres, a relevé que le délai de livraison était un élément important pour les libraires indépendants. ⁶⁷⁴ Selon Jacques Lecomte (Distrilivres), les délais de livraison sont courts lorsque les livres sont en stock chez les diffuseurs-distributeurs suisses, mais sautent à 18 jours lorsqu'ils ne le sont pas, la qualité des services s'étant dégradée en Suisse ces dernières années. ⁶⁷⁵

577. Dargaud a relevé qu'il existait des paramètres de concurrence de type service au niveau wholesale durant la période d'enquête. En France, Diffulivre a justifié le faible recours des libraires français à l'approvisionnement par des grossistes par le fait que le libraire français a le choix entre le grossiste et le diffuseur français. Dans ces conditions, les prix du grossiste étant proches de ceux du diffuseur-distributeur, il serait normal que le libraire français ait recouru au diffuseur, car il obtient un niveau de service plus élevé. ⁶⁷⁶

578. Ces constatations sont correctes. L'offre des diffuseurs-distributeurs suisses et des autres alternatives d'approvisionnement a présenté des différences considérables au niveau des prestations de services complémentaires, tels que le droit de retour, la fréquence des livraisons, le suivi des commandes, etc. Les différences substantielles sur d'autres paramètres que le prix ont distingué les offreurs au niveau wholesale durant la période visée par l'enquête.

579. Le service ou d'autres paramètres auraient pu être des facteurs de concurrence pertinents au niveau wholesale. En d'autres mots, des possibilités d'arbitrage sur d'autres paramètres que le prix auraient également pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

⁶⁶⁵ A 110, 1.

⁶⁶⁶ A 951, 2 s.

⁶⁶⁷ A 913, L 690 à 695.

⁶⁶⁸ A 913, L 662 à 672.

⁶⁶⁹ A 913, L 697-698.

⁶⁷⁰ A 913, L 920 ss.

⁶⁷¹ Une indication également relayée par Payot, cf. A 913, L 885.

⁶⁷² Cf. données fournies par Servidis, A 672, 48.

⁶⁷³ Cf. A 522, 3 (version non épurée des secrets d'affaires), cf. A 406, 6.

⁶⁷⁴ A 887, 2, L 138-139.

⁶⁷⁵ A 886, 3, L 375 ss.

⁶⁷⁶ A 693a, 26, N 64.

B.4.2.2.2 Importations parallèles

580. Dans sa pratique, la COMCO examine si des importations parallèles ont été opérées, ou auraient pu l'être, dans un volume suffisant pour générer une pression disciplinante sur la concurrence.⁶⁷⁷

581. En l'espèce, l'impact des systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sur les importations parallèles a déjà été examiné plus haut pour définir la portée des régimes d'exclusivité. Il peut y être renvoyé en ce qui concerne l'analyse, dont les enseignements sont résumés dans les conclusions intermédiaires qui suivent.

B.4.2.2.3 Conclusions intermédiaires

582. Des possibilités d'arbitrage ont existé durant toute la période d'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres tels que le service et la qualité. Dans la mesure où elles ont été significatives, elles auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants.

583. Malgré ces possibilités d'arbitrage, seule Distrilivres a opéré des importations parallèles durant la période d'enquête de manière régulière. Elle a dû son succès à la mise en place de structures secrètes, complexes autant qu'ingénieuses, le système Ecolibri. Elle représente – encore aujourd'hui – un cas particulier. A part le système Ecolibri, seules des importations parallèles ont pu être opérées grâce à la méthode du faux-nez, tout aussi secrète que le système Ecolibri, mais de moindre ampleur. Ni le système Ecolibri, ni la méthode du faux-nez ne pourraient être reproduits par des détaillants d'un certain volume, comme la FNAC ou Payot, à cause du volume d'achat de ces entités.

584. Les autres importations parallèles retenues ont été extrêmement limitées. Leur constatation repose sur une interprétation favorable aux diffuseurs-distributeurs des indications de quelques libraires indépendants. Elles ont représenté un volume infime et ont constitué des exceptions. Ce volume est clairement insuffisant pour considérer que ces importations parallèles auraient généré une pression disciplinante sur la concurrence intramarque. Leur volume ne suffit en aucun cas pour admettre qu'elles ont eu pour effet de discipliner la concurrence durant la période visée par l'enquête.

585. Aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG n'a permis des importations parallèles de la part des détaillants durant la période visée par l'enquête. Sur la période d'enquête, les détaillants se sont procurés la quasi-totalité des livres qu'ils ont écoulés par les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse et il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque.

B.4.2.3 Concurrence intermarques

586. L'analyse de la concurrence intermarques comprend l'analyse de la concurrence actuelle et de la concurrence potentielle.⁶⁷⁸ Avant de traiter ces deux éléments, la portée de l'analyse de la concurrence intermarques doit être précisée.

B.4.2.3.1 Portée et différenciation des produits

Portée

587. Selon le chiffre 11 CommVert *in fine*, la concurrence intramarque étant nulle, le renversement de la présomption ne peut être réalisé qu'en présence d'une concurrence intermarques *singulièrement* suffisante pour discipliner le marché. Dans l'affaire Gaba, la COMCO a considéré que la concurrence intermarques était suffisante pour renverser la présomption malgré l'absence d'importations parallèles,⁶⁷⁹ ce qu'a relevé Diffulivre dans sa prise de position.⁶⁸⁰

588. La CommVert 2010 se démarque de la CommVert 2007 et indique un changement de pratique de la COMCO.⁶⁸¹ Avant ce changement de pratique, le ch. 10 (2) CommVert 2007 prévoyait que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).⁶⁸² L'analyse se focalisait alors sur l'intensité de la concurrence intramarque et, selon les résultats obtenus, examinait la concurrence intermarques seulement dans un deuxième temps. Dans ce sens, la CommVert 2010 est plus favorable aux entreprises visées par une procédure cartellaire que la CommVert 2007. Partant, c'est à l'aune de la CommVert 2010 que la portée de l'analyse de la concurrence intermarques est déterminée.

589. Selon Diffulivre, la CommVert (2010) établie par la COMCO va à l'encontre du courant économique majoritaire lorsqu'elle considère que « (...) la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisantes sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante » serait décisive.⁶⁸³ Elle a également exposé que seul en cas de concurrence intermarques insuffisante, des accords verticaux de protection territoriale absolue pouvaient être – sans forcément l'être – anticoncurrentiels.

590. En l'espèce, la question soulevée par l'argument de Diffulivre, renvoyant au demeurant à la doctrine consacrée à la fixation des prix de reventes et non à l'attribution de territoires de distribution, peut rester ouverte. En effet, l'analyse qui suit parvient au résultat que la concurrence intermarques serait, à elle seule, également insuffisante pour renverser la présomption de suppression de la concurrence en l'espèce.

⁶⁷⁷ DPC 2010/1, 90 N 207, *Gaba*.

⁶⁷⁸ DPC 2012/3, 571 ss, N 248 ss, *BMW*, décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 109 ss, N 461 ss, (publication prévue en DPC); DPC 2010/1, 96 N 253 s., *Gaba*.

⁶⁷⁹ DPC 2010/1, 65, N 170 ss, *Gaba*.

⁶⁸⁰ A 693a, 74, N 207.

⁶⁸¹ Cf. DPC 2009/2, 147 N 39 s., *Felco*.

⁶⁸² DPC 2009/2, 146 N 39 s., *Felco*. Le raisonnement sous-tendant est exposé dans le consid. 6 CommVert 2007. Cf. également WALTER A. STOFFEL, *Vertikalabsprachen und Marktabschottung – zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung du 22.1.2008 à Zurich*, ainsi qu'à la Conférence « Economic Experts in Competition Law » du 1.2.2008 à Genève, accessible sous www.comco.admin.ch.

⁶⁸³ A 693a, 85, N 254, citant DAVID SPECTOR, *Minimum resale prices: Is a ban justified?* Concurrences N° 3-2007, n° 13801, 28 à 32.

Différenciation des produits

591. Certains types de biens, parmi eux en particulier les biens de consommation, offrent des possibilités très importantes de différenciation. La différenciation des produits peut avoir une influence sur plusieurs paramètres économiques, comme la fixation des prix, la substituabilité, etc. La COMCO en a tenu compte dans sa pratique, par exemple lorsqu'elle a constaté dans l'affaire Gaba que la différenciation des produits se répercutait sur les prix des différentes marques proposées en rayon.⁶⁸⁴

592. Les livres sont des produits dont la palette de différenciation est considérable. Mieux, aucun titre ne peut être véritablement identique, sauf à en constituer une copie ou un plagiat. Les consommateurs ne lisent en principe pas deux fois le même livre, ni ne l'achètent à plusieurs reprises. Servidis/Transat ont précisé que « [l]a demande est fixée d'abord en fonction de l'intérêt de l'ouvrage, lequel n'est acquis qu'une fois. Il ne s'agit pas d'un bien de consommation qui peut faire l'objet d'acquisitions répétées en quantité.⁶⁸⁵ » Dans ce contexte, de nombreuses nouveautés sont successivement proposées aux consommateurs finaux. Ainsi, il ne peut pas être considéré que la différenciation des produits est en tant que telle un indice de concurrence, comme l'a interprété une partie de la doctrine.⁶⁸⁶

593. À la différence de produits tels que le dentifrice ou les objectifs d'appareils photographiques, la différenciation des livres ne se répercute pas directement sur leurs prix.⁶⁸⁷ En d'autres mots, le prix n'est ni pour le consommateur final ni pour le revendeur un critère pour juger de la qualité ou non d'un ouvrage. Dans ce sens, Servidis/Transat ont relevé que le prix sur le marché [retail] du livre est probablement un paramètre secondaire pour l'acheteur.⁶⁸⁸ Il s'agit d'un corollaire de l'absence de la notion de marque au sens traditionnel dans la branche du livre.⁶⁸⁹ Par contre, la variété des prix dans le secteur du livre est considérable, chaque éditeur déterminant pour chaque titre un prix obligatoire dans le système français de la loi Lang.

594. Par contre, la forte différenciation des produits influence directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dans la mesure où la substituabilité de certains produits est limitée. Selon Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires au sein de l'ASDEL): Le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.⁶⁹⁰ La plupart des diffuseurs-distributeurs ont admis cette substituabilité restreinte, mais éventuellement émis certaines réserves au moins pour certaines catégories de livres.⁶⁹¹

595. La moindre substituabilité résultant de la forte différenciation des produits se répercute sur la nature des relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Certains détaillants – concrètement les libraires au sens traditionnel, ce qui inclut les chaînes que sont la FNAC et Payot – se doivent de proposer à leur client d'être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale.⁶⁹² L'exigence est moins élevée pour d'autres détaillants. Néanmoins, pour tous les types de détaillants, certains livres peuvent se révéler à

un moment donné impératifs. L'exemple du – lumineux – best-seller « La vérité sur l'affaire Harry Quebert » est significatif. Bien que son co-éditeur basé en Suisse constitue une entreprise intégrée étant également active en matière de diffusion en Suisse (AH), une relation contractuelle a vu le jour entre AH et OLF pour permettre aux grandes surfaces de proposer ce livre, à la suite de son succès. Patrice Fehlmann (OLF) a rapporté durant l'audition du 10 décembre 2012, concernant son activité déployée en rackjobbing la constatation suivante:

« ce qu'on a garanti à ces chaînes [Coop, Naville, la Poste] c'était que nous étions à même de leur offrir l'ensemble des bons produits qui étaient ou n'étaient pas à l'OLF. Donc on va aller acheter des marchandises chez Servidis et on va en acheter chez Diffu-livre, on va en acheter à l'Âge d'Homme, elle en a parlé ce matin quand elle a dit « J'ai même un bouquin qui est dans les grandes surfaces », « son Dick-er c'est parce qu'on ne peut pas ne pas mettre ce livre dans les chaînes dont je viens de vous parler.⁶⁹³ »

596. À la question subséquente, « vous vous approvisionnez donc chez les diffuseurs concurrents en quelque sorte ? », Patrice Fehlmann (OLF) a répondu:

« Il y a pas de concurrents, soit chez les diffuseurs, oui. Parce que Dicker je ne l'ai pas donc je peux que aller l'acheter chez lui [le diffuseur AH], chez elle [Andonia Dimitrijevic, la directrice de AH].⁶⁹⁴ »

597. Dans cette perspective, la seule différence entre les détaillants de type libraire et les autres, c'est que les premiers doivent être en mesure d'accéder à toute l'offre éditoriale et les seconds, seulement aux « bons produits » ou à une sélection plus restreinte. Or, dans l'un ou l'autre cas, la faculté de pouvoir accéder à toute la production est donnée. C'est cette réalité qui a mené à ce que l'un des diffuseurs-distributeurs, OLF, au demeurant particulièrement bien placée pour le savoir puisqu'elle est la seule entité à devoir obtenir des livres chez les autres diffuseurs-distributeurs dans le cadre de son offre de rackjobbing, à considérer non seulement qu'il n'y avait « pas de concurrents », ce qui indique une absence de concurrence intermarques, mais également que pour un ouvrage particulier, il n'y a qu'un seul fournisseur qui entre en ligne de compte, le diffuseur en Suisse, ce qui confirme également l'absence de concurrence intramarque.

⁶⁸⁴ DPC 2010/1, 101 N 284 ss, *Gaba*. Cf. également *Nikon*, 109 ss, N 469 ss.

⁶⁸⁵ A 464, 2.

⁶⁸⁶ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 674.

⁶⁸⁷ Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 110, N 470 (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 101 N 284 ss, *Gaba*.

⁶⁸⁸ A 672, 41.

⁶⁸⁹ Cf. B.4.2.2. N 561.

⁶⁹⁰ A 257, 3.

⁶⁹¹ Cf. notamment Servidis/Transat, A 672, 41.

⁶⁹² Selon la FNAC, pour être considéré comme un libraire, il faut pouvoir exécuter des commandes clients. A 906, L 169.

⁶⁹³ A 874, L 647 ss.

⁶⁹⁴ A 874, L 653 à 656.

598. Les éléments de fait qui précèdent indiquent que la concurrence intermarques est limitée par la forte différenciation des produits en l'espèce et que les détaillants ne peuvent pas pleinement faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs.

599. Certains diffuseurs-distributeurs ont relevé que pour certaines catégories d'ouvrages, aux yeux des consommateurs finaux, la différenciation des produits était plus faible, ce qui laisserait plus de place pour une concurrence intermarques.⁶⁹⁵ Dargaud a distingué dans son analyse de la concurrence intermarques entre les trois segments de marché que sont les bandes dessinées, les livres pour enfants et les livres pratiques.⁶⁹⁶ Dans son analyse, Dargaud a mis en relief différentes caractéristiques de ces grandes catégories de livres, en particulier en se basant sur le critère du coût d'opportunité. Fondés sur des observations probablement correctes, les arguments développés par Dargaud ne sont cependant d'aucune utilité pour juger de la concurrence intermarques. Le fait que les bandes dessinées se lisent plus rapidement que d'autres ouvrages n'indique cependant pas pourquoi la concurrence entre les BD de différents diffuseurs-distributeurs serait plus intensive qu'entre deux ouvrages de littérature générale de différents diffuseurs-distributeurs. Il en va de même pour ce qui concerne les différences entre les types de consommateurs finaux pour les différentes catégories de livres. En d'autres mots, le fait qu'il existe des catégories de livres qui se distinguent, constatation au demeurant correcte, n'est pas en tant que tel un critère pour juger de la concurrence intermarques. Il est cependant probablement correct d'admettre qu'au sein de certaines catégories de livres, l'importance de la différenciation des produits varie pour les consommateurs finaux et donc que certains livres sont un peu plus interchangeables que d'autres pour ces derniers. De plus, au niveau wholesale, ce point a une importance significativement réduite, car le libraire devra être en mesure de s'adapter aux goûts de ses clients et de commander l'ouvrage souhaité par le consommateur, comme il a été exposé dans la définition du marché.⁶⁹⁷

600. Selon Diffulivre, la forte différenciation du produit livre génère la nécessité d'une activité importante de promotion du livre. Cette activité est essentiellement menée par les représentants des diffuseurs qui rencontrent les détaillants pour leur faire connaître leur offre, laquelle doit continuellement se renouveler.⁶⁹⁸ Le système des offices, la qualité de l'information mais aussi le rythme des sorties de nouveaux ouvrages généreraient une concurrence intermarques forte.

601. Le secteur du livre se caractérise par un nombre très élevé de références distinctes. Tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits. Au-delà du stockage, la contrainte spatiale se manifeste principalement au niveau du rayonnage, c'est-à-dire concrètement de la place accordée à chaque titre ou plus généralement, à chaque diffuseur-distributeur. Chaque diffuseur-distributeur a un intérêt à ce que chaque détaillant lui consacre le plus grand espace pour être en mesure de capter l'intérêt du consommateur final. La contrainte spatiale crée ainsi une concurrence pour le rayonnage: chaque diffuseur est en concurrence avec les autres diffuseurs pour dis-

poser du plus grand rayonnage des titres de son catalogue auprès de chaque détaillant. Les relations entre les détaillants et les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont attesté que la question des promotions était un objet récurrent des relations commerciales.⁶⁹⁹ Il y a donc une concurrence pour obtenir un meilleur rayonnage. Cependant, cette concurrence a une portée limitée à cet élément.

602. Il résulte de la différenciation des produits dans le secteur du livre en premier lieu qu'aucun détaillant ne peut se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Cet état de fait réduit partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques *ab ovo*. En deuxième lieu, la contrainte spatiale à laquelle chaque détaillant est confronté crée une concurrence intermarques sur le rayonnage.

B.4.2.3.2 Concurrence actuelle

Parts de marché et évolution de celles-ci

603. Les parts de marché sont le point de départ de l'appréciation de la concurrence actuelle.

604. Diffulivre, citant une observation faite par la doctrine, a relevé que faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux ont un potentiel de nuisance inférieur aux accords horizontaux.⁷⁰⁰ Selon elle, sa part de marché se situant en deçà du plafond de [...] mentionné par une partie de la doctrine suisse,⁷⁰¹ l'exclusivité dont bénéficie Diffulivre ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché.⁷⁰² C'est d'autant plus le cas que le poids relatif de Diffulivre devrait être pris en compte et qu'elle ferait face à six diffuseurs représentant ensemble [...] du marché.⁷⁰³

605. Si l'observation relevée par Diffulivre concernant l'addition de marchés est correcte sur le principe, elle n'est d'aucune aide en l'espèce. Dans la mesure où l'enquête a pour objet les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche, et non d'une seule marque, comme cela avait pu être le cas dans les affaires *Gaba*, *Nikon* et *BMW*, l'hypothèse d'une addition des parts de marché ne peut être exclue d'emblée et de manière forfaitaire comme l'a prétendu Diffulivre. L'hypothèse d'une addition des parts de marché est en l'espèce même avérée et pertinente, puisqu'il a été établi que le cloisonnement du marché est l'apanage de tous les diffuseurs-distributeurs concernés.⁷⁰⁴

⁶⁹⁵ Cf. notamment A 672, 41 et B.4.2.1.2, N. 484 ss.

⁶⁹⁶ A 691, 49 ss, N 171 ss.

⁶⁹⁷ Cf. B.4.2.1.2, N 484 ss.

⁶⁹⁸ A 693a, 96 ss, N 295 ss.

⁶⁹⁹ Cf. notamment les accords commerciaux entre les (grands) détaillants et de nombreux diffuseurs. A 693a, annexes 25 ss.

⁷⁰⁰ A 693a, 88 N 263.

⁷⁰¹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 670.

⁷⁰² A 693a, 90 N 271.

⁷⁰³ A 693a, 90 N 272.

⁷⁰⁴ Cf. B.3.2, 18 ss.

606. Le tableau ci-dessous rend compte des parts de marché des diffuseurs-distributeurs fonctionnant selon un système de distribution reposant sur l'exclusion des

ventes passives sur la période 2005-2011 selon les chiffres d'affaires:

	PM 2011	PM 2010	PM 2009
Interforum	[...]	[...]	[...]
E5F	[...]	[...]	[...]
Flammarion	[...]	[...]	[...]
Glénat	[...]	[...]	[...]
OLF	[...]	[...]	[...]
Diffulivre	[...]	[...]	[...]
Servidis	[...]	[...]	[...]
Transat	[...]	[...]	[...]
Dargaud	[...]	[...]	[...]
AIG	[...]	[...]	[...]
Autres	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]

607. L'analyse des parts de marché et de leur évolution permet de constater une répartition stable sur toute la période de référence sur le marché wholesale.

608. Si plusieurs diffuseurs-distributeurs ont mentionné la perte ou le gain de l'un ou l'autre éditeur dans son catalogue, aucune partie n'a prétendu que ses parts de marché avaient connu des modifications substantielles durant la période visée par l'enquête.

609. Ainsi, il y a lieu de constater, d'une part, que les parts de marché ont été stables sur toute la période visée par l'enquête et que, d'autre part, les systèmes de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête.

Prix

610. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué qu'il y avait une forte concurrence sur les prix au niveau intermarques.⁷⁰⁵

611. Au niveau wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la tablette pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur le niveau de la remise. Chaque diffuseur détermine une voire plusieurs tablettes pour les ouvrages de son catalogue. En revanche, seul un taux de remise est généralement négocié avec les détaillants.

612. La forte différenciation des produits rend sur le plan intermarques les comparaisons de prix difficiles dans le secteur du livre, tant au niveau wholesale que retail. Interforum a constaté que « les taux varient par niveaux

de prix chez beaucoup de diffuseurs. Il n'y a pas une clarté évidente du plus cher ou du moins cher.⁷⁰⁶ » Les remises constituent seulement une indication.

613. Concernant les remises, plusieurs éléments peuvent être constatés. Premièrement, les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs sont relativement proches les uns des autres.⁷⁰⁷

614. Deuxièmement, si les taux de remise varient entre les différents types de détaillants, ces taux sont restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. À titre d'exemple, les évolutions concernant Diffulivre, dont on peut partir de l'hypothèse raisonnable qu'il est le diffuseur qui a été le plus mis sous pression comme en atteste l'action collective des libraires de l'ASDEL pour tenter de faire pression sur lui⁷⁰⁸ suite à l'appréciation du franc suisse,⁷⁰⁹ peuvent être résumées comme suit:

- Les taux des librairies indépendantes ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2011),
- Les taux de Payot ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2006),

⁷⁰⁵ A 693a, 91 ss N 274 ss; A 689, 11 ; A 699, 23, N 101.

⁷⁰⁶ A 27, 2.

⁷⁰⁷ A 21, 5.

⁷⁰⁸ Cf. B.4.2.4.2, 135 ss.

⁷⁰⁹ Cf. A 693a, annexe 56.

- Les taux de la FNAC ont oscillé entre [...] (maximum en 2006) et [...] (minimum en 2008),
- Les taux de la grande distribution, entre [...] (minimum en 2005) et [...] (maximum en 2006)

615. Troisièmement, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont constaté, en généralisant, que les libraires suisses ont de meilleures remises qu'en France.⁷¹⁰

616. La sensibilité aux prix est également un critère pertinent pour apprécier la portée de la concurrence sur les prix.⁷¹¹ Les tabelles ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse. Les diffuseurs-distributeurs n'ont pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire. Diffulivre a relevé dans ce sens que « les autres diffuseurs se sont également engagés dans une politique de baisse continue du niveau de leur table à partir de 2009.⁷¹² » [...].⁷¹³ Dans le même temps, [...].⁷¹⁴ Partant, la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influencent pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs.

617. Pour Servidis/Transat, la table à pour effet de reporter automatiquement sur le marché de référence la concurrence sur les prix entre les éditeurs.⁷¹⁵ Dargaud a argumenté dans le même sens.⁷¹⁶ Or, la concurrence entre les éditeurs serait intense, ce qui se reporterait sur la concurrence au niveau des prix. Le système des tabelles a pour corollaire que le seul moyen de baisser les prix pour la Suisse (uniquement) pour un éditeur, c'est de baisser le prix en euros. Une telle politique de prix affecterait non seulement la Suisse, mais surtout tous les revenus de l'éditeur générés en euros en France – et au-delà, dans la mesure où des systèmes de tabelles comparables sont également mis en place dans d'autres pays. Lorsque l'on se figure que le bassin de la population en France est d'environ 60 millions d'habitants et que celui de la Suisse romande est environ quarante fois inférieur, il ressort que l'éditeur français souhaitant distribuer ses livres à un prix inférieur sur le territoire suisse serait freiné dans une telle démarche par les répercussions sur d'autres territoires. De plus, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont remarqué que dans le système de la table, la majoration prévue pour les ventes en francs suisses ne revenait en aucune mesure aux éditeurs français.⁷¹⁷ Finalement, selon les constatations de la Commission européenne, il ne semble pas que l'hypothèse d'une concurrence vive entre les éditeurs soit vérifiée.⁷¹⁸

618. Diffulivre propose également un raisonnement se basant sur les prix de gros pour affirmer qu'il y a une concurrence très forte entre diffuseurs.⁷¹⁹ Dans la mesure où elle compare les prix de gros de Diffulivre avec ceux de Hachette Livre, cet argument doit être traité – et a été traité – en matière de concurrence intramarque au niveau du potentiel d'arbitrage. On ne saurait en déduire une portée sur la concurrence intermarques. On relèvera cependant qu'en indiquant que l'écart *corrigé du taux de change* entre les prix de gros de la Suisse et de la France est resté stable, Diffulivre admet que le potentiel d'arbitrage s'est accentué durant la période visée par l'enquête et confirme la constatation selon laquelle les détaillants suisses auraient dû, faute de protection terri-

toriale absolue, profiter d'un choc d'offres favorables grâce à l'évolution du cours.

619. Sans avoir été inexistante, la concurrence sur le prix au niveau wholesale a été faible et a une portée limitée à cause de la différenciation des produits.

Autres paramètres de concurrence

620. Selon Diffulivre, les modalités de paiement accordées sont également un paramètre concurrentiel de type prix sur lesquels les diffuseurs se font concurrence. Pour étayer cela, elle s'est basée sur un courrier de Servidis à l'adresse d'un libraire, accordant à ce dernier un délai supplémentaire de 30 jours comme demandé tant à Servidis qu'à Diffulivre.⁷²⁰ L'argument de Diffulivre tombe particulièrement à faux lorsqu'il apparaît que le courrier à l'origine de la demande est enrichi d'un ajout à la main par la libraire dont émane la pièce indiquant: « Ce courrier a également été envoyé à Diffulivre, qui n'a jamais répondu.⁷²¹ » Il ne s'agit là donc nullement d'un paramètre de concurrence intermarques pertinent. Dans le cas contraire, Diffulivre n'aurait simplement pas pu se permettre de traiter sa cliente de la sorte.

621. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont soutenu qu'il y avait une concurrence intermarques au niveau des services.⁷²² Diffulivre a prétendu que les diffuseurs se livraient une concurrence intermarques sur les prestations financières telles que les surremises liées au chiffre d'affaires, aux promotions réalisées, à la qualité de l'assortiment et aux budgets marketing.⁷²³ Ces éléments seraient le signe d'une concurrence intermarques. Les diffuseurs se feraient également concurrence via le niveau de services de diffusion qu'ils sont en mesure d'offrir aux différents détaillants.⁷²⁴ La concurrence à ce niveau s'inscrirait sur la taille et le nombre des équipes, les compétences particulières des représentants, les promotions particulières (mise à disposition d'éléments mobiliers, de livres gratuits, création d'autocollants, etc.), les aménagements du droit de retour, les modalités de livraison dont notamment les avantages consentis en cas de groupement minimal des commandes.

622. Tous les éléments invoqués au niveau des services n'altèrent pas la nécessité pour les détaillants d'être en relation directement ou indirectement avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Aucun diffuseur-distributeur

⁷¹⁰ Cf. B.4.2.4.2, N 650.

⁷¹¹ Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 113, N 477 (publication prévue in DPC).

⁷¹² A 693a, 93 N 282.

⁷¹³ A 691, annexes 8 à 12.

⁷¹⁴ A 693a, 93 N 281.

⁷¹⁵ A 672, 48.

⁷¹⁶ A 691, 49 N 167.

⁷¹⁷ Cf. notamment A 320, 1 (Interforum) ; A 122, 6 (AIG).

⁷¹⁸ Cf. notamment décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 667 ss.

⁷¹⁹ A 693a, 91 ss, N 276 ss et annexe 1 (rapport CRA), 14 ss.

⁷²⁰ A 538, 9.

⁷²¹ A 538, 3.

⁷²² A 689, 11 et 13 (OLF), A 693a, 95, N 287 ss (Diffulivre).

⁷²³ A 693a, 95, N 287 ss.

⁷²⁴ A 693a, 100 ss, N 311 ss.

ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Par contre, la concurrence sur les paramètres évoqués se répercute sur le rayonnement. C'est l'unique portée des différents services proposés par les diffuseurs-distributeurs. La concurrence sur le rayonnement, est mentionnée plus haut.

Conclusions intermédiaires

623. L'analyse de la concurrence actuelle mène à plusieurs constatations:

- La forte différenciation des livres limite *ab ovo* les possibilités de substitution dans ce secteur à tous les niveaux.
- Les clauses systèmes de distribution fondés sur un régime d'exclusivité ont couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête.
- La répartition des parts de marché a été stable sur toute la durée de l'enquête.
- Une concurrence entre les diffuseurs a existé au niveau des prestations financières mais aussi des services pour disposer du meilleur rayonnement (concurrence sur le rayonnement).

B.4.2.3.3 Concurrence potentielle

624. L'analyse de la concurrence potentielle a pour objet central les barrières à l'entrée sur le marché.

625. Selon Diffulivre,⁷²⁵ il faut considérer les phénomènes suivants concernant les entrées sur le marché: les éditeurs non représentés en Suisse souhaitant le devenir; les éditeurs présents en Suisse mais désirant passer à de l'auto-diffusion; les éditeurs souhaitant changer de diffuseur-distributeur en fin de contrat (renouvellement); l'approvisionnement par le canal de sociétés-sœurs situées en France et lesquelles pourraient s'inventer grossistes ou « grossistes-distributeurs »; l'approvisionnement par les diffuseurs français. De plus, Diffulivre a constaté une absence de barrières à l'entrée sur le marché de référence et a relevé qu'il n'existait pas de mesures législatives ou administratives rendant difficile l'accès au marché, qu'aucune donnée propre à ce marché ne laissait admettre que de nouveaux concurrents seraient dissuadés d'y entrer et que les coûts seraient faibles pour créer une structure de diffusion minimale sur le marché. La FNAC et Payot pourraient en outre profiter de leur infrastructure en France pour passer des commandes depuis ce pays.

626. Deux éléments ont limité considérablement les possibilités d'entrée sur le marché durant la période visée par l'enquête. Premièrement, l'entrée sur le marché dépend des droits d'édition. L'analyse de la Commission européenne dans l'affaire *Lagardère* a mis en relief leur importance et a mené à la conclusion que seules les entités qui seraient en mesure d'être des « acteurs significatifs sur les marchés primaires de l'achat de droits d'édition de livres en langue française, c'est-à-dire de pouvoir acquérir et exploiter ces droits à travers toute la chaîne du livre » pourraient conduire à des entrées sur les marchés de la vente de livres.⁷²⁶ En d'autres mots, les marchés situés en amont et ayant pour objet les droits d'édition des livres créent une barrière au marché importante.

627. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France (intégration verticale/conglomérale). Les principaux éditeurs sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui revient à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont *déjà* entrés sur le marché. Dans ce sens, une entrée n'est réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués spécifiquement en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché. Diffulivre a semblé avoir elle-même convenu de cette réalité lorsqu'elle a précisé à ce sujet avoir reçu « divers e-mails de *petits* éditeurs demandant à Diffulivre de les représenter en Suisse.⁷²⁷ »

628. Plusieurs diffuseurs auraient constaté deux entrées sur le marché durant la période d'enquête: Heidiffusion et Eurolivres.⁷²⁸ Selon Interforum, « du moment où un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il peut entrer sur le marché sans problème.⁷²⁹ » Cette observation est correcte. Or, l'acquisition de la diffusion-distribution d'un éditeur ou de plusieurs éditeurs constitue justement la barrière principale à l'entrée sur le marché étant l'intégration verticale/conglomérale constatée. Pour cette raison, les diffuseurs que sont Heidiffusion et Eurolivres ont eu au mieux un rôle marginal sur les diffuseurs-distributeurs et ne sont en mesure d'amener une quelconque pression disciplinante.

629. Les changements de diffuseur en cas de renouvellement de contrat ne sont pas non plus aptes à indiquer qu'une entrée est probable. Sur la période d'enquête, les renouvellements de contrat ont mené au mieux à des changements entre les diffuseurs existants et, parfois, à des arrêts d'une diffusion propre à la Suisse. Le renouvellement des contrats indique uniquement une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour l'acquisition de nouveaux clients en amont. Cette concurrence ne s'inscrit pas sur le marché de référence (vente) mais sur un autre marché, celui des services de diffusion.⁷³⁰

630. Les constatations qui précèdent sont soutenues par la stabilité des structures de diffusions-distributions en Suisse durant la période visée par l'enquête. Des modifications de cette structure n'ont jamais semblé probables, ce que de nombreux libraires ont également évoqué.⁷³¹ Ainsi, il y a lieu d'admettre que la probabilité que des entreprises aient été en mesure d'entrer sur le marché du côté de l'offre et de générer une pression disciplinante a été faible voire nulle durant la période visée par l'enquête.

⁷²⁵ A 693a, 105 ss, N 324 ss, 110 s., N 339 ss.

⁷²⁶ Cf. décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 740 et références citées.

⁷²⁷ A 693a, 106, n. 312.

⁷²⁸ A 692, 46, N 175 et 177 (Interforum); A 689, 14.

⁷²⁹ A 692, 46, N 178.

⁷³⁰ Cf. B.4.2.1.4, 115.

⁷³¹ A 232, 6 ; A 233, 2 ; A 252, 4 ; A 261, 4 ; A 264, 4.

B.4.2.3.4 Conclusion intermédiaire

631. Les détaillants sont contraints de travailler avec tous les diffuseurs. Ni la concurrence actuelle ni la concurrence potentielle n'ont discipliné le comportement des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête.

632. Il a existé une concurrence intermarques pour le rayonnage, tant sous forme financière que sur certains critères de services. Cette concurrence pour le rayonnage est faible et n'est pas apte à discipliner les diffuseurs-distributeurs pour la vente des livres au niveau wholesale.

B.4.2.4 Position des partenaires de l'échange

633. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral a fait sienne l'opinion émise en doctrine selon laquelle la pression disciplinante des partenaires de l'échange composant la demande pouvait également conduire à un renversement de la présomption, au même titre que la concurrence résiduelle.⁷³²

634. En l'espèce, la pression concurrentielle des acteurs en amont – les éditeurs –, puis celle de la demande, d'abord au niveau wholesale puis au niveau retail seront examinées.

B.4.2.4.1 Pression disciplinante des éditeurs (marché des services de diffusion et des services de distribution, marché de l'édition)

635. Services de diffusion et services de distribution – Diffulivre, Servidis/Transat, OLF, Flammarion et Interforum,⁷³³ ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché wholesale de la vente de livres aux détaillants. Ces diffuseurs-distributeurs ont considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre, les éditeurs n'hésiteraient pas à changer de diffuseur-distributeur lorsque les résultats ne sont pas atteints.⁷³⁴ Nombreux seraient les éditeurs ayant changé de diffuseur-distributeur en raison des performances réalisées. Il y aurait ainsi une concurrence entre les diffuseurs pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages.

636. Il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont changé de diffuseur-distributeur durant la période d'enquête, certains rejoignant d'autres diffuseurs, d'autres ayant décidé de passer en auto-diffusion. Mais il convient de rappeler, que plusieurs diffuseurs sont des filiales des principaux groupes éditoriaux et que les groupes éditoriaux importants sont déjà entrés sur le marché.⁷³⁵ Par conséquent, une éventuelle pression concurrentielle serait dans tous les cas d'une ampleur fortement limitée.

637. Ces éléments de fait soulèvent d'abord la question d'une pression disciplinante sur le marché wholesale de la vente de livres qui serait générée par la concurrence existant sur le marché des services de diffusion et sur le marché des services de distribution, distincts de ceux de la vente de livres.⁷³⁶ Aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication sur la mesure dans laquelle cette con-

currence dans l'obtention de la diffusion se répercuterait sur la concurrence entre diffuseurs sur le marché wholesale de la vente des livres. La Commission européenne dans la décision *Lagardère* n'a pas non plus constaté que les marchés des services de diffusion et des services de distribution exerceraient une pression disciplinante sur les marchés de la vente. On ne voit en l'espèce pas non plus comment cela pourrait être le cas. En effet, sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs, leur intérêt est d'obtenir une diffusion ou distribution qui leur convient, mais pas de péjorer les profits qui pourraient être générés par les revenus des ventes aux détaillants puis aux consommateurs finaux. Si une politique de prix propre au territoire suisse est considérée comme opportune pour un éditeur, par exemple parce qu'une discrimination de prix territoriale lui permettrait d'améliorer ses profits, alors il va chercher à mettre en place une telle diffusion-distribution. Cette pression ne va pas pouvoir discipliner les acteurs en aval.

638. Édition – Servidis/Transat ont considéré qu'il y avait une concurrence forte entre les éditeurs et une concurrence dans l'accès à la distribution.⁷³⁷ Cet argument selon lequel le système des tables reporterait la concurrence entre éditeurs au niveau wholesale et même au niveau retail a été traité au niveau de la concurrence intramarque et n'est pas fondé.⁷³⁸ Le marché en amont des droits d'édition limite d'ailleurs également l'émergence d'une pression concurrentielle de ce type.⁷³⁹

B.4.2.4.2 Pression disciplinante des détaillants

639. Interforum, Servidis/Transat, Dargaud, E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler en particulier,⁷⁴⁰ ont invoqué que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la FNAC et de Payot, avait discipliné les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre,⁷⁴¹ les revendeurs disposeraient d'une position forte à l'égard des diffuseurs-distributeurs. Le fort degré de concentration et les niveaux autant que l'évolution des remises consenties en seraient la preuve. D'une part, Diffulivre a relevé le fort degré de concentration au niveau des revendeurs. Les six plus gros revendeurs romands ont représenté [...] du chiffre d'affaires de Diffulivre en 2011.⁷⁴² Dans ce sens, la FNAC et Payot seraient des canaux de revente incontournables et les libraires indépendants disposeraient d'un levier important grâce à leur concertation au sein de l'ASDEL. D'autre part, les niveaux de remises seraient plus élevés que dans les autres pays européens et auraient constamment augmenté depuis 2005.

⁷³² Arrêt du TAF 2010/2 387, consid. 9.2.4, *Implenia/WEKO* et réf. citées.

⁷³³ A 699, 22 N 96.A 672, 45 s, N 174.

⁷³⁴ A 693a, 102 ss, N 318 ss.

⁷³⁵ Cf. B.4.2.3.3, 132.

⁷³⁶ Cf. B.4.2.1.4, N 551 ss.

⁷³⁷ A 692, 47.

⁷³⁸ Cf. B.4.2.3.2, 128 ss.

⁷³⁹ Cf. B.4.2.3.3, 132 ss.

⁷⁴⁰ A 692, 43, N 162 ; 45, N 173 ; en particulier 47 ss, N 182 ss ; A 672, 48 ; A 691, 51 s., N 181 ss ; A 698, annexe 1 (expertise Gugler), 23 ss.

⁷⁴¹ A 693a, 111 ss, N 346 ss.

⁷⁴² A 693a, 114 N 347.

Capacité disciplinante des détaillants

640. En droit de l'Union européenne, les critères de l'analyse de la puissance d'achat en aval ont été développés dans le contrôle des concentrations d'entreprise.⁷⁴³ Parmi ces critères, la jurisprudence et la doctrine européennes considèrent comme centrale la possibilité pour les acheteurs d'obtenir les biens par un autre canal.⁷⁴⁴ Cette menace doit être en outre sérieuse. Il est systématiquement nécessaire de mener une analyse au cas par cas.

641. En l'espèce, plusieurs éléments doivent être pris en compte. Premièrement, les détaillants n'ont pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs. La cause en est le cloisonnement du territoire.⁷⁴⁵ Les propos d'Interforum ont été éloquentes: « Pour info, la Fnac nous a menacé d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder.⁷⁴⁶ »

642. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs ont discuté entre eux au sein de l'ASDEL des importations parallèles et des conséquences qu'elles pourraient avoir sur leur existence. Le fait que ce genre d'information ait circulé entre les diffuseurs-distributeurs a d'autant réduit les possibilités de négociation – de Payot en l'occurrence, mais cela vaut pour l'ensemble des détaillants –, car chaque diffuseur-distributeur était conscient de la stratégie de ses semblables. Pascal Vandenberghe (Payot) s'est d'ailleurs montré surpris durant son audition devant la COMCO que les diffuseurs se soient entretenus entre eux sur le sujet de sa demande.⁷⁴⁷

643. Troisièmement, Diffulivre a fait état d'un courrier commun des libraires de l'ASDEL tentant de faire pression sur elle et critiquant le niveau de sa table. Cet exemple ne saurait constituer une preuve que les détaillants pourraient – et auraient – fait pression sur les diffuseurs-distributeurs. En effet, même en se concertant et en prenant une mesure collective, les libraires indépendants, représentant environ 30 % de la demande wholesale, ont constaté que Diffulivre était « resté[e] sourd[e] à [leur] message » et les promotions proposées ne remplaçaient en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro.⁷⁴⁸

644. Quatrièmement, selon Servidis/Transat, le fait que le niveau des prix de gros pour les détaillants était juste au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux prouverait que « [L]es remises concédées par les diffuseurs garantissent un prix d'achat pour les libraires inférieur à Amazon qui permet précisément aux libraires de couvrir leurs coûts et se maintenir. »⁷⁴⁹ Le fait d'être en mesure d'imposer une telle politique de prix, laquelle condamne assurément de nombreux détaillants, prouve précisément que les détaillants ne sont pas en mesure de discipliner les diffuseurs-distributeurs.

645. Finalement, les temps de réaction distincts dans l'adaptation des tables par rapport à l'appréciation du franc et au recul des ventes dans le commerce stationnaire est un indice que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas été contraints par les comportements des détaillants. Les détaillants n'ont pas eu d'alternatives

d'approvisionnement pour les livres diffusés-distribués en Suisse. De plus, ils ne peuvent globalement pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, ce qui fragilise d'autant leur situation et les empêche de discipliner les diffuseurs-distributeurs.

646. Dans ce contexte, les détaillants n'ont pas été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs pendant la période visée par l'enquête.

Pratique des tables, facturation et étiquetage

647. Il ressort de ce qui précède que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante pendant la période visée par l'enquête. Même si les détaillants avaient été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête, une telle pression aurait été improbable. En effet, dans la branche du livre en Suisse, les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants présentent plusieurs caractéristiques ayant pour effet de rendre improbable une telle pression concurrentielle de leur part.

648. Le système de calcul des prix basé sur des tables de conversion – le système des tables – génère un point de repère sur le niveau de prix considéré comme optimal par les diffuseurs-distributeurs pour la revente des livres. Chaque diffuseur-distributeur suisse établit une table de conversion pour déterminer le cadre de ses relations avec l'ensemble des libraires. Les tables de conversion se présentent sous une forme très basique: il s'agit de deux colonnes côte à côte, une colonne exposant des montants en euros, l'autre indiquant les montants en francs suisses correspondants. En général les taux de conversion diminuent à mesure que le prix augmente.⁷⁵⁰ À partir d'un certain niveau de prix, le coefficient devient en principe linéaire. Les tables des diffuseurs ne sont pas identiques, mais elles ont en commun le fait qu'elles apposent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change. Sur la base des montants indiqués par les tables, chaque diffuseur-distributeur négocie avec chaque détaillant un taux de remise, lequel est décisif pour déterminer le prix d'achat de ce dernier. Concrètement, si un détaillant convient d'un taux de remise de 40 % avec un diffuseur-distributeur, cela signifie que le prix d'achat de chaque livre auprès de ce diffuseur-distributeur lui coûtera le 60 % du prix tel que défini par la table de conversion. Dans cet exemple, si l'on admet que la table prévoit par hypothèse un taux de conversion de coefficient 2,⁷⁵¹ un livre dont le prix public français est de 10 euros coûte

⁷⁴³ Cf. lignes directrices sur les concentrations, para. 64 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874.

⁷⁴⁴ Cf. par exemple l'analyse de la Commission européenne dans la concentration M.1225 Enso/Stonera JO L 254/9, pts 84-97 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874.

⁷⁴⁵ Cf. B.4.2.4.2, 132.

⁷⁴⁶ A 27, 1.

⁷⁴⁷ A 913 L 153.

⁷⁴⁸ Cf. A 693a, annexe 56.

⁷⁴⁹ A 672, 46.

⁷⁵⁰ Cf. par exemple A 122, 6 ; A 79, 6.

⁷⁵¹ Lorsque le cours EUR/CHF était à 1.64 au 30 juillet 2007 par exemple, la table de Servidis prévoyait un coefficient légèrement supérieur à 2, le montant de 9.90 euro ayant pour prix tabellisé 20.30 francs suisses ; cf. A 672, 48 et annexe 26.

12 francs suisses au détaillant bénéficiant d'une remise de 40 %. En effet, la table fixe pour cet ouvrage un prix tabellisé de 20 francs suisses, dont le libraire est tenu de payer le 60 % au diffuseur-distributeur. Si ledit livre est vendu par le détaillant au prix de 20 francs suisses (prix tabellisé), ce sont 40 % du prix de vente qui restent chez le détaillant après la transaction.

649. Le système de calcul exposé et commun à tous les diffuseurs-distributeurs en Suisse est complété en pratique par les modèles de facturation de ces derniers. En effet, ces modèles de facturation reprennent intégralement le calcul du prix et indiquent en général que le prix de référence est considéré comme un « prix de vente public ». De plus, il est en général loisible pour les détaillants de demander, contre rémunération, que les livres leur soient remis avec une étiquette indiquant parmi d'autres informations le prix de vente final (prestation d'étiquetage). Selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, c'est généralement le prix tabellisé qui est porté sur l'étiquette et ce, en particulier si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix.

650. Finalement, la majoration opérée par les tables de conversion a pour corollaire une remise relative plus élevée pour les détaillants en Suisse que celle des détaillants en France. Selon E5F, la remise moyenne en Suisse est de [...] plus élevée qu'en France.⁷⁵² Servidis a précisé, en 2010, que les remises accordées aux libraires en Suisse étaient en moyenne de [...] en France, selon un rapport Ipsos sur la librairie indépendante.⁷⁵³ D'autres diffuseurs-distributeurs ont fait part de constatations comparables.⁷⁵⁴ En d'autres mots, la majoration générée par le système de calcul des prix basé sur des tables de conversion, si elle a essentiellement profité aux diffuseurs-distributeurs grâce au cloisonnement du territoire a aussi permis aux détaillants de garder pour chaque livre vendu un montant plus élevé relativement à un détaillant en France. Dans ce sens, Diffulivre a exposé, en 2007: « [...]»⁷⁵⁵ « [...]»⁷⁵⁶

651. Tel que l'a également constaté la jurisprudence de l'UE dans une affaire présentant certains points similaires, un système de calcul des prix basé sur les prix indicatifs de vente au détail est fortement incitatif. Il ne saurait l'être dans une moindre mesure lorsque certaines prestations telles que l'étiquetage sont rationalisées et offertes par les diffuseurs-distributeurs. En pratique, le système fortement incitatif s'est traduit par un taux de suivi par les détaillants élevé des prix tabellisés sur le marché final pendant la période visée par l'enquête.

652. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants a été d'autant moindre que ces derniers ont été en mesure de transférer sur les consommateurs finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs.

Commerce électronique

653. Selon Servidis/Transat, l'essentiel de la pression concurrentielle viendrait du marché de détail, soit de la pression des consommateurs. Le Secrétariat n'aurait « pas fait son travail » et ignorerait encore « la réalité de la pression concurrentielle effective exercée sur les li-

braires, les diffuseurs et les éditeurs au niveau de la demande finale.⁷⁵⁸ »

654. Le commerce électronique n'est pas arrivé récemment dans la branche du livre, comme l'ont relevé plusieurs diffuseurs-distributeurs. Tout au plus peut-on admettre que l'utilisation par les consommateurs finaux s'est accrue progressivement pour avoir représenté vers la fin de la période visée par l'enquête environ 10 % de la vente de livres aux consommateurs finaux. Le réel déclencheur de la fuite de nombreux consommateurs finaux vers des sites tels qu'Amazon réside dans le fait que l'appréciation du franc a rendu les prix proposés par Amazon bien plus bas que les prix dans le commerce stationnaire en Suisse. Parallèlement, les diffuseurs-distributeurs n'ont pas transmis les gains de change aux détaillants, ni aux consommateurs finaux. L'exemple précisément de Servidis le prouve à suffisance. En effet, les chiffres exposés par Servidis/Transat indiquent que les baisses successives de leurs tables n'ont pas eu pour effet de répercuter l'appréciation du franc en faveur des détaillants.⁷⁵⁹ En effet, alors que l'euro perdait 25 % de sa valeur entre le 1^{er} janvier 2007 et le 1^{er} novembre 2011, la table de Servidis a baissé de 15 % sur cette même période. Par conséquent, la majoration relative pour le marché suisse a en fait augmenté sur cette période, passant d'environ 18-24⁷⁶⁰ % à 33 %. Dans un contexte de détérioration des ventes dues à la substitution vers notamment le canal internet, la majoration relative de la table par rapport à l'euro a donc augmenté. Servidis a pu préserver ses marges, malgré la détérioration du marché, au détriment des détaillants.

Appels d'offres

655. Diffulivre a également mentionné qu'elle était parfois soumise à des appels d'offres, ce qui témoignerait de la concurrence émergente de ses clients.⁷⁶¹

656. Les appels d'offres évoqués par Diffulivre ne sont pas l'apanage de revendeurs actifs sur le marché retail. Ce sont des clients finaux d'un type particulier qui procèdent à des appels d'offre, dans la mesure où leurs choix s'opèrent en fonction de critères très précis et concernent des quantités conséquentes d'un même ouvrage. À ce titre, la concurrence que se livrent les diffuseurs, ou plutôt comme l'a mentionné à raison Diffulivre, les *éditeurs*, n'a pas lieu sur le marché wholesale. Il s'agirait plutôt d'un marché distinct, en ce sens que la demande n'est pas composée par des détaillants.

⁷⁵² A 79, 6.

⁷⁵³ A 331, 5.

⁷⁵⁴ A 72 (Transat), 4.

⁷⁵⁵ A 33, 3.

⁷⁵⁶ A 33, 6.

⁷⁵⁷ Arrêt du TPI du 13 janvier 2004 T-67/01, *JCB Service contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2004, point 130.

⁷⁵⁸ A 672, 39 et 47-48.

⁷⁵⁹ A 672, 48.

⁷⁶⁰ Le coefficient étant dégressif, l'augmentation relative de 24 % concerne plutôt les prix en euros bas et 18 % les prix en euros élevés.

⁷⁶¹ A 693a, 45.

B.4.3 Conclusion intermédiaire

657. L'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart prévoit que si la concurrence efficace est supprimée par les accords, ceux-ci sont illicites.⁷⁶²

658. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

659. Il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La concurrence intermarques, dont la portée est limitée par les caractéristiques du produit, n'a pas non plus existé au-delà de la concurrence circonscrite au rayonnement, provenant des marchés des services de diffusion. L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

660. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique et elle ne peut pas être renversée. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sont illicites.

B.5 Affectation notable de la concurrence

661. 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).

662. 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).

B.5.1 Remarque liminaire

663. Les questions de savoir si un accord affecte notablement la concurrence et si un tel accord est justifié par des motifs d'efficacité économique ne se posent que si la présomption de suppression de la concurrence peut être renversée.⁷⁶³ En l'espèce, la présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée pour aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG. Les questions de l'affectation notable et des justifications d'efficacité n'ont donc en principe pas à être examinées.

664. En pratique, la COMCO peut toutefois procéder à un examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence, par exemple lorsqu'un tel examen ne commande pas de mesures d'enquête supplémentaires.⁷⁶⁴ En l'espèce, l'examen de l'affectation notable et des justifications d'efficacité intervient à titre subsidiaire, car l'analyse a démontré que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée. Ainsi, la suite de l'analyse examine plus avant si, même dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption, une affectation notable de la concurrence, cas échéant, qui ne serait pas justifiée par des motifs d'efficacité économique devait être constatée.

B.5.2 Examen du caractère notable de l'affectation

665. Selon le ch. 12 CommVert, le caractère notable de l'affectation de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart s'examine à l'aune 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.⁷⁶⁵

B.5.2.1 Caractère qualitativement notable

666. Le ch. 12 (2) CommVert énumère les accords considérés comme qualitativement notables relativement à leur objet. Au sens de la lettre b de l'énumération, les accords ayant pour objet les restrictions du territoire dans la mesure où elles intègrent les ventes passives sont considérées comme qualitativement notables.

667. En l'espèce, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité visant à prohiber les ventes passives vers la Suisse, comme il a été démontré plus haut.⁷⁶⁶ De tels systèmes de distribution sont typiquement ceux qui sont visés par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également par le ch. 12 (2) let. b CommVert.

668. Ainsi, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan qualitatif pendant la période visée par l'enquête.

B.5.2.2 Caractère quantitativement notable

669. Selon le ch. 13 (1) CommVert, les accords verticaux en matière de concurrence non visés au chiffre 12 (2) lettres a à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord. Selon le ch. 13 (2) CommVert, lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires.

⁷⁶² CR Concurrence AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 228 ss., 490.

⁷⁶³ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 390 consid. 9.2.5, *Implemia/WEKO* et réf. citées.

⁷⁶⁴ Cf. DPC 2010/4, 649ss, *Hors-liste*.

⁷⁶⁵ DPC 2012/3, 575, N 279, *BMW*; DPC 2010/1, 103, N 302, *Gaba*; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: T. Geiser/P. Krauskopf/ P. Münch, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel/Genf/München 2005, N 8.47.

⁷⁶⁶ Cf. B.4.1.5, 93 ss.

670. En l'espèce, les seuils mentionnés par le ch. 13 CommVert ne sont pas pertinents, car le caractère notable sur le plan qualitatif correspond au ch. 12 (2) let. b CommVert, expressément écarté du champ d'application du ch. 13 (1) CommVert.

671. Au-delà du cadre défini par le ch. 13 CommVert, les principes de l'analyse du caractère quantitativement notable ont été établis par la COMCO dans l'affaire *Gaba*.⁷⁶⁷ Cet examen repose essentiellement sur les éléments de la position sur le marché, des possibilités d'arbitrage, des parts de marché, de la concurrence actuelle, de la structure du marché et de la position des partenaires de l'échange. Ce sont fondamentalement les mêmes paramètres que ceux qui sont examinés dans l'examen du renversement de la présomption, la seule différence résidant dans le degré de l'affectation permettant de considérer que la condition est réalisée.⁷⁶⁸

672. En l'espèce, l'analyse du renversement de la présomption a mis en évidence que plus de 95 % du marché est soumis aux systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG, lesquels ont reposé durant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

673. L'examen des autres critères n'a pas été à même de laisser un doute quant à la suppression de la concurrence efficace sur le marché de référence wholesale.

674. Partant, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan quantitatif pendant la période visée par l'enquête.

B.5.2.3 Conclusion intermédiaire

675. L'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif.

B.5.3 Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique

676. Lorsqu'un accord affecte notablement la concurrence, il convient d'examiner si ce dernier peut être justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 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 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 permet en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

677. Dans le contexte d'un marché dans lequel les produits vendus sont accompagnés d'un droit de retour, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pourrait réduire les coûts de distribution. Ce motif d'efficacité économique commande d'examiner la faculté de retour-

ner les livres invendus et sa relation avec le régime d'exclusivité.

678. La faculté de pouvoir retourner les livres invendus durant un certain délai est l'une des caractéristiques même de la branche. Dans un contexte d'incertitude généralisée et de répartition des ventes sur un nombre élevé de titres, une répartition des risques entre les différents échelons de la branche a pris forme. Il en va de même concernant les livres rédigés dans d'autres langues. Ainsi, le droit de retour est un élément important pour permettre l'activité des détaillants dans la branche du livre.

679. L'hypothèse du caractère indispensable du régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pour garantir le fonctionnement de la faculté de retourner les livres invendus dans un certain délai n'est pas vérifiée, comme l'ont d'ailleurs admis la plupart des parties lors de leur audition ou dans leurs prises de position. En effet, le régime d'exclusivité détermine les flux, principalement les flux « aller », c'est-à-dire de l'éditeur vers le détaillant, mais également les flux « retour », les systèmes de distribution examinés agençant notamment les délais et modalités de paiement par rapport aux flux tant aller que retour. Dans ce sens, si le régime d'exclusivité permet de gérer les flux retour en interdisant des canaux de distribution parallèles, il ne se révèle pas le seul moyen de gérer de tels flux. En effet, d'autres modalités seraient envisageables. En audition, Servidis a exposé qu'une solution basée sur des taux de retour serait envisageable pour éviter les retours croisés,⁷⁶⁹ solution que Diffulivre a également mentionnée dans sa prise de position.⁷⁷⁰ Cela serait pratiqué pour les livres en langue allemande notamment, selon Michel-Édouard Slatkine (Servidis).⁷⁷¹ Flammarion a mentionné la possibilité d'un système de marquage.⁷⁷²

680. En résumé, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives est apte à canaliser le retour des livres invendus. Cependant, il n'est pas indispensable à cet effet, car il existe plusieurs autres méthodes permettant de parvenir au même résultat sans porter préjudice à la concurrence. Ainsi, il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des systèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête. Les diffuseurs-distributeurs concernés seraient au demeurant bien en peine de prétendre à une telle justification puisqu'ils nient l'existence même d'un tel régime.

⁷⁶⁷ Cf. DPC 2012/3, 577 (et renvois à la pratique antérieure de la COMCO), *BMW*.

⁷⁶⁸ DPC 2012/3, 577, *BMW*.

⁷⁶⁹ A 914 L 795 ss.

⁷⁷⁰ A 693a, 69, N 196.

⁷⁷¹ A 914 L 795 ss.

⁷⁷² A 905 L 285 ss.

B.5.4 Conclusion intermédiaire

681. Même si l'on devait admettre contrairement à l'analyse du considérant B.4 que la présomption de suppression de la concurrence pouvait être renversée en l'espèce, l'examen de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites, car ils ont notablement affecté la concurrence durant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, et qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la nécessité de ces derniers.

B.6 Sanction

682. 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 que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence.

683. Le fait d'imposer une sanction à des entreprises présuppose que l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart est réalisé. Selon cette disposition, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 LCart, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, 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. L'art. 9 al. 3 LCart, est applicable par analogie. 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.

684. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. L'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions, OS LCart; RS 251.5) détermine plus avant les critères pour le calcul du montant de la sanction.

685. Concrètement, il y a lieu de déterminer d'abord le montant maximal, puis le montant de base. Ce dernier correspond à un montant pouvant aller, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart, art. 3 OS LCart). Le montant de base 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. Ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Les circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et atténuantes (art. 6 OS LCart) doivent aussi être examinées.

686. La hauteur effective de la sanction dépend des circonstances concrètes et tient compte du principe de la proportionnalité conformément à l'art. 2 al. 2 OS LCart.

687. Plusieurs éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart se recourent avec les éléments

constitutifs matériels de l'infraction déjà passés en revue plus haut. Il y sera renvoyé en conséquence.

B.6.1 Principe général de prescription

688. Servidis/Transat ont argué que la sanction proposée par le Secrétariat frapperait des faits prescrits. La LCart ne contient certes pas de disposition relative à la prescription, mais cette dernière serait un principe de droit général. De plus, l'application de l'art. 11 al. 4 [L]DPA serait commandée en l'espèce et une prescription de 5 ans s'appliquerait aux peines de la loi sur les cartels.⁷⁷³

689. Servidis/Transat ont indiqué correctement que la LCart ne contenait pas de disposition concernant la prescription. Si les états de fait relevant de la loi sur les cartels devaient connaître une règle de prescription, le TF devrait alors en tenir compte d'office, ce qu'il ne fait justement pas, comme le démontre le récent arrêt Publigroupe.⁷⁷⁴ Ainsi, il n'y a pas lieu de considérer qu'une prescription empêcherait la COMCO de prononcer des sanctions en l'espèce.

B.6.2 Entreprises

690. Les restrictions à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être le fait d'une entreprise. La notion d'entreprise de l'art. 49a al. 1 LCart correspond à celle de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart. Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG peuvent être qualifiés d'entreprises au sens de la loi sur les cartels.

B.6.3 Comportement illicite

691. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit conformément au cadre légal constitutionnel des mesures contre les cartels durs au sens d'accords horizontaux ou verticaux saisis par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Ce sont les infractions au droit de la concurrence qui portent le plus préjudice aux consommateurs, aux entreprises et à l'économie dans son ensemble et qui ont par ailleurs été traitées spécifiquement par le législateur par l'introduction des présomptions de la LCart. Partant, deux conditions doivent être remplies pour qu'une sanction puisse être infligée en application de l'art. 49a al. 1 LCart. Il s'agit d'une part d'une 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 d'autre part de l'illicéité de cet accord.

B.6.3.1 Suppression de la concurrence

692. Toutes les parties ont contesté avoir été parties à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période visée par l'enquête. Les arguments qu'elles ont avancé ont été traités dans les considérants matériels de la présente décision.

693. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont supprimé la concurrence efficace.⁷⁷⁵

⁷⁷³ A 672, 50 s.

⁷⁷⁴ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, *Publigroupe/COMCO*.

⁷⁷⁵ Cf. B.4.3.

B.6.3.2 Affectation notable

694. Interforum, OLF, Diffulivre, Dargaud et AIG ont argué que si la COMCO devait retenir non pas la suppression de la concurrence, mais seulement son affectation notable sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart, une sanction qui serait infligée aux parties sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart serait tout de même à exclure.⁷⁷⁶ Diffulivre en particulier a fait valoir que l'art. 49a al. 1 LCart, dans sa teneur actuelle ne prévoirait une sanction qu'en cas de suppression de la concurrence et non en cas d'affectation notable de cette dernière. Au vu de cela, la COMCO en effectuant une interprétation divergente violerait le principe de la légalité. La subsumption des situations dans lesquelles seule une affectation notable au sens des art. 5 al. 1 et 2 LCart tomberaient sous le coup de l'art. 49a al. 1 LCart serait non seulement contraire à la lettre de cette dernière norme et au but des sanctions directes visant les atteintes les plus graves, mais elle mènerait également à une insécurité juridique et un défaut de prévisibilité des sanctions. Les considérations du législateur faites dans le cadre de la révision actuelle de la LCart abonderaient également dans ce sens. De plus, le raisonnement de la COMCO, selon lequel la preuve de la suppression de la concurrence étant très difficile à apporter en pratique en raison des exigences posées par le Tribunal fédéral et les difficultés auxquelles cette dernière se verrait confrontée de ce fait pour infliger des sanctions directes, justifierait que l'art. 49a al. 1 s'applique également aux accords visés par l'art. 5 al. 1 et 2 LCart, ne saurait être retenu, en raison du principe de la légalité tel qu'il est formulé à l'art. 1^{er} CP, la nature de la sanction étant pénale.⁷⁷⁷

695. Le raisonnement de Diffulivre et l'argument des autres diffuseurs-distributeurs l'ayant invoqué ne peut être suivi. Premièrement en effet, c'est l'illicéité d'un accord au sens de l'art. 49a al. 1 LCart qui est déterminante et non le degré de restriction de la concurrence constaté. Dans sa pratique, la COMCO a considéré que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 pouvaient être sanctionnés également dans le cas où la présomption légale aurait été renversée.⁷⁷⁸ Deuxièmement, le TF a retenu que l'art. 49a LCart permettant les sanctions directes a été introduit dans le but de lutter de manière plus efficace contre les accords horizontaux et verticaux les plus nuisibles *affectant* notablement la concurrence – « *wettbewerbsbeschränkend* » – et non uniquement ceux *supprimant* la concurrence.⁷⁷⁹

696. Ainsi, même s'il convenait d'admettre que la présomption de la concurrence devait être renversée en l'espèce, il y aurait lieu d'admettre que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été illicites durant la période visée par l'enquête, dans la mesure où ils ont affecté notablement la concurrence.

B.6.3.3 Conclusion intermédiaire

697. Un comportement illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart peut être constaté pour Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG.

B.6.4 Imputabilité

698. Selon la jurisprudence fédérale et la pratique de la COMCO, non seulement les éléments constitutifs de l'infraction sur le plan matériel, y compris l'illicéité, doivent être établis pour déclencher l'éventualité d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart, mais encore une imputabilité objective.⁷⁸⁰ Cette condition de l'imputabilité objective est à comprendre comme la nécessité de démontrer, au moins, une commission – ou une omission – par négligence consistant en une violation d'un devoir de vigilance découlant des circonstances ou en un défaut d'organisation.

699. Interforum a soutenu dans sa prise de position que si la LPL avait été adoptée, l'enquête aurait été classée. La COMCO aurait ainsi fait dépendre sa sanction du résultat d'une votation populaire qui de une, était imprévisible et de deux, sortait du champ d'influence des diffuseurs, raison pour laquelle aucune imputabilité ne serait donnée.

700. Selon E5F, l'adoption de la LPL aurait conduit à légaliser les pratiques en vigueur en Suisse sur le marché du livre écrit en français. Le mécanisme qu'entendait institutionnaliser cette loi aurait correspondu quasiment en tous points aux comportements reprochés aux diffuseurs. En suspendant son enquête, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des parties jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde les diffuseurs des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté une attitude confortant ces derniers dans l'idée de conformité de leurs pratiques avec la LCart. Dans ces circonstances, les parties ne pouvaient s'attendre à ce que la procédure aboutisse à un tel résultat et vouloir leur infliger une sanction correspondrait à une violation du principe de la bonne foi.

701. Flammarion a indiqué que les entreprises du secteur se seraient conformées de bonne foi à un système qu'elles pensaient légitime et qui serait parfaitement légal dans leur pays d'origine. De plus, au vu des échanges avec le Secrétariat au cours des quatre années d'enquête, une sanction ne pouvait être raisonnablement anticipée. La longueur de la procédure et l'incertitude quant aux infractions réellement reprochées auraient abouti à une situation d'insécurité juridique.

702. Glénat a estimé incohérent et manifestement choquant que le Secrétariat ait pu concevoir de lui infliger une sanction pour un comportement qui serait en fin de compte imputable aux libraires, seuls responsables de ne pas s'approvisionner directement en France.

⁷⁷⁶ A 672, 50 ; A 690, 27 ; A 689, 16 ; A 691 N 187.

⁷⁷⁷ A 693a, 165 ss, N 512 ss.

⁷⁷⁸ DPC 2012/3, 581, N 321 ss. *BMW*.

⁷⁷⁹ ATF 135 II 60, 63, consid. 2.1. ; DPC 2012/3, 582, N 322, *BMW*.

⁷⁸⁰ Arrêt du TAF DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2, *Publigruppe/COMCO*.

703. Diffulivre a réfuté que les reproches formulés dans la proposition du Secrétariat à l'endroit des diffuseurs seraient imputables à la violation d'un devoir de diligence de leur part. En premier lieu, elle a contesté avoir joué un quelconque rôle dans le déclenchement et le processus législatif lié à la LPL de manière générale. Le fait que l'avancement de ce projet de loi ait été discuté lors de réunions de l'ASDEL ne saurait en outre lui être reproché, puisque la LPL aurait eu des conséquences directes sur l'activité des diffuseurs et de telles discussions relèveraient du but statutaire de l'association. De plus, Diffulivre se serait toujours distancée des propos émanant de l'ASDEL ou de ses membres qu'elle considérait inappropriés. En deuxième lieu, Diffulivre s'en est pris aux autres éléments avancés par le Secrétariat dans ce contexte. Tous les extraits tirés de procès-verbaux de réunions au sein de l'ASDEL ont été réfutés en tant que preuves d'une violation du devoir de diligence de Diffulivre. Selon elle, rien dans ces extraits ne démontrerait que les diffuseurs auraient douté de la conformité du système économique et auraient été conscients de la nature illicite de ces pratiques.

704. Servidis/Transat ont contesté qu'un accord illicite leur serait imputable. Selon elles, le fait que la COMCO se soit abstenue d'ouvrir une enquête pendant si longtemps, contrairement au marché suisse allemand, alors que l'organisation du marché lui était connue et qu'elle l'ait ensuite ouverte avec pour objet l'examen d'un éventuel abus de position dominante leur livrait de très bonnes raisons de s'estimer en-dehors des « foudres de la LCart ». En effet, n'étant aucunement en position dominante et disposant de tabelles parmi les plus basses sur le marché, les deux sociétés ne se seraient pas senties concernées par l'enquête. Quant à l'organisation du marché, cette dernière ne serait que « le prolongement logique de l'organisation prévalant en France et dans le reste de l'Europe francophone ». Elle a relevé que la « duplication de la diffusion » est un « choix commercial ». Dans ce contexte, les diffuseurs n'avaient pas conscience d'être en infraction.

705. Concernant Dargaud, outre le fait que le Secrétariat n'aurait pas démontré que des accords illicites lui seraient imputables, les contrats qui pourraient éventuellement s'être révélés problématiques du point de vue du droit des cartels ne pourraient être imputés à Dargaud puisque les restrictions à la concurrence résulteraient d'accords conclus entre l'éditeur et le diffuseur étranger auxquels Dargaud ne serait pas partie. Dargaud a également contesté le reproche formulé dans la proposition du Secrétariat à l'égard des diffuseurs consistant en l'absence d'adaptation du comportement nonobstant l'ouverture d'une enquête. La procédure ne visant que les violations de l'art. 7 LCart, les diffuseurs pouvaient légitimement partir du principe que seul l'abus de position dominante était visé par l'enquête. L'élargissement de l'enquête aux art. 5 al. 3 et 4 LCart n'étant intervenu que le 2 mars 2011 avec en toile de fond l'adoption de la version finale de la LPL par le Parlement le 18 mars 2011, un changement de pratique ne pouvait être exigé de la part des diffuseurs dans ces circonstances.

706. AIG a contesté que l'imputabilité ait été établie par le Secrétariat. Aucune des indications qu'elle a faites

dans sa prise de position ne concerne les accords verticaux ATD.

707. Les éléments suivants justifient l'imputation des comportements illicites constatés aux diffuseurs-distributeurs. Premièrement, tous les systèmes de distribution considérés comme illicites auxquels ont été impliqués les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives.

708. Deuxièmement, durant la période visée par l'enquête, tous les diffuseurs-distributeurs ont mis consciemment en œuvre les systèmes de distribution en s'opposant aux tentatives d'importations parallèles.

709. Troisièmement, les discussions au sein de l'assemblée professionnelle du domaine Diffuseur de l'ASDEL permettent de tirer la conclusion que le cloisonnement du territoire suisse était une politique assumée. Le passage d'un protocole d'une réunion des diffuseurs-distributeurs qui suit, faisant état de la volonté de la FNAC de basculer ses approvisionnements en direct, peut être imputé à l'ensemble des diffuseurs-distributeurs au regard des tentatives de modification de ses approvisionnements exposées par la FNAC en audition:

« Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir d'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les points et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches prendront au besoin des dispositions appropriées.⁷⁸¹ »

710. Les développements législatifs parallèles à la procédure n'altèrent nullement la considération de l'imputabilité pour les charges finalement retenues. En effet, comme il a été exposé en matière de prescription réservées, la LPL ne contenait aucun volet concernant la réglementation des approvisionnements. Seul un régime de prix de revente était prévu. Dans ce sens, les diffuseurs-distributeurs n'ont pu se représenter que leurs systèmes de distribution fondées sur des régimes d'exclusivité pourraient être d'une quelconque manière « légitimés » par un texte de régulation spécifique. Les diffuseurs-distributeurs ont bien au contraire, comme le passage ci-dessus ainsi que les développements concernant l'exclusion des ventes passives le complète, échangé concernant le danger des exportations parallèles au sein de leur assemblée professionnelle, et cela sans que la procédure législative ne réduise d'une quelconque manière l'imputabilité des comportements aux diffuseurs-distributeurs.

⁷⁸¹ A 547f, 12 (PV de l'Assemblée professionnelle des diffuseurs du 12.3.2007, 2).

711. Quatrièmement, malgré la proposition du Secrétariat, intervenue en août 2012, les diffuseurs-distributeurs n'ont, à quelques exceptions près, toujours pas ouverts la voie à des importations parallèles.

712. Ainsi, les comportements illicites peuvent objectivement être imputés aux diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG.

B.6.5 Mesure de la sanction

B.6.5.1 Montant maximal

713. Le montant maximal de la sanction correspond à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par

Partie	Max 49a LCart	Somme CA
Interforum	Fr. [...]	Fr. [...]
E5F	Fr. [...]	Fr. [...]
Flammarion	Fr. [...]	Fr. [...]
Glénat	Fr. [...]	Fr. [...]
OLF	Fr. [...]	Fr. [...]
Diffulivre	Fr. [...]	Fr. [...]
Servidis	Fr. [...]	Fr. [...]
Transat	Fr. [...]	Fr. [...]
Dargaud	Fr. [...]	Fr. [...]
AIG	Fr. [...]	Fr. [...]

714. AIG a contesté le calcul de ce montant dans sa prise de position en indiquant que seul le chiffre d'affaires des activités dans le domaine de la diffusion aurait dû être pris en compte.⁷⁸² Il n'y a pas lieu de suivre son propos. Ce n'est que lors de la détermination du montant de base qu'il s'agit de tenir compte, conformément à l'art. 3 OS LCart, du chiffre d'affaires des trois derniers exercices réalisé *sur les marchés pertinents*. L'art. 7 OS LCart, qui s'applique en matière de calcul du montant maximal d'une sanction, ne contient pas cette précision. Par conséquent le chiffre d'affaires d'une entreprise est considéré de manière globale et indifférenciée pour le calcul de ce montant.

B.6.5.2 Mesure concrète de la sanction

B.6.5.2.1 Montant de base

715. Le montant de base du calcul peut représenter selon la gravité et le type d'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).

716. Selon Interforum, les chiffres retenus pour le montant de base seraient trop élevés en ce qui la concerne. Il y aurait lieu de déduire de ce montant les revenus des livres des éditeurs suisses, des éditions scolaires pour

l'entreprise en question au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 OS LCart). Le chiffre d'affaires de l'entreprise est calculé par analogie aux critères de l'art. 9 al. 3 LCart – notification des opérations d'entreprises (art. 49a al. 1 LCart). L'art. 9 al. 3 LCart est précisé aux art. 4 et 5 OCCE.

En l'espèce, la somme des chiffres d'affaires en Suisse des trois dernières années de chacun des diffuseurs doit être pris en compte. Le montant maximal pour chaque diffuseur est indiqué dans le tableau suivant:

écoles suisses (prix cession) et des livres vendus directement au Salon du livre. Ces positions du chiffre d'affaires mentionnées par Interforum n'ont pas été gagnées sur le marché de référence et dans la mesure où ces distinctions sont possibles, il y a lieu de les retrancher du montant de base.

717. Selon Interforum il y aurait également lieu de déduire d'autres montants, lesquels constituent en fait des « frais », voire des versements. Ce sont concrètement les frais de distribution et les remises spéciales aux libraires (remises de fin d'années et surremises). Ces positions ne peuvent pas être considérées comme éléments du chiffre d'affaires et on ne voit dans quelle mesure ils sont pertinents pour le calcul du montant de base.

718. Selon Dargaud, les prestations de gestion en faveur des sociétés dans lesquelles elle détient des participations devraient être déduits du montant de base. Il en irait de même avec les positions prestation de services, ventes de produits dérivés et vente de livres d'éditeurs allemands. Elle a également considéré qu'il y aurait lieu de soustraire les chiffres d'affaires réalisés par les éditeurs MP et les tiers-MP.

⁷⁸² A 690, 29.

719. Selon les considérants qui précèdent, Dargaud répond également d'accords illicites en ce qui concerne les systèmes de distribution des éditeurs MP et des Tiers-MP. Dans ce sens, les deux dernières soustractions invoquées du montant de base ne peuvent pas être suivies. Les autres positions relevées ne correspondent pas à des revenus sur les marchés de référence et doivent par conséquent être déduites du montant de base.

720. Selon AIG, le montant de base proposé par le Secrétariat devrait être diminué du chiffre d'affaires réalisé avec des éditeurs suisses et ramené à [...].⁷⁸³ Cette soustraction peut légitimement être invoquée et répercutée sur le montant de base d'AIG.

721. Les autres diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté le montant de base proposé par le Secrétariat. Ainsi, la limite supérieure du montant de base pour chaque diffuseur est indiquée dans le tableau suivant:

	Max 49a LCart		Somme CA MRéférence	
Interforum	Fr.	[...]	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]	Fr.	[...]

B.6.5.2.2 Gravité et type des infractions

722. Selon l'art. 49a al. 1 LCart en relation avec l'art. 3 OS LCart, la durée et la gravité des pratiques illicites doivent être considérées dans le calcul de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte.

723. La pratique de la COMCO considère que la possibilité de pratiquer des importations parallèles est particulièrement digne de protection.⁷⁸⁴ En effet, l'ouverture des marchés permet les activités pro-concurrentielles d'arbitrage, lesquelles sont au cœur de tout processus de concurrence. Dans l'UE, les atteintes à l'intégration du marché, telles qu'elles résultent notamment des accords de cloisonnement sont considérées comme particulièrement graves et le niveau des sanctions dans ce domaine est, en conséquence, élevé.⁷⁸⁵ Les accords verticaux visant les prix et le cloisonnement des territoires sont considérés comme particulièrement nuisibles à la concurrence, ce qui se traduit notamment par le fait que la voie d'une exemption par le règlement d'exemption par catégorie n'est pas ouverte pour ces types d'accords.

Arguments des diffuseurs-distributeurs

724. Interforum a contesté la gravité retenue, établissant un taux de 10 % comme montant de base. Elle a avancé que les effets nuisibles allégués par le Secrétariat ne se seraient pas produits et ne seraient pas avérés. Spécifiquement concernant le cloisonnement du territoire, il y

aurait lieu de tenir compte du fait que les détaillants suisses n'auraient pas particulièrement cherché à obtenir des livraisons systématiques depuis l'étranger, lesquelles auraient été empêchées en raison d'accords.⁷⁸⁶ De plus, l'argument avancé par le Secrétariat consistant à dire que les accords de cloisonnement constitueraient des atteintes particulièrement graves, ce qui serait démontré par le fait que le législateur les a soumis à une présomption d'illicéité, a été contesté par Interforum. En effet, seuls les accords tombant sous la présomption peuvent faire l'objet d'une sanction.⁷⁸⁷ Le taux devrait, au vu de la gravité des accords en l'occurrence s'élever tout au plus à 4 %.⁷⁸⁸

725. Selon E5F, le Secrétariat aurait violé le principe de la légalité en calculant la sanction sur la base d'un cumul des accords reprochés. En droit des cartels, la sanction devrait être fixée de manière individuelle pour chaque pratique illicite retenue.⁷⁸⁹ La question de la licéité d'un « cumul des comportements reprochés » peut rester ouverte, car les autres comportements illicites retenus

⁷⁸³ A 690, 30.

⁷⁸⁴ DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, *BMW*.

⁷⁸⁵ DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, *BMW*; GEORGIO MONTI, EC Competition Law, 2007, 40.

⁷⁸⁶ A 692, N 228.

⁷⁸⁷ A 692, N 231.

⁷⁸⁸ A 692, N 233.

⁷⁸⁹ A 736, N 142.

par le Secrétariat dans sa proposition n'ont pas été retenus. E5F a également critiqué la prise en compte insuffisante du gain qu'elle aurait obtenu en recourant aux pratiques illicites. L'amende aurait été fixée par le Secrétariat sans tenir compte de ce critère. Elle a par la suite contesté s'être procurée toute sorte de rente cartellaire sur la base de ses pratiques.⁷⁹⁰

726. Flammarion a contesté dans sa prise de position que les faits retenus par le Secrétariat constitueraient de graves infractions justifiant la prise en considération d'un montant de base aussi élevé. De plus, elle a constaté que la proposition serait en contradiction avec la pratique de la COMCO consistant à retenir pour les accords verticaux un montant ne dépassant pas les 5 % des trois derniers exercices sur le marché relevant. En l'occurrence, sur la base des faits retenus à l'encontre de Flammarion, le taux retenu pour le calcul du montant de base ne devrait pas dépasser 2 %.⁷⁹¹

727. OLF a soulevé qu'il était essentiellement question d'accords verticaux dans la proposition. Ces derniers étant généralement considérés moins graves que les accords horizontaux, la gravité des pratiques devrait être relativisée et le montant adapté.⁷⁹²

728. Selon Diffulivre, le taux de 10 % retenu pour le calcul du montant de base serait excessif sous deux angles. D'abord, en admettant qu'un accord doive être retenu sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart et non sur la base de 5 al. 3 et 4 LCart, le taux devrait être revu à la baisse puisqu'une restriction notable affecte moins la concurrence qu'une suppression totale de cette dernière. Ensuite, les accords verticaux seraient moins dommageables que les accords horizontaux ce qui justifierait également qu'on s'écarte du taux maximal retenu. Dans tous les cas, les 10 % proposés, ne supporteraient pas la comparaison avec les autres décisions rendues par la COMCO en la matière.⁷⁹³

729. Servidis/Transat ont réfuté l'argument du Secrétariat consistant à déduire la gravité des pratiques en cause du fait que le législateur leur a reconnu un potentiel anticoncurrentiel si important qu'il les a soumises à une présomption d'illicéité. Ce choix du législateur ne permettrait pas de tirer de conclusion quant à la gravité concrète de l'infraction.⁷⁹⁴ Elles ont également invoqué le fait qu'elles ne réalisaient pratiquement pas de profit. De plus, elles seraient désavantagées par le système de détermination des sanctions qui ne serait pas adapté aux sociétés actives uniquement en Suisse et dans un seul marché se voyant en raison de cela automatiquement infliger un montant de base équivalent à la peine maximale.⁷⁹⁵

730. Dargaud a invoqué que dès le 18 mars 2011, date de l'adoption de la LPL par le Parlement, les diffuseurs pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leur activité s'inscrive à court terme dans un cadre régulé qui aurait échappé à la LCart. Une adaptation du comportement ne pouvait, au vu de cette circonstance, pas être exigée de la part de Dargaud.⁷⁹⁶ De plus, cette dernière a estimé qu'un taux plafond de 10 % ne serait pas justifié par la gravité des pratiques en cause. Un tel taux s'éloignerait de la pratique de la COMCO, dans la mesure où il a été fixé à 5 % dans les affaires *Nikon* et *Gaba* sur la base de contrats prévoyant expressément des

interdictions d'exportations et des mesures concrètes les faisant respecter, ce qui ne serait pas donné dans le cas présent.⁷⁹⁷

731. Selon AIG, il conviendrait de tenir compte à ce stade de la faible importance de ces accords.⁷⁹⁸ Au vu de cela, les atteintes à la concurrence causées par AIG ne pourraient être qualifiées de graves, raison pour laquelle cette dernière estime que le taux retenu à son encontre ne devrait pas dépasser les 3 %.⁷⁹⁹

Appréciation

732. Les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le territoire constituent des violations graves de la loi sur les cartels. C'est d'autant plus le cas, lorsque plus de 95 % du marché sont concernés par un tel cloisonnement. En pratique, la COMCO retient généralement un pourcentage se situant au milieu de l'échelle prévue par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 3 OS LCart, soit 4 à 6%, pour ce type de violations de la loi sur les cartels.

733. Comme la COMCO a eu l'occasion de le relever à plusieurs reprises, une rente cartellaire ne peut en pratique, et ce en particulier lorsqu'un cloisonnement du marché est en cause, que difficilement être estimée, voire *a fortiori* mesurée. La protection conférée par le cloisonnement du marché n'est pas forcément corrélée avec les profits des entreprises. En effet, il n'est pas à exclure que des changements structurels aient été empêchés ou retardés par les comportements illicites.

734. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, des particularités de cette enquête et de la violation de la loi sur les cartels finalement retenue, un pourcentage de 4 % du montant de base est considéré comme approprié par la COMCO. Le même pourcentage sera appliqué aux différents diffuseurs-distributeurs concernés. En effet, la violation retenue de l'art. 5 al. 4 LCart est imputable à toutes les entreprises, même si elles ont appliqué des tabelles différentes ou ont rédigé leurs clauses contractuelles de manière différente. Lors de l'audition, la FNAC, Payot et Distrilivres ont indiqué que le cloisonnement du marché wholesale était généralisé et homogène pendant la période pertinente de l'enquête.⁸⁰⁰ L'application d'un même pourcentage se justifie par conséquent. Lors de son audition, le directeur des opérations pour la FNAC en Suisse a été très clair:

« Reinhart: Sur la période de votre enquête, je pense qu'il était impossible pour un libraire de s'approvisionner en France. Pour une raison très simple. C'est que l'ouverture du compte auprès d'un libraire français était impossible.

⁷⁹⁰ A 736, N 140.

⁷⁹¹ A 699, N 112 ss.

⁷⁹² A 689, 18.

⁷⁹³ A 693a, N 546 ss.

⁷⁹⁴ A 672, 55.

⁷⁹⁵ A 672, 55.

⁷⁹⁶ A 691 N 208s.

⁷⁹⁷ A 691, N 213.

⁷⁹⁸ A 690, 30.

⁷⁹⁹ A 690, 30.

⁸⁰⁰ A 906 L 85 s ; A 913 L 410 ss. A 911 L 187 ss.

Martenet: Pourquoi ?

Reinhart: Un refus du libraire français de vous ouvrir un compte tout simplement.

Martenet: Et auprès d'un diffuseur français ?

Reinhart: Auprès d'un éditeur ou d'un diffuseur.

Martenet: N'importe lequel ça serait impossible ?

Reinhart: Oui. »⁸⁰¹

735. Les indications données par Payot lors de son audition vont dans le même sens:

« Vandenberghe: [...] En dehors de ça [livres non distribués en Suisse], nous ne pratiquons aucune impor-

tation parallèle cachée pour les autres distributeurs actuellement présents aujourd'hui en Suisse.

Martenet: Et ouvertes, est-ce que vous seriez en mesure de le faire ?

Vandenberghe et Lebec: Non.

Vandenberghe: Certainement pas. »⁸⁰²

736. Dans leurs réponses aux questionnaires, les libraires, y compris ceux spécialisés par exemple dans les bandes dessinées, n'ont fait aucune distinction entre les différents diffuseurs-distributeurs.

737. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul basé sur un pourcentage de 4 %:

Montant de base		
Interforum	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]

B.6.5.2.3 Durée des infractions

738. Selon l'art. 4 OS LCart, le montant de base doit être majoré en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle. 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.

739. E5F a relevé que l'enquête a duré du 13 mars 2008 au 14 août 2012 et que par conséquent une majoration de 60 % – telle que proposée par le Secrétariat dans sa proposition – reposant sur la durée du comportement illicite ne serait pas justifiée. Il faudrait tenir compte de la durée de l'enquête qui s'élèverait selon cette partie à 31 mois.⁸⁰³ Servidis/Transat ont considéré que la durée des infractions ne serait pas démontrée, les clauses d'exclusivité n'étant pas des accords ATD.⁸⁰⁴

740. Les comportements illicites constatés ont été menés durant toute la durée de la période visée par l'enquête, c'est-à-dire de 2005 à 2011, ce qui est soutenu non seulement par les accords contractuels considérés, mais également par les effets des régimes d'exclusivité sur l'ensemble de cette période. Dans ce

sens, l'application de l'art. 4 OS LCart commande une augmentation de 50 %.

741. La question se pose ensuite de savoir si une augmentation complémentaire doit être considérée, étant donné que la période visée par l'enquête circonscrit une durée de plus de 5 ans. En l'espèce, une augmentation complémentaire n'est pas justifiée au regard de la suspension de l'enquête pendant près d'une année.⁸⁰⁵ Dans de telles circonstances, il ne semble pas opportun d'appliquer une augmentation complémentaire en l'espèce.

⁸⁰¹ A 906 L 78 ss.

⁸⁰² A 913 L 357 ss.

⁸⁰³ A 736, N 126.

⁸⁰⁴ A 692, 57.

⁸⁰⁵ Cf. A.2.

742. Au surplus, l'argument fondé sur la durée de l'enquête, plus précisément de la durée de l'instruction par le Secrétariat, et non de celle de l'infraction est erroné et n'a aucune pertinence. Il est en effet question, selon l'OS LCart, de la durée de la « pratique concurrentielle », aucune référence n'étant faite à la durée de l'enquête, ni de l'instruction.

743. La période visée par l'enquête s'étend de 2005 à 2011. Sur cette période les comportements illicites ont

Montant majoré		
Interforum	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]

B.6.5.3 Circonstances aggravantes

745. Les circonstances aggravantes sont prises en considération conformément à l'art. 5 OS LCart. Il n'y a pas de circonstances aggravantes au sens de cette disposition à l'encontre des diffuseurs-distributeurs.

B.6.5.4 Circonstances atténuantes et proportionnalité

746. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont considéré que certaines circonstances particulières devaient être prises en compte pour diminuer la sanction, non seulement au sens de l'art. 6 OS LCart (circonstances atténuantes), mais également au sens de l'art. 2 al. 2 OS LCart, lequel transpose l'exigence constitutionnelle de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.).

B.6.5.4.1 LPL

747. Interforum, E5F, OLF, Diffulivre ont notamment considéré que l'adoption et de manière plus générale le processus législatif lié à la LPL justifieraient une diminution de l'amende. Interforum et Diffulivre ont invoqué que l'adoption de la LPL aurait amené la COMCO à classer la procédure en cours.⁸⁰⁶ Selon E5F, en suspendant la procédure, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des diffuseurs-distributeurs jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde ces dernières des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté un comportement confortant

été pratiqués par les diffuseurs-distributeurs en cause sans interruption. Sur la base des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la suspension de l'enquête liée à la procédure législative de la LPL, et conformément à l'art. 4 OS LCart, il y a lieu de majorer le montant de base de 50 % pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

744. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul:

les diffuseurs de la conformité de leurs pratiques avec la LCart. Vouloir infliger une sanction aux parties dans ces circonstances, correspondrait en outre à une violation du principe de la bonne foi.⁸⁰⁷ OLF a relevé que dans le droit de l'UE, l'existence d'un doute raisonnable de l'entreprise sur le caractère infractionnel du comportement restrictif devrait être apprécié comme circonstance atténuante. Dans ce sens, la LPL serait par conséquent indubitablement un facteur dont il faudrait tenir compte et il serait injuste de reprocher aux diffuseurs une absence de changement de comportement ou une tentative de réforme du système.⁸⁰⁸

748. Les particularités de la présente enquête ont été retenues lors de la fixation du montant de base. Considérer le processus législatif en tant que tel au surplus comme circonstance atténuante ne peut être admis. En effet, il convient de relever que la LPL ne prévoyait aucune règle concernant les approvisionnements et qu'elle n'a jamais pu être la source d'un quelconque doute concernant la licéité ou non de cloisonner le territoire suisse. Durant tout le processus législatif, c'est la question de la

⁸⁰⁶ A 693a, N 557, A 692, 26, N 82.

⁸⁰⁷ A 736, N 130.

⁸⁰⁸ A 689, 17.

fixation des prix de revente qui a été au centre des débats. Or, la présente décision ne retient pas une violation de la loi sur les cartels à ce titre. Bien que les diffuseurs-distributeurs ont relevé que la majorité des Romands avaient accepté le texte de loi en referendum, il convient de rappeler que la LPL n'est jamais entrée en vigueur.

Capacité contributive

749. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué que la sanction proposée par le Secrétariat mènerait à la faillite de leur société et ont livré différents éléments comptables complémentaires pour attester de leur situation respective.

750. Dans sa pratique, la COMCO a considéré la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction.⁸⁰⁹ Selon le droit de l'UE, dans des circonstances exceptionnelles, la Commission européenne peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que si l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur.⁸¹⁰ Dans sa pratique la Commission européenne a précisé que la capacité des actionnaires de recapitaliser la société peut être prise en considération.⁸¹¹ Conformément aux lignes directrices correspondantes, elle a précisé qu'au-delà de l'éventuelle faillite de l'entreprise, il s'agissait encore de considérer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Dans le cas où ces derniers pourraient survivre à l'entreprise, une réduction au titre de la capacité contributive n'entrerait pas en ligne de compte.⁸¹² La jurisprudence du Tribunal de première instance a confirmé la pratique de la Commission européenne et précisé que lorsque celle-ci inflige une amende pour infraction aux règles de la concurrence, elle n'est pas tenue de considérer comme circonstance atténuante la mauvaise santé financière du secteur en cause.⁸¹³

751. À titre liminaire, il convient de relever que les sanctions proposées par le Secrétariat dans sa proposition étaient sensiblement plus élevées que les sanctions calculées ci-dessus. Malgré la diminution des sanctions par rapport à la proposition du Secrétariat, il y a lieu d'examiner si le risque de disparition des entreprises devait résulter des sanctions calculées plus haut.

752. Les diffuseurs-distributeurs ayant invoqué le risque de faillite sont [...], Glénat, OLF, [...], Servidis/Transat et AIG. [...] ⁸¹⁴ Selon [...] et Glénat, la sanction retenue dans la proposition, serait en contradiction totale avec le principe de la proportionnalité car elle [...] ⁸¹⁵ La marge nette réalisée par OLF sur ses activités de diffusion serait négative et donc déficitaire en 2009, 2010 et 2011, un telle sanction mènerait donc à la faillite de la société. ⁸¹⁶ [...] ⁸¹⁷ Servidis/Transat ont invoqué une violation du principe de la proportionnalité puisque les sanctions prévues dans la proposition de décision entraîneraient inévitablement leur faillite respective. ⁸¹⁸ AIG a mis en relief que le montant de l'amende ne pourrait être que symbolique, sous peine de condamner l'entreprise. ⁸¹⁹

753. Interforum est une filiale du groupe Editis, laquelle appartient à Grupo Planeta. Selon les données du site internet Editis, Grupo Planeta a réalisé en 2008, un chiffre d'affaires de [...], dont [...] à travers une quarantaine de maisons d'édition. ⁸²⁰

754. E5F appartient au groupe Gallimard, dont le chiffre d'affaires consolidé s'est établi à [...] en 2011. ⁸²¹

755. Flammarion appartient au groupe éponyme. Le chiffre d'affaires du groupe Flammarion s'est élevé en 2011 à [...]. ⁸²² Le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Gallimard en 2012. Avant cette date, il appartenait à RCS MediaGroup, dont le chiffre d'affaires consolidé en 2011 a été de [...]. ⁸²³

756. Selon différentes sources, notamment son partenaire qu'est Disney, le groupe Glénat a réalisé un chiffre d'affaires de plus de [...] en 2010. ⁸²⁴

757. Diffulivre appartient [...] au groupe Hachette. Ce dernier, selon les indications de son portail internet a réalisé un chiffre d'affaires de [...] en 2012. ⁸²⁵

758. Même si elle n'a pas invoqué d'incapacité contributive, il peut être relevé que Dargaud appartient au groupe Médias-Participations dont le chiffre d'affaires publié sur son portail internet s'est élevé à [...] en 2011. ⁸²⁶

759. Relativement au chiffre d'affaires de leur société-mère ou du groupe dont elles sont les filiales à [...], les amendes calculées plus haut représentent respectivement les proportions suivantes: ⁸²⁷

⁸⁰⁹ Cf. décision de la COMCO du 20.8.2012, 71 ss, *Altimum*.

⁸¹⁰ Cf. ch. 35 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 210/02.

⁸¹¹ Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, point 1136.

⁸¹² Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, point 1138.

⁸¹³ Arrêt du TPI du 5 octobre 2011 T-39/06, *Transcatlab*, pt 223.; arrêt du TPI du 12.12.2012 T-352/09, *Novácke chemické závody/Commission*, pts 186-190.

⁸¹⁴ A 692, 21 N 63.

⁸¹⁵ A 699, N 115 ss ; A 695 N 57.

⁸¹⁶ A 689, 19.

⁸¹⁷ A 693a, N 560 ss.

⁸¹⁸ A 672, 55.

⁸¹⁹ A 690, 33.

⁸²⁰ Cf. <http://www.editis.com/content.php?lg=fr&id=51> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²¹ Cf. <http://www.gallimard.fr/Footer/Ressources/La-maison-d-edition> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²² Cf. <http://www.groupe-flammarion.com/content/nos%20chiffres> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²³ Rapport annuel 2011, 78, accessible sur le site internet du groupe <http://www.rcsmediagroup.it> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²⁴ Cf. <http://corporate.disney.fr/2010/06/01/disney-et-les-editions-gle-nat-signent-le-retour-de-mickey-et-donald-en-librairie/> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²⁵ Cf. <http://www.hachette.com> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²⁶ Cf. <http://www.media-participations.com> (dernière consultation le 11 juin 2013).

⁸²⁷ Entre parenthèses, l'année du dernier chiffre d'affaires disponible a été indiquée.

- Interforum: [...] (2008), [...] (2011);
- E5F: [...] (2011, groupe Gallimard uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré⁸²⁸);
- Flammarion: [...] (2011, groupe Flammarion uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré⁸²⁹)
- Glénat: [...]
- Diffulivre: [...]

760. Pour plusieurs diffuseurs-distributeurs, les profits nets cumulés sur la période visée par l'enquête sont également importants par rapport au montant des sanctions respectives, selon les données fournies par les parties elles-mêmes:

- Interforum: [...] de francs suisses;
- E5F: [...] de francs suisses;
- Flammarion: [...] de francs suisses;
- Glénat: [...] francs suisses;
- OLF: [...] de francs suisses;
- Diffulivre: [...] de francs suisses;
- Dargaud: [...] de francs suisses.

761. La considération des critères qui précèdent permet d'exclure une réduction du montant des sanctions respectives de [...], E5F, [...], Glénat, OLF, [...] et [...] en raison de leur capacité contributive. En effet, les sanctions telles que calculées plus haut ne sauraient être la cause de l'éventuelle faillite de l'une ou plusieurs de ces entreprises qui font toutes partie d'un groupe réalisant un chiffre d'affaires important. Au surplus, la question supplémentaire de la possibilité du sauvetage des actifs par une restructuration peut rester ouverte pour ces entreprises.

762. La situation des diffuseurs-distributeurs que sont Servidis, Transat et AIG commande une analyse plus approfondie sous l'angle de la proportionnalité. En effet, la capacité contributive de ces entités n'est pas soutenue par un volume d'affaires de la dimension d'un groupe en arrière-plan comparable aux diffuseurs-distributeurs examinés plus haut. Transat et AIG sont entièrement indépendantes et Servidis est détenue à raison de 50 % par une personne physique, Michel-Edouard Slatkine.⁸³⁰ Les profits réalisés sur la période visée par l'enquête par ces entreprises sont nettement inférieurs aux montants respectifs des sanctions pour ces entreprises. Le ratio s'élève pour Servidis à [...], pour Transat à [...] et pour AIG, [...]. Ainsi, les profits réalisés sur la période visée par l'enquête ne permettent pas non plus d'exclure que la marche des affaires de ces entreprises ne soit affectée par un risque de faillite dû au montant des sanctions.

763. Dans ces circonstances, il convient d'examiner plus avant les fonds propres de ces entreprises, afin d'exclure un risque de surendettement suffisamment établi. Dans ce sens, tels que les documents comptables fournis par les entreprises l'ont attesté à suffisance, les fonds propres de Servidis s'élèvent à [...], ceux de Transat à [...] et ceux d'AIG à [...] à la fin 2011. Ces sommes ne tiennent pas compte des réserves. Partant, il y a lieu

de réduire les sanctions pour ces 3 entreprises à un montant leur permettant de faire face à court terme à l'imposition d'une sanction pour les comportements illicites commis durant la période visée par l'enquête et de les arrêter aux montants suivants:

- Servidis: [...];
- Transat: [...];
- AIG: [...].

764. Les sanctions pour ces entreprises s'établissent à un plafond inférieur de [...] francs suisses aux fonds propres attestés pour la fin de l'exercice 2011, ce qui est approprié en l'espèce compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le paiement de ces montants à eux seuls ne met ainsi pas en danger l'activité des entreprises concernées, lesquelles ont au surplus la possibilité de proposer un plan de paiement échelonné pour régler la sanction.

Durée de la procédure

765. Selon Flammarion, la longueur de la procédure aurait créé une incertitude juridique et économique.

766. À l'aune de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral dans l'affaire *Publigroupe*,⁸³¹ la durée de la présente procédure, au regard du fait qu'elle porte en outre sur l'ensemble d'une branche économique, ne saurait être considérée comme une circonstance atténuante.

Autres motifs

767. Servidis/Transat ont invoqué avoir largement contribué à une baisse de prix sérieuse en baissant de manière régulière et spontanée leurs tabelles qui faisaient déjà partie des plus basses. Les deux sociétés n'auraient pris aucune mesure de rétorsion ou d'incitation à l'égard des libraires ce qui devrait être reconnu comme circonstance atténuante.⁸³² En outre, il devrait être tenu compte du fait que le marché du livre ne serait pas essentiel d'un point de vue économique et constituerait un sujet politique.⁸³³ Ces points ne sont pas davantage motivés. Les griefs invoqués par Servidis/Transat ne peuvent pas non plus être pris en compte comme circonstances atténuantes. En ce qui concerne l'aspect politique, il a été exposé plus haut qu'il n'avait nullement influencé le volet des approvisionnements. L'importance économique quant à elle ne doit pas être sous-estimée. En l'espèce, plus de 95 % du marché a vu la concurrence supprimée par les comportements illicites des diffuseurs-distributeurs.

⁸²⁸ Ce chiffre tient compte de la concentration entre Gallimard et Flammarion réalisée en 2012. Les chiffres d'affaires des deux entités en 2011 ont été additionnés pour obtenir l'approximation en question.

⁸²⁹ Cf. note de bas de page précédente.

⁸³⁰ A 672, 9.

⁸³¹ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, *Publigroupe/COMCO*.

⁸³² A 672, 57.

⁸³³ A 672, 57.

768. AIG a invoqué que seule une partie des accords passés avec les éditeurs pourrait poser problème, concrètement les contrats contenant une clause d'exclusivité renforcée qui ne représenteraient toutefois que [...] du chiffre d'affaires lié à l'activité de diffusion réalisé par AIG mais que ces derniers seraient justifiées.⁸³⁴ Comme il a été démontré, tous les accords de distribution conclus par AIG ont prohibé les ventes passives, si bien qu'une telle distinction n'est pas non plus commandée à ce titre.

B.6.5.5 Limite légale

769. La sanction maximale ne peut en aucun cas dépasser le 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les mar-

chés pertinents en Suisse durant les trois dernières années. Les montants des sanctions ne dépassent pas la limite légale déterminée (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 LCart). Partant, la limite légale ne modifie pas les montants des sanctions.

B.6.5.6 Conclusions intermédiaires

770. En raison des considérations qui précèdent, les sanctions suivantes sont considérées comme appropriées (arrondies au franc inférieur):

	Sanction	
Interforum	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]

B.7 Frais

771. Conformément à l'art. 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision.

772. Dans les procédures d'enquêtes, n'ont pas à verser des émoluments les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart). En revanche, les parties concernées ont à verser des émoluments, lorsque l'on procède à l'enquête et qu'il en ressort qu'il existe une restriction illicite à la concurrence ou si les parties se sont conformées à la loi.⁸³⁵ Dans le cas présent, les parties sanctionnées par la présente décision sont tenues de s'acquitter d'un émolument.

773. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire.

774. En l'espèce, l'enquête a été ouverte sur la base de l'art. 7 LCart. Il convient de laisser à la charge de la Confédération les frais relatifs à cette période, clairement identifiée temporellement, de l'enquête.

775. Les frais concernant la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart s'élèvent, quant à eux, à 988'200 francs suisses. Ces frais sont répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées. Partant, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés doivent chacun, mais sous responsabilité solidaire, payer un treizième des frais occasionnés par la procédure, soit pour chacun un montant de 76'015 francs suisses, au total un montant de 760'150 francs suisses. Trois treizièmes des frais de la procédure, soit 228'050, sont à la charge de la Confédération.

⁸³⁴ A 690, 30.

⁸³⁵ Arrêt du TF, DPC 2002/3, 546, consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

B.8 Résultat

776. Sur la base de l'analyse qui précède, la COMCO parvient au résultat suivant:

- La LCart s'applique pleinement à la présente enquête, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ne devant être prise en compte.
- Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été parties à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue et ayant visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.
- Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart dans la mesure où ils cloisonnent la distribution sur le territoire suisse.
- L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart.
- L'indication de la notion de prix de vente public ou de tout autre notion équivalente sur les factures adressées aux détaillants ainsi que l'étiquetage du prix de revente issu de la table en cas de défaut d'indication de la part des détaillants commandant la prestation d'étiquetage a réduit la pression disciplinante, déjà faible, générée par les détaillants. La COMCO s'attend à ce qu'une telle indication et cet étiquetage par défaut soient abandonnés à l'avenir.

777. De plus, à titre subsidiaire, sous l'hypothèse d'un renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, la COMCO parvient au résultat suivant:

- Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif.
- Il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des systèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête.
- Subsidiairement, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont affecté notablement la concurrence. Ces systèmes de distribution sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart.

C Dispositif

Au vu de ce qui précède, la COMCO:

1. Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart:
 - 1.1. Albert le Grand S.A. pour un montant de [...].
 - 1.2. Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...];
 - 1.3. Diffulivre S.A. pour un montant de [...];
 - 1.4. Diffusion Transat SA pour un montant de [...];
 - 1.5. Editions Glenat (Suisse) S.A. pour un montant de [...];
 - 1.6. Interforum Suisse SA pour un montant de [...];
 - 1.7. Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...];
 - 1.8. Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...];
 - 1.9. OLF SA pour un montant de [...];
 - 1.10. Servidis SA pour un montant de [...];
2. Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse;
3. Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure;
4. Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération;
5. Notifie la présente décision à:

Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA, Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA, la Librairie du Lac (Olivier Ducommun), A l'ombre des jeunes filles en fleurs, A. Marschall, Airgate Shop, Archigraphy, Au Chien Bleu, Aux Beaux-Arts Perrier, Aux Galeries, Ayer-Demierre, Bauer Renens, Billod, Cadev, Le Cep Librairie chrétienne, Crobar, Cursus, Des

Livres et Moi, Du Boulevard, Du Château, Du Vieux-Comté, Ellipse, Espace Noir, Ex Nihilo, FNAC Suisse, Focale - Association pour la photographie, FOR YOU TOO/4U2 books, France Loisirs Suisse, Gigon Librairie, Graphic Shop du Scribe, Histoire d'être, Interlude, ISPA, L' Aile, L'Olivier, Librairie la Bulle (FR), La Bulle (VS), La Fontaine (EPFL), La Fontaine (Vevey), La Librairie, La Liseuse, La Maison de la Bible, La Meridienne, La Tache d'Encre, La Vouivre, Le Cabestan, Le Parnasse, Les Yeux Fertiles, Librairie arabe l'Olivier, Librairie Art et Histoire, Librairie Basta Nouvelles, Librairie Belpégor, Librairie C'est écrit, Librairie Cumulus, Librairie de Crans, Librairie du Coin, Librairie du Midi, Librairie Fahrenheit 451, Librairie Forum, Librairie Galerie Impressions, Librairie La Proue, Librairie Le Haricot Magique, Librairie Le Petit Prince, Librairie Le

Sycomore, Librairie Le Vente des Routes, Librairie Librophoros, Librairie Lîlà, Librairie Passiflore, Librairie Point-Virgule, Librairie Raspoutine, Librairie Repères, Librairie Tome1, Librairie-Papeterie Cantin, Librairie-Papeterie des Franches-Montagnes, Librairie-Papeterie du Pierre-Pertuis, Librerit, Livraria Camões, Marine Pro, Melisa, Musée Barbier-Mueller, Notre-Dame de Fatima, Nouvelle Librairie Descombes, Nouvelles Pages, Editions du Parvis, Payot, Radio Reveil, Reperes, Saint-Augustin (Fribourg), Saint-Augustin (St-Maurice), Saint-Paul (Librairie), Schilliger Garden-Center, Thalia Bücher, Tschan, Librairie Universitaire de la Palud, Villard, Vivishop, Voltaire, Watchprint.

[Voie de droit]

B 2.2

3. Marché du livre écrit en français – Secrets d'affaires / Publication de la décision

Décision du 1^{er} octobre 2014 Objet Art. 48 al. 1 LCart; art. 23 al. 1 LCart en lien avec l'art. 46 PA, dans l'affaire Décision de la Commission de la concurrence du 27 mai 2013 relative à l'enquête Marché du livre écrit en français concernant Secrets d'affaires / Publication de la décision contre Les éditions des 5 frontières SA, à Lausanne, représentée par [...], partie requérante

A En procédure et en fait

1. La Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a rendu la décision principale relative au marché du livre écrit en français (enquête no 31-0277) notamment à l'encontre de la société Les éditions des 5 frontières SA (ci-après: E5F ou la requérante) le 27 mai 2013. Dans cette décision, la COMCO a retenu que le système de distribution d'E5F, fondé sur un régime d'exclusivité, a constitué une attribution de territoires illicite au sens de l'art. 5 al. 4 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart; RS 251) dans la mesure où il a cloisonné la distribution sur le territoire suisse. Une sanction administrative au sens de l'art. 49a LCart a été infligée à E5F.

2. Une version de la décision du 27 mai 2013 dont les secrets d'affaires ont été marqués en gris a été envoyée à E5F par courrier du 11 juin 2013. A cette occasion, E5F a été invitée à se prononcer jusqu'au 5 juillet 2013 sur le caviardage tel qu'il était proposé par le Secrétariat de la COMCO (ci-après: le Secrétariat), pour mise en ligne sur le site Internet de la COMCO puis pour publication dans la revue périodique *Droit et politique de la concurrence en pratique* (ci-après: DPC). Le courrier du Secrétariat contenait notamment la mention suivante: « *Dans le cas où vous deviez qualifier certains passages de secrets d'affaires et que l'autorité ne partageait pas votre point de vue sur cette qualification, nous procédons de la manière suivante: le Secrétariat publiera le texte de la décision sur le site Internet de la COMCO en masquant provisoirement les passages litigieux selon votre proposition. Dès que ces éléments auront été clarifiés – éventuellement par une décision sujette à recours – le texte définitif sans secret d'affaires sera publié dans la revue DPC* ».

3. Par courrier du 4 juillet 2013, E5F a sollicité une prolongation de délai jusqu'au 12 juillet 2013 pour prendre position sur la proposition de caviardage du Secrétariat. Cette prolongation a été accordée par courrier du Secrétariat du 5 juillet 2013.

4. E5F s'est déterminée sur la proposition de caviardage de la décision du 27 mai 2013 par courrier du 11 juillet 2013. Dans un premier temps, elle a exprimé son accord avec l'ensemble des passages relevés et marqués en gris par le Secrétariat. Dans un second temps, elle a fait valoir que le caviardage devait être complété à plusieurs égards. Selon elle, toutes les références à la société E5F, à l'entreprise Gallimard, à Messieurs [...], [...] et [...], au passage relatif à l'absence d'E5F lors de la première audition de la COMCO, aux données relatives à

ses locaux et aux dates des contrats cités dans la décision du 27 mai 2013 doivent être caviardées, ces données constituant des secrets d'affaires et des éléments relevant de la protection de la personnalité. Un caviardage se justifie aussi en l'application de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), qui stipule que les arrêts sont, en principe, publiés sous une forme anonyme (art. 27 al. 2 LTF).

5. Par courrier du 6 septembre 2013 et en substance, le Secrétariat a informé E5F qu'il acceptait de caviarder les références à Messieurs [...], [...] et [...], mais qu'il jugeait que les autres données mentionnées par E5F – soit toute référence à E5F et à l'entreprise Gallimard, le passage relatif à l'absence d'E5F lors de la première audition de la COMCO, les données relatives à ses locaux et les dates des contrats cités dans la décision – ne remplissaient ni les conditions pour être qualifiées de secrets d'affaires ni ne constituaient des données relevant de la protection de la personnalité. Le Secrétariat a ajouté que les arguments d'E5F basés sur la LTF ne justifiaient en l'occurrence pas non plus un caviardage des données litigieuses.

Les compléments au caviardage souhaités par E5F n'ont donc pas été acceptés, exception faite des noms des trois personnes mentionnées précédemment (Messieurs [...], [...] et [...]).

E5F a été invitée à confirmer cette nouvelle proposition de caviardage ou à requérir, en cas de désaccord, une décision incidente au sens de l'art. 23 al. 1 LCart en lien avec l'art. 46 PA jusqu'au 16 septembre 2013. E5F a également été informée qu'en cas de désaccord, la publication de la décision interviendrait sous forme électronique sur le site Internet de la COMCO en tenant compte des compléments requis, jusqu'à ce que l'éventuel désaccord soit réglé, le cas échéant par une décision.

6. Par courrier du 25 septembre 2013 et suite à une requête de prolongation de délai (admise par courrier du Secrétariat du 16.9.2013), E5F a contesté la prise de position du Secrétariat du 6 septembre 2013. Selon elle, les informations relatives aux locaux utilisés, à l'organisation structurelle ainsi que son appartenance au groupe Gallimard constituent incontestablement des secrets d'affaires. Les noms d'E5F et du groupe Gallimard ne doivent pas être portés à la connaissance du public pour des motifs relevant de la protection de la personnalité ainsi qu'en application de la LTF, qui prévoit en principe une publication des décisions du Tribunal fédéral sous forme anonyme (art. 27 al. 2 LTF).

Dans le cadre de la protection de la personnalité, E5F invoque de plus les art. 3 let. c ch. 1 [recte: 4] et 19 al. 3 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1). E5F déclare encore qu'elle maintient intégralement la position exprimée dans son courrier du 11 juillet 2013.

E5F demande finalement, dans l'hypothèse où son argumentation ne devait être suivie, qu'un délai supplémentaire lui soit octroyé pour qu'elle puisse se déterminer sur la dernière prise de position du Secrétariat.

7. Le 27 septembre 2013, la décision du 27 mai 2013 a été publiée sous forme électronique sur le site Internet de la COMCO, en tenant compte des caviardages supplémentaires souhaités par E5F dans son courrier du 11 juillet 2013. Le même jour, le Secrétariat a adressé un courrier à E5F l'informant qu'il prenait note que sa prise de position du 6 septembre 2013 était contestée dans sa totalité et qu'il rendrait de ce fait une décision incidente avec un membre de la présidence de la COMCO sur les griefs soulevés.

8. Par courrier du 5 novembre 2013, la société E5F a indiqué au Secrétariat qu'elle renonçait au caviardage des références faites aux E5F aussi bien dans le cadre de la publication dans la revue DPC qu'en ce qui concerne la mise en ligne sur le site Internet de la COMCO. Plus précisément, E5F a indiqué que les mentions « *Editions 5 frontières* », « *Editions cinq frontières* » et « *E5F* » peuvent ne plus être caviardées.

9. Les caviardages du nom du groupe Gallimard, de l'appartenance d'E5F à ce dernier, du passage relatif à l'absence d'E5F lors de la première audition de la COMCO, des données relatives aux locaux de la requérante, de son organisation structurelle ainsi que des dates des contrats cités dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013 demeurent contestés et constituent par conséquent les objets de la présente décision.

B En droit

B.1 Principes généraux

10. Les dispositions de la LCart autorisent expressément les autorités de la concurrence à publier leurs décisions (art. 48 al. 1 LCart) et obligent ces dernières à informer le public de leurs activités (art. 49 al. 1 LCart). La politique d'information de la COMCO est réglée dans le Règlement interne de la Commission de la concurrence du 1^{er} juillet 1996 (RI COMCO; RS 251.1), qui prévoit que les décisions font généralement l'objet d'une publication (art. 21 RI COMCO).

11. Les principes mentionnés dans la LCart sont à mettre en lien avec la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans; RS 152.3), qui vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration, ce qui est fondamental dans un Etat de droit.¹

12. En vue d'une publication, la motivation d'une décision est un aspect fondamental. D'une part, sur la base de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), les destinataires de la décision ont le droit à ce que celle-ci soit motivée. D'autre part, les autorités de la concurrence sont liées par l'obligation de motiver.² Vu que les procédures de droit des cartels ne sont pas publiques – à savoir que les décisions sont prises lors de délibérations à huit clos et en l'absence des parties, voire par voie de circulation (art. 10 RI COMCO) –, la publication des décisions motivées est de première importance en droit des cartels, vu que les sanctions prononcées en applica-

tion de l'art. 49a al. 1 LCart ont un caractère pénal³ et que l'effet préventif général ne peut se déployer que si les décisions sont disponibles et accessibles au public.

13. Sur la base des principes de transparence, de prévisibilité et de sécurité du droit et en conformité avec l'art. 21 RI COMCO, les autorités de la concurrence publient de pratique constante la majorité de leurs décisions dans la revue officielle DPC. A cela s'ajoute qu'avant toute publication dans cette revue, les décisions sont publiées sur le site Internet de la COMCO.⁴

B.2 En ce qui concerne les secrets d'affaires

B.2.1 Principes

14. Bien que l'administration doive promouvoir la transparence quant à sa mission, son organisation et son activité, l'art. 25 al. 4 LCart tempère ce principe en précisant que les publications des autorités de la concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires. L'application concrète de ces deux principes antinomiques est définie par la réglementation du droit des cartels et de la pratique qui en découle.

15. La notion de secrets d'affaires n'est pas définie dans la LCart. Selon une pratique constante de la COMCO, la notion doit être définie en se fondant sur la jurisprudence relative à l'art. 162 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; 311.0), disposition légale qui concerne la violation du secret de fabrication et du secret commercial⁵, ainsi que sur les art. 4 let. c et 6 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241).⁶ Selon cette jurisprudence, est qualifiée de secret d'affaires une information remplissant cumulativement les critères suivants⁷:

- le fait ne doit pas être notoire, c'est-à-dire que l'élément n'est connu que de la personne qui l'a livré ou d'un cercle restreint de personnes. En d'autres termes, le fait ne doit pas être accessible au public (par ex. au moyen de rapports d'activité publiés par la presse, les sites Internet ou autres);
- la personne ayant livré le secret manifeste une volonté subjective à sa préservation, c'est-à-dire qu'elle considère un fait déterminé comme non connu, désire le garder secret et en a informé les autorités de la concurrence;
- il doit exister un intérêt *objectif* au maintien du secret. Cet intérêt est examiné au cas par cas par l'autorité.

¹ NYDEGGER T./NADIG W., in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle 2010, no 7 ad art. 48 LCart.

² ATF 117 Ib 481 consid. 6b)bb).

³ ATF 135 II 60 consid. 3.2.3; arrêt du TAF B-4037/2007 du 29 février 2008 consid. 4.3; arrêt du TAF B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 4.2.

⁴ Les autorités européennes de la concurrence ont la même pratique, voir DG COMPETITION, Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, pp. 28 s. no 135.

⁵ BANGERTER S., in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle 2010, no 51 ad art. 25 LCart; MARTENET V., in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Bâle 2013, no 43 ad art. 25 LCart.

⁶ ATF 103 IV 283 consid. 2b.

⁷ MARTENET V., op. cit., nos 44 ss ad art. 25 LCart et les références citées; « *Aide-mémoire : Secrets d'affaires* » du Secrétariat de la COMCO du 30.4.2008, disponible sur le site Internet de la COMCO; DPC 2002/4, 698, 708 consid. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

16. Concernant la troisième condition (intérêt objectif au maintien du secret), il convient de préciser que les faits illicites ou contraires aux mœurs, y compris les comportements illicites au sens de la LCart qui sont examinés lors d'une enquête, ne peuvent pas être qualifiés de secrets d'affaires, faute d'intérêt légitime à leur préservation. Le fait en question doit porter sur des informations relatives au processus de fabrication (secret de fabrication) ou sur une information à caractère économique ou commercial qui a une influence sur le résultat de l'entreprise concernant notamment l'organisation, la calculation du prix ou la production (secret commercial)⁸. Néanmoins, il n'est pas nécessaire d'opérer la distinction entre secret d'affaires commercial et de fabrication, vu que les deux tombent sous le coup de l'art. 25 al. 4 LCart.⁹ Ce qui est en revanche déterminant, c'est que l'information ait une valeur économique, à savoir qu'elle est susceptible d'influer sur le succès économique de l'entreprise, et qu'elle concerne (uniquement) l'entreprise qui se base sur le secret d'affaires.¹⁰

17. Les informations protégées par le secret d'affaires ne doivent pas être révélées au public, que cela soit par les publications ou par les décisions des autorités de la concurrence.¹¹ Toutefois, si une information ne remplit pas les conditions mentionnées à l'art. 25 al. 4 LCart pour être qualifiée de secret d'affaires, elle peut en principe être publiée, peu importe que la décision se fonde directement sur elle et pour autant qu'elle favorise la compréhension de la décision ou la transparence de l'activité des autorités de la concurrence.¹² La COMCO doit pouvoir présenter de manière aussi complète que possible l'état de fait sur lequel elle se base, et les décisions qu'elle rend doivent être compréhensibles.¹³ Les parties ne sauraient en tous les cas se prévaloir du secret d'affaires pour requérir le caviardage de données à leur propre discrétion.

B.2.2 Dans le cas d'espèce

18. La requérante estime, premièrement, que le fait qu'elle n'a pas donné suite à la première convocation prévoyant son audition devant la COMCO le 26 novembre 2012 (décision de la COMCO du 27 mai 2013 no 31 *in fine*) constitue un secret d'affaires¹⁴, sans étayer davantage ce point de vue.

19. Outre le fait que l'absence d'E5F lors de la première journée d'auditions devant la COMCO est un fait connu par l'ensemble des parties à la procédure, et non une information interne à sa structure et accessible à un cercle restreint de personnes, cette information n'a pas de valeur économique pour E5F et n'est pas susceptible d'influencer de quelque manière que ce soit son résultat économique. Il s'agit d'un pur élément de fait qui ne revêt pas la qualité de secret d'affaires et qui ne sera en conséquence pas caviardé en vue de la publication de la décision de la COMCO dans la revue DPC. De manière plus générale, une partie invoque sa propre turpitude si elle requiert le caviardage d'un fait dont elle est à l'origine et qui pourrait porter atteinte à son honneur, mais qui ne constitue pas un secret d'affaires.

20. Deuxièmement selon E5F, les indications figurant dans la brève description du considérant no 96 de la décision de la COMCO du 27 mai 2013¹⁵ devraient également être qualifiées de secrets d'affaires. E5F consi-

dère en effet que les informations relatives aux locaux utilisés pour déployer son activité en Suisse ainsi qu'à son organisation structurelle seraient incontestablement des secrets d'affaires, puisqu'elles ne seraient ni notoires ni accessibles au public. De plus, E5F aurait manifesté sa volonté à leur préservation. Enfin, l'organisation structurelle ainsi que sa répercussion sur les coûts fonctionnels d'E5F ont incontestablement une valeur économique et sont un facteur de son succès économique.¹⁶

21. Durant toute la procédure, la possibilité de participer à l'ensemble des auditions a été offerte aux parties. Dans ces circonstances, la sauvegarde des secrets d'affaires était garantie de la manière suivante: la partie auditionnée devait indiquer à la COMCO que les déclarations qu'elle s'appropriait à faire constituaient des secrets d'affaires. Les autres parties étaient alors priées de quitter la salle afin d'assurer la confidentialité des informations communiquées. En l'espèce, il est relevé que jusqu'à ce qu'elle se soit déterminée sur le caviardage des informations susmentionnées le 11 juillet 2013, la requérante n'a jamais indiqué que les données en question constituaient des secrets d'affaires. En d'autres termes – lors des auditions, en présence des autres parties et sans jamais indiquer qu'il s'agissait de secrets d'affaires –, E5F a révélé des informations qu'elle souhaite aujourd'hui faire passer pour secrets d'affaires. Cela démontre qu'il n'existait à tout le moins pas de volonté subjective à ce que ces informations soient traitées de manière confidentielle et que selon toute évidence, la requérante elle-même ne les considérait pas comme secrets d'affaires. Il en résulte d'ailleurs qu'il ne s'agit aujourd'hui plus d'informations connues seulement par un nombre restreint de personnes. Partant, ces informations ne remplissent pas toutes les conditions pour être qualifiées de secrets d'affaires, et elles ne seront pas caviardées en vue de la publication de la décision de la COMCO dans la revue DPC.

22. Troisièmement selon E5F, les dates des contrats cités dans la décision de la COMCO constituent des secrets d'affaires.

23. En l'occurrence, la requérante n'a pas justifié en quoi ces données devraient être qualifiées comme telles. Il est probable que ces informations ne soient pas notoirement connues et E5F a exprimé sa volonté qu'elles

⁸ DPC 2010/4, 705 no 14, *Hors-Liste: Geschäftsgeheimnisse/Publikation*; MARTENET V., op. cit., no 45 ad art. 25 LCart.

⁹ BANGERTER S., op. cit., no 53 ad art. 25 LCart.

¹⁰ ATF 103 IV 283 consid. 2b ; DPC 2010/4, 705 no 17, *Hors-Liste: Geschäftsgeheimnisse/Publikation*; BANGERTER S., op. cit., no 53 ad art. 25 LCart ; « Aide-mémoire : Secrets d'affaires » du Secrétariat de la COMCO du 30.4.2008, disponible sur le site Internet de la COMCO.

¹¹ DPC 2002/4, 698, 716 consid. 3.1.4, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

¹² DPC 2010/4, 705 no 14, *Hors-Liste: Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

¹³ MARTENET V., op. cit., no 58 ad art. 25 LCart.

¹⁴ Prise de position d'E5F du 11 juillet 2013, II. a).

¹⁵ « E5F est une entreprise employant trois représentants et un commercial. Elle ne dispose pas de locaux propres, la société étant domiciliée chez une fiduciaire en Suisse qui lui prête un bureau si nécessaire », A 904 I. 209 ss.

¹⁶ Prise de position d'E5F du 11 juillet 2013, II. a) ; prise de position d'E5F du 25 septembre 2013, I.

soient traitées de manière confidentielle. L'existence d'un intérêt objectif doit néanmoins être niée en l'espèce. En effet, la date d'un contrat n'a pas de valeur économique et n'est pas un élément susceptible d'influencer le résultat économique d'E5F. En revanche, ces données sont des éléments nécessaires à la présentation de l'état de fait sur lequel se base la COMCO.¹⁷ Elles permettent notamment de démontrer que les contrats étaient en vigueur durant la période visée par l'enquête. Partant, les dates des contrats ne constituent pas des secrets d'affaires et ne seront pas caviardées en vue de la publication de la décision de la COMCO dans la revue DPC.

24. Quatrièmement selon E5F, l'appartenance de cette dernière au groupe Gallimard constitue également un secret d'affaires, puisque cette information n'est ni noyau ni accessible au public.¹⁸

25. Ce point de vue est erroné dans la mesure où E5F est expressément mentionnée comme filiale du groupe Gallimard sur le site Internet de Gallimard.¹⁹ Même le deuxième titre du résultat d'une recherche « Google » de E5F mentionne déjà « Groupe Gallimard Éditions des 5 Frontières SA ».²⁰ Partant, il s'agit d'une information facilement accessible au public et non d'un secret d'affaires, raison pour laquelle elle ne sera pas caviardée en vue de la publication de la décision de la COMCO dans la revue DPC.

26. Au vu de ce qui précède, aucune des informations invoquées par E5F dans ses déterminations sur la proposition de caviardage du Secrétariat ne remplit cumulativement les trois conditions pour être qualifiée de secret d'affaires. Leur publication ne peut ainsi être empêchée sur la base de l'art. 25 al. 4 LCart.

B.3 En ce qui concerne la protection de la personnalité

27. Dans sa prise de position du 25 septembre 2013 et en basant son argumentation sur la protection de la personnalité, E5F fait valoir que les noms d'E5F et du groupe Gallimard ne doivent pas être révélés lors de la publication de la décision de la COMCO. Le but premier de la publication des décisions de la COMCO prévue à l'art. 48 al. 1 LCart consisterait à informer le public de manière générale sur l'application des règles du droit de la concurrence. Or selon la requérante, cet objectif ne nécessite nullement la publication des noms d'E5F et du groupe Gallimard. Le devoir d'informer de l'art. 49 LCart ne permet pas non plus la divulgation des noms des parties ayant fait l'objet d'une procédure puisque cette disposition viserait, elle aussi, à informer le public de manière générale sur les activités des autorités de la concurrence.

28. E5F ajoute que les données relatives à une personne morale sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives seraient des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c ch. 1 [recte: 4] de la LPD, raison pour laquelle celles-ci profiteraient d'une protection particulière. Toujours selon E5F, il n'existe aucun intérêt prépondérant à la communication de son identité et de celle du groupe Gallimard, l'intérêt privé à la préservation de ces informations l'emportant. Enfin, les dispositions de la LCart ne constituent pas des bases légales

suffisantes au sens de l'art. 19 al. 3 LPD pour permettre de rendre accessibles lesdits noms.

B.3.1 Principes

29. Tant les personnes physiques que les personnes morales sont sujettes à la protection de leur personnalité. A ce titre, elles ont droit à la protection de leur sphère intime et privée comme à la protection de leur honneur commercial et professionnel.²¹

30. L'ordre juridique considère que les droits de la personnalité sont garants de biens juridiques fondamentaux et que par principe, toute atteinte à la personnalité est illicite.²² Les publications des autorités de la concurrence ne sauraient ainsi contenir des indications fausses, inutilement blessantes ou propres à induire en erreur. Le principe de protection des droits de la personnalité connaît toutefois des exceptions: il en va ainsi des intérêts publics prépondérants, qui ont la priorité sur les droits de la personnalité des personnes physiques ou morales concernées.²³ En particulier, une personne physique ou morale ne saurait invoquer ses droits de la personnalité pour empêcher une autorité de remplir ses tâches (par définition) d'intérêt public.²⁴ Si elles agissent dans le cadre de l'ordre constitutionnel et légal, le fait qu'un sujet de droit fasse appel aux droits de la personnalité ne doit pas conduire à ce que le devoir d'information des autorités de la concurrence ne puisse plus être exercé. Cela contreviendrait non seulement aux obligations légales des autorités de la concurrence, mais également à l'intérêt public d'une justice transparente, compréhensible et prévisible.

31. La publication des décisions répond ainsi à l'intérêt public d'une justice transparente, compréhensible et prévisible, telle qu'elle est prévue par les art. 30 al. 3 Cst., 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101) et 14 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II; RS 0.103.2). La transparence a notamment pour objectif d'éviter toute forme de justice secrète (« *Kabinettsjustiz* »), de permettre au public de contrôler l'application correcte du droit par les autorités et de garantir la sécurité du droit.²⁵ La LTrans a d'ailleurs été édictée dans le but de promouvoir la transparence quant à la mission,

¹⁷ Cf. *supra* no 13.

¹⁸ Prise de position d'E5F du 25 septembre 2013, I.

¹⁹ <http://www.gallimard.fr/Footer/Ressources/La-maison-d-edition#diffusion> (dernière consultation le 01.10.2014).

²⁰ Dernière consultation le 01.10.2014.

²¹ ATF 97 II 97 consid. 2.; Meili A., in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2e édition, Bâle 2002, nos 32 s. ad art. 28 CC.

²² MEILI A., op. cit., nos 16 ss et 45 ad art. 28 CC.

²³ Art. 28 al. 2 CC; Meili A., op. cit., nos 46 ss ad art. 28 CC.

²⁴ MEILI A., op. cit., no 47 ad art. 28 CC.

²⁵ ATF 133 I 106 consid. 8.1 et 8.2 ainsi que les références citées; DPC 2010/4, 704 no 11, *Hors-Liste: Geschäftsgeheimnisse/Publication*.

l'organisation et l'activité de l'administration, cela en contribuant à l'information du public et à la garantie de l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans).

32. La LPD pose des limites au principe de la transparence. Selon son article premier, cette loi vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales (art. 2 al. 1 LPD) qui font l'objet d'un traitement de données. Selon l'art. 3 let. a LPD, constitue une telle donnée, toute information qui se rapporte à une personne identifiée ou identifiable. Toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés, constitue un traitement de données concernant des personnes morales et tombe de ce fait dans le champ d'application de la LPD.

33. Les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que s'il existe une base légale au sens de l'art. 17 LPD ou à l'une des conditions énumérées aux lettres a à d de l'art. 19 al. 1 LPD. Le traitement de données personnelles exige une base légale (art. 17 al. 1 LPD) et celui de données sensibles doit être expressément prévu dans une loi au sens formel (art. 17 al. 2 LPD).

34. Déterminer dans quelle mesure les art. 48 al. 1, 49 al. 1 LCart et 21 RI COMCO constituent des bases légales suffisantes au sens de l'art. 17 LPD permettant la publication de données personnelles est une question qui peut être laissée ouverte. En effet, l'art. 19 al. 1^{bis} LPD permet explicitement aux organes fédéraux de communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public²⁶, d'office ou en vertu de la LTrans aux deux conditions cumulatives que les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et que la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b) qui, selon la doctrine, ne doit être admis que de manière restrictive.²⁷ La LTrans n'est pas déterminante en l'espèce puisqu'elle règle l'accès aux documents officiels sur demande.²⁸ La publication des décisions de la COMCO s'effectue toutefois dans le cadre de l'information d'office du public.²⁹

35. En ce qui concerne l'information d'office du public, l'art. 28 LCart prévoit d'ailleurs expressément que la communication de l'ouverture d'une enquête par publication dans la Feuille fédérale ainsi que dans la Feuille officielle suisse du commerce mentionne notamment l'objet et *les parties concernées par l'enquête*. Il en va de même des communiqués de presse publiés sur le site Internet de la Confédération suisse, qui indiquent en règle générale l'objet et les parties concernées.

36. La communication des données litigieuses est ainsi précisément en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques³⁰ comme l'exige l'art. 19 al. 1^{bis} let. a LPD. En effet, elles ont été obtenues et traitées par les autorités de la concurrence dans le cadre d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart qui a pour but de relever l'existence de cartels ou autres restrictions à la concurrence afin de promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

37. L'art. 19 al. 1^{bis} let. b LPD exige cependant une pesée entre intérêt public à la publication (transparence) et intérêt privé à l'anonymat (protection de la personnalité). Dans la pratique, la protection de la personnalité et des données est en règle générale garantie par une publication sous forme anonyme des décisions.³¹ Le Tribunal fédéral a par exemple opté pour une telle publication de ses décisions, toutefois après qu'elles aient pu être consultées à son siège sous forme non anonyme durant 30 jours. De cette manière, il respecte tant le principe de la transparence que la protection de la personnalité.³² Il existe toutefois des circonstances dans lesquelles l'anonymisation n'est pas possible. C'est notamment le cas lorsqu'elle compromettrait la compréhension d'une décision.³³

B.3.2 Publication du nom des Editions des 5 frontières dans le cas d'espèce

38. Dans son courrier du 5 novembre 2013, E5F a expressément consenti à ce que son nom soit publié dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013, aussi bien dans la revue DPC que sur le site Internet de la COMCO. Ce courrier constitue ainsi dans tous les cas un consentement au sens de l'art. 4 al. 5 LPD par lequel E5F autorise explicitement la COMCO à publier son nom. La COMCO est donc légitimée à procéder à la publication de ladite donnée. Le consentement constitue au surplus un motif justificatif selon l'art. 13 al. 1 LPD et exclut toute atteinte illicite à sa personnalité.

39. En conséquence, la COMCO va publier le nom d'E5F dans la revue DPC en vertu de son consentement écrit du 5 novembre 2013.

B.3.3 Publication du nom du groupe Gallimard dans le cas d'espèce

40. A titre de remarque préalable, il convient de relever que dans la procuration du 12 octobre 2012 produite auprès du Secrétariat³⁴, « Editions 5 Frontières » est seule mentionnée sous « La mandante ». Le mandataire d'E5F n'est ainsi pas légitimé à défendre les intérêts du groupe Gallimard. C'est donc à titre subsidiaire uniquement que l'argumentation dont s'est prévalu le mandataire d'E5F fera l'objet des considérations suivantes.

²⁶ Selon le Message du 12 février 2003 relatif à la LTrans (FF 2003 1807, 1873 ch. 2.5.2.1), l'information officielle du public découle des art. 180 al. 2 Cst. et 10 de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.021).

²⁷ JÖHRI Y., *in*: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, no 55 ad art. 19 al. 1^{bis} LPD.

²⁸ MAHON P./GONIN O., *in*: Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008, nos 13 s. ad art. 6 LTrans.

²⁹ Arrêt du TAF B-6180/2013 du 12 décembre 2013 consid. 4.3.

³⁰ Arrêt du TAF B-6180/2013 du 12 décembre 2013 consid. 4.3.

³¹ ATF 133 I 106 consid. 8.3.

³² ATF 133 I 106 consid. 8.2; art. 60 du Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RTF; RS 173.110.131).

³³ ATF 133 I 106 consid. 8.3; JÖHRI Y., *op. cit.*, no 35 ad art. 19 al. 1^{bis} LPD.

³⁴ A 688.

41. L'avis de la requérante selon lequel le nom du groupe Gallimard constitue une donnée sensible au sens de l'art. 3 let. c ch. 4 LPD ne peut être suivi. En effet, Gallimard n'a pas été partie à la procédure d'enquête relative au marché du livre rédigé en français et la sanction retenue par la COMCO dans sa décision du 27 mai 2013 n'a pas été prononcée à son encontre, mais contre sa filiale E5F.³⁵

42. Dans la mesure où il ne s'agit pas de données sensibles, les exigences en matière d'intérêt public nécessaires à la communication de ces données sont moins élevées. Dans le cas d'espèce, le caviardage du nom Gallimard compromettrait la compréhension de la décision. En effet, la publication du nom d'E5F empêche que l'anonymisation relative à Gallimard puisse être obtenue par un simple caviardage de son nom. Comme démontré plus haut, il est notoire qu'E5F est la filiale de Gallimard. L'identification du groupe demeurerait facilement possible nonobstant le caviardage du nom Gallimard. Si l'identification du groupe Gallimard devait être rendue impossible, il serait nécessaire de supprimer tout élément susceptible de permettre son identification, et donc également des éléments factuels concernant E5F et ayant directement influencé le raisonnement de la COMCO quant à l'issue de la décision. Une telle suppression serait contraire au principe de transparence puisqu'elle priverait le public de faits qui sont pertinents pour l'application du droit et pour la compréhension du résultat auquel la COMCO est parvenue. L'intérêt public à la publication prévaut ainsi sur l'intérêt privé à l'anonymat de Gallimard.

43. Au vu de ce qui précède, le nom du groupe Gallimard ne sera pas caviardé sur la base de la protection de la personnalité.

B.4 En ce qui concerne l'application de la LTF

44. E5F a fait valoir que la publication de la décision de la COMCO causerait un dommage considérable à Gallimard, vu qu'elle n'est pas définitive en raison des recours pendants au Tribunal administratif fédéral (ci-après: le TAF). Le TAF pourrait en effet annuler la décision de la COMCO et blanchir Gallimard. De plus, il ne serait nullement exclu que l'affaire soit au final jugée par le Tribunal fédéral. Or, dans un tel cas, la publication devrait intervenir dans le cadre strictement établi par la LTF, soit en principe sous forme anonyme.

45. Comme déjà indiqué plus haut, Gallimard n'a pas été partie à la procédure d'enquête et la sanction retenue par la COMCO n'a pas été prononcée à son encontre. Son nom figure dans la décision uniquement lorsque cela est nécessaire à une présentation claire et correcte de l'état de fait relatif à sa société fille E5F. Partant et pour cette raison déjà, on ne voit pas en quoi la publication de la décision de la COMCO causerait un dommage considérable à Gallimard. La requérante n'a d'ailleurs nullement indiqué en quoi la publication du nom du groupe Gallimard causerait un dommage considérable à ce dernier. La publication n'a donc qu'un effet moindre sur les droits du groupe Gallimard, qui ne saurait en aucun cas justifier un caviardage au détriment de l'intérêt public à la transparence.

46. Deuxièmement, le fait qu'un recours au Tribunal fédéral ne soit pas exclu ne saurait en aucun cas justifier une anonymisation des décisions de la COMCO. En effet, la pratique du Tribunal fédéral en la matière veut que – avant toute publication sous forme anonyme – la possibilité de consulter les décisions à son siège sous forme non anonyme est donnée à tout un chacun durant 30 jours.³⁶ La COMCO ne prévoit pas cette possibilité, ce à quoi s'ajoute qu'elle n'est pas liée ni par la pratique du Tribunal fédéral ni par la LTF. Le droit de procédure est réglé par les dispositions de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; 172.021) et les dispositions spéciales de la LCart (art. 39 LCart). Au surplus, une pesée des intérêts en cause permet de retenir dans le cas d'espèce que l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt privé à l'anonymat.³⁷ La possibilité d'un recours au Tribunal fédéral n'a aucune influence sur cette constatation.

47. Au vu de ce qui précède, on ne saurait retenir que la publication du nom de Gallimard dans une décision de la COMCO qui n'est pas encore définitive lui causerait un dommage considérable, dommage qui n'a au surplus pas été étayé par la requérante. Il en résulte qu'une éventuelle future application de la LTF ne justifie pas une anonymisation dans le sens demandé par E5F.

48. Par souci de clarté et conformément à la jurisprudence du TAF³⁸, la décision sera néanmoins pourvue d'une mention indiquant qu'elle n'est pas encore entrée en force de chose jugée, respectivement que plusieurs recours sont pendants auprès de l'autorité supérieure.

B.5 Conclusion

49. Vu ce qui précède, il y a lieu de constater que la requérante elle-même a renoncé au caviardage du nom E5F par courrier du 5 novembre 2013.

50. En ce qui concerne le caviardage du nom du groupe Gallimard, de l'appartenance d'E5F à ce dernier, du passage relatif à l'absence d'E5F lors de la première audition de la COMCO, des données relatives aux locaux de la requérante, de son organisation structurelle ainsi que des dates des contrats cités dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013, il a été démontré que ce caviardage n'était justifié ni en raison de la protection des secrets d'affaires, ni en raison de la protection de la personnalité ou encore de l'éventuelle application future de la LTF.

³⁵ voir JÖHRI Y., op. cit., no 55 ad art. 3 let. c LPD.

³⁶ Cf. *supra* no 34.

³⁷ Cf. *supra* nos 25 ss; arrêt du TAF B-6180/2013 du 12 décembre 2013 consid. 4.3.

³⁸ Arrêt du TAF B-6180/2013 du 12 décembre 2013 consid. 4 et 5; arrêt du TAF B-7483/2010 du 9 juin 2011 consid. 4.2.4.

51. Il doit encore être relevé que le Parlement européen a récemment soumis au Conseil de l'Union européenne pour approbation finale une directive « *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne* ». ³⁹ Cette directive vise à faciliter les actions en dommages et intérêts en permettant aux parties civiles d'avoir accès aux informations nécessaires à l'exercice de ces actions. Vu le but poursuivi par l'Union européenne et vu que le droit civil des cartels a également propension à se renforcer en Suisse, l'intérêt des éventuelles parties civiles doit être dûment pris en compte. En conséquence, une certaine retenue dans le caviardage d'indications relatives à des parties impliquées dans un accord restreignant la concurrence découle également du fait que l'action de la COMCO ne doit pas entraver l'exercice d'éventuelles actions en dommages et intérêts en compliquant l'accès aux informations pertinentes. ⁴⁰ Dans tous les cas, les parties ne peuvent invoquer un intérêt légitime afin de justifier le maintien du secret quant à un comportement illicite en matière de droit des cartels. ⁴¹

52. La décision de la COMCO du 27 mai 2013 sera ainsi publiée dans la revue DPC/RPW dans la version qui se trouve annexée à la présente décision et portant la mention qu'elle n'est pas entrée en force de chose jugée. Cette version correspond à celle proposée par le Secrétariat le 11 juin 2013, toutefois sans la mention des noms de Messieurs [...], [...] et [...].

C Frais

53. Selon l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (OEmol-LCart; RS 251.2), est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative ou qui sollicite des avis ou d'autres services au sens de l'article premier. En l'espèce, E5F s'est opposée à la publication des diverses versions de la décision de la COMCO qui lui ont été soumises. Elle a par conséquent occasionné la présente décision, et est donc tenue au paiement d'un émolument.

54. L'argumentation relative aux secrets d'affaires est rejetée dans son intégralité dans la mesure où aucune des données invoquées ne remplit les critères pour être qualifiée de secret d'affaires. Il en va de même de l'argumentation relative à la protection des droits de la personnalité et l'application de la LTF, qui ne justifie pas une publication sous forme anonyme dans le sens demandé par E5F. Dans ces circonstances et dans la mesure où les frais sont répartis selon le principe de causalité, la totalité de l'émolument est mise à la charge d'E5F.

55. Selon l'art. 4 al. 1 et 2 OEmol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre CHF 100.00 et CHF 400.00 l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. La présente décision a nécessité 28 heures de travail. Ce temps de travail se décompose de la façon suivante :

- 24 heures à CHF 200.00, soit CHF 4'800.00

- 4 heures à CHF 290.00, soit CHF 1'160.00

56. En conséquence et en vertu de ce qui précède, les émoluments s'élèvent à CHF 5'960.00 et sont mis à la charge d'E5F.

57. Aucun débours au sens de l'art. 6 de l'Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol ; RS 172.041.1) n'est dû.

D Dispositif

En vertu de l'état de fait et de tout ce qui précède, le Secrétariat avec un membre de la Présidence de la COMCO, décide :

1. La décision de la COMCO du 27 mai 2013 (enquête 31-0277) sera publiée dans la revue DPC/RPW dans la version qui se trouve annexée à la présente décision et portant la mention qu'elle n'est pas entrée en force de chose jugée.
2. Les émoluments de la présente décision, qui se montent à CHF 5'960.00 au total, sont entièrement mis à la charge de la société Les éditions des 5 frontières SA.
3. La décision est à notifier à :
 - Les éditions des 5 frontières SA, à Lausanne, représentée [...]

[Voies de droit]

³⁹ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (dernière consultation le 01.10.2014).

⁴⁰ Voir aussi décision de la COMCO du 08.09.2014 *Abreden im Bereich Luftfracht: Verfügung betreffend Publikation*, nos 48 et 50, décision non entrée en force de chose jugée.

⁴¹ Arrêt du TAF B-6180/2013 du 12 décembre 2013 consid. 4.3.

Verfügung vom 29. Januar 2018 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Gerätebenzin wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen 1. Husqvarna Schweiz AG, in Mägenwil, vertreten durch [...], 2. Bucher AG Langenthal, in Langenthal, vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Durch eine Selbstanzeige der Husqvarna Schweiz AG (nachfolgend: Husqvarna)¹ hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Informationen erhalten, die Anhaltspunkte enthielten, wonach Husqvarna und die Bucher AG Langenthal (nachfolgend: Bucher) und die mit ihnen konzernmässig verbundenen Gesellschaften unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben. Das Sekretariat eröffnete daher am 31. Mai 2016 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG² gegen Husqvarna und Bucher sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften (nachfolgend zusammen: Untersuchungsadressatinnen) wegen eines möglichen Verstosses gegen Art. 5 KG. Im Zentrum der Untersuchung standen Anhaltspunkte, wonach die Untersuchungsadressatinnen beim Vertrieb von Gerätebenzin der Marke Aspen ihre Preise gemeinsam festgesetzt sowie Kunden untereinander aufgeteilt haben. Daneben lagen Hinweise auf Einflussnahmen auf Wiederverkaufspreise der Händler sowie auf einen Informationsaustausch über Absatzzahlen vor. In der Untersuchung wurde geprüft, ob die Untersuchungsadressatinnen tatsächlich unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG getroffen haben.³

2. Der Fokus lag während der gesamten Untersuchung auf möglichen unzulässigen horizontalen Abreden über die Festsetzung von Preisen gegenüber direkten Kunden (Händlern und Endverbrauchern; Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) (vgl. unten, Rz 42 ff.).

Untersuchungsadressatinnen

3. Husqvarna ist eine von mehreren Tochtergesellschaften der Husqvarna AB mit Sitz in Stockholm, Schweden, und bietet Motorgeräte für die Forstwirtschaft sowie die Garten- und Landschaftspflege an.⁴ Von 1997 bis Ende 2016 war Husqvarna Generalimporteurin des Gerätebensins der Marke Aspen (vgl. unten, Rz 6, 9).

4. Bucher ist im Handel mit und in der Herstellung von Schmiermitteln und chemisch-technischen Produkten tätig⁵ und gehört zur Bucher-Motorex Holding AG.⁶ Bucher vertreibt seit 1998 Alkylatbenzin der Marke Aspen in der Schweiz und ist seit dem 1. Januar 2017 Generalimporteurin für dieses Produkt (vgl. unten, Rz 6, 9).

Vertrieb von Gerätebenzin der Marke Aspen

5. Beim Gerätebenzin Aspen handelt es sich um ein sog. Alkylatbenzin, welches sich dadurch auszeichnet, dass es nur in äusserst geringem Umfang gesundheits- und umweltschädliche Stoffe enthält und deshalb für den Einsatz in unmittelbarer Nähe zum Menschen geeignet ist (z.B. Motorsägen, Rasenmäher, Motorräder, Aussenbordmotoren etc.). Alkylatbenzin wird von verschiedenen Herstellern produziert und jeweils unter einem eigenen Handelsnamen vertrieben, z.B. Aspen, Motomix, Cleanlife. Typischerweise wird Alkylatbenzin sowohl in einer 2-Takt- als auch in einer 4-Takt-Variante angeboten. In der 2-Takt-Variante wird dem Alkylatbenzin Öl beigemischt, was eine gebrauchsfertige Verwendung in 2-Takt-Motoren ermöglicht.⁷

6. Herstellerin von Aspen ist die Lantmännen Aspen AB (nachfolgend: Lantmännen Aspen), Schweden. In der Schweiz war Husqvarna von 1997 bis Ende 2016 Generalimporteurin von Aspen.⁸ In diesem Zeitraum – in welchen auch der Untersuchungszeitraum fällt (vgl. unten, Rz 57) – war Husqvarna Ansprech- und Verhandlungspartnerin der Herstellerin. Bucher übernahm ihrerseits sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Import (Logistik, Verzollung etc.) sowie der Aufbereitung, Abfüllung und Etikettierung. Die zu Beginn von Bucher erbrachten Logistik-Leistungen betreffend Auslieferungen an Husqvarna-Kunden hat Husqvarna ab 2005 selbst übernommen.⁹

7. Im Bereich der Vermarktung und des Vertriebs von Aspen in der Schweiz traten Husqvarna und Bucher zumindest während des Untersuchungszeitraums (1998 bis Ende des ersten Quartals 2016, vgl. unten, Rz 57) als Wettbewerber auf. Dies galt sowohl beim Verkauf an Wiederverkäufer auf Grosshandelsstufe, auf der Aspen in Kanistern, Fässern sowie als Bulkware zum Weiterverkauf an Endverbraucher angeboten wird, wie auch beim direkten Verkauf an Endverbraucher (z.B. Forstbetriebe).¹⁰ Beide Unternehmen boten während des Untersuchungszeitraums nur Alkylatbenzin der Marke Aspen an.¹¹

8. Die nachfolgende Abbildung 1 zeigt die Vertriebsorganisation von Aspen im Zeitraum von 1998 bis Ende 2016 auf.

¹ Act. 5, 9, 10.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Act. 15, 114.

⁴ Act. 183, 133.1.

⁵ Act. 133.1.

⁶ Act. 16 Beilage 1; act. 165, 227 S. 3; act. 232.

⁷ Act. 5 Rz 11 f.

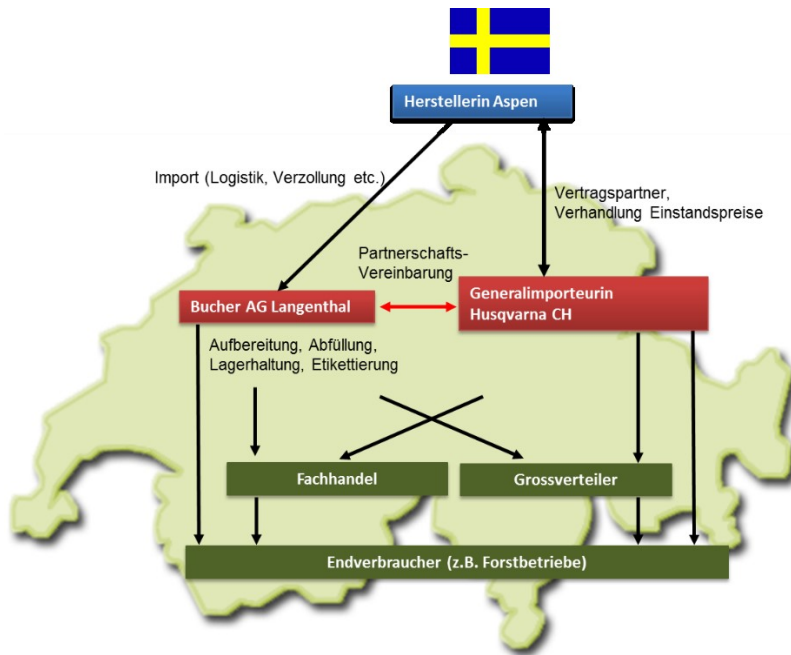
⁸ Act. 5 Rz 13.

⁹ Act. 5 Rz 15.

¹⁰ Act. 5 Rz 16.

¹¹ Act. 9 S. 3; act. 156, 180, 228, 229.

Abb. 1: Vertriebsorganisation Aspen von 1998 bis Ende 2016



Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Angaben von Husqvarna.¹²

9. Per 31. Dezember 2016 wurde die Zusammenarbeit im Vertrieb von Alkylatbenzin der Marke Aspen zwischen Husqvarna und Bucher beendet.¹³ Seit dem 1. Januar 2017 ist der Vertrieb von Aspen neu organisiert. Seit dem Zeitpunkt agiert Bucher als Distributorin von Aspen gestützt auf einen Vertriebsvertrag mit Lantmännen Aspen.¹⁴ Husqvarna vertreibt seither zum einen das Alkylatbenzin der Marke Aspen und zum anderen ein Alkylatbenzin einer anderen Herstellerin unter einer Eigenmarke (private label).¹⁵ [...] Die nachfolgenden Erwägungen erfolgen gestützt auf die Vertriebsorganisation von Aspen während des Untersuchungszeitraums (1998 bis Ende des ersten Quartals 2016, vgl. unten, Rz 57).

Inhalt Selbstanzeige Husqvarna

10. [...]

11. [...]

12. [...]

13. [...]

14. [...]

Inhalt Selbstanzeige Bucher

15. [...]

16. Bucher führt in ihrer Selbstanzeige insbesondere Folgendes aus:¹⁷ [...]

17. Die beiden Selbstanzeigen ergeben ein stimmiges Gesamtbild. Die WEKO erachtet den darin beschriebenen Sachverhalt als erstellt.

A.2 Prozessgeschichte

18. Am 15. März 2016 reichte Husqvarna beim Sekretariat eine Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG ein¹⁸ und ergänzte diese mit Eingaben vom 25. April 2016.¹⁹

19. Gestützt darauf eröffnete das Sekretariat am 31. Mai 2016 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Husqvarna und Bucher sowie deren jeweils konzernmässig verbundenen Gesellschaften.²⁰ Gleichentags sowie am 1. Juni 2016 wurde bei Bucher eine Hausdurchsuchung durchgeführt²¹ und zwei Vertreter von Bucher wurden einvernommen.²²

20. Am 7. Juni 2016 fand eine Einvernahme eines Vertreters von Husqvarna statt.²³

21. Auf die SHAB-Publikation der Untersuchungseröffnung vom 14. Juni 2016 meldeten sich keine Dritten, die sich i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG mit Parteistellung am Verfahren beteiligen wollten.²⁴

22. Am 20. Juni 2016 teilte das Sekretariat Husqvarna im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO mit, dass es die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG²⁵ für den Erlass der Sanktion hinsichtlich der im Rahmen der Selbstanzeige und deren Ergänzung gemeldeten Sachverhalte als gegeben erachte (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG).²⁶

¹² Act. 5 S. 4 f.

¹³ Act. 229 Beilage 63.

¹⁴ Act. 227 S. 37; act. 228 S. 2 f., Beilage 3.

¹⁵ Act. 246 Rz 3.

¹⁶ Act. 246 Rz 2.

¹⁷ Act. 269.

¹⁸ Act. 5.

¹⁹ Act. 9, 10.

²⁰ Act. 15, 114.

²¹ Act. 16.

²² Act. 113, 120.

²³ Act. 123.

²⁴ Act. 133.1.

²⁵ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

²⁶ Act. 136.

23. Am 1. Juli 2016 reichte Husqvarna eine weitere Ergänzung der Selbstanzeige ein.²⁷

24. Am 6. Juli 2016 und am 17. Januar 2017 wurden in Anwesenheit der Rechtsvertreter von Husqvarna und Bucher zwei Mitarbeiter von Bucher als Zeugen²⁸ und am 19. Januar 2017 ein weiterer Vertreter von Bucher einvernommen.²⁹

25. Am 13. Februar 2017 wurde den Parteien Akteneinsicht gewährt.³⁰ Am 24. Februar 2017 sowie am 3. März 2017 nahmen Vertreter von Bucher in den Räumlichkeiten des Sekretariats in die Selbstanzeige von Husqvarna Einsicht.³¹

26. Am 22. März 2017 fand in Anwesenheit der Rechtsvertreter von Husqvarna und Bucher eine zweite Einvernahme eines Parteivertreters von Bucher statt.³²

27. Nach erfolgter Akteneinsicht vom 30. Mai 2017³³ präsentierte das Sekretariat den Vertretern von Bucher am 13. Juni 2017 sein vorläufiges Beweisergebnis.³⁴

28. Am 14. Juni 2017 stellte das Sekretariat das vorläufige Beweisergebnis Vertretern von Husqvarna vor. Husqvarna signalisierte bei dieser Gelegenheit ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung.³⁵

29. Am 27. Juni 2017 begannen die Verhandlungen zwischen Husqvarna und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG.³⁶ Am 5. Oktober 2017 bzw. 12. Oktober 2017 unterzeichneten das Sekretariat bzw. Husqvarna die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 83).³⁷

30. Am 11. Juli 2017 teilte Bucher dem Sekretariat mit, dass auch sie Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung habe.³⁸ Auf telefonische Nachfrage des Sekretariats vom 13. Juli 2017 bestätigte Bucher, dass sie an einer Kurzverfügung mit summarischer Begründung interessiert sei.³⁹

31. Am 13. Juli 2017 begannen die Verhandlungen zwischen Bucher und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG.⁴⁰ Am 5. Oktober 2017 bzw. 10. Oktober 2017 unterzeichneten das Sekretariat bzw. Bucher die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 82).⁴¹

32. Am 4. September 2017 reichte Bucher eine Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG ein.⁴² Am 11. September 2017 teilte das Sekretariat Bucher im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO mit, dass es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG nicht als gegeben erachte, da bereits ein anderes Unternehmen in derselben Angelegenheit eine Selbstanzeige eingereicht hatte, welche die Anforderungen an Art. 8 Abs. 1 SVKG erfülle (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Das Sekretariat wies vor diesem Hintergrund auf eine mögliche Reduktion der Sanktion nach Art. 12 ff. SVKG hin.⁴³

33. Am 14. November 2017 stellte das Sekretariat seinen Antrag Husqvarna und Bucher zwecks Stellungnahme zu (Art. 30 Abs. 2 KG).⁴⁴

34. Am 29. November 2017 reichte Bucher ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein.⁴⁵ Darin ersuchte Bucher die WEKO, den Basisbetrag bei der

Sanktionsberechnung so festzusetzen, dass er nicht über 4–6 % hinausgehe (vgl. unten, Rz 101 f.).

35. Am 15. Dezember 2017 übermittelte Husqvarna ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.⁴⁶ Darin beantragte Husqvarna, dass vom Grundsatz der Pro-Kopf-Verteilung von Verfahrenskosten abzuweichen und eine Aufteilung der Gebühren vorzunehmen sei, die den konkret durch die Parteien verursachten Aufwand des Sekretariats anteilmässig berücksichtige (vgl. unten, Rz 126 ff.).

36. Am 29. Januar 2018 genehmigte die WEKO die einvernehmlichen Regelungen und entschied unter Berücksichtigung der Ausführungen der Untersuchungsadressatinnen über das vorliegende Verfahren.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

37. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Husqvarna ist Teil der Husqvarna-Gruppe (vgl. oben, Rz 3), welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Bucher ist Teil der Bucher-Motorex-Gruppe (vgl. oben, Rz 4), welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

38. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob Husqvarna und Bucher Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben und ob diese im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG unzulässig sind, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

²⁷ Act 143.

²⁸ Act. 147, 178.

²⁹ Act. 179.

³⁰ Act. 188, 189.

³¹ Act. 196, 197, 203, 204.

³² Act. 208.

³³ Act. 240, 241.

³⁴ Act. 247.

³⁵ Act. 248.

³⁶ Act. 256.

³⁷ Act. 285.

³⁸ Act. 258.

³⁹ Act. 260.

⁴⁰ Act. 262.

⁴¹ Act. 284.

⁴² Act. 269.

⁴³ Act. 271.

⁴⁴ Act. 290, 291.

⁴⁵ Act. 293.

⁴⁶ Act. 300.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

39. Gemäss Art. 6 VwVG⁴⁷ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend sind Husqvarna und Bucher Verfügungsadressatinnen.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

40. 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).⁴⁸ 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).

41. 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

42. 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

43. 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).

44. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁹

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

45. 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.⁵⁰ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.⁵¹

46. In casu haben Husqvarna und Bucher mit der Partnerschafts-Vereinbarung vom 2. September 1998 (nachfolgend: Partnerschafts-Vereinbarung)⁵² eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen und sie in den Jahren 2005 und 2008 aktualisiert (nachfolgend: Aktualisierung 2005 und 2008)⁵³.

47. In der Partnerschafts-Vereinbarung wurde u.a. das absatzseitige Konkurrenzverhältnis der Parteien gere-

gelt. Husqvarna und Bucher vereinbarten diesbezüglich insbesondere

- die Preise sowohl gegenüber ihren Händlern als auch gegenüber Endverbrauchern (z.B. Forstbetrieben, Gemeinden, Werkhöfen);
- eine Kundenaufteilung;
- keine Konkurrenzprodukte zu Aspen zu verkaufen.

48. In der Aktualisierung 2005 wurden die genannten Vereinbarungen ausdrücklich bestätigt.⁵⁴ Die Aktualisierung 2008 lockerte im Wesentlichen das in der Partnerschafts-Vereinbarung vereinbarte Konkurrenzverbot (vgl. hierzu auch unten, Rz 70).⁵⁵ Sie wurde indes nicht zum Anlass genommen, die in der Partnerschafts-Vereinbarung geregelten Preise und Kundenaufteilung aufzuheben.

49. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken bezüglich des absatzseitigen Konkurrenzverhältnisses wurde sodann unterstützt durch den Austausch von Absatzzahlen, auch wenn es sich dabei grösstenteils um ohnehin bekannte Informationen handelte (vgl. oben, Rz 14).⁵⁶

50. Hauptkomponenten des bewussten und gewollten Zusammenwirkens bezüglich des absatzseitigen Konkurrenzverhältnisses waren die Preise und die Aufteilung von Kunden. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken hinsichtlich dieser beiden Komponenten kommt auch durch E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien zum Ausdruck (vgl. oben, Rz 14, 16).⁵⁷ Im Vordergrund stand dabei das Zusammenwirken hinsichtlich der Festlegung von Preisen gegenüber direkten Abnehmern (Händlern und Endverbrauchern). Das Zusammenwirken hinsichtlich verbindlich festgelegter Verkaufspreise hat sich – basierend auf die vorhandene E-Mail-Korrespondenz – im Laufe der Zeit gewandelt in ein Zusammenwirken über Umfang und Zeitpunkt von Preisänderungen gegenüber direkten Abnehmern (Preislisten für Händler bei Husqvarna, Preislisten für Händler und Direktkunden bei Bucher).⁵⁸

⁴⁷ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C_73/2014 vom 28.1.2015, RPW 2015/1, 131, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

⁴⁹ So etwa auch das Urteil des BVerfG, RPW 2014/3, 627 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

⁵⁰ Urteil des BVerfG, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVerfG, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

⁵¹ RPW 2016/2, 452 Rz 94, *Nikon*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

⁵² Act. 5 Beilage 1.

⁵³ Act. 5 Beilagen 2, 4.

⁵⁴ Act. 5 Rz 23.

⁵⁵ Act. 5 Rz 24 f.

⁵⁶ Act. 113 Rz 67 ff.; act. 143 Rz 39 f.; act. 147 Rz 563 ff.

⁵⁷ Act. 248, 249.

⁵⁸ Z.B. act. 30, 66, 143 Beilagen 48, 49.

51. Ausfluss der in der Partnerschafts-Vereinbarung festgelegten Detailverkaufspreise, d.h. Verkaufspreise an Endverbraucher (vgl. oben, Rz 14), waren Besprechungen von Bucher und Husqvarna über die Wiederverkaufspreise von Husqvarna-Händlern, wenn diese aus Sicht der beiden zu tief waren,⁵⁹ und in einzelnen Fällen Einflussnahmen von Husqvarna auf die Preise ihrer Wiederverkäufer; dies bei einem Händler auch gemeinsam mit Bucher (vgl. oben, Rz 14).⁶⁰

52. Zusammenfassend kommt in der Partnerschafts-Vereinbarung das bewusste und gewollte Zusammenwirken der Parteien hinsichtlich des absatzseitigen Konkurrenzverhältnisses zum Ausdruck. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken umfasst mehrere Komponenten. Hauptkomponenten bilden die festgelegten Preise und die Kundenaufteilung, wobei die Preiskomponente im Vordergrund steht. Unterstützende Elemente bilden das Konkurrenzverbot und der Informationsaustausch über Absatzzahlen.

B.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

53. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“ (vgl. oben, Rz 44). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁶¹ 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.⁶²

54. Die Klauseln der Partnerschafts-Vereinbarung (siehe oben, Rz 11) und der Aktualisierung 2005 (siehe oben, Rz 12) sowie das Verständnis der Untersuchungsadressantinnen dieser Klauseln⁶³ zeigen einen Grundkonsens hinsichtlich ihres absatzseitigen Konkurrenzverhältnisses. Mit der vertraglichen Regelung verschiedener Komponenten wurde der einheitliche Zweck verfolgt, sich weder bezüglich Preisen noch bezüglich Kunden zu konkurrieren. Folglich wurde vereinbart, die Wettbewerbsparameter Preis und Kunden zumindest zu beeinträchtigen, was objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen.

B.4.1.3 Horizontale Wettbewerbsabrede

55. Vorliegend sind die beiden Tatbestandselemente einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 44) erfüllt. Die Abrede besteht aus einer Festsetzung von Preisen und einer Kundenaufteilung und wurde durch ein Konkurrenzverbot und einen Informationsaustausch über Absatzzahlen unterstützt (siehe hierzu oben, Rz 46 ff.). Diese Abredekomponenten greifen ineinander und wirkten als Ganzes. Deshalb ist es sachgerecht, die einzelnen Abredekomponenten im Folgenden nicht separat, sondern zusammengefasst als eine Abrede zu würdigen. Hauptkomponenten sind dabei die Festsetzung von Preisen und die Aufteilung von Kunden, wobei die Festsetzung von Preisen im Vordergrund steht. Das beschriebene Gesamtkonstrukt wird im Folgenden vereinfachend als Preis- und Kundenaufteilungsabrede bezeichnet.

56. Sowohl Husqvarna als auch Bucher vertreiben Alkylatbenzin der Marke Aspen an Wiederverkäufer und direkt an Endverbraucher, womit sie auf derselben Marktstufe tätig und folglich Konkurrenten sind (siehe auch oben, Rz 7 f.). Bei der Preis- und Kundenaufteilungsabrede handelt es sich somit um eine horizontale Wettbewerbsabrede.

B.4.1.4 Abrededauer

57. Die Preis- und Kundenaufteilungsabrede zwischen Husqvarna und Bucher geht auf die Partnerschafts-Vereinbarung von 1998 zurück. Die Abrede wurde ungefähr Ende des ersten Quartals 2016 eingestellt,⁶⁴ gefolgt von einer Aufhebung der kartellrechtlich problematischen Klauseln der Partnerschafts-Vereinbarung.⁶⁵

58. Belege für die Umsetzung der Festsetzung von Preisen finden sich bis ins erste Quartal 2016, wobei die Intensität der Umsetzung im Zeitablauf abgenommen hat.⁶⁶ Aktenkundig ist sodann, dass im Laufe der Zeit nicht mehr die Verkaufspreise festgesetzt wurden, sondern der Umfang und Zeitpunkt von Preisänderungen am Markt (siehe oben, Rz 50).

59. Belege für die Umsetzung der Kundenaufteilung – mit Abweichungen⁶⁷ – finden sich bis ins Jahr 2012.⁶⁸ In den Akten finden sich ferner Hinweise, dass die Kundenaufteilung im Laufe der Zeit an Bedeutung verloren hat.⁶⁹ Diskutiert wurden gegenseitige Kundenwagnahmen jedoch auch noch im Jahr 2015.⁷⁰ Dies weist darauf hin, dass auch zu diesem Zeitpunkt noch eine Erwartung bestand, wer welche Kunden bedienen sollte.⁷¹

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

60. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

⁵⁹ 2005: act. 79; 2011: act. 5 Beilage 22; 2012: act. 10 Beilagen 41, 42.

⁶⁰ 1998: act. 111.14; 2003: act. 111.15; 2005: act. 10 Beilage 40; act. 79; 2012: act. 10 Beilage 42; vgl. auch. act. 247, 248 jeweils Folien 24 f.

⁶¹ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

⁶² Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; 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*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 KG N 71.

⁶³ Act. 120 Rz 215 ff.; act. 123 Rz 276 ff.; act. 143 Rz 46; act. 227 S. 12.

⁶⁴ Act. 5, 15, 146.

⁶⁵ Act. 146 Beilage 57.

⁶⁶ Act. 10 Rz 7; act. 143 Rz 44 f.; act. 247, 248 jeweils Folien 8-17.

⁶⁷ Act. 5 Beilagen 11, 21.

⁶⁸ Act. 68, 247 Folien 20–22; act. 248 Folien 20–22.

⁶⁹ Act. 120 Rz 314 ff., 326 f.; act. 123 Rz 292 ff., 561 ff.; act. 143 Rz 30 f.

⁷⁰ Act. 5 Beilage 39; act. 158 Beilagen 58, 60.

⁷¹ Vgl. zu den Nachwirkungen der vereinbarten Kundenaufteilung auch die Protokollaussagen in act. 120 Rz 314 ff., 326 f.; act. 123 Rz 292 ff., 561 ff.; act. 208 Rz 636 ff.

- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.4.2.1 Vorliegen einer horizontalen Abrede über die Festsetzung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern

61. Die Partnerschafts-Vereinbarung von 1998 zwischen Husqvarna und Bucher enthielt eine Preis- und Kundenaufteilungsabrede mit dem gemeinsamen Zweck, sich bezüglich Preise und Kunden nicht gegenseitig zu konkurrieren (vgl. oben, Rz 54). Im Vordergrund steht die Festsetzung von Verkaufspreisen für Alkylatbenzin der Marke Aspen gegenüber ihren Händlern und Endverbrauchern (z.B. Forstbetrieben, Gemeinden, Werkhöfen). Im Laufe der Zeit wurden nicht mehr die Verkaufspreise festgesetzt, sondern der Umfang und Zeitpunkt von Preisänderungen am Markt (siehe oben, Rz 58).

62. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG insgesamt weit ausgelegt wird. So stellt u.a. auch die Koordination der Höhe und des genauen Zeitpunkts der Umsetzung von Preiserhöhungen unter Wettbewerbern eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG Bst. a dar.⁷²

63. Die in der Partnerschafts-Vereinbarung enthaltene Wettbewerbsabrede bezüglich der Festsetzung von Preisen und der Aufteilung von Kunden ist somit als horizontale Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren, die den wirksamen Wettbewerb vermuthungsweise beseitigt.

B.4.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

64. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.2.2.1 Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

65. 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 VKU⁷³ analog).⁷⁴ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁶

66. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die in der Partnerschafts-Vereinbarung festgehaltene Preis- und Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Husqvarna. Marktgegenseite von Husqvarna und Bucher sind Endverbraucher (z.B. Werkhöfe, Forstbetriebe), der Fachhandel und Grossverteiler („Retailer“), die Gerätebenzin der Marke Aspen nachfragen (vgl. oben, Abb. 1). Da die Nachfrage von Fachhändlern und Grossverteilern wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der sachlichen Marktdefinition.

67. Die verfügbaren Marktinformationen legen nahe, dass die Kunden von Aspen andere Marken von Gerätebenzin als Substitute betrachten⁷⁷ und diese Marken demselben Produktmarkt zuzurechnen sind. Es stellt sich sodann die Frage, ob aus Sicht der Nachfrager regulärer Treibstoff ein Substitut zu Alkylatbenzin darstellt. Aus technischer Sicht können benzinbetriebene Garten- und Forstgeräte mit jedem regulären (2-Takt- oder 4-Takt-)Treibstoff betrieben werden (bei 2-Takt-Motoren ist bei Verwendung eines 4-Takt-Treibstoffes die Beimischung von Motoröl erforderlich). Alkylatbenzin (2-Takt- und 4-Takt-Alkylatbenzin) hat jedoch spezifische Produkteigenschaften und einen spezifischen Anwendungsbereich.⁷⁸ Wegen des erheblich geringeren Anteils an gesundheitsschädigenden (insbesondere krebserregenden) und umweltschädigenden Stoffen kommt Alkylatbenzin hauptsächlich bei solchen Geräten und Motoren zum Einsatz, die in unmittelbarer Nähe zum Menschen betrieben werden, wie z.B. Garten- und Forstgeräte. Verschiedene Behörden und Organisationen empfehlen denn auch, bei Garten- und Forstarbeiten wegen des hohen Gesundheitsrisikos von Normalbenzin Gerätebenzin zu verwenden.⁷⁹ Nebst den genannten spezifischen Produkteigenschaften deuten auch die Preisunterschiede zwischen Normalbenzin (Konsumentenpreis: ca. CHF 1.50/Liter) und Alkylatbenzin (Konsumentenpreis: ca. CHF 5/Liter) auf einen separaten Produktmarkt für Alkylatbenzin hin.⁸⁰ Der sachlich relevante Markt umfasst somit Alkylatbenzin.

⁷² RPW 2012/3, 642 Rz 260, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

⁷³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C_75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁷ Act. 43, 113 Rz 91 ff.; act. 178 Rz 261 ff., 598 ff.

⁷⁸ Act. 227 S. 6 ff.

⁷⁹ Vgl. Empfehlung der kantonalen Behörden für Luftreinhaltung, der Krebsliga Schweiz und der Schweizerischen Metall-Union, unterstützt durch das Bundesamt für Umwelt BAFU, <https://www.so.ch/fileadmin/internet/bjd/bjd-afu/pdf/luft/421_ui_01.pdf> (12.10.2017).

⁸⁰ Act. 180 Antwort auf Frage 3.

⁸¹ Act. 9 S. 6.

Räumlich relevanter Markt

68. 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). Vorliegend wird davon ausgegangen, dass Schweizer Endverbraucher Alkylatbenzin in erster Linie in der Schweiz und nicht lokal nachfragen, zumal grössere Kunden wie z.B. Forstbetriebe, Gemeinden und Werkhöfe im Vordergrund stehen. Die Einschätzung von Husqvarna, wonach der Parallelimport von Alkylatbenzin eher aufwendig sei, weil die aktuelle Gesetzeslage eine CO₂-Abgeltung auf importiertem Treibstoff erfordere,⁸¹ sowie der Hinweis von Bucher auf erhebliche Transportkosten und besondere Vorschriften für grenzüberschreitende Gefahrgut-Transporte⁸² sprechen dafür, dass der räumlich relevante Markt nicht grösser als national ist. Der räumlich relevante Markt wird somit national abgegrenzt.

B.4.2.2.2 Aussenwettbewerb

Aktueller Wettbewerb

69. Das jährliche Marktvolumen für Alkylatbenzin in der Schweiz beträgt gemäss der Importstatistik des Bundes ungefähr 7 Mio. Liter bzw. bei einem geschätzten durchschnittlichen Verkaufspreis der Untersuchungsadressantinnen an den Handel von knapp CHF 3/Liter rund CHF 20 Mio.⁸³ Basierend auf diesen Angaben betragen die geschätzten mengenbasierten Marktanteile von Husqvarna bzw. Bucher auf einem schweizweiten Markt für Alkylatbenzin im Zeitraum 2013 bis 2015 durchschnittlich rund [...] % bzw. [...] %.⁸⁴ Die umsatzbasierten durchschnittlichen Marktanteile beliefen sich in diesem Zeitraum auf rund [...] % (Husqvarna)⁸⁵ und [...] % (Bucher)⁸⁶.

70. Die wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für Alkylatbenzin in der Schweiz sind laut Angaben der Parteien die Stihl Vertriebs AG mit der Marke Motomix, die Latschenbacher AG mit der Marke Cleanlife Gerätebenzin und die Storz Handels AG mit der Marke Storz Gerätebenzin.⁸⁷ Es ist sodann aktenkundig, dass die Stihl Vertriebs AG mit der Marke Motomix einen gewissen Preisdruck auf Aspen ausüben konnte.⁸⁸ Eingeschränkt wurde der Aussenwettbewerb indes durch das horizontale Konkurrenzverbot zulasten von Bucher (vgl. oben, Rz 47 f.). Dennoch bestand aufgrund der übrigen Konkurrenten ein gewisser Aussenwettbewerb.

Potenzieller Wettbewerb

71. Belastbare Angaben zu internationalen Preisunterschieden von Gerätebenzin der Marke Aspen liegen nicht vor. Es sind auch keine Informationen zum Umfang von Parallel- und Direktimporten⁸⁹ von Aspen Gerätebenzin in die Schweiz bekannt. Nach Einschätzung der Parteien bestehen diverse Importhindernisse (vgl. oben, Rz 68). Dies legt nahe, dass vom potenziellen Wettbewerb kaum eine disziplinierende Wirkung ausgeht.

B.4.2.2.3 Innenwettbewerb

72. Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsicht-

lich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

Innenwettbewerb (abweichendes Verhalten)

73. Husqvarna und Bucher haben in der Partnerschaftsvereinbarung von 1998 die Preise für Aspen Gerätebenzin gegenüber dem Handel und den Endverbrauchern sowie eine Aufteilung der Kunden vereinbart. Im Jahr 2005 wurde diese Abrede ausdrücklich, im Jahr 2008 zumindest implizit bestätigt (vgl. oben, Rz 48). Die Beweismittel zeigen auf, dass die Partnerschaftsvereinbarung bezüglich der Festsetzung von Preisen und der Aufteilung von Kunden umgesetzt wurde, auch wenn die Intensität der Umsetzung im Zeitablauf abgenommen hat (vgl. oben, Rz 50, 57 ff.). Im Jahr 1998 war somit kaum Innenwettbewerb vorhanden; dieser hat im Laufe der Zeit jedoch zugenommen.

Restwettbewerb

74. Vorliegend sind keine nicht abgesprochenen, im schweizweiten Markt für Alkylatbenzin aber mitentscheidenden Wettbewerbsparameter (wie Qualität, Innovation, Service, Beratung) ersichtlich, die trotz der in der Partnerschaftsvereinbarung festgehaltenen Preis- und Kundenaufteilungsabrede weiterhin für ausreichend Wettbewerb zwischen den Abredepartnern gesorgt hätten: Ein Qualitäts- und Innovationswettbewerb zwischen den beiden Abredepartnern konnte nicht stattfinden, da sich Husqvarna und Bucher über den Preis eines identischen Produkts (Alkylatbenzin der Marke Aspen) abgesprochen hatten. Für ein identisches und in der Anwendung nicht allzu komplexes Produkt dürfte es auch schwierig sein, sich über Beratungsdienstleistungen einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem Konkurrenten zu verschaffen. Serviceleistungen dürften beim Vertrieb von Alkylatbenzin, wenn überhaupt, eine untergeordnete Rolle spielen. Aufgrund dieser Erwägungen sind die genannten Parameter gegenüber dem dominanten Wettbewerbsparameter Preis als untergeordnete Wettbewerbsparameter einzustufen.⁹⁰ Es ist somit davon auszugehen, dass hinsichtlich dieser Parameter kein wirksamer Restwettbewerb besteht, der geeignet wäre, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen.

⁸² Act. 227 S. 10.

⁸³ Act. 9 S. 3 f.

⁸⁴ Act. 9 S. 5.

⁸⁵ Act. 9 S. 5.

⁸⁶ Act. 9 S. 3 f.; act. 228 S. 2.

⁸⁷ Act. 9 S. 5; act. 227 S. 8.

⁸⁸ Act. 43, 113 Rz 89 ff.; act. 178 Rz 261 ff., 598 ff.

⁸⁹ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

⁹⁰ Vgl. hierzu auch BGE 129 II 18 (= RPW 2002/4, 746 E. 8.3.2 f.), *Buchpreisbindung*.

B.4.2.2.4 Zwischenergebnis

75. Die gemeinsame Betrachtung des vorhandenen Aussen- und Innenwettbewerbs führt zum Ergebnis, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG durch die Kombination von Aussen- und Innenwettbewerb widerlegt werden kann.

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

76. Das Bundesgericht hat im Urteil Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.⁹¹ Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁹² Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der zwischen Husqvarna und Bucher vereinbarten Preis- und Kundenaufteilungsabrede der Partnerschaftsvereinbarung hinweisen würden. Diese stellt somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

77. 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.

78. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche die Preis- und Kundenaufteilungsabrede der Partnerschaftsvereinbarung zwischen Bucher und Husqvarna im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen könnten. Die Parteien haben auch keine möglichen Effizienzgründe geltend gemacht.⁹³

B.4.5 Ergebnis

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

- In ihrer Partnerschafts-Vereinbarung von 1998 und deren Aktualisierungen von 2005 und 2008 haben Bucher und Husqvarna bis Ende des ersten Quartals 2016 eine horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Kunden getroffen (vgl. oben, Rz 55, 57).
- Die in der Partnerschafts-Vereinbarung enthaltene Wettbewerbsabrede bezüglich der Festsetzung von Preisen und der Aufteilung von Kunden ist als horizontale Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigt (vgl. oben, Rz 63).

- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Aussen- und Innenwettbewerbs widerlegt werden (vgl. oben, Rz 75).
- Die horizontale Preis- und Kundenaufteilungsabrede der Partnerschafts-Vereinbarung zwischen Bucher und Husqvarna stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 76).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 78 ff.).
- Die Partnerschafts-Vereinbarung zwischen Bucher und Husqvarna enthielt somit eine unzulässige horizontale Abrede über die Festsetzung von Preisen und über eine Kundenaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG.

B.5 Massnahmen

80. 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

81. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 10. bzw. 12. Oktober 2017 mit Bucher bzw. Husqvarna einvernehmliche Regelungen abgeschlossen (vgl. oben, Rz 29, 31).

82. Die einvernehmliche Regelung mit Bucher lautet wie folgt:⁹⁴

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0470 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

⁹¹ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.1.6), Gaba; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

⁹² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 f. E. 5.2.5, 354 E. 5.6), Gaba; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

⁹³ Act. 227 S. 24.

⁹⁴ Act. 284.

- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0470 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber Bucher einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von Bucher zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, bei der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Bucher keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Bucher fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) sowie bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von Bucher und der Husqvarna Schweiz AG.
- resse der Beteiligten, das Verfahren 22-0470 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0470 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber Husqvarna einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von Husqvarna zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, bei der WEKO einen vollständigen Sanktionserlass zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Husqvarna keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Husqvarna fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) sowie bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von Husqvarna und der Bucher AG Langenthal.

Vereinbarungen

1. Bucher verpflichtet sich, sich mit der Husqvarna Schweiz AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über Verkaufspreise, Verkaufspreisbestandteile und Verkaufspreisänderungen von Alkylatbenzin auszutauschen. Dies gilt sowohl für die Verkaufspreise an den Handel als auch für die Verkaufspreise an Endabnehmer.
2. Bucher verpflichtet sich, sich mit der Husqvarna Schweiz AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über eine Aufteilung von Kunden von Alkylatbenzin auszutauschen.
3. Bucher verpflichtet sich, ihren Schweizer Händlern für den Verkauf von Alkylatbenzin weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
4. Bucher verpflichtet sich, ihre Schweizer Händler für Alkylatbenzin [...] zu informieren, dass sie in der Preissetzung von Alkylatbenzin frei sind.

83. Die einvernehmliche Regelung mit Husqvarna lautet wie folgt:⁹⁵

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Inte-

Vereinbarungen

1. Husqvarna verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über Verkaufspreise, Verkaufspreisbestandteile und Verkaufspreisänderungen von Alkylatbenzin auszutauschen. Dies gilt sowohl für die Verkaufspreise an den Handel als auch für die Verkaufspreise an Endabnehmer.

⁹⁵ Act. 285.

2. Husqvarna verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über eine Aufteilung von Kunden von Alkylatbenzin auszutauschen.
3. Husqvarna verpflichtet sich, ihren Schweizer Händlern für den Verkauf von Alkylatbenzin weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
4. Husqvarna verpflichtet sich, ihre Schweizer Händler für Alkylatbenzin innert 30 Tagen nach Zustellung der Verfügung per Rundschreiben zu informieren, dass sie in der Preissetzung von Alkylatbenzin frei sind.

84. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar.

85. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegenden einvernehmlichen Regelungen 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.⁹⁶

B.5.2 Sanktionierung

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

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

87. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁹⁷ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen wird auf die Ausführungen unter Rz 37 verwiesen.

88. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁹⁸ Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt (vgl. oben, Rz 79).

89. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3

und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.⁹⁹ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil *Gaba*¹⁰⁰ die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer bestätigt, wonach auch solche Abreden direkt sanktionierbar sind.¹⁰¹

B.5.2.2 Vorwerfbarkeit

90. Das Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁰² Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

91. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁰³ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach

⁹⁶ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

⁹⁷ Statt vieler: Jürg Borer, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

⁹⁸ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34.

⁹⁹ BBI 2002 2022, 2037; statt vieler CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

¹⁰⁰ BGE 143 II 297, 342 E. 9.4.6 (= RPW 2017/2, 360 E. 9.4.6), *Gaba*. Bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 5.3, 5.4, *BMW*.

¹⁰¹ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2012/3, 581 Rz 321 ff., *BMW*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2015/4, 837 ff. E. 11.1, *BMW/WEKO*.

¹⁰² Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

¹⁰³ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁰⁴

92. Das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen dürfen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.¹⁰⁵ Den jeweiligen Geschäftsleitungen von Husqvarna und Bucher sollte insbesondere bekannt gewesen sein, dass eine Abrede mit einem Konkurrenten über die Festsetzung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern kartellrechtswidrig sein könnte. Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabrede ergriffen hätten, ist nicht ersichtlich. Somit ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.5.2.3 Sanktionsbemessung Bucher

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

94. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit¹⁰⁶ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁷ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.¹⁰⁸

B.5.2.3.1 Konkrete Sanktionsberechnung

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

Basisbetrag

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

der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁰⁹

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

98. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015, erwirtschaftete Bucher in der Schweiz mit dem Verkauf von Alkylatbenzin einen Umsatz von CHF [...], CHF [...] respektive CHF [...].¹¹⁰ Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug folglich CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt im vorliegenden Fall somit CHF [...].

99. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG¹¹¹ S. 2 f.). Bucher hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten; dies sowohl hinsichtlich einer Festsetzung von Preisen (Bst. a) als auch hinsichtlich einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern (Bst. c). Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive¹¹² Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

100. Aufgrund der Tatsache, dass die Partnerschaftsvereinbarung sowohl eine Preis- als auch eine Kundenkomponente enthielt und somit ein Verstoss gegen

¹⁰⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁵ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

¹⁰⁶ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁰⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique)*.

¹⁰⁸ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁹ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2016/2, 429 Rz 332 m.w.H. in Fn 121, *Altimum SA* (nicht rechtskräftig).

¹¹⁰ Act. 228 S. 2.

¹¹¹ Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Bekanntmachungen/Erläuterungen).

¹¹² D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 139.

Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG vorliegt, ist der Basisbetrag im oberen Bereich anzusetzen. Gegen eine Festsetzung des Basisbetrags an der oberen Grenze spricht indes der Umstand, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann. Weiter bestand zumindest ab 2004 ein gewisser Aussen- und Innenwettbewerb, der sich namentlich dadurch auszeichnete, dass nebst den Untersuchungsadressatinnen weitere Konkurrenten auf dem Markt tätig waren und sich die Untersuchungsadressatinnen nicht strikt an die Abrede hielten (vgl. oben, Rz 58 f., 69 ff.). Deshalb rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG im vorliegenden Fall auf 7 % des Umsatzes festzusetzen, den Bucher in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

101. Bucher bringt mit Verweis auf die WEKO Entscheide BMW, Nikon und Gaba¹¹³ vor, dass die WEKO Kartellrechtsverstösse innerhalb von Vertriebssystemen typischerweise als mittelschwere Verstösse qualifiziere und den Basisbetrag auf 5 % festlege. Aufgrund dieser bisherigen Entscheide seien den speziellen Umständen des vorliegenden Falles, insbesondere der Struktur des Distributionssystems, Rechnung zu tragen und es sei ein Basisbetrag festzusetzen, der einem mittleren Verstoß entspreche und damit nicht über 4–6 % hinausgehe.¹¹⁴

102. Bei dieser Argumentation verkennt Bucher, dass es sich in den genannten Fällen, in denen die WEKO den Basisbetrag auf 5 % festlegte, um vertikale Abreden handelte. Bei horizontalen Preisabreden entspricht es hingegen der Praxis der WEKO, die Abreden als schwere Verstösse zu qualifizieren und den Basisbetrag bei einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf 6–8 % festzusetzen.¹¹⁵ Das Vorbringen von Bucher ist deshalb nicht zu hören.

Dauer des Verstosses

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

104. Die Preis- und Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Husqvarna basiert auf der Partnerschaftsvereinbarung aus dem Jahr 1998. Sie wurde Ende des ersten Quartals 2016 aufgehoben. Belege für die Umsetzung der vereinbarten Preise finden sich bis ins erste Quartal 2016, für die Umsetzung der vereinbarten Kundenaufteilung bis ins Jahr 2012. Aktenkundig ist sodann, dass die Intensität der Umsetzung der Preis- und Kundenaufteilungsabrede der Partnerschaftsvereinbarung im Zeitablauf abgenommen hat (vgl. oben, Rz 57 ff.).

105. Sanktionierbar ist die Abrede ab dem 1. April 2004 (Art. 49a KG). Der sanktionierbare Zeitraum beträgt somit zwölf Jahre. In Anwendung von Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag unter Berücksichtigung der abnehmenden Intensität der Umsetzung der Preis- und Kundenaufteilungsabrede um 90 % erhöht, was einem Betrag von CHF [...] entspricht.

Erschwerende und mildernde Umstände

106. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Selbstanzeige und damit über den Bonus berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

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

108. Im vorliegenden Fall hat Bucher im Nachgang zur Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses durch das Sekretariat (vgl. oben, Rz 27) ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung signalisiert.¹¹⁶ Dadurch konnte die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung im Sinne der Verfahrensökonomie signifikant reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren. Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich.

B.5.2.3.2 Maximalsanktion

109. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,¹¹⁷ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.¹¹⁸ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

¹¹³ RPW 2012/3, 589 Rz 375, *BMW*, bestätigt durch Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 6.4, *BMW*; RPW 2016/2, 521 Rz 566, *Nikon*, bestätigt durch Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 867 E. 9.2.6, *Nikon/Weko*; RPW 2010/1, 112 Rz 362, *Gaba*, bestätigt durch BGE 143 II 297, 347 E. 9.7.3 (= RPW 2017/2, 362 E. 9.7.3), *Gaba*.

¹¹⁴ Act. 293 S. 4.

¹¹⁵ Vgl. zuletzt m.w.H. Verfügung der WEKO vom 30.10.2017 i.S. Verzinkung, Rz 209, <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Aktuell/Letzte Entscheide) (8.1.2018).

¹¹⁶ Act. 258, 260.

¹¹⁷ Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

¹¹⁸ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2016/2, 428 Rz 326, *Altimum SA* (nicht rechtskräftig).

110. Bucher gehört zur Bucher-Motorex Holding AG. Nebst dem Vertrieb von Alkylatbenzin, das ein Nebengeschäft darstellt,¹¹⁹ ist Bucher in der Herstellung und dem Handel mit zahlreichen anderen Produkten tätig (vgl. oben, Rz 4). Vor diesem Hintergrund ist ausgeschlossen, dass eine Sanktion in Höhe von CHF [...] (vgl. Tabelle 1) vor einem allfälligen teilweisen Erlass der Sanktion die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG übersteigt. Deshalb erübrigt sich vorliegend die Ermittlung der Gesamtumsätze von Bucher.

B.5.2.3.3 Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion

111. 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.

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

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.¹²⁰

113. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG sind für Bucher nicht erfüllt, da Husqvarna in derselben Angelegenheit als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht hat, welche die Anforderungen an Art. 8 Abs. 1 SVKG erfüllt (vgl. oben, Rz 22).¹²¹

114. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrages, je nach Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Die Reduktion beträgt bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbe-

werbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG).

115. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt.¹²² Eine maximale Sanktionsreduktion in Höhe von 50 % kommt vorliegend nicht in Frage, weil Bucher die Selbstanzeige zu einem relativ späten Zeitpunkt einreichte (vgl. oben, Rz 32). Da Bucher mit Einreichung der Selbstanzeige gleichzeitig den Sachverhalt anerkannt hat, wie er im vorläufigen Beweisergebnis durch das Sekretariat dargestellt wurde (vgl. oben, Rz 27),¹²³ rechtfertigt sich eine Sanktionsreduktion in Höhe von 35 %. Zudem hat Bucher unaufgefordert Beweismittel über einen weiteren Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vorgelegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG), welche es den Wettbewerbsbehörden erlaubten, eine neue Untersuchung zu eröffnen.¹²⁴ Hierfür ist eine Sanktionsreduktion in Höhe von 30 % angemessen. Somit erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion um 65 % als angemessen.

B.5.2.3.4 Ergebnis

116. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Bucher zusammen:

¹¹⁹ Act. 208 Rz 171 f.

¹²⁰ RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹²¹ Act. 271.

¹²² Act. 228 Beilage 1; act. 269.

¹²³ Act. 269 Rz 5.

¹²⁴ Vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 23.11.2017, WEKO eröffnet Untersuchung gegen Bucher und Brenntag, <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Dokumentation/Mediendokumente) (30.11.2017).

Tabelle 1: Sanktionsbemessung Bucher

Sanktionsbemessung Bucher		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	7 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 90 %	[...]
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	-[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[...]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- 65 %	-[...]
Total		609'607

117. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 609'607 dem Verstoß von Bucher gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen.

B.5.2.4 Verzicht auf Sanktionierung von Husqvarna

118. Die vorliegende Untersuchung wurde basierend auf einer Selbstanzeige von Husqvarna eröffnet (vgl. oben, Rz 1). Husqvarna hat 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). Die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass (Art. 8 Abs. 2 SVKG) sind erfüllt. Deshalb wird darauf verzichtet, Husqvarna mit einer Sanktion zu belasten.

C Kosten

119. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹²⁵ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

120. 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 haben die Verfügungsadressatinnen das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

121. 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).

122. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1'119.26 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 239.84 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 31'179.
- 865.42 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 173'084.
- 14 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 4'060.

123. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 208'323.

124. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV¹²⁶ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmaßnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand belief sich vorliegend auf CHF 1'167.

125. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 209'490 werden Bucher und Husqvarna zu gleichen Teilen auferlegt.

126. Husqvarna bringt vor, dass nach Auffassung der WEKO vom Grundsatz der Pro-Kopf-Verteilung von Verfahrenskosten abzuweichen sei, wenn die Pro-Kopf-Verteilung angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls zu einem stossenden Ergebnis führe.¹²⁷ Aufgrund der im vorliegenden Fall deutlich abweichenden

¹²⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹²⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

¹²⁷ RPW 2016/3, 717 Rz 449, *Flügel und Klaviere*; RPW 2015/2, 243 Rz 332, *Tunnelreinigung*; RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Kooperationsleistungen der Parteien sei eine Aufteilung der Gebühren vorzunehmen, welche den konkret durch die Parteien verursachten Aufwand anteilmässig berücksichtige. So habe Bucher ihre Selbstanzeige erst zu einem relativ späten Zeitpunkt eingereicht und habe sich aufgrund der umfassenden Beiträge von Husqvarna zur Sachverhaltsaufklärung darauf beschränken können, den bis dahin ermittelten Sachverhalt zu bestätigen. Husqvarna habe hingegen umfassend kooperiert, alle für den Entscheid relevanten Sachverhaltselemente unaufgefordert vorgelegt und unmittelbar nach der Einreichung der Selbstanzeige auch ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung kommuniziert. Angesichts der besonderen Umstände dieser Situation erscheine im vorliegenden Fall eine Verteilung der Verfahrenskosten zu gleichen Teilen nicht als verhältnismässig und auch nicht als mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar.¹²⁸

127. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der Zeitpunkt der Einreichung einer Selbstanzeige sowie deren Umfang werden mit dem Erlass resp. der Reduktion der Sanktion abgegolten (Art. 8 und 12 SVKG), grundsätzlich aber nicht über die Verfahrenskosten. Des Weiteren haben im vorliegenden Fall beide Parteien nach der Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses zeitnah die Verhandlungen mit dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung aufgenommen, womit der Verfahrensaufwand infolge Reduktion der Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung deutlich reduziert werden konnte.

128. Dass nicht jede Partei genau denselben Verfahrensaufwand verursacht, liegt in der Natur der Sache. Eine genaue Ausscheidung des durch eine spezifische Partei jeweils individuell verursachten Aufwandes ist in aller Regel allerdings nicht möglich. Der grösste Teil des Aufwands kann nämlich nicht einer bestimmten Partei individuell zugeordnet werden, sondern entfällt auf die Fallbearbeitung an sich.¹²⁹ Der vorliegend entstandene Verfahrensaufwand betrifft den Fall als solchen. Er ist nicht nur einer Partei zuzurechnen, etwa weil einzelne Verfahrensschritte wie bspw. der Erlass einer Auskunftsverfügung nur für eine Partei erforderlich wurden, sondern ergab sich u.a. aus Sachverhaltsabklärungen, die infolge der Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG zwischen Husqvarna und Bucher getätigt wurden. Infolgedessen besteht kein Anlass, vom Grundsatz der Pro-Kopf-Verlegung der Verfahrenskosten abzuweichen.

D Ergebnis

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

- In ihrer Partnerschafts-Vereinbarung von 1998 und deren Aktualisierungen von 2005 und 2008 haben Bucher und Husqvarna bis Ende des ersten Quartals 2016 eine horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Kunden getroffen (vgl. oben, Rz 55, 57).
- Die in der Partnerschafts-Vereinbarung enthaltene Wettbewerbsabrede bezüglich der Festsetzung von Preisen und der Aufteilung von Kunden ist als horizontale Wettbewerbsabrede über die Festset-

zung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigt (vgl. oben, Rz 63).

- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Aussen- und Innenwettbewerbs widerlegt werden (vgl. oben, Rz 75).
- Die horizontale Preis- und Kundenaufteilungsabrede der Partnerschafts-Vereinbarung zwischen Bucher und Husqvarna stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 76).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 78 ff.).
- Die Partnerschafts-Vereinbarung zwischen Bucher und Husqvarna enthielt somit eine unzulässige horizontale Abrede über die Festsetzung von Preisen und über eine Kundenaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG.
- Bucher wird wegen Beteiligung an einer unzulässigen Abrede über die Festsetzung von Preisen und eine Marktaufteilung nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 und 2 KG in der Höhe von CHF 609'607 belastet (vgl. oben, Rz 117).
- Auf eine Belastung von Husqvarna wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG; vgl. oben, Rz 118).
- Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF 208'323 und Auslagen von CHF 1'167, belaufen sich insgesamt auf CHF 209'490. Sie werden Bucher und Husqvarna zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. oben, Rz 125).

E Dispositiv

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

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Bucher AG Langenthal mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 10. Oktober 2017 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 82):
 1. Bucher verpflichtet sich, sich mit der Husqvarna Schweiz AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über Verkaufspreise, Verkaufspreisbestandteile und Verkaufspreisänderungen von Alkylatbenzin auszutauschen. Dies gilt sowohl für die Verkaufspreise an den Handel als auch für die Verkaufspreise an Endabnehmer.

¹²⁸ Act. 300 Rz 6 ff.

¹²⁹ RPW 2013/4, 646 Rz 1047, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

2. Bucher verpflichtet sich, sich mit der Husqvarna Schweiz AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über eine Aufteilung von Kunden von Alkylatbenzin auszutauschen.
 3. Bucher verpflichtet sich, ihren Schweizer Händlern für den Verkauf von Alkylatbenzin weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
 4. Bucher verpflichtet sich, ihre Schweizer Händler für Alkylatbenzin [...] zu informieren, dass sie in der Preissetzung von Alkylatbenzin frei sind.
2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Husqvarna Schweiz AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 12. Oktober 2017 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 83):
1. Husqvarna verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal AG nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über Verkaufspreise, Verkaufspreisbestandteile und Verkaufspreisänderungen von Alkylatbenzin auszutauschen. Dies gilt sowohl für die Verkaufspreise an den Handel als auch für die Verkaufspreise an Endabnehmer.
 2. Husqvarna verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG über eine Aufteilung von Kunden von Alkylatbenzin auszutauschen.
 3. Husqvarna verpflichtet sich, ihren Schweizer Händlern für den Verkauf von Alkylatbenzin weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben.
- Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
4. Husqvarna verpflichtet sich, ihre Schweizer Händler für Alkylatbenzin innert 30 Tagen nach Zustellung der Verfügung per Rundschreiben zu informieren, dass sie in der Preissetzung von Alkylatbenzin frei sind.
 3. Die Bucher AG Langenthal wird wegen Beteiligung an einer unzulässigen Abrede über die Festsetzung von Preisen und eine Marktaufteilung nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 und 2 KG in der Höhe von CHF 609'607 belastet.
 4. Auf eine Belastung der Husqvarna Schweiz AG wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).
 5. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF 208'323 und Auslagen von CHF 1'167, belaufen sich insgesamt auf CHF 209'490. Sie werden der Bucher AG Langenthal und der Husqvarna Schweiz AG zu gleichen Teilen auferlegt.
 6. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
 7. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - Bucher AG Langenthal, in Langenthal, vertreten durch [...]
 - Husqvarna Schweiz AG, in Mägenwil, vertreten durch [...]
- [Rechtsmittelbelehrung]

Verfügung vom 9. April 2018 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend RIMOWA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen RIMOWA GmbH, in Köln, Deutschland, vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

Ausgangspunkt

1. Zwischen Januar und November 2013 gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) fünf Anzeigen von Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten ein, die erfolglos versucht hatten, bei einem deutschen Online-Händler ([...]) einen Koffer der in Köln ansässigen RIMOWA GmbH (nachfolgend: RIMOWA) zu bestellen. Der Online-Händler hatte sich jeweils für die Bestellung bedankt und den Kaufinteressenten mitgeteilt, dass er aufgrund einer vertraglichen Absprache mit RIMOWA nicht in die Schweiz liefern dürfe.¹ Laut Angaben der Anzeiger waren die bestellten RIMOWA Rollkoffer in Deutschland je nach Modell 20–30 % günstiger als in der Schweiz.²

Ergebnisse Vorabklärung

2. Nach ersten Abklärungen im Rahmen einer Marktbeobachtung (Art. 45 Abs. 1 KG³) eröffnete das Sekretariat am 25. Oktober 2013 eine Vorabklärung gegen RIMOWA. Mit der Vorabklärung sollte ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass RIMOWA an unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, insbesondere an solchen über absoluten Gebietschutz, beteiligt ist oder war.

3. Die Vorabklärung ergab insbesondere, dass RIMOWA mit ihren deutschen Vertriebspartnern vertraglich ein Exportverbot in die Schweiz vereinbart hatte. RIMOWA hat dieses Exportverbot nach Eröffnung der Vorabklärung umgehend aufgehoben.⁴

4. Im Rahmen der Vorabklärung wurden sodann eine Reihe von Marktteilnehmern befragt (vgl. unten, Rz 11). Die Antworten der befragten Marktteilnehmer legen nahe, dass die von den fünf Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten geltend gemachten Schwierigkeiten beim Direktimport⁵ von RIMOWA Rollkoffern lediglich punktueller Natur waren.⁶ Umsatzmässig bedeutendere deutsche Online-Händler lieferten vor Oktober 2013 trotz des damals geltenden vertraglichen Exportverbots RIMOWA Rollkoffer in die Schweiz.⁷ Die Anhaltspunkte für einen angeblichen Parallelimportversuch eines Schweizer Händlers in Deutschland liessen sich nicht hinreichend erhärten.⁸

5. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Sekretariat bereits im Juni 2010 eine erste Marktbeobachtung betreffend Rollkoffer eröffnete und im November 2011 mangels Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einstellte. Die Marktbeobachtung umfasste Rollkoffer verschiedener Marken,

darunter auch RIMOWA. Sie ergab keine Beweise für aktive Behinderungen von Importen durch Marktteilnehmer, sondern zeigte, dass Direktimporte durch Konsumentinnen und Konsumenten mit Wohnsitz in der Schweiz (z.B. über Internetshops in Deutschland) möglich und durchaus nicht unüblich waren.⁹

Verfahrenssistierung und Untersuchungseröffnung

6. Im Hinblick auf den damals erwarteten Leitentscheid des Bundesgerichts i.S. *Gaba*¹⁰ (nachfolgend: *Gaba*-Urteil), welchem eine Abrede über absoluten Gebietschutz zugrunde lag, entschied das Sekretariat im Mai 2015 in Absprache mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO), den Entscheid des Bundesgerichts abzuwarten, bevor über die Eröffnung bzw. Nichteröffnung einer Untersuchung gegen RIMOWA entschieden werden sollte.

7. In seinem Leiterteil hielt das Bundesgericht insbesondere fest, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.¹¹ Im Nachgang zur schriftlichen Urteilsbegründung im April 2017 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO am 23. Mai 2017 die vorliegende Untersuchung gegen RIMOWA. Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob das vertragliche Exportverbot tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

¹ Act. 1, 2 f., 9 f., 15, 28 f.

² Act. 2 f., 9 f., 15, 28 f.

³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴ Act. 32.

⁵ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen.

⁶ Act. 33, 63–66, 83–94, 97.

⁷ Act. 104, Rz 13, erster bis dritter Punkt.

⁸ Act. 100, 101.

⁹ Act. 104 Rz 4.

¹⁰ BGE 143 II 297, *Gaba*.

¹¹ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 f. E. 5.2.5, 354 E. 5.6), *Gaba*.

Vertriebsorganisation

8. RIMOWA produziert Koffer in Deutschland, Tschechien und Kanada und vertreibt diese Produkte weltweit in 65 Ländern über zugelassene Händler, eigene Geschäfte und Flag shipstores.¹² In Deutschland vertreibt RIMOWA ihre Produkte laut eigenen Angaben im Rahmen eines qualitativen selektiven Vertriebssystems¹³ über zugelassene Einzelhändler.¹⁴ In der Schweiz vertreibt RIMOWA ihre Produkte seit Oktober 2016 [...].¹⁵ [...].¹⁶

A.2 Prozessgeschichte

9. Gestützt auf fünf Anzeigen (vgl. oben, Rz 1) liess das Sekretariat RIMOWA sowie drei deutschen Online-Händlern am 8. Mai 2013 im Rahmen einer Marktbeobachtung ein Auskunftsbegehren zukommen.¹⁷

10. Am 25. Oktober 2013 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen RIMOWA wegen Verdacht auf das Vorliegen einer unzulässigen Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG.¹⁸

11. Zwecks Abklärung des Sachverhalts stellte das Sekretariat RIMOWA sowie verschiedenen Marktteilnehmern im In- und Ausland im Oktober 2013 und im November 2014 Auskunftsbegehren zu.¹⁹ Zugleich informierte das Sekretariat die entsprechenden ausländischen Wettbewerbsbehörden über die Zustellung des Auskunftsbegehrens.²⁰

12. Im Hinblick auf das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts wurde das Vorabklärungsverfahren von April 2015 bis im Mai 2017 sistiert (vgl. oben, Rz 6).

13. Am 23. Mai 2017 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO die vorliegende Untersuchung gegen RIMOWA wegen einer möglicherweise unzulässigen absoluten Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. oben, Rz 7).²¹

14. Gleichentags stellte das Sekretariat RIMOWA ein Schreiben zu, in welchem es RIMOWA über das *Gaba*-Urteil, dessen mögliche Konsequenzen auf das vorliegende Verfahren und über das weitere Vorgehen informierte. Insbesondere bat das Sekretariat RIMOWA, allfällige Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG für das vertragliche Exportverbot geltend zu machen.²²

15. Auf die SHAB-Publikation der Untersuchungseröffnung vom 11. Juli 2017 meldeten sich keine Dritten, die sich im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG mit Parteistellung am Verfahren beteiligen wollten.²³

16. Am 9. August 2017 informierten die Rechtsvertreter von RIMOWA, dass sie mit der Wahrung der Interessen von RIMOWA beauftragt worden seien und baten im Hinblick auf die Geltendmachung von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz und einer allfälligen weiteren Stellungnahme um Akteneinsicht.²⁴ Am 24. August 2017 gewährte das Sekretariat Akteneinsicht.²⁵

17. Mit Schreiben vom 29. September 2017 nahmen die Rechtsvertreter von RIMOWA zum Schlussbericht der Vorabklärung²⁶ Stellung und brachten für das vertragliche Exportverbot Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vor. Gleichzeitig bekräftigten die Rechtsvertreter die Absicht von RIMOWA, das Verfahren möglichst schnell

zum Abschluss zu bringen und zu diesem Zweck mit der Behörde zu kooperieren.²⁷

18. Am 23. November 2017 präsentierte das Sekretariat den Rechtsvertretern von RIMOWA sein vorläufiges Beweisergebnis,²⁸ dabei berücksichtigte das Sekretariat die Stellungnahme von RIMOWA zum Schlussbericht der Vorabklärung (vgl. oben, Rz 17).²⁹ Im Nachgang zur Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses durch das Sekretariat signalisierte RIMOWA ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung.

19. Gleichentags begannen die Verhandlungen zwischen RIMOWA und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG.³⁰ Am 9. Januar 2018 unterzeichneten die Rechtsvertreter von RIMOWA die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 56) und eine Sachverhaltsanerkennung.³¹ Die einvernehmliche Regelung wurde vom Sekretariat am 10. Januar 2018 gegengezeichnet.³²

20. Am 25. Januar 2018 stellte das Sekretariat seinen Antrag RIMOWA zur Stellungnahme zu (Art. 30 Abs. 2 KG).

21. Mit Schreiben vom 16. Februar 2018 hielt RIMOWA fest, dass sie die rechtliche Würdigung im Antrag des Sekretariats (vgl. oben, Rz 20) zwar nicht teile, was sie bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Schlussbericht der Vorabklärung³³ ausführlich dargelegt habe (vgl. oben, Rz 17 f.), dass sie jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Einreichung von Bemerkungen zum Antrag verzichte.³⁴

¹² <<http://www.rimowa.com/de-de/company>> (9.4.2018); Act. 133.

¹³ Bei einem qualitativen selektiven Vertriebssystem handelt es sich um Vereinbarungen zwischen Anbietern und Händlern, wonach i) der Anbieter die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter qualitativer Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und ii) diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind (vgl. Ziff. 4 der Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden [Vertikalbekanntmachung, Vert-Bek], <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Bekanntmachungen/Erläuterungen).

¹⁴ Act. 32, 113 Rz 3.

¹⁵ Act. 118, 133.

¹⁶ Act. 31.

¹⁷ Act. 4–7.

¹⁸ Act. 17.

¹⁹ Act. 10, 18–24, 40–54, 57–62.

²⁰ Act. 25 f., 55 f.

²¹ Act. 105.

²² Act. 105.

²³ Act. 107.

²⁴ Act. 108.

²⁵ Act. 111.

²⁶ Act. 104.

²⁷ Act. 113.

²⁸ Act. 116.

²⁹ Act. 113.

³⁰ Act. 116, 117.

³¹ Act. 125.

³² Act. 126.

³³ Act. 113.

³⁴ Act. 133.

22. Mit Verfügung vom 9. April 2018 genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung (vgl. oben, Rz 19) und entschied, gegenüber RIMOWA wegen Beteiligung an einer unzulässigen Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG eine Sanktion in der Höhe von CHF 134'943 zu verhängen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

23. 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). RIMOWA ist als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

24. 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 RIMOWA Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen hat und ob diese im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG unzulässig sind, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

B.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede über absoluten Gebietsschutz

25. 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.2.1 Wettbewerbsabrede

26. 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).

27. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.³⁵

B.2.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

28. 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.³⁶ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.³⁷

29. Vorliegend enthielt der Händlervertrag zwischen RIMOWA und den zum selektiven Vertrieb zugelassenen deutschen Händlern aus dem Jahr 2011 (nachfolgend: Händlervertrag) folgende Klausel in § 3 Abs. 3:³⁸

„Es ist dem Händler nicht gestattet, RIMOWA-Produkte unmittelbar oder mittelbar an Abnehmer außerhalb der EU-Mitgliedstaaten und der EWR-Mitgliedstaaten zu liefern, falls für das entsprechende Absatzgebiet ein Alleinbelieferungsvertrag mit einem Distributor besteht. Die bei Vertragsunterzeichnung hiervon betroffenen Staaten ergeben sich aus der als Anlage C beigefügten Liste.“

30. In der Liste in Anlage C war bis Oktober 2013 auch die Schweiz aufgeführt. Für das Absatzgebiet Schweiz [...] war die [...] als Generalimporteurin zuständig.³⁹ Folglich war es den deutschen Vertragshändlern von RIMOWA bis Oktober 2013 nicht gestattet, RIMOWA Produkte an Abnehmer in der Schweiz zu liefern. Vielmehr haben sie sich vertraglich dazu verpflichtet, derartige Lieferungen zu unterlassen. Gemäss § 9 Abs. 3 Bst. c des Händlervertrags lag bei einem „Verstoss gegen die Verpflichtungen gemäss § 3 Abs. 3 Satz 1 [des Händlervertrags], der trotz Abmahnung fortgesetzt oder wiederholt wurde“ ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vor.

31. Indem sich die deutschen Vertriebspartner von RIMOWA dieser gegenüber vertraglich dazu verpflichteten, keine RIMOWA Produkte an Abnehmer in die Schweiz zu liefern, wirkten sie bewusst und gewollt mit RIMOWA zusammen.

B.2.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

32. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“ (vgl. oben, Rz 27). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die an der Abrede Beteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁴⁰ Dabei genügt es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁴¹

33. Vorliegend ist das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz objektiv geeignet, Käufe von RIMOWA Produkten durch Abnehmer in der Schweiz bei deutschen Vertriebspartnern von RIMOWA zu unterbinden und damit den Wettbewerb zu beschränken.

³⁵ So etwa auch das Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 627, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

³⁶ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

³⁷ RPW 2016/2, 452 Rz 94, *Nikon*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 36), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

³⁸ Act. 32, Beilage.

³⁹ Act. 31.

⁴⁰ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 36), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

⁴¹ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 36), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. 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*.

B.2.1.3 Vertikale Wettbewerbsabrede

34. Wettbewerbsabreden von Unternehmen verschiedener Marktstufen werden als vertikale Wettbewerbsabreden bezeichnet (Ziff. 1 VertBek⁴²). Vorliegend wurde das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern abgeschlossen, folglich handelt es sich um eine vertikale Wettbewerbsabrede.

B.2.1.4 Dauer der Wettbewerbsabrede

35. Die Abrede dauerte vom 25. Januar 2012 – dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Händlervertrages, in welchem die Schweiz auf der Liste gemäss Anlage C figurierte – bis zum 13. November 2013 als RIMOWA die deutschen Vertragshändler brieflich informierte, dass u.a. die Schweiz nicht mehr von der Regelung in § 3 Abs. 3 des Händlervertrages betroffen war.⁴³

B.2.1.5 Zwischenergebnis

36. Das Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern, welches im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 gegolten hat, stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

B.2.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

37. 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 (sog. absolute Gebietsschutzabrede). Vorliegend kommt eine absolute Gebietsschutzabrede in Frage, weshalb nachfolgend die entsprechenden Tatbestandselemente geprüft werden.

B.2.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über absoluten Gebietsschutz

38. 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 (sog. absolute Gebietsschutzabreden). Mit anderen Worten liegt ein absoluter Gebietsschutz dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.⁴⁴ Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.⁴⁵

39. Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z.B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten. Allerdings ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (Ziff. 3 VertBek) durch gebietsfremde Vertriebspartner in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung von aktiven Verkäufen (Ziff. 2 VertBek).⁴⁶ Als Formen des Passivverkaufs gelten auch Internetverkäufe, sofern sich die Verkaufsbemühungen nicht gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten.⁴⁷

40. RIMOWA organisiert den Vertrieb ihrer Produkte über Vertriebsverträge (vgl. oben Rz 8). Das Absatzgebiet Schweiz war im Untersuchungszeitraum (vgl. oben, Rz 35) ausschliesslich der Schweizer Generalimporteurin zugewiesen (vgl. oben, Rz 8 und 29 f.).

41. § 3 Abs. 3 des Händlervertrags statuierte sodann ein Verbot von Passivverkäufen an Abnehmer in der Schweiz, sprich einen gebietsübergreifenden Ausschluss von Passivverkäufen in die Schweiz. Folglich lagen vertikale Abreden über die Zuweisung von Gebieten vor, welche zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch deutsche Vertriebspartner von RIMOWA an Abnehmer in der Schweiz führten.

42. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern eine absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt. Somit greift die gesetzliche Vermutung, dass das vertragliche Exportverbot den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

B.2.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

43. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden Wettbewerbsformen zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

B.2.2.2.1 Relevanter Markt

44. Zur Prüfung der Marktverhältnisse wird vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.⁴⁸ Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁴⁹ analog).⁵⁰ Der räumliche

⁴² Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Bekanntmachungen/Erläuterungen).

⁴³ Act. 113 Rz 16, Beilage 1.

⁴⁴ BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*.

⁴⁵ BGE 143 II 297, 328 E. 6.3 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3), *Gaba*; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 852 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

⁴⁶ BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

⁴⁷ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.6.2017 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), Rz 6, <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Bekanntmachungen/Erläuterungen).

⁴⁸ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

⁴⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵⁰ 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*.

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). Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁵¹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁵²

45. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist das vertragliche Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz, welches RIMOWA mit ihren deutschen Vertragshändlern vereinbarte. Marktgegenseite auf der Absatzseite sind Kundinnen und Kunden in der Schweiz. Vom Exportverbot erfasst waren insbesondere Rollkoffer, aber auch andere RIMOWA Produkte wie Beautycases und Aktenkoffer.⁵³ Es wäre deshalb aus Sicht der Kundinnen und Kunden in der Schweiz zu eruieren, welche Produkte Substitute zu diesen RIMOWA Produkten darstellen. In casu wird aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf eine Marktabgrenzung sämtlicher Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht verzichtet, da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unabhängig von der vorgenommenen Marktabgrenzung widerlegt werden kann (vgl. unten, Rz 48).⁵⁴

B.2.2.2.2 Intra-brand-Wettbewerb

46. Sowohl der inländische als auch der grenzüberschreitende Online-Handel übten im Untersuchungszeitraum einen gewissen Preisdruck auf den Intra-brand-Wettbewerb bei RIMOWA Produkten aus.⁵⁵ Die verfügbaren Daten legen nahe, dass das Ausmass an grenzüberschreitenden Online-Verkäufen an Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten [...] beträchtlich zugenommen hat.⁵⁶ Hingegen scheint von Parallelimporttätigkeiten auf Händlerstufe kein Preisdruck ausgegangen zu sein.⁵⁷

B.2.2.2.3 Inter-brand-Wettbewerb

47. Unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung sind RIMOWA Produkte in der Schweiz bedeutendem Wettbewerb durch andere Hersteller ausgesetzt.⁵⁸ Im Bereich der Rollkoffer, [...],⁵⁹ schätzte das Sekretariat den Marktanteil von RIMOWA in der Marktbeobachtung aus dem Jahr 2010 (vgl. oben, Rz 5) basierend auf eigenen Datenerhebungen auf [...].⁶⁰ Der Marktanteil hinsichtlich weiteren Produkten [...]. Vor diesem Hintergrund kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in casu unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung durch den vorhandenen Inter-brand-Wettbewerb widerlegt werden.

B.2.2.2.4 Zwischenergebnis

48. Das zwischen RIMOWA und ihren Vertriebspartnern im Ausland vertraglich vereinbarte Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz, stellt eine absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar, die den wirksamen Wettbewerb vermuthungsweise beseitigt. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung durch den vorhandenen Inter-brand-Wettbewerb widerlegt werden.

B.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

49. Das Bundesgericht hat im *Gaba*-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.⁶¹ Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁶² Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit des zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebshändlern vereinbarten Exportverbots hinweisen würden. Das Exportverbot im deutschen Händlervertrag von RIMOWA stellt somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar. Dies gilt ungeachtet der genauen Marktabgrenzung.⁶³

B.2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

50. 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.

51. 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).

52. Laut RIMOWA lässt sich das Exportverbot in die Schweiz rechtfertigen, da die Einhaltung der qualitativen Vorgaben des Selektivvertriebs für die zugelassenen Händler im Ausland und in der Schweiz beträchtliche Kosten zur Folge hätten. Damit sich diese Investitionen lohnen konnten, seien die Händler in der Schweiz – auch angesichts des vergleichsweise kleinen Schweizer Markts – darauf angewiesen gewesen, sämtliche potenzielle Konsumentinnen und Konsumenten mit Wohnsitz in der Schweiz beliefern zu können. Dies habe eine Verbesserung des Vertriebs wie auch eine Senkung der Vertriebskosten ermöglicht. § 3 Abs. 3 Händlervertrag

⁵¹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C_75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁵² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵³ Act. 113 Rz 48.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch BGE 143 II 297, 324 E. 5.5 (= RPW 2017/2, 354 E. 5.5), *Gaba*.

⁵⁵ Act. 96, Antwort auf Frage 5; Act. 104 Rz 42 ff.

⁵⁶ Act. 104 Rz 47.

⁵⁷ Act. 104 Rz 48.

⁵⁸ Act. 104 Rz 52 f.

⁵⁹ Act. 113 Rz 48.

⁶⁰ Act. 104 Rz 52.

⁶¹ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.1.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*.

⁶² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 f. E. 5.2.5, 354 E. 5.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*.

⁶³ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5 (= RPW 2017/2, 354 E. 5.5), *Gaba*.

habe darüber hinaus auch dem Schutz der von deutschen Händlern getätigten Investitionen gedient, da sich angesichts der relativ kleinen Nachfrage durch Konsumentinnen und Konsumenten mit Wohnsitz in der Schweiz die wenigen Lieferungen an Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten nicht gelohnt hätten.⁶⁴

53. Die geltend gemachten Effizienzgründe erfüllen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 KG nach Ansicht der WEKO nicht. Es ist üblich, dass Händler für den Verkauf von Vertragsprodukten gewisse Investitionen tätigen müssen. Dass die Investitionen im vorliegenden Fall derart gewichtig gewesen wären, dass die Schweizer Händler vom Vertrieb von RIMOWA Produkten abgesehen hätten, wenn ihnen kein absoluter Gebietsschutz für Lieferungen aus Deutschland an Kundinnen und Kunden in der Schweiz zugestanden worden wäre, ist nicht nachvollziehbar. Dasselbe gilt für das implizit geltend gemachte Trittbrettfahrerverhalten von deutschen zugelassenen Vertriebspartnern bzw. deren Ausnutzen der Investitionen der zugelassenen Vertriebspartner in der Schweiz, denn auch die zugelassenen Vertriebspartner in Deutschland mussten die Selektionskriterien von RIMOWA erfüllen, um zum Vertrieb zugelassen zu werden und folglich vergleichbare Investitionen tätigen. Überhaupt wäre ein Investitionsschutz für Schweizer Händler bei der Erschliessung neuer Märkte nur temporär denkbar – in der Regel während zwei Jahren (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek).⁶⁵ Vorliegend handelt es sich nicht um die Erschliessung eines neuen Marktes. Der Vertrag zwischen RIMOWA und der Schweizer Generalimporteurin datiert aus dem Jahr 1995.⁶⁶ Schliesslich ist der angebliche Schutz der Investitionen deutscher Händler nicht plausibel. Wenn sich ein Export in die Schweiz für solche Händler nicht lohnen würde, würden sie sich autonom gegen eine Lieferung in die Schweiz entscheiden. Ein Exportverbot in die Schweiz wäre hierzu nicht notwendig. Weitere Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich.

B.2.5 Ergebnis

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

- Das Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern, welches im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 gegolten hat, stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 36).
- Das Exportverbot ist eine absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. oben, Rz 42).
- Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. oben, Rz 48).
- Das Exportverbot stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 49).

- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 53).
- Somit handelte es sich beim Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 um eine unzulässige absolute Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.

B.3 Massnahmen

55. 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.3.1 Einvernehmliche Regelung

56. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 10. Januar 2018 mit RIMOWA eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 19). Sie lautet wie folgt:⁶⁷

Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0442 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 kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden. Das Sekretariat beschränkt sich für den Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung auf das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und den zugelassenen deutschen Händlern aus dem Jahr 2011 (Act. 32).*
- c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0442 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der RIMOWA einvernehmlich und abschliessend geregelt.*

⁶⁴ Act. 113 Rz 1 ff.

⁶⁵ Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (EU-Vertikalleitlinien), Rz 61.

⁶⁶ Act. 31, Beilage 1.

⁶⁷ Act. 126.

- d) *Der Wille und die Bereitschaft von RIMOWA zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, bei der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*
- e) *Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*
- f) *Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von RIMOWA keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält RIMOWA fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.*
- g) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von RIMOWA.*

Vereinbarung

RIMOWA verpflichtet sich, die in der EU oder im EWR zum Vertrieb von RIMOWA Produkten zugelassenen Händler nicht in der Möglichkeit zu beschränken, unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden – das heisst von zugelassenen Händlern und Endkundinnen und -kunden – aus der Schweiz zu erledigen, und folglich passive Verkäufe in die Schweiz nicht durch Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.

57. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtung, welche RIMOWA eingegangen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar.

58. Die Verpflichtungszusage von RIMOWA ist – entsprechend dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt – auf Vertriebsverträge mit Händlern in der EU und im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) beschränkt. Festzuhalten bleibt, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* auch Abreden über einen absoluten Gebietsschutz in Vertriebsverträgen mit Händlern ausserhalb der EU und des EWR vom Kartellgesetz erfasst werden, falls sich die vereinbarten Passivverkaufsverbote in der Schweiz auswirken können.⁶⁸ Die Wettbewerbsbehörden behalten sich vor, bei allfälligen Hinweisen auf solche Exportverbote ein Verfahren nach Art. 26 ff. KG zu eröffnen.

59. 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 deklaratori-

sche und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁶⁹

B.3.2 Sanktionierung

B.3.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

61. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁷⁰ Zur Qualifizierung von RIMOWA als Unternehmen wird auf die Ausführungen in Rz 23 verwiesen.

62. 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. Vorliegend war RIMOWA im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 an einer unzulässigen absoluten Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt (vgl. oben, Rz 54).

63. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.⁷¹ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil *Gaba*⁷² die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer bestätigt, wonach auch solche Abreden direkt sanktionierbar sind.⁷³

⁶⁸ BGE 143 II 297, 310 E. 3.7 (= RPW 2017/2, 349 E. 3.7), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 3, *BMW*.

⁶⁹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, (Unique)*.

⁷⁰ Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., 2011, Art. 49a KG N 6.

⁷¹ BBI 2002 2022, 2037; statt vieler CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

⁷² BGE 143 II 297, 342 E. 9.4.6 (= RPW 2017/2, 360 E. 9.4.6), *Gaba*. Bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 5.3, 5.4, *BMW*.

⁷³ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2012/3, 581 Rz 321 ff., *BMW*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2015/4, 837 ff. E. 11.1, *BMW/WEKO*.

B.3.2.2 Vorwerfbarkeit

64. Das Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁷⁴ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

65. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können, und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁷⁵ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁷⁶

66. Das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen dürfen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.⁷⁷ Der Geschäftsleitung von RIMOWA sollte insbesondere bekannt gewesen sein, dass ein vertraglicher Ausschluss von Passivverkäufen in die Schweiz kartellrechtswidrig ist. Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass RIMOWA vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabrede ergriffen hätte, ist nicht ersichtlich. Somit ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.3.2.3 Sanktionsbemessung

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

68. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁷⁸ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁷⁹ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.⁸⁰

B.3.2.3.1 Konkrete Sanktionsberechnung

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

Basisbetrag

70. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁸¹

71. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2010, 2011 und 2012, erwirtschaftete RIMOWA in der Schweiz mit RIMOWA Produkten einen Umsatz von CHF [...], CHF [...] [...] CHF [...].⁸² Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug folglich CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt im vorliegenden Fall somit CHF [...].

⁷⁴ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff., Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2007/2, 232 ff., Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

⁷⁵ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁷⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁷ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

⁷⁸ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁷⁹ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁸⁰ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸¹ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083, Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097, Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2016/2, 429 Rz 332 m.w.H. in Fn 121, *Altimum SA* (nicht rechtskräftig).

⁸² Act. 113 Rz 45 f.

72. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG⁸³ S. 2 f.). RIMOWA hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁸⁴ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

73. Aufgrund der Tatsache, dass RIMOWA das Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz mit ihren deutschen Vertriebspartnern schriftlich vereinbarte, ist der Basisbetrag gestützt auf die geltende Praxis im mittleren Bereich anzusetzen.⁸⁵ Unter Berücksichtigung der Umstände, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann, dass im Untersuchungszeitraum Interbrand-Wettbewerb bestand, dass das Exportverbot nur im Online-Handel und nur punktuell umgesetzt worden ist und das vorliegende Verfahren bis zur Publikation des Bundesgerichtsurteils i.S. Gaba für rund zwei Jahre sistiert worden war (vgl. oben, Rz 6 f.), rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG im vorliegenden Fall auf [2–4] % festzusetzen. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

Dauer des Verstosses

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

75. Das Exportverbot in die Schweiz im Händlervertrag war vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 in Kraft (vgl. oben, Rz 35). Die Abrede bestand somit während knapp zwei Jahren. In Anwendung von Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag um 10 % erhöht, was einem Betrag von CHF [...] entspricht.

Erschwerende und mildernde Umstände

76. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

77. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung und eine Sachverhaltsanerkennung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen. Zudem kann sich der Entscheid eines Unternehmens, nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats auf die Teilnahme an einer Wettbewerbsbeschränkung zu verzichten, zu seinen Gunsten auswirken (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Die freiwillige und sofortige Aufgabe eines Verstosses gegen das Kartellgesetz hat nämlich eine unmittelbar wettbewerbsfördernde Wirkung und kann entsprechend honoriert werden.⁸⁶

78. Im vorliegenden Fall hat RIMOWA im Nachgang zur Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses durch das Sekretariat ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung signalisiert (vgl. oben, Rz 18). Die entsprechende einvernehmliche Regelung ist vor Formulierung des Antrags und damit in einem frühen Stadium der Untersuchung zustande gekommen.⁸⁷ Zudem hat RIMOWA den Sachverhalt anerkannt (vgl. oben, Rz 19).⁸⁸ Dadurch konnte die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung im Sinne der Verfahrensökonomie signifikant reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren. Für die Sachverhaltsanerkennung und die freiwillige und sofortige Aufhebung des Exportverbots in die Schweiz durch RIMOWA nach Eröffnung der Vorabklärung durch das Sekretariat (vgl. oben, Rz 19 und 3) wird die Sanktion um weitere 20 % reduziert. Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich.

B.3.2.3.2 Maximalsanktion

79. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,⁸⁹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁹⁰ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

80. In den letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahren 2015, 2016 und 2017 erzielte RIMOWA in der Schweiz einen kumulierten Umsatz von CHF [...]. Die Sanktion in Höhe von CHF 134'943 (vgl. Tabelle 1) übersteigt 10 % dieses Betrags nicht.

⁸³ Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, <www.weko.admin.ch> (Rubrik: Bekanntmachungen/Erläuterungen).

⁸⁴ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 139.

⁸⁵ Vgl. BGE 143 II 297, 347 E. 9.7.3 (= RPW 2017/2, 362 E. 9.7.3), Gaba; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 6.4, BMW.

⁸⁶ Erläuterungen zur SVKG (Fn 83), Art. 6 Abs. 1 SVKG; BSK KGTAGMANN/ZIRLICK (Fn 71), Art. 49a N 85; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, Kommentar zu Art. 1–20 SVKG, in: Matthias Oesch, Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N 2.

⁸⁷ Act. 125.

⁸⁸ Act. 126.

⁸⁹ Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

⁹⁰ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/DCC; RPW 2016/2, 428 Rz 326, Altimum SA (nicht rechtskräftig).

B.3.2.3.3 Ergebnis

81. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung zusammen:

Tabelle 1: Sanktionsbemessung

Sanktionsbemessung		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	[2–4] %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 10 %	[...]
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 40 %	[...]
Total		134'943

82. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 134'943 als dem Verstoß von RIMOWA gegen Art. 5 Abs. 4 KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, angemessen.

C Kosten

83. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁹¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

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

85. 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).

86. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 364.75 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 76.71 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 9'972.30
- 286.04 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 57'208.
- 2 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 580.

87. Demnach belaufen sich die Verfahrenskosten auf CHF 67'760.30. Sie werden RIMOWA auferlegt.

D Ergebnis

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

- Das Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern, welches im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 gegolten hat, stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 36).
- Das Exportverbot ist eine absolute Gebietschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. oben, Rz 42).
- Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. oben, Rz 48).
- Das Exportverbot stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 49).
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 53).
- Somit handelte es sich beim Exportverbot von RIMOWA Produkten in die Schweiz im Händlervertrag zwischen RIMOWA und ihren deutschen Vertriebspartnern im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 um eine unzulässige absolute Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.

⁹¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

- RIMOWA wird für den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, mit einer Sanktion in der Höhe von CHF 134'943 belastet.
- Die Verfahrenskosten belaufen sich auf CHF 67'760.30. Sie werden RIMOWA auferlegt.

E Dispositiv

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

1. Die WEKO genehmigt die von der RIMOWA GmbH mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 10. Januar 2018 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 56):

Die RIMOWA GmbH verpflichtet sich, die in der EU oder im EWR zum Vertrieb von RIMOWA Produkten zugelassenen Händler nicht in der Möglichkeit zu beschränken, unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden – das heisst

von zugelassenen Händlern und Endkundinnen und -kunden – aus der Schweiz zu erledigen, und folglich passive Verkäufe in die Schweiz nicht durch Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.

2. Die RIMOWA GmbH wird wegen Beteiligung an einer unzulässigen Abrede über absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 und 2 KG in der Höhe von CHF 134'943 belastet.
3. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 67'760.30. Sie werden der RIMOWA GmbH auferlegt.
4. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - RIMOWA GmbH, in Köln, Deutschland
vertreten durch [...]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. SDA/Keystone

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 26. Februar 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Februar 2018

A Sachverhalt

1. Am 5. Februar 2018 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.³ Danach beabsichtigen die Schweizerische Depeschagentur AG (nachfolgend: SDA) und die KEYSTONE AG (nachfolgend: Keystone) eine Fusion zu einer Schweizer Vollagentur.⁴ Die SDA und Keystone fusionieren im Rahmen einer ordentlichen Fusion (Absorptionsfusion) gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301). Dabei wird die SDA die übernehmende Gesellschaft und Keystone die übertragende Gesellschaft sein.⁵ Nach der Fusion zwischen der SDA und Keystone begründet die APA-Austria Presse Agentur eG (nachfolgend: APA-Gruppe) eine Kapitalbeteiligung von 30 % an SDA.⁶ Die APA-Gruppe wird damit zum grössten Einzelaktionär der SDA.⁷ Zudem schliessen SDA und die APA-IT Informations Technologie GmbH (nachfolgend: APA-IT), eine 100%-Tochtergesellschaft der APA-Gruppe, einen Kooperationsvertrag ab.⁸

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Gemäss Meldung fusionieren die SDA und Keystone zu einer SDA-Keystone-Gruppe. Gleichzeitig erhält die APA-Gruppe im Rahmen der Fusion neu geschaffene Aktien im Umfang von 30 % aller nach der Fusion ausgegebenen Aktien. Zudem gehen gewisse Aktionäre der SDA und die APA-Gruppe einen Aktionärbindungsvertrag ein. Allerdings räumt dieser Aktionärbindungsvertrag gemäss Meldung keinem der Aktionäre allein oder mehreren Aktionären gemeinsam Kontrolle über die SDA ein.⁹ Damit sind die SDA und Keystone beteiligte Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a VKU¹⁰. Meldende Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VKU sind die SDA und Keystone.

A.1.1 Schweizerische Depeschagentur SDA

3. Die SDA ist die nationale Nachrichtenagentur der Schweiz. In den drei Landessprachen Deutsch, Französisch und Italienisch verbreitet sie rund um die Uhr Informationen aus Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur. Zusätzlich verbreitet SDA Sportinformationen in Deutsch und Französisch. Jährlich produziert SDA 179 000 News- und 50 000 Sport-Meldungen.¹¹

4. Die SDA wurde 1894 durch drei Schweizer Verlage gegründet und ist bis heute im mehrheitlichen Besitz von Medienunternehmen aus der Schweiz. Als Aktionäre der SDA kommen Unternehmen in Frage, die ein Medium oder mehrere Medien besitzen und betreiben, oder solche Unternehmen, die auf benachbarten Märkten tätig sind. Dazu gehören auch mediennahe Verbände, Organisationen oder Privatpersonen.¹² Bedeutende Aktionäre der SDA sind die Tamedia-Gruppe (ca. 29 %), die NZZ-Gruppe (ca. 11 %), die SRG SSR (10 %) und Médias Suisses (ca. 10 %).¹³

5. Zu den Kunden von SDA zählen die meisten Schweizer Medien, ausländische Medien sowie Behörden, Organisationen und Unternehmen. Als Nachrichtenagentur liefert SDA ihre Meldungen nicht direkt an die Endkonsumenten.¹⁴

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

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

³ Meldung vom 1. Februar 2018 (nachfolgend: Meldung).

⁴ Vgl. Meldung, Rz 28.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 15.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 17 und 19.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 22.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 17.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 24 ff.

¹⁰ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 3.

¹² RPW 2014/4 673 Rz 21, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹³ Vgl. Meldung, Rz 21.

¹⁴ <<http://www.sda.ch/de/unternehmen/>> (05.02.2018).

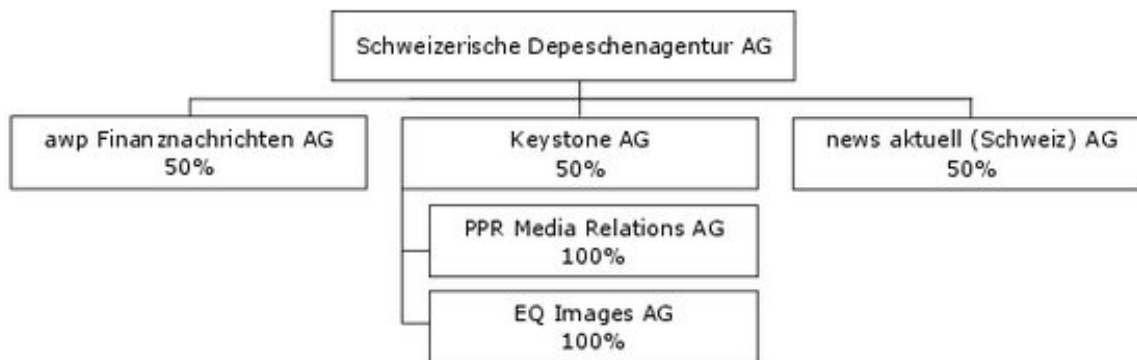


Abbildung 1: Organigramm der SDA vor der Fusion¹⁵

6. Wie Abbildung 1 zeigt, hält die SDA Beteiligungen an folgenden Gesellschaften: awp Finanznachrichten AG, Keystone AG und news aktuell (Schweiz) AG. Länderübergreifend kooperierte SDA erfolgreich mit der APA-Gruppe.¹⁶

A.1.2 KEYSTONE AG

7. Bei Keystone handelt es sich um einen Anbieter von visuellen Inhalten. Dies umfasst die Bereiche Fotografie, Video und Infografik.¹⁷ Auf nationaler Ebene versorge Keystone die Schweizer Medien mit eigenproduzierten News- und Themenbildern zu Schweizer Aktualitäten. Ferner führe Keystone exklusive Bilder aus den Bereichen News, Editorial und Creative von weltweit führenden Bildagenturen und Fotografen. Zu den Kunden von Keystone gehörten neben Medien auch Werbeagenturen und Firmenkunden.¹⁸

8. Keystone entstand im Jahr 1953 als Schweizer Niederlassung der amerikanischen „Keystone View Company“. Die zwei Nachrichtenagenturen der SDA und die österreichische APA-Gruppe kauften Keystone auf den 1. Januar 2008.¹⁹ Keystone ist heute jeweils zu 50 % im Besitz von SDA und der APA-Gruppe. Gemäss Meldung ist Keystone durch ihre Tochterfirma PPR Media Relations AG (100-prozentige Beteiligung) auch in der visuellen Public Relations tätig. Ferner war Keystone bis vor kurzem zu 100 % an der internationalen Bildagentur EQ Images AG beteiligt.²⁰ Gemäss Meldung hat die EQ Images AG ihre Tätigkeiten per 30. September 2017 eingestellt.²¹ Aktiven und Passiven der EQ Images AG gingen infolge Fusion auf die Keystone über. Die EQ Images AG wurde per 16. November 2017 gelöscht.²² Zudem hält Keystone eine Beteiligung von 6.2 % an der european pressphoto agency b.v., einer weltweit tätigen Bildagentur.²³

A.1.3 APA-Austria Presse Agentur eG

9. Die APA-Austria Presse Agentur eG ist eine genossenschaftlich organisierte Gesellschaft. Die Gesellschaft ist als nationale Nachrichtenagentur der führende Informationsdienstleister in Österreich und befindet sich gegenwärtig im Eigentum von zwölf österreichischen Tageszeitungen und des ORF. Die Gesellschaft bietet einen Echtzeit-Nachrichtendienst in Wort, Bild, Grafik, Audio und Video, der im Wesentlichen nur in Österreich eigene Berichterstatte(r)innen und -erstatte(r) hat.²⁴

10. Im Bereich Informationstechnologie ist die APA-Gruppe mit ihrem Tochterunternehmen APA-IT vertreten. APA-IT bietet Komplettlösungen mit Fokus auf die Bereiche Media Solutions und IT-Outsourcing an. Als Tochterunternehmen der APA-Gruppe betreibt APA-IT die Infrastruktur der österreichischen Nachrichtenagentur sowie zahlreicher weiterer Medienbetriebe. APA-IT bietet IT-Dienstleistungen von der Konzeption bis zum laufenden Betrieb. Aufgrund des Know-hows und dem Branchenverständnis bezeichnet sich APA-IT als Spezialisten für IT-Lösungen von Verlagen und Unternehmen mit mediennahen Aufgabenstellungen.²⁵

A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

A.2.1 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

11. Zu den Zielen des Zusammenschlussvorhabens geben die meldenden Unternehmen an, dass SDA und die APA-Gruppe an einer Intensivierung ihrer technologischen Zusammenarbeit im IT-Bereich und anderen relevanten Bereichen unter Einbezug von Keystone interessiert seien. Die Parteien strebten eine strategische Entwicklung an, um Text, (Bewegt-)Bild und Ton aus einer Hand anbieten zu können. Der Grund sei die Überzeugung, dass in der digitalisierten Pressewelt die Multimedialität weiter an Bedeutung gewinne.²⁶

12. Somit sei das Ziel des Zusammenschlussvorhabens, dass SDA und Keystone für das Marktgebiet in der Schweiz zu einer Vollagentur würden: Integration eines Bilddienstes in das Angebot von SDA mittels Fusion mit

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 7.

¹⁶ Vgl. Meldung, Rz 3.

¹⁷ Vgl. <http://www.keystone.ch/bild-disp/keystone/de/cms_ueber_uns.html> (05.02.2018).

¹⁸ Vgl. Meldung, Rz 4.

¹⁹ Vgl. „Die Bildagentur im Wandel der Zeit“ <http://www.keystone.ch/bild-disp/keystone/de/cms_ueber_uns.html> (05.02.2018).

²⁰ Vgl. Meldung, Rz 4.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 53.

²² Vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt, Tagesregister-Nr. 40089 vom 16.11.2017, CHE-113.271.106, 03881729.

²³ Vgl. Meldung, Rz 8; <<http://www.epa.eu/>> (05.02.2018).

²⁴ Vgl. Meldung, Rz 10.

²⁵ Vgl. <<https://www.apa.at/Site/APA-Gruppe/About.de.html>> (05.02.2018).

²⁶ Vgl. Meldung, Rz 27.

Keystone. Durch die Kooperation mit APA-IT werde SDA die Möglichkeit erhalten, künftig auch innovative IT-Lösungen, insbesondere für den Medienmarkt in der Schweiz, anbieten zu können. SDA werde damit von der bisherigen Universalagentur zu einer Vollagentur im Interesse der Schweizer Medien.²⁷

A.2.2 Geschäftsmodell vor und nach der Fusion von SDA und Keystone

13. Vor der Fusion würden SDA und Keystone ihre Dienstleistungen Nachrichtendienste beziehungsweise News-/Themenbilder unabhängig voneinander anbieten. Dieses Vorgehen verhindere eine Koppelung und Bündelung der unabhängig vertriebenen Nachrichtendienste und News-/Themenbilder. Damit müssten die Kunden mit zwei unterschiedlichen Unternehmen verhandeln, um ein Gesamtprodukt (z. B. Bild und Text) zu erhalten. Dies sei wirtschaftlich betrachtet, unter Berücksichtigung der Nähe der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte und der entsprechenden Interessen mancher Kunden an umfassenden Mediendiensten, nur wenig sinnvoll.²⁸

14. Das Geschäftsmodell von SDA und Keystone würde nach der Fusion auch als Vollagentur im Interesse der Wahlfreiheit der Kunden nicht ändern. Die Dienste von SDA und Keystone würden weiterhin auch einzeln und unabhängig voneinander angeboten. Allerdings erlaube die Fusion ein kombiniertes Angebot der beiden Dienste.²⁹

15. Schliesslich würden die Parteien grundsätzlich ein transparentes und kostenbasierendes Rabattsystem und transparente, nicht-diskriminierende Nutzungsbedingungen für ihre Dienste anwenden. Bei Gesamtprodukten erfolge eine Rabattgewährung, welche aufgrund von Kosteneinsparungen seitens SDA gerechtfertigt sei. Ausserdem sei die Wahrscheinlichkeit gross, dass sich der durch die Fusion gewonnene Effizienzgewinn auf die Kunden verschiebt, da die Hauptkunden der SDA zu einem wesentlichen Teil gleichzeitig auch deren Aktionäre seien.³⁰

16. Es handle sich somit aus Sicht der Kunden nicht um eine Marktanteilsaddition, sondern um eine komplementäre Erweiterung der Produkt- und Angebotspalette. Auf Seiten der Lieferanten sei diese Überlegung ebenfalls zutreffend, da es sich nicht um eine Bündelung, sondern um eine Erweiterung/Ergänzung der Nachfrageoptionen handle.³¹

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

18. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

19. Gemäss Meldungsentwurf sei das Zusammenschlussvorhaben SDA/Keystone als eine Fusion von zwei bisher voneinander unabhängigen Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.³² Es handle sich um eine ordentliche Fusion gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a FusG.³³

20. Bei der Unterscheidung zwischen der Fusion und dem Kontrollerwerb gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt es zu beachten, dass diese Bestimmung nicht an die vom Parlament vorgenommene Änderung des Unternehmensbegriffs in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG angepasst wurde. Das Kartellgesetz folgt nach geltender Rechtsprechung und Praxis der WEKO einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.³⁴

21. Für die Belange der Zusammenschlusskontrolle hat die WEKO daraus abgeleitet, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzernochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen beziehungsweise sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann und demnach über keine wirtschaftliche Selbständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verfügt. Dem steht nicht entgegen, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen „alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfüllen muss. Denn das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen muss. Es genügt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in operativer/funktionaler Hinsicht selbständig ist. Dass auf strate-

²⁷ Vgl. Meldung, Rz 28.

²⁸ Vgl. Meldung, Rz 29.

²⁹ Vgl. Meldung, Rz 30.

³⁰ Vgl. Meldung, Rz 31.

³¹ Vgl. Meldung, Rz 32.

³² Vgl. Meldung Rz 13.

³³ Vgl. Meldung Rz 15.

³⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, bestätigt in BGE 139 I 72, E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

gischer Ebene die Muttergesellschaften die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle.³⁵ Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist somit von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Muttergesellschaften andererseits auszugehen. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.³⁶

22. Zwar liegen demnach vorliegend grundsätzlich keine bisher unabhängige Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a und b KG vor. Trotzdem stellt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aus wirtschaftlicher Sicht eine Struktur- beziehungsweise Kontrolländerung dar. Vor dem Zusammenschluss kontrollieren die SDA und die APA-Gruppe Keystone gemeinsam. Durch das Zusammenschlussvorhaben verschmelzen die SDA und Keystone zur SDA/Keystone. An dieser neuen Gesellschaft hat die APA-Gruppe keine Kontrollrechte. Aus wirtschaftlicher Sicht kommt damit im Ergebnis das Zusammenschlussvorhaben der Erlangung der alleinigen Kontrolle durch SDA an Keystone gleich. Im Endergebnis stellt das Zusammenschlussvorhaben somit einen Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle dar, auch wenn juristisch die kontrollierte Gesellschaft durch Fusion untergeht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren.

23. Für die Durchführung des Zusammenschlussvorhabens ist eine Transaktion in drei Schritten geplant:

Schritt 1: Fusion zwischen der SDA und Keystone zu einer Schweizer Vollagentur; APA begründet eine Kapitalbeteiligung an der SDA nach der Fusion.

Schritt 2: Die SDA und APA-IT schliessen einen Kooperationsvertrag ab.

Schritt 3: Die APA-Gruppe und gewisse Aktionäre der SDA gehen einen Aktionärbindungsvertrag ein, ohne jedoch einem der Aktionäre allein oder mehreren Aktionären zusammen Kontrolle über die SDA einzuräumen.³⁷

24. Gegenstand der Zusammenschlusskontrolle ist ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG. Dieses erfolgt vorliegend mit der Fusion in Schritt 1 der beschriebenen Transaktion. Damit erfolgt vorliegend einzig eine Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens SDA/Keystone beziehungsweise von Schritt 1 der Transaktion. Entsprechend erfolgt vorbehältlich Nebenabreden keine Prüfung der geplanten Schritte 2 und 3.

25. Im Rahmen der Fusion von SDA und Keystone erhalte die APA-Gruppe voraussichtlich 1714 neu geschaffene Aktien der SDA (entsprechend 30 % aller nach der Fusion ausgegebenen Aktien).³⁸ Somit würden sich die Beteiligungsverhältnisse vor und nach der Fusion wie folgt gestalten:

Tabelle 1: Beteiligungsverhältnisse SDA vor und nach der Fusion³⁹

Bedeutende Aktionärsgruppen	vor Fusion		nach Fusion	
	Anzahl Aktien	in %	Anzahl Aktien	in %
Tamedia-Gruppe	1175	29.38	1175	20.56
NZZ-Gruppe	456	11.4	456	7.98
SRG SSR	400	10	400	7
MEDIAS SUISSES	391	9.78	391	6.84
APA-Gruppe	-	-	1714	30

26. [...]

27. [...]

28. [...]

29. Rechte, welche nicht über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber zu schützen, begründen keine Kontrolle. Ein Vetorecht beispielsweise, mit dem ein Verkauf oder eine Abwicklung des Unternehmens verhindert werden kann, gibt einem Minderheitsgesellschafter noch keine Kontrolle.⁴⁰

30. Weder die APA-Gruppe noch ein anderer Aktionär der fusionierten SDA-Keystone-Gruppe erlangt die alleinige Kontrolle über SDA/Keystone. Weiter haben zwar die APA-Gruppe und die Tamedia-Gruppe zusammen eine Mehrheit in der fusionierten SDA-Keystone-Gesellschaft. Allerdings sind keine starken gemeinsamen Interessen ersichtlich, welche zu einer faktischen

gemeinsamen Kontrolle der APA-Gruppe und Tamedia-Gruppe führen würden.⁴¹ Es ist von wechselnden Koalitionen unter den Aktionären auszugehen. Deshalb ist vorliegend auch nicht von gemeinsamer Kontrolle auszugehen.

³⁵ Vgl. RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/1, 82 Rz 9, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

³⁶ Vgl. RPW 2015/1, 82 Rz 10, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*, m. w. H.

³⁷ Vgl. Meldung, Rz 17.

³⁸ Vgl. Meldung, Rz 19.

³⁹ Vgl. Meldung, Rz 21 f.

⁴⁰ Vgl. RPW 2015/3, 434 Rz 41, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2012/4, 848 Rz 22, *Migros/Galaxus*, m. w. H.

⁴¹ Vgl. RPW 2012/4, 848 Rz 30 ff., *Migros/Galaxus*, m. w. H.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

33. Gemäss Meldung erzielte die SDA-Gruppe (ohne Keystone) im Jahr 2016 einen Umsatz von 32 379 471 Franken. Im gleichen Jahr betrug der Umsatz von Keystone zusammen mit ihren Tochtergesellschaften 17 512 836 Franken.⁴² Die Schwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind somit nicht erfüllt.

34. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG untersteht ein Zusammenschlussvorhaben jedoch ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

35. Gemäss Verfügung der WEKO vom 14. Juli 2014 im Fall Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA verfügt die SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.⁴³

36. Keystone vertreibt und verwertet News- und Themenbilder, insbesondere zur Verwendung im Medien- und Werbebereich.⁴⁴ Die WEKO hat zum Angebot der SDA ausgeführt, dass ausgewählte Meldungen aus dem Basisdienst der SDA von der Onlineredaktion der SDA speziell für das Internet aufbereitet und über den Onlinedienst der SDA vertrieben werden. Dieser Dienst ist in Deutsch, Französisch und Italienisch erhältlich und enthält täglich bis zu 80 Meldungen, welche optional mit einer Verlinkung zu Bildern von Keystone geliefert werden.⁴⁵ Die News- und Themenbilder von Keystone würden somit in den von der SDA vorbereiteten Meldungen eingefügt und könnten dementsprechend als einem vorgelagerten, beziehungsweise angesichts der regelmässigen Nachfrage von Kunden nach Meldungen und Bildern zusammen auch als einem benachbarten, Markt zugehörig betrachtet werden.⁴⁶

37. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

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

41. 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).

42. Ausgehend vom Angebote der SDA und von der Marktabgrenzung der WEKO im Entscheid Preispolitik SDA⁴⁷ grenzt die Meldung folgende relevante Märkte ab:⁴⁸

- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen italienischsprachigen News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Ostschweiz.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Bern.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Nordwestschweiz.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Zürich.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Innerschweiz.

⁴² Vgl. Meldung, Rz 38 f.

⁴³ Vgl. RPW 2014/4, 705 Dispositiv Ziff. 1, *Preispolitik SDA*.

⁴⁴ Vgl. Meldung, Rz 36.

⁴⁵ Vgl. RPW 2014/4, 677 Rz 64, *Preispolitik SDA*.

⁴⁶ Vgl. Meldung, Rz 36.

⁴⁷ Vgl. RPW 2014/4, 680 Rz 80 (bzw. 676 ff. Rz 63 ff. und 679 Rz 77 ff.), *Preispolitik SDA*.

⁴⁸ Vgl. Meldung, Rz 44 f.

- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Arc lémanique.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Sport-Basisdienst.

43. Zusätzlich grenzt die Meldung aufgrund der Tätigkeiten der SDA folgende Märkte ab:⁴⁹

- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen italienischsprachigen Online News-Basisdienst.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online Sportdienst.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online Sportdienst.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Newsdienst betreffend Alltagsleben von in- und ausländischen Prominenten.
- Nationaler Markt für den Vertrieb von Nachrichten, die von internationalen Vertriebspartnern erstellt worden sind.

44. Für Keystone grenzt die Meldung folgende Märkte ab:⁵⁰

- Nationaler Markt für eigenproduzierte Fotografien für Schweizer und internationale Kunden.
- Nationaler Markt für eigenproduzierte hochstehende Illustrationen (Infografiken) für Schweizer und internationale Kunden.
- Nationaler Markt für eigenproduzierte Videos für Schweizer und internationale Kunden.
- Nationaler Markt für die Versorgung mit eigenproduzierten News-, Themen- und Archivbildern für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für die Beschaffung und den Vertrieb von nicht eigenproduzierten Bildern („Stock- / RF“-Bilder⁵¹).

45. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens können die von der Meldung vorgenommenen Marktangaben übernommen werden, eine abschliessende Abgrenzung kann jedoch offen gelassen werden. Insbesondere ist dazu darauf hinzuweisen, dass bei der Marktangaben grundsätzlich um eine Sachverhaltsfrage handelt. Daher ist diese aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt der Beurteilung zu beantworten. Es besteht kein rechtlich

geschütztes Vertrauen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern, dass die WEKO im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärung zu keinen neuen Erkenntnissen kommt, oder dass bei der Beurteilung tatsachenwidrig auf einen veralteten Sachverhalt abzustellen sei.⁵²

46. Zu den Tätigkeiten der PPR Media Relations AG (Tochtergesellschaft von Keystone) gibt die Meldung an, dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.⁵³ Für diese Tätigkeiten kann vorliegend auf eine Abgrenzung von relevanten Märkten verzichtet werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine Marktangaben nicht automatisch nur für jene Bereiche notwendig ist, in denen Marktanteilsadditionen erfolgen oder denkbar sind. Unter Umständen sind auch Bereiche zu prüfen, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind. Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte der Zusammenschluss einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb ist je nachdem auch eine Marktangaben für Bereiche vorzunehmen, in denen keine Marktanteilsadditionen zu erwarten sind.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

48. Tabelle 2 zeigt die Marktanteile der SDA und von Keystone gemäss Meldung auf den relevanten Märkten.

⁴⁹ Vgl. Meldung, Rz 44 f.

⁵⁰ Vgl. Meldung, Rz 48 ff.

⁵¹ Archivbilder / lizenzfreie Bilder.

⁵² Vgl. zum Ganzen RPW 2015/3, 387 ff. Rz 182 ff., *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

⁵³ Vgl. Meldung, Rz 52.

Tabelle 2: Marktanteile auf den relevanten Märkten⁵⁴

Relevanter Markt	SDA	Keystone	Betroffener Markt
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst	[90 - 100] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen News-Basisdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen italienischsprachigen News-Basisdienst	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Ostschweiz	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Bern	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Nordwestschweiz	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Zürich	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Innerschweiz	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Arc lémanique	[20 - 30] %	0 %	nein
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Sport-Basisdienst	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online News-Basisdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online News-Basisdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen italienischsprachigen Online News-Basisdienst	[40 - 50] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online Sportdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online Sportdienst	[70 - 80] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst	[80 - 90] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen französischsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst	[80 - 90] %	0 %	ja
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Newsdienst betreffend Alltagsleben von in- und ausländischen Prominenten	[0 - 10] %	0 %	nein
Nationaler Markt für den Vertrieb von Nachrichten, die von internationalen Vertriebspartnern erstellt worden sind	~ 5-7.5 %	0 %	nein
Nationaler Markt für eigenproduzierte Fotografien für Schweizer und internationale Kunden	0 %	< 5 %	nein
Nationaler Markt für eigenproduzierte hochstehende Illustrationen (Infografiken) für Schweizer und internationale Kunden	0 %	< 5 %	nein
Nationaler Markt für eigenproduzierte Videos für Schweizer und internationale Kunden	0 %	< 5 %	nein
Nationaler Markt für die Versorgung mit eigenproduzierten News-, Themen- und Archivbildern für Schweizer Medien	0 %	[50 - 60] %	ja
Nationaler Markt für die Beschaffung und den Vertrieb von nicht eigenproduzierten Bildern („Stock- / RF“-Bilder)	0 %	< 5 %	nein

⁵⁴ Vgl. Meldung, Rz 54 ff.

49. Tabelle 2 zeigt die Märkte, die als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren sind. Bei diesen Märkten ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

50. Die Praxis der WEKO nimmt bei Zusammenschlussverfahren regelmässig Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.⁵⁵ Ziffer 89 der EU-Mitteilung⁵⁶ führt im Zusammenhang mit vorliegender Konstellation aus: „Eine Verringerung der Anzahl der kontrollierenden Gesellschafter verändert die Art der Kontrolle und ist infolgedessen als Zusammenschluss anzusehen, sofern das Ausscheiden eines oder mehrerer kontrollierender Gesellschafter zu einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle führt. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob bestimmender Einfluss alleine oder gemeinsam ausgeübt wird, da im zweiten Falle die Gesellschafter, die gemeinsam die Kontrolle ausüben, die möglicherweise anders gelagerten Interessen der anderen beteiligten Parteien berücksichtigen müssen.“

51. Für die Beurteilung der aufgrund dieses Zusammenschlussvorhabens zu erwartenden Effekte auf den relevanten Märkten (Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG) gilt es indes zu berücksichtigen, dass nach der Praxis der WEKO einem kontrollierenden Unternehmen bereits bei gemeinsamer Kontrolle die Marktstellung des Gemeinschaftsunternehmens vollständig zugerechnet wird. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Mutterge-

sellschaften andererseits auszugehen. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Die Muttergesellschaften ihrerseits bilden hingegen untereinander keine wirtschaftliche Einheit.⁵⁷

52. In der Regel kann dabei davon ausgegangen werden, dass auch bei gemeinsamer Kontrolle grundsätzlich kein disziplinierender Druck von einem kontrollierenden Unternehmen auf die Kontrollübung des anderen kontrollierenden Unternehmens über das Gemeinschaftsunternehmen ausgeht.

53. Daran ändert auch nichts, dass im vorliegenden Fall das kontrollierte Unternehmen Keystone in der zuvor kontrollierenden SDA aufgeht. Allerdings stellt sich dann noch die Frage, ob sich die Marktstellung des fusionierten Unternehmens SDA/Keystone durch den Wegfall der (Mit-)Kontrolle der APA-Gruppe im Vergleich zur vorherigen Situation verändert.

54. Dafür dass von der APA-Gruppe vor dem Zusammenschlussvorhaben disziplinierender Druck auf die Kontrollausübung der SDA über Keystone ausgegangen ist, bestehen aufgrund der Meldung keine Anhaltspunkte. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über Keystone durch die APA-Gruppe und die SDA im Jahr 2008 (vgl. Rz 8) keiner Beurteilung durch die WEKO unterlag. Im damaligen Zeitpunkt bestand für die SDA noch keine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

55. Die Bewertung der Veränderung durch den Wegfall der (Mit-)Kontrolle der APA-Gruppe geht aus Tabelle 3 hervor.

Tabelle 3: Bewertung Veränderung auf den betroffenen Märkten⁵⁸

Betroffener Markt	Marktanteilsaddition	Bewertung Veränderung ⁵⁹
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst	Keine	0
Nationaler Markt für einen französischsprachigen News-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen italienischsprachigen News-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Ostschweiz	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Bern	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Nordwestschweiz	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Zürich	keine	0

⁵⁵ Vgl. RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁵⁶ Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 10 ff. (nachfolgend: EU-Mitteilung).

⁵⁷ RPW 2016/1, 262 Rz 24 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁵⁸ Vgl. Meldung, Rz 54 ff.

⁵⁹ Die Bewertung Veränderung schätzt ein, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Veränderung der Marktstellung des fusionierten Unternehmens SDA/Keystone führt. Dabei bedeutet 0, dass keine wesentliche Veränderung erfolgt. Ein Pluszeichen bedeutet eine Verstärkung der Marktstellung. Nur Märkte mit Pluszeichen werden nachfolgend geprüft.

Betroffener Markt	Marktanteilsaddition	Bewertung Veränderung
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Innerschweiz	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Sport-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online News-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online News-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen italienischsprachigen Online News-Basisdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Online Sportdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen französischsprachigen Online Sportdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen deutschsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst	keine	0
Nationaler Markt für einen französischsprachigen auf die Radiostationen zugeschnittenen Newsdienst	keine	0
Nationaler Markt für die Versorgung mit eigenproduzierten News-, Themen- und Archivbildern für Schweizer Medien	keine	0

B.4.2.1 Zwischenergebnis

56. Tabelle 2 zeigt, dass die SDA und Keystone auf verschiedenen Märkten über sehr hohe Marktanteile verfügen. Entsprechend wird auch das fusionierte Unternehmen SDA/Keystone über diese hohen Marktanteile verfügen.

57. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt oder eine neue begründet.

B.4.3 Nebenabreden

58. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁶⁰

59. Gemäss Meldung werden im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens, die APA-IT, und die SDA einen Rahmenvertrag zur Kooperation im IT-Betriebs- und IT-Entwicklungsbereich abschliessen.⁶¹ Gemäss der geplanten Kooperation werde die APA-IT neu IT-Lösungen für die Eigennutzung innerhalb der SDA und den Weitervertrieb am Drittmarkt anbieten. Die Bezugs- und Lieferbeziehung entstehe erst aufgrund des Kooperationsvertrages. APA-IT würde die SDA als [...] einsetzen.⁶² Der Kooperationsvertrag sehe vor, [...].

60. Der Kooperationsvertrag enthalte ebenfalls [...].

61. Der fragliche Kooperationsvertrag sieht damit die Vereinbarung einer [...] vor. Ob der Kooperationsvertrag tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat und damit als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist, muss vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Zumindest hinsichtlich [...] ist von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen. Im Übrigen machen die meldenden Unternehmen selber geltend, dass es sich beim Kooperationsvertrag um eine Wettbewerbsabrede handelt, indem sie diesen als Nebenabrede qualifizieren.

B.4.3.1 Allgemeines

62. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung⁶³ gerichtet.⁶⁴ Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten⁶⁵ als auch für Konkurrenzverbote.⁶⁶

⁶⁰ Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m. w. H.

⁶¹ Vgl. Meldung, Rz 122.

⁶² Vgl. Meldung, Rz 124.

⁶³ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

⁶⁴ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁶⁵ Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 77 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

⁶⁶ Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 64, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

63. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁶⁷

64. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁶⁸

65. Zwischen den Parteien vereinbarte Einschränkungen können entweder den Erwerber oder den Veräusserer begünstigen. Allgemein hat der Erwerber ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer, weil er die Sicherheit braucht, dass er den vollen Wert des übernommenen Geschäfts erwirbt. Es gilt daher grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.⁶⁹

B.4.3.2 Bezugs- und Lieferbeziehungen

66. Gemäss EU-Bekanntmachung führt in vielen Fällen 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 Veräusserers herausgebildet haben. Um die Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers und die Übertragung der betreffenden Vermögensteile auf den Erwerber unter zumutbaren Bedingungen zu ermöglichen, ist es häufig erforderlich, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten. Dieses Ziel wird gewöhnlich dadurch erreicht, dass dem Veräusserer und/oder dem Erwerber des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils Bezugs- und Lieferpflichten auferlegt werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Lage, die sich aus der Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers ergibt, können

derartige Verpflichtungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Sie können je nach den Sachumständen den Veräusserer oder den Erwerber begünstigen.⁷⁰

67. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren sicherzustellen, die zur Ausübung der beim Veräusserer verbliebenen beziehungsweise 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.⁷¹

68. Die Verpflichtung zur Lieferung beziehungsweise zum Bezug fester Mengen – gegebenenfalls verknüpft mit einer Anpassungsklausel – gilt als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig. Verpflichtungen hingegen, welche die Lieferung beziehungsweise den Bezug unbegrenzter Mengen oder Ausschliesslichkeitsbindungen vorsehen oder den Status eines Vorzugslieferanten oder eines Vorzugsabnehmers begründen, sind für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.⁷²

69. Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen sind ihrer Wirkung nach Liefervereinbarungen gleichzustellen.⁷³

70. Vorliegend geht es unbestrittenermassen nicht um die Aufrechterhaltung einer bestehenden Bezugs- oder Lieferbeziehung. Vielmehr wird die auf dem Kooperationsvertrag begründende Bezugs- und Lieferbeziehung erst durch den Kooperationsvertrag selbst entstehen, womit die Vereinbarung eine neue Bezugs- und Lieferbeziehung darstellt.⁷⁴

71. [...] Statt einer 50%-igen Beteiligung an Keystone erhalte die APA-Gruppe eine 30%-ige Beteiligung ohne Kontrolle an der SDA. [...] Ziel des gesamten Zusammenschlussvorhabens sei es, im Interesse sämtlicher Marktbeteiligten die SDA und Keystone zu einer Vollagentur für das schweizerische Marktgebiet werden zu lassen, welche die Entwicklungen der multimedialen Presse nachvollziehen und mitzuprägen vermöge. [...]

72. [...]

73. [...]

⁶⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁶⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁶⁹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 17.

⁷⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 32.

⁷¹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.

⁷² Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 34.

⁷³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 35.

⁷⁴ Vgl. Meldung, Rz 125.

74. [...] vermag daher das Kriterium der Notwendigkeit nicht zu erfüllen. Vielmehr muss in der Meldung aufgezeigt werden, dass die mit dem Zusammenschlussvorhaben verbundenen Ziele ohne den fraglichen Kooperationsvertrag nicht erreicht werden können.

75. [...]

76. [...]

77. Die vereinbarte Bezugs- und Lieferbeziehung ist daher nicht als notwendig beziehungsweise als mit Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundene Nebenabrede zu qualifizieren.

B.4.3.3 Konkurrenzverbot

78. Konkurrenz- beziehungsweise Wettbewerbsverbote, die sicherstellen, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, sind in der Regel nicht nur mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden, sondern auch für dessen Durchführung notwendig, da ohne sie damit zu rechnen wäre, dass die Veräusserung des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils nicht vollzogen werden kann.⁷⁵ Damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält, muss er in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräusserers geschützt werden können, um das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können.⁷⁶

79. Wettbewerbsverbote dieser Art sind jedoch nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammenschluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen. Zeitlich sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden. In räumlicher Hinsicht muss sich das Wettbewerbsverbot auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt werden muss. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat. Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte und Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig betrachtet.⁷⁷

80. Vorliegend geht es nicht um ein Konkurrenzverbot zu Lasten des Veräusserers. Vielmehr verpflichtet das Kooperationsabkommen die SDA [...]. Damit können sich die meldenden Unternehmen nicht darauf berufen, dass das fragliche Konkurrenzverbot sicherstellen soll, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält. Vielmehr ist der Grund für die Vereinbarung darin zu sehen, dass – [...]. Entsprechend

kann an dieser Stelle auf das zuvor Ausgeführte (vgl. Rz 72 ff.) verwiesen werden.

81. Das vereinbarte Konkurrenzverbot ist daher nicht als für den Zusammenschluss notwendig zu qualifizieren.

B.4.3.4 Fazit Nebenabreden

82. Der fragliche Kooperationsvertrag zwischen der SDA und der APA-IT stellt keine Wettbewerbsabrede dar, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden ist. Er ist daher nicht als Nebenabrede im vorliegend beschriebenen Sinne zu qualifizieren. Wie erwähnt, bedeutet dies nicht, dass die fragliche Vereinbarung kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern lediglich, dass sie keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid erfährt. Die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Vereinbarung ist damit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

B.4.4 Ergebnis

83. Vor diesem Zusammenschlussvorhaben wird Keystone gemeinsam von der SDA und der APA-Gruppe kontrolliert. Durch das Zusammenschlussvorhaben fusionieren die SDA und Keystone zu einer Nachrichten-Bild-Vollagentur. Im Endergebnis stellt das Zusammenschlussvorhaben einen Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle dar. Die APA-Gruppe, die ihre Beteiligung an Keystone veräussert, wird grösste Minderheitsaktionärin (ohne Kontrolle) der SDA. Die Analyse der Marktverhältnisse zeigt, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wesentlichen Veränderungen auf den relevanten Märkten führt.

84. Somit ergibt die vorläufige Prüfung 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.

⁷⁵ Vgl. RPW 2015/1 122 Rz 122, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁷⁶ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 18.

⁷⁷ Vgl. RPW 2015/1 122 f. Rz 123, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

B 2.3	2. MOVE Mobility
-------	------------------

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

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 27 mars 2018

1. Le 11 septembre 2017, une première notification a été adressée à la Commission de la concurrence. A l'issue d'un examen préalable, la COMCO a autorisé la réalisation de la concentration (DPC 2017/4, pp. 577-578). La notification du 26 février 2018 concerne l'entrée d'un quatrième actionnaire de contrôle au sein du capital-actions de l'entreprise commune, à savoir le groupe Alpiq. Par conséquent, dans la présente notification, il sera renvoyé, dans la mesure du possible, aux passages correspondants de la décision du 10 octobre 2017.

2. Le 26 février 2018, la Commission de la concurrence a reçu une notification complète annonçant que les entreprises Alpiq Blue Energy AG (ci-après: Alpiq Blue Energy), Groupe E SA (ci-après: Groupe E), Energie Wasser Bern (ci-après: EWB) et EBM Energie AG (ci-après: EBM Energie) ont décidé d'acquérir le contrôle (en commun) de l'entreprise MOVE Mobility SA (ci-après: MOVE Mobility).

3. **Alpiq Blue Energy**, dont le siège est à Olten (Soleure) est une filiale d'Alpiq, fournisseur d'électricité et prestataire de services énergétiques. Alpiq Blue Energy appartient à la branche Digital et Commerce d'Alpiq, qui englobe notamment les activités liées à l'e-mobility et aux solutions énergétiques innovantes d'Alpiq en matière d'énergie, couvrant toutes les dernières tendances dans la branche de l'énergie, telle que l'efficacité énergétique et l'optimisation des coûts énergétiques, la gestion de la charge (*demand-side management*) ou encore les réseaux d'électricité intelligents (*smart grids*).

4. Les autres entreprises participant à la concentration sont: **Groupe E, EWB, EBM Energie et MOVE Mobility** (cf. DPC 2017/4 577 N. 2-5).

5. Plus concrètement, MOVE Mobility devra à l'avenir développer et commercialiser le réseau de recharge pour véhicules électriques développé par le Groupe E depuis 2013 (ci-après: Réseau Move). Ses buts couvrent le développement et l'intégration au niveau national de nouveaux services dans le domaine de la mobilité durable, notamment le clearing, l'itinérance, la compatibilité et la facturation de stations de recharge électriques intelligentes, la gestion des abonnés, des droits d'accès, de la hotline, et du centre de compétence de mobilité électrique et d'approvisionnement, ainsi que le traitement des données y relatifs. (Cf. DPC 2017/4 577 N. 6 ss.)

6. Le changement de contrôle au sein de MOVE Mobility interviendra uniquement par le transfert d'actions existantes à Alpiq Blue Energy. Aucune des activités ni aucun actif d'Alpiq ne seront transférés à l'entreprise commune.

7. Chaque actionnaire sera représenté au Conseil d'administration de MOVE Mobility. (Cf. DPC 2017/4 577 N. 8.)

8. En ce qui concerne les marchés de produits et les marchés géographiques en cause, il est renvoyé à la décision du 10 octobre 2017. Cf. DPC 2017/4 578 N. 14 ss.

9. En ce qui concerne la position future sur le marché affecté, il a été indiqué dans la décision du 10 octobre 2017 que le marché des prestations de services d'électromobilité est un nouveau marché en plein essor, de telle sorte qu'une estimation de la position future de MOVE Mobility sur celui-ci s'avère difficile et incertaine. Selon les entreprises participantes, compte tenu notamment des nombreuses entreprises sur ce marché¹, la part de marché de MOVE Mobility sur le marché national des services liés à l'électromobilité ne serait initialement que de quelques pourcents. (Cf. DPC 2017/4 578 N. 21.)

10. En conclusion et pour les raisons déjà énoncées l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

¹ Par ex. en 2017, Green Motion et son réseau EVPASS comprenant 499 points de recharge et projetée d'en construire 1'600 supplémentaires durant les trois prochaines années (<https://www.evpas.ch/>), EKZ et son réseau de plus de 600 stations de recharges en Suisse (<http://www.ekz.ch/de/ueber-ekz/engagement/elektromobilitaet.html>), swisscharge.ch et ses 850 stations de recharges en Suisse (<https://swisscharge.ch/?lang=fr>), Repower (<https://www.repower.com/ch/privatkunden/elektromobilitaet/>), easy4you (<http://www.easy4you.ch/fr/home.html>) ou encore ewz (<https://www.ewz.ch/de/ueber-ewz/unternehmen/stromnetz.html#Elektromobilit%C3%A4t>).

B 2.3

3. Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft

Vorläufige Beurteilung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) betreffend Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft. Meldendes Unternehmen: Galexis AG, in Niederbipp, vertreten durch [...], zu übernehmendes Unternehmen: Pharmapool Aktiengesellschaft, in Widnau.

A Sachverhalt

1. Am 14. September 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Danach beabsichtigt Galexis AG (nachfolgend: Galexis), eine Tochtergesellschaft der Galenica AG (nachfolgend: Galenica), [...] der Pharmapool Aktiengesellschaft (nachfolgend: Pharmapool) und damit die Kontrolle über diese zu erwerben. Gegenstand der Übernahme werden neben der Pharmapool auch deren Tochtergesellschaften Pharmapool Zentralapotheke AG (nachfolgend: Zentralapotheke) und die PharmaBlist AG (nachfolgend: PharmaBlist) sein.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Galenica**

2. Galenica ist eine an der SIX Swiss Exchange kotierte Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern und die Konzernmuttergesellschaft der Galenica-Gruppe. Die Galenica-Gruppe ist eine diversifizierte Unternehmensgruppe im Gesundheitsmarkt, die unter anderem Pharmazeutika entwickelt, produziert und vertreibt, Apotheken führt, Logistikdienstleistungen anbietet sowie Datenbanken betreibt und Netzwerke etabliert. Die Galenica-Gruppe ist in zwei Geschäftseinheiten unterteilt: „Vifor Pharma“, mit internationalen Pharma-Aktivitäten und „Galenica Santé“, welche primär Dienstleistungen für den Schweizer Gesundheitsmarkt erbringt.² Im ersten Halbjahr 2017 beabsichtigt die Galenica, die beiden Geschäftseinheiten in zwei eigenständige börsennotierte Unternehmen aufzuteilen (vertikale Desintegration).³ Die zu den einzelnen Geschäftseinheiten gehörenden Unternehmen lassen sich der nachfolgenden Abbildung entnehmen. Aus dieser wird ersichtlich, dass die Galenica-Gruppe in allen zentralen Bereichen des Gesundheitswesens vertreten ist (Fabrikation, Gross-/Detailhandel, Managementlösungen und Datenmanagement). Die entsprechenden Unternehmen werden sodann kurz vorgestellt.⁴

Abbildung 1: Struktur der Galenica-Gruppe



Quelle: Aufstellung der Parteien

¹ Meldung vom 14.9.2016 (act. 15 und 16).² Meldung Rz 19 f.³ Meldung Rz 23.⁴ Vgl. zu den entsprechenden Ausführungen Meldung Rz 16 ff.

3. In der Geschäftseinheit Vifor Pharma sind sämtliche Unternehmen der Galenica-Gruppe im Bereich Pharma vereint. Eine starke Stellung kommt der **Vifor Pharma AG** im Bereich Eisenpräparate zu. Vifor Pharma AG ist international tätig und darauf spezialisiert, rezeptpflichtige sowie nicht rezeptpflichtige Medikamente und pharmazeutische Produkte zu erforschen, zu entwickeln, zu produzieren sowie weltweit eigene und fremde Produkte zu vermarkten und zu vertreiben. Ihr Fokus liegt dabei auf Eisenpräparaten.

4. Galenica Santé konzentriert sich primär auf den Schweizer Markt und besteht aus den drei Geschäftsbereichen Products & Brands, Retail und Services.

5. Im Bereich Products & Brands sind die beiden Unternehmen **Vifor Consumer Health AG** und die **G-Pharma AG** angesiedelt:

6. Vifor Consumer Health AG ist in der Entwicklung und Vermarktung von rezeptfreien Medikamenten und Consumer-Healthcare-Produkten (Parapharmazie) für den Fachhandel tätig. Daneben ist sie auch im Vertrieb und der Vermarktung von Partnerprodukten sowie der Registrierung und Entwicklung von OTC-Produkten tätig.

7. G-Pharma ist in der Lancierung pharmazeutischer und parapharmazeutischer Produkte tätig. Sie erbringt Serviceleistungen im Bereich Lancierung (Unterstützung bei der Zulassung) und Marketing, wie die Entwicklung von Eigenmarken bspw. für Apotheken und Drogerien.

8. Zu dem vom Zusammenschluss primär tangierten Geschäftsbereich Retail gehören die **Galenicare AG** (nachfolgend: Galenicare), die **MediService AG** (nachfolgend: MediService) sowie die Dienstleistungen der **Winconcept AG** (nachfolgend: Winconcept).

9. Galenicare ist im Retailgeschäft tätig und betreibt ein schweizweites Apothekennetz. Dieses umfasst die **Amavita- und Sun Store-Apotheken**, welche die Galenicare selbst führt, die 64 mit Coop betriebenen **Coop Vitality-Apotheken**⁵ sowie zwei weitere Minderheitsbeteiligungen. Zum Apothekennetz gehört auch die Spezial- und Versandapotheke MediService, die vor allem auf die Betreuung von Patienten bzw. die professionelle Applikation von Heilmitteln durch Fachkräfte (bspw. ausgebildete Pflegefachpersonen) ausgerichtet ist. Gemäss Meldung sind damit 252 Apotheken zur Galenica-Gruppe zu zählen. Daneben listet Galenica in ihrem Geschäftsbericht 173 Partnerapotheken auf, wozu 12 Amavita Partnerschaften sowie 161 Feelgood's Apotheken gehören. Diese sind unterschiedlich stark an die Galenica-Gruppe gebunden (vgl. nachstehend Rz 10).⁶ Gesamthaft führt dies zu den im Geschäftsbericht ausgewiesenen 491 Apotheken.⁷

10. Winconcept entwickelt ganzheitliche Marketinglösungen für Industrie- und Apothekenpartner, welche selbständig bleiben. Die Kunden der Winconcept (Franchisenehmer) treten unter dem Namen „feelgood's-Apotheken“ auf dem Markt auf.

11. Im Rahmen vorliegender Prüfung und für diese wird mit den Zusammenschlussparteien davon ausgegangen, dass die in einem Franchiseverhältnis zu Winconcept stehenden Feelgood's Apotheken sowie die Amavita-Partnerapotheken für die Prüfung des Zusammen-

schlussvorhabens Galexis/Pharmapool nicht der Galenica-Gruppe zuzurechnen sind.

12. Im Geschäftsbereich Services sind die Unternehmen **Alloga AG** (nachfolgend: Alloga), **Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione AG** (nachfolgend: Unione), **Medifilm AG** (nachfolgend: Medifilm) und **HCI Solutions AG** (nachfolgend: HCI) angesiedelt.

13. Alloga ist im Bereich Prewholesale spezialisiert und übernimmt für Pharmahersteller, die sich entschliessen, ihre Lagerbewirtschaftung auszugliedern, diverse Logistikleistungen. Das Angebot umfasst die Bestellung, das Inkasso sowie die Lagerung und Auslieferung deren Produkte.⁸

14. Galexis ist als Pharmagrossistin tätig. Sie beliefert in der Schweiz Apotheken, Spitäler, Heime, Drogerien und selbstdispensierende Ärztinnen und Ärzte (nachfolgend: SD-Ärzte) mit Gesundheitsprodukten. Unione ist ebenfalls eine Pharmagrossistin. Hauptabnehmer sind Apotheken im Kanton Tessin.

15. HCI entwickelt Managementgesamtlösungen für Apotheken und Arztpraxen sowie Werkzeuge zur sicheren Verwaltung, Kommunikation und Verteilung sensibler Gesundheitsdaten. Im Januar 2016 hat die HCI die Unternehmen Documed AG und e-mediat AG (beides Galenica-Gruppengesellschaften) im Rahmen einer Absorptionsfusion übernommen. Somit bietet die HCI nun auch Datenbanken im Bereich Gesundheitswesen an. Die Kernkompetenzen der e-mediat AG waren das Management wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Datenbanken, das Erstellen und Betreiben von offenen virtuellen Business-to-Business-Handelsplattformen und das Erarbeiten von Lösungen für die Abwicklung der Geschäftsprozesse im Gesundheitswesen. Die Documed AG bot ebenfalls Informationen im Bereich Gesundheitswesen an. Sie hat sich auf die Herausgabe von gedruckten und elektronischen Werken im Bereich der Arzneimittelinformationen spezialisiert.⁹

16. Medifilm verpackt im Auftrag von Apotheken Medikamente nach dem vorgesehenen Therapieplan für Dauer- und Langzeitpatienten (sogenannte Verblisterung).

A.1.2 Pharmapool

17. Die Zielgesellschaft, die im Rahmen des geplanten Zusammenschlusses übernommen werden soll, ist die **Pharmapool**, eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Widnau. Pharmapool verfügt über zwei Tochtergesellschaften, die Zentralapotheke und die PharmaBlist, an welchen sie 100 % des Aktienkapitals hält. Die Geschäftstätigkeit von Pharmapool umfasst den Handel mit pharmazeutischen Produkten für den Medizi-

⁵ Die Coop Vitality AG, an welcher die Galenicare Holding AG mit einer [...] partizipiert, ist eine Betreiberin von Apotheken mit 64 Verkaufsstellen. Coop Vitality AG tritt am Markt unter diesem Namen unabhängig von Galenica auf [...] Aufgrund der [...]

⁶ Siehe auch Meldung Rz 103 f.

⁷ Meldung Rz 103 f.

⁸ Vgl. auch RPW 2015/3, 365 Rz 23 ff., *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

⁹ Meldung Rz 37.

nal- und Ärztebedarf. Die Pharmapool ist eine ärztzeigene Grossistin, welche in die gesamte Schweiz liefert (ausgenommen Tessin), wobei der Fokus auf der Deutschschweiz liegt. Pharmapool kauft die Medikamente direkt von den Herstellern und lagert diese selbst. Fehlende benötigte Produkte werden von den Grossisten Voigt oder Galaxis bezogen.

18. **Pharmapool Zentralapotheke** betreibt eine Apotheke in Heerbrugg, St. Gallen. Diese bietet zudem Hauslieferungen an: Der Arzt stellt ein Rezept aus, welches der Zentralapotheke übermittelt wird. Nach Erhalt des Rezepts liefert die Zentralapotheke das Medikament in die Praxis, wo es dem Patienten abgegeben wird, oder aber dem Patienten nach Hause.¹⁰ Privatpersonen können indes nicht in einem Onlineshop bei der Zentralapotheke bestellen.

19. **PharmaBlist** bezweckte die Fabrikation, die Verpackung (Blistering) sowie den Handel mit pharmazeutischen Produkten. [...] ¹¹

A.2 Geplante Transaktion

20. Die Aktien der Pharmapool befinden sich im Streubesitz (insgesamt [...] Aktionäre), wobei es sich bei den Aktionären vorwiegend um Ärztinnen und Ärzte handelt, [...].¹² Den derzeit [...] Aktionären der Pharmapool hat Galaxis ein Verkaufsangebot bis am 29. August 2016 gemacht.¹³ Gegenstand des Aktienkaufvertrages und damit der geplanten Übernahme sind neben Pharmapool auch deren Tochtergesellschaften Zentralapotheke und PharmaBlist. Als Vollzugsbedingung wurde im Aktienkaufvertrag [...] Bei Genehmigung der Transaktion durch die WEKO und nach Vollzug des Zusammenschlusses würde Galaxis über 100 % der Aktien der Pharmapool verfügen und diese somit kontrollieren.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens und Umstände, die zum Zusammenschlussvorhaben geführt haben

21. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien führe die von der Politik angestrebte und in den letzten Jahren intensivierete Kostensenkung im Gesundheitswesen zu Veränderungen im Marktumfeld und zu Massnahmen, welche die Marktteilnehmer des Pharmagrosshandels zu mehr Effizienz zwingen. In letzter Zeit hätten insbesondere die behördlich verordneten Preissenkungen bzw. Preisfixierungen bei rezeptpflichtigen Medikamenten dazu geführt, dass die ohnehin schon tiefen Margen im Grossistengeschäft kleiner geworden seien. Auch Patentabläufe mit den damit einhergehenden Preissenkungen und Generikasubstitutionen würden bei geringerem Umsatzvolumen zu Margenverlusten auf Stufe Grosshandel führen. Die Aufrechterhaltung der Rentabilität erfordere deshalb diverse Massnahmen, mitunter das Wachstum beim Volumen, zum Beispiel durch Zukauf von anderen Grossisten.¹⁴

22. Gemäss eigenen Angaben wollen Galaxis und der gesamte Geschäftsbereich Services mit qualitativ hochwertigen Leistungen und innovativen Angeboten die Wettbewerbsfähigkeit der Kunden stärken und mit Effizienzsteigerungen die Kosten reduzieren. Mit dem geplanten Zusammenschluss könnten Synergieeffekte realisiert werden, [...].¹⁵

23. Seitens Pharmapool wird das gleiche schwierige Umfeld beschrieben (vgl. Rz 21). In diesem gelte es, die Unternehmensnachfolge zu regeln, welche mit einem starken Partner wie Galaxis/Galenica gewährleistet sei. [...].

A.4 Das Verfahren

24. Am 1. Juli 2016 ging beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend Sekretariat) per E-Mail der Meldungsentwurf betreffend ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Galaxis/Pharmapool ein.¹⁶ Mit E-Mail vom 4. Juli 2016 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfes.¹⁷

25. Mit Schreiben vom 4. August 2016 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf vom 1. Juli 2016 Stellung und orientierte die Zusammenschlussparteien über notwendige Ergänzungen bzw. Anpassungen insbesondere auch in Zusammenhang mit Märkten ohne Anteilsaddition, in welchen eines der beteiligten Unternehmen über 30 % Marktanteil verfügt.¹⁸

26. Mit Schreiben vom 14. September 2016 reichten die Zusammenschlussparteien die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, welche beim Sekretariat gleichentags einging¹⁹ und deren Erhalt das Sekretariat mit Schreiben vom 15. September 2016 bestätigte.²⁰

27. Am 21. September 2016 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an Apotheken, Grossisten und Verbände mit Frist zur Beantwortung derselben bis 28. September 2016. Befragt wurden die Grosshändler Amedis-UE AG (nachfolgend: Amedis), Voigt AG (nachfolgend: Voigt), Zur Rose Suisse AG (nachfolgend: Zur Rose), PharmaFocus AG (nachfolgend: PharmaFocus) und Regiomed GmbH (nachfolgend: Regiomed); weiter die folgenden Apotheken: Apotheke im Dorf, Apotheke im Rheinpark Rogenmoser AG (nachfolgend: Apotheke im Rheinpark), die Sternen Apotheke AG (nachfolgend: Sternen Apotheke) sowie die Verbände Interpharma, der Schweizerische Apothekerverband PharmaSuisse (nachfolgend: PharmaSuisse), der Schweizerische Drogistenverband, die Vereinigung der Ärzte mit Patientenapotheke APA (nachfolgend: APA) und die Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz (nachfolgend: vips).²¹

28. Am 22. September 2016 erfolgte die Stellungnahme zum Auskunftsbegehren der Sternen Apotheke, am 27. September 2016 jene von APA und Apotheke im Dorf und am 28. September 2016 jene von Apotheke im Rheinpark, Regiomed, vips und PharmaFocus und am

¹⁰ Schreiben vom 30.9.2016 (act. 73) sowie Meldung Rz 44.

¹¹ Meldung Rz 45.

¹² Zu den Veräusserern vgl. B1 und B2 der Meldung.

¹³ Muster-Aktienkaufvertrag vom 30.6.2016, B1 der Meldung.

¹⁴ Meldung Rz 61.

¹⁵ Meldung Rz 62.

¹⁶ Meldungsentwurf (act. 6).

¹⁷ Eingangsbestätigung (act. 9).

¹⁸ Unvollständigkeitsmeldung vom 4.8.2016 (act. 12).

¹⁹ Meldung vom 14.9.2016.

²⁰ Eingangsbestätigung vom 15.9.2016 (act. 17).

²¹ Auskunftsbegehren an Apotheken, Grossisten und Verbände vom 21.9.2016 (act. 18 bis 20).

29. September 2016 jene von Amedis, Schweizerischen Drogistenverband und Zur Rose.²²

29. Nach Fristerstreckungen erfolgten am 2. Oktober 2016 die Stellungnahme zum Auskunftsbegehren von Voigt, am 4. Oktober 2016 jene vom Schweizerischen Apothekerverband und am 11. Oktober 2016 jene von Interpharma.²³ Am 10. Oktober 2016 stellte das Sekretariat eine Zusatzfrage an Voigt.²⁴

30. Mit Schreiben vom 26. September 2016 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.²⁵

31. Am 27. September 2016 liess das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Ergänzungsfragen mit Frist zur Beantwortung derselben bis am 30. September 2016 zukommen.²⁶ Mit Schreiben vom 29. September 2016 ersuchten die Zusammenschlussparteien das Sekretariat um eine Fristerstreckung zur Stellungnahme bis am 5. Oktober 2016.²⁷ Diesem wurde vom Sekretariat am 30. September 2016 teilweise entsprochen und die Frist für die Stellungnahme betreffend einen Teil der Ergänzungsfragen auf den 4. Oktober 2016 angesetzt. Die Stellungnahme erfolgte am 30. September 2016.²⁸

32. Am 14. Oktober 2016 entschied die Kammer der WEKO, eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG²⁹ durchzuführen, und teilte dies gleichentags den Zusammenschlussparteien mit.³⁰ Die Öffentlichkeit wurde diesbezüglich am 18. Oktober 2016 mit einer Pressemitteilung orientiert.³¹

33. Am 20. Oktober 2016 stellte das Sekretariat Ergänzungsfragen an die Zusammenschlussparteien mit Frist zur Beantwortung derselben bis am 24. Oktober 2016.³² Mit Schreiben vom 21. Oktober 2016 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung bis am 26. Oktober 2016.³³ Die Stellungnahmen erfolgten sodann innert erstreckter Frist am 24. sowie 26. Oktober 2016.³⁴

34. Am 21. Oktober 2016 übersandte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer vertieften Prüfung mit der Bitte, dazu bis spätestens am 31. Oktober 2016 Stellung zu nehmen.³⁵ Des Weiteren wurden am 21. Oktober 2016 die Akten zugesandt,³⁶ wobei diejenigen Aktenstücke ausgeklammert wurden, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in der Geschäftsbereinigung befanden. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2015 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Stellungnahme bis am 10. November 2015.³⁷ Diesem wurde vom Sekretariat am 28. Oktober 2016 entsprochen.³⁸

35. Am 28. Oktober 2016 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an von den Zusammenschlussparteien als Konkurrenten bezeichnete Grossisten mit Frist zur Beantwortung derselben bis am 4. November 2016. Befragt wurden die Aertzemedika AG, die Aichele Medico AG, die Amdipharm AG, Amedis, die Apotheke Dr. Schmid AG, die Apotheke Wilisau AG, die Beloga AG, die Bonirola SA, die Cosanum AG, die Curaden AG, die Disposan AG, die Globomedica AG, die Henry Schein Medical AG, die Kaladent AG, die Labor Team W AG, die Leimapharm AG, die M+W Dental Swiss AG, Medical Express Ärztegrosshandel Jona AG, die Medicasi AG, die Medicom Pharma AG, die Novadent AG, die Omni-

prax AG, die Opti Pharm AG, PharmaFocus, die Pharmamed AG, die Praximedico AG, die Praxipharm AG, die Privatklinikgruppe Hirslanden, RegioMed, die Rose Pharma SA, die Sanavision AG, die Spirig HealthCare AG, das Spital Zollikerberg, die Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG, die Spitalpharmazie Thurgau, die Victoria-Apotheke, Voigt und Zur Rose.³⁹

36. Am 2. November 2016 versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an die Rotpunkt Pharma AG mit der Frist zur Beantwortung desselben bis am 10. November 2016.⁴⁰ Ein weiteres Auskunftsbegehren mit entsprechender Frist ging an IMS Health GmbH.⁴¹

37. Am 3. November 2016 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an Apotheken mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 11. November 2016. Befragt wurden die Apotheke im Dorf, die Apotheke im Rheinpark und die Sternen Apotheke.⁴²

38. Am 3. November 2016 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 10. November 2016.⁴³

39. Am 31. Oktober 2016 erfolgten die Stellungnahme zum Auskunftsbegehren von Pharmamed AG sowie die Stellungnahmen in kurzer Form⁴⁴ von Amdipharm AG und Novadent AG. Am 1. November 2016 erfolgten die Stellungnahme von Leimapharm AG sowie die Stellungnahmen in kurzer Form von Cosanum AG, Kaladent AG und Labor Team W AG. Am 2. November 2016 erfolgten die Stellungnahmen von Aertzemedika AG, Opti Pharm

²² Stellungnahmen der Apotheken: act. 36, 44, 50; der Verbände: act. 45, 53 und 66; der Grossisten: act. 51, act. 52, act. 60 und act. 69/70.

²³ Stellungnahme von Interpharma (act. 94), PharmaSuisse (act. 78) und Voigt (act. 76).

²⁴ E-Mail vom 10.10.2016 (act. 81).

²⁵ Anzeige der Vollständigkeit der Meldung vom 26.9.2016 (act. 42).

²⁶ E-Mail vom 27.9.2016 (act. 48).

²⁷ Fristerstreckungsgesuch vom 29.9.2016 (act. 64).

²⁸ Stellungnahme vom 30.9.2016 (act. 73).

²⁹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³⁰ Schreiben betr. Einleitung einer Prüfung vom 14.10.2016 (act. 109).

³¹ Pressemitteilung vom 18.10.2016 (act. 116).

³² Schreiben betr. Ergänzungsfragen vom 20.10.2016 (act. 117a).

³³ Fristerstreckungsgesuch vom 21.10.2016 (act. 120).

³⁴ Stellungnahmen vom 24.10.2016 (act. 121) und 26.10.2016 (act. 124).

³⁵ Schreiben betr. Einleitung der vertieften Prüfung vom 21.10.2016 (act. 118).

³⁶ Akteneinsicht für die Zusammenschlussparteien vom 21.10.2016 (act. 119).

³⁷ Fristerstreckungsgesuch vom 25.10.2015 (act. 123).

³⁸ Fristerstreckung vom 28.10.2016 (act. 128).

³⁹ Auskunftsbegehren an Grossisten vom 28.10.2016 (act. 129).

⁴⁰ Auskunftsbegehren an Rotpunkt Pharma AG vom 2.11.2016 (act. 162).

⁴¹ Auskunftsbegehren an IMS Health GmbH vom 2.11.2016 (act. 160).

⁴² Auskunftsbegehren an Apotheken vom 3.11.2016 (act 190, 193 und 194).

⁴³ Auskunftsbegehren an Parteien vom 3.11.2016 (act. 192).

⁴⁴ Wie in Rz 190 unter Verweis auf Rz 35 erwähnt, wurden auch Unternehmen zum Zusammenschlussvorhaben befragt, bei welchen sich herausstellte, dass sie gar keine Grosshandelstätigkeit ausüben oder nur in sehr geringfügigem respektive spezialisierten Umfang. Diese Unternehmen wurden von der Pflicht zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens befreit, indem sie lediglich ein paar Fragen zu ihrer Tätigkeit und Beziehung zu den Zusammenschlussparteien beantworteten.

AG, Disposan AG und Spitalpharmazie Thurgau sowie die Stellungnahmen in kurzer Form von M+W Dental Swiss AG und Bonirola SA. Am 3. November 2016 erfolgten die Stellungnahmen von Aichele Medico AG, Medical Express Ärztegrosshandel Jona AG, Spital Zollikerberg, Spitaler Frutigen Meiringen Interlaken AG und PharmaFocus. Am 4. November erfolgten die Stellungnahmen von Victoria Apotheke, Medicom Pharma AG, Spirig HealthCare AG, Amedis und Zur Rose sowie die Stellungnahme in kurzer Form von Globomedica AG.⁴⁵

40. Nach Fristerstreckungen erfolgten am 7. November 2016 die Stellungnahmen zum Auskunftsbegehren von Apotheke Wilisau AG sowie die Stellungnahme in kurzer Form von Privatklinikgruppe Hirslanden. Am 8. November 2016 erfolgte die Mitteilung der Henry Schein Medical AG über deren Befinden in Liquidation. Am 9. November 2016 erfolgten die Stellungnahmen von Beloga AG, Apotheke Dr. Schmid AG und Sanavision AG, am 10. November 2016 jene von Praximedico AG und Rotpunkt Pharma AG sowie die Stellungnahme in kurzer Form von Curaden AG. Am 11. November 2016 nahmen Medicasi AG, Rose Pharma SA und RegioMed Stellung. Am 14. November 2016 erfolgte die Stellungnahme der Praxipharm AG, am 22. November jene von Voigt.⁴⁶

41. Mittels Auskunftsverfügung vom 16. November 2016 forderte das Sekretariat die IMS Health GmbH zur Stellungnahme im Sinne des Auskunftsbegehrens vom 2. November 2016 auf mit Frist bis am 28. November 2016.⁴⁷ Am 28. November 2016 erfolgte die Stellungnahme der IMS Health GmbH im Sinne des Auskunftsbegehrens.⁴⁸

42. Am 4. November 2016 erfolgten die Stellungnahmen zum Auskunftsbegehren von Sternen Apotheke, am 5. November 2017 diejenige der Apotheke im Rheinpark und am 11. November 2016 jene von Apotheke im Dorf und Apotheke im Rheinpark.⁴⁹

43. Am 10. November 2016 und (nach Fristerstreckung) am 14. November 2016 reichten die Zusammenschlussparteien Stellungnahmen auf die Auskunftsbegehren ein.⁵⁰

44. Am 10. November 2016 erfolgte die Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zur Beschlussbegründung.⁵¹ Mit E-Mail vom 17. November 2016 stellte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Ergänzungsfragen mit Frist zur Beantwortung bis am 23. November 2016.⁵² Die Stellungnahme erfolgte am 23. November 2016.⁵³

45. Am 9. Dezember 2016 wurden die Akten zugesandt, wobei einige Aktenstücke ausgeklammert wurden, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in der Geschäftsbereinigung befanden.⁵⁴

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

48. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

49. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

50. Das Zusammenschlussvorhaben ist als Kontrollenerwerb i.S. von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren, da Galaxis 100 % der Pharmapool Aktien übernehmen und somit die Kontrolle über die Pharmapool erhalten wird. [...] ⁵⁵

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

51. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

52. Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem

⁴⁵ Act. 145, act. 136, act. 141, act. 159, act. 156, act. 157, act. 154, act. 169, act. 176, act. 177, act. 174, act. 175, act. 165, act. 204, act. 207, act. 183, act. 206, act. 202, act. 214, act. 220, act. 217, act. 225, act. 224 und act. 220.

⁴⁶ Act. 234, act. 235 und 237, act. 247, act. 261, act. 259, act. 263, act. 276, act. 273, act. 292, act. 294, act. 293, act. 301 und act. 308.

⁴⁷ Auskunftsverfügung vom 16.11.2016 (act. 303).

⁴⁸ Stellungnahme von IMS Health GmbH vom 28.11.2016 (act. 326).

⁴⁹ Act. 216, act. 227 und act. 291.

⁵⁰ Stellungnahmen der Zusammenschlussparteien vom 10.11.2016 (act. 285) und (act. 296).

⁵¹ Stellungnahme betr. Beschlussbegründung vom 10.11.2016 (act. 280).

⁵² Ergänzungsfragen vom 17.11.2016 (act. 305).

⁵³ Stellungnahme zu den Ergänzungsfragen vom 23.11.2016 (act. 314).

⁵⁴ Akteneinsicht vom 9.12.2016.

⁵⁵ Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 20.5.2016, Galenica kauft in der Ostschweiz zu, <www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/akquisition-von-pharmapool-galenica-kauft-in-der-ostschweiz-zu-ld.83690> (22.9.2016).

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

53. Bei einem Kontrollerwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als

beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Vorliegend gelten somit Galexis bzw. die Galenica als auch Pharmapool als beteiligte Unternehmen. Die Meldung erfolgte durch Galenica für Galexis.⁵⁶

54. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Umsatzen-schwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG in casu erreicht werden. Das Zusammenschlussvorhaben war folglich meldepflichtig und wurde auch ordnungsgemäss gemeldet.⁵⁷

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen 2015

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz in CHF weltweit	Umsatz in CHF in der Schweiz
Galenica	3'791.6 Mio.	2'985.6 Mio.
Pharmapool	[...] Mio.	[...] Mio.
Total	[...] Mio.	[...] Mio.

Quelle: Angaben der meldenden Parteien

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

55. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

56. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

57. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potentiellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

58. Damit auf einem Markt der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, muss gemäss Bundesgericht ein marktbeherrschendes Unternehmen über die Möglichkeit verfügen, bereits bestehende Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten.⁵⁸ Die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt

in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.

59. Um dies beurteilen zu können, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Vorbemerkungen

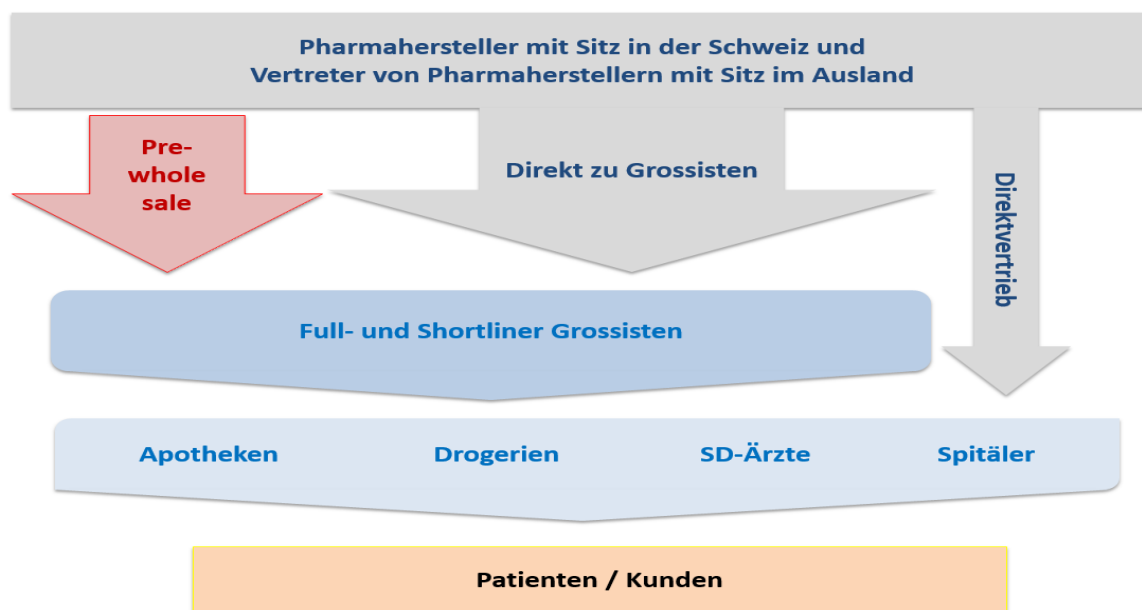
60. Der Vertrieb von Pharmaprodukten erfolgt über verschiedene Stufen und kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

⁵⁶ Meldung Rz 16 unter Verweis auf Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.1, *Publigroupe SA/WEKO*; bestätigt durch das Urteil des BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E.3.3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁷ Vgl. dazu vorne, Rz 26.

⁵⁸ Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, E. 6.4, *WEKO/Berner Zeitung AG und Tamedia AG*.

Abbildung 2: Arzneimitteldistribution in der Schweiz



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

61. Die Produkte werden von Pharmaherstellern und Importeuren⁵⁹ direkt oder via Prewholesale in Umlauf gebracht, die Grossisten wiederum übernehmen die Feinverteilung zu Apotheken, Drogerien, SD-Ärzten, Spitälern und Heimen.

62. Prewholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte. Gewisse Pharmahersteller konzentrieren sich auf ihr Kerngeschäft, die Forschung und Entwicklung von Arzneimitteln, und lagern andere Tätigkeiten aus. Das Hauptangebot der Prewholesaler besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik.⁶⁰ Daneben können Prewholesaler den Pharmaherstellern verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie z.B. die Abwicklung des Bestellwesens, Rechnungsstellung, Inkasso oder die Übernahme des Delkredererisikos (auch Debitorenrisiko).⁶¹

63. Hersteller, die Prewholesale-Dienstleistungen für ihre Produkte in Anspruch nehmen, arbeiten jeweils ausschliesslich mit einem Prewholesaler zusammen. Dies bedeutet für Grossisten, dass der Bezug der entsprechenden Medikamente nur über den jeweiligen Prewholesaler möglich ist. Die Hersteller betreiben kein eigenes Lager mehr, bleiben aber Vertragspartner der Grossisten.⁶²

64. In Zusammenhang mit dem Vertrieb von Arzneimitteln bilden die Pharmagrossisten das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellern und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Feinverteilung der Arzneimittel an die einzelnen Abnehmer. Die Grossisten lagern die Arzneimittel in Distributionszentren und beliefern den Detailhandel. Als Abnehmer der Grossisten figurieren Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler und Heime. Um eine Tätigkeit als Grossist aufnehmen zu können, bedarf es einer Bewilligung der Swissmedic.⁶³

65. Die klassischen Pharmagrossisten gemäss bisheriger Praxis verfügen über ein Vollsortiment (Vollgrosstist),

so dass sie in der Lage sind, jedes nachgefragte Medikament innert kürzester Zeit zu liefern. In der Regel beliefern die Vollgrosstisten auch sämtliche Abnehmerkanäle. Neben diesen klassischen Vollgrosstisten sind Grossisten tätig, welche über ein beschränktes Sortiment verfügen, die sogenannten „Shortliner“. Einige derselben konzentrieren sich auf relativ teure und deshalb lukrative Medikamente, welche sie zu tieferen Preisen als der Vollgrosstist anbieten.⁶⁴

66. Im Rahmen der Befragung der Grossisten (vorne Rz 27, 35) hat sich gezeigt, dass ca. die Hälfte der befragten Grossisten mehrere Abnehmerkanäle beliefert. Der Vorteil der Belieferung von mehreren liegt darin, dass Synergien genützt werden können. Darunter fallen v.a. logistische Vorteile, der Bezug von grösseren Einkaufsvolumen und die daraus folgenden Kostensenkungen. Zudem können wirtschaftliche Schwankungen der einzelnen Kanäle besser aufgefangen werden. Dabei weist jeder Kanal unterschiedliche Eigenheiten auf, auf welche die Grossisten individuell eingehen müssen.

⁵⁹ Vgl. hierzu Art. 5, 18 und 34 des Bundesgesetzes vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21), wonach Firmen, welche Arzneimittel herstellen oder damit Handeln eine Betriebsbewilligung der Swissmedic benötigen.

⁶⁰ Siehe zum Ganzen ausführlich RPW 2015/3, 365 Rz 23, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

⁶¹ Vgl. RPW 2009/2, 178 Rz 36, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm*.

⁶² Vgl. RPW 2015/3, 365 Rz 24 f., *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

⁶³ Vgl. hierzu Fn 59; Siehe auch Merkblatt der Swissmedic unter <https://www.swissmedic.ch/bewilligungen/00155/00241/00260/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,Inp6I0NTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z26gpJCDdH17fGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->>.

⁶⁴ RPW 2006/3, 500 Rz 15 ff., *Galenica/Unione*.

67. Gewisse Grosshändler haben sich darauf spezialisiert, Arzneimittel nur an SD-Ärzte zu liefern. Dabei sind einige dieser Unternehmen auf Grossistenstufe angesiedelt (Ärztgrossisten), andere, kleinere Ärztgrossisten, beziehen ihre Arzneimittel teilweise von anderen Grossisten und sind diesbezüglich in der Arzneimittel-distribution als Zwischenstufe zwischen den Grossisten und den SD-Ärzten einzuordnen. Die meisten Ärztgrossisten verfügen über ein auf die jeweiligen Ärztinnen und Ärzte bezogenes Vollsortiment.

68. Schliesslich vertreiben Hersteller und Importeure ihre Produkte teilweise auch direkt. Der Direktvertrieb ist insbesondere im Bereich der Spitäler üblich. Dies liegt daran, dass Spitäler über ein grosses Einkaufsvolumen und entsprechende eigene Lagerkapazitäten verfügen. Für die Hersteller ist eine direkte Belieferung der Spitäler insbesondere auch deshalb attraktiv, als eine einmal mit einem Medikament begonnene Behandlung in der Regel mit dem entsprechenden Medikament fortgesetzt wird. Auch Marketingaspekte spielen eine Rolle. Die Hersteller liefern aber auch in anderen Bereichen direkt an die Detailhandelsstufe, beispielsweise an Apothekenketten oder an Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften

von unabhängigen Apotheken. Gewisse Hersteller liefern teilweise sogar an einzelne Apotheken oder SD-Ärzte. Im Bereich der SD-Ärzte wird jedoch hauptsächlich an Fachärzte direkt geliefert, da diese kein Vollsortiment benötigen.⁶⁵

69. Der Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln ist seit dem Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes⁶⁶ im Jahr 2001 gemäss Art. 27 Abs. 3 HMG und Art. 29 der Arzneimittelverordnung vom 17.10.2001 (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21) zulässig. Voraussetzung dafür ist eine kantonale Detailhandelsbewilligung zur Führung einer öffentlichen Apotheke (Art. 27 Abs. 4 HMG und Art. 29 Abs. 1 VAM). Der Versandhandel ist etabliert. Die Versandhandelsapotheken beziehen ihre Arzneimittel zum grössten Teil direkt von den Herstellern und Importeuren, teilweise aber auch von Grossisten.⁶⁷

70. Die Bedeutung der einzelnen Abnahmekanäle auf Detailhandelsstufe lässt sich folgender Tabelle entnehmen. Sie gibt an, welcher Anteil an den insgesamt vertriebenen Arzneimitteln im Jahr 2015 gemessen am Wert Ex-Factory in Mio. CHF in welchen Kanal geflossen ist.

Tabelle 2: Belieferungsanteil pro Kanal (Marktvolumen zu Fabrikabgabepreisen) 2015

	in Mio. CHF	in %
Apotheken	2800	52,34
SD-Ärzte	1300	24,30
Spitäler	1190	22,24
Drogerien	70	1,31
Total	5350	100.00

Quelle: Interpharma⁶⁸; Aufstellung: Sekretariat

B.4.2 Relevante Märkte

71. Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden in der vertieften Prüfung dahingehend geprüft, ob der Zusammenschluss auf den relevanten Märkten zu einer Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder kollektiven marktbeherrschenden Stellung führt. Sodann ist zu beurteilen, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG).

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

73. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte sind primär die Geschäftsbereiche, in denen Galaxis und Pharmapool tätig sind, und damit der Grosshandel mit Arzneimitteln sowie der Verkauf von Arzneimitteln an Konsumenten seitens Apothe-

ken infolge Übernahme auch der Zentralapotheke. Darüber hinaus werden vom Zusammenschlussvorhaben aber auch weitere Bereiche, in denen die Galenica über Tochtergesellschaften tätig ist, berührt und daher nachfolgend einer Analyse unterzogen (vgl. nachstehend). Die Geschäftsbereiche, in welchen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weiterhin eigenständig Produkte und Dienstleistungen anbieten und auf welche das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen hat, werden vorliegend nicht geprüft. Nicht betroffen⁶⁹ und damit von der Analyse ausgenommen werden kann somit vorliegend der Bereich Pharma sowie der Bereich Products and Brands der Galenica-Gruppe.⁷⁰

⁶⁵ Vgl. bspw. act. 82; ähnlich bereits RPW 2006/3, 500 Rz 19, *Galenica/Unione*.

⁶⁶ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).

⁶⁷ Vgl. RPW 2006/3, 500 f. Rz 14 ff., *Galenica/Unione*.

⁶⁸ Interpharma, Studie zum Pharmamarkt der Schweiz 2016, S. 19, <http://www.interpharma.ch/sites/default/files/pharmamarkt_schweiz_2016_d_ds_0.pdf> (zuletzt besucht am 12.10.2016).

⁶⁹ Ergebnis der vorläufigen Prüfung.

⁷⁰ Vgl. Organigramm gemäss Abbildung 1.

74. Die Marktanteilsangaben für die übrigen Bereiche für das Jahr 2015 gemäss Meldung können der folgenden Übersicht entnommen werden. Aus dieser werden die vorliegend betroffenen Märkte ersichtlich, auf welche im

Rahmen der Prüfung und damit nachfolgend eingegangen wird.

Tabelle 3: Marktanteile der Zusammenschlussparteien 2015 (gemäss Meldung)

Markt	Marktanteil		Betroffener Markt	Marktanteil-saddition
	Galenica-Gruppe	Pharmapool		
Pharmagrosshandel				
Pharmagrosshandel im Apothekenkanal	[40-50] %	[0-5] %	Ja	Ja
Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal	[20-30] %	[5-10] %	Ja	Ja
Pharmagrosshandel im Drogeriekanal (Umsatz mit Arzneimitteln)	[40-50] %	0 %	Ja	Nein
Pharmagrosshandel im Drogeriekanal (gesamter Umsatz)	[10-20] %	0 %	Nein	Nein
Detailhandel				
Zugang zum Vertriebskanal Apotheken (national, nach Anzahl Apotheken)	[10-20] %	[0-5] %	Nein	Ja
Zugang zum Vertriebskanal Apotheken (lokal, nach Anzahl Apotheken)	[20-30] %	[10-20] %	Ja	Ja
Blistering				
Individuelle Medikamentenverblisterung	[20-30] %	0 %	Nein	Nein

Quelle: Marktanteile gemäss Meldung; Aufstellung: Sekretariat

75. Gemäss Bundesverwaltungsgericht erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines abgesetzten Produktes.⁷¹ Massgebend ist dabei, welche Waren und Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und dem vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden. Massgebend ist demzufolge, welche Produkte aus Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird,

andererseits ist eine bloss teilweise gegebene Austauschbarkeit nicht ausreichend.⁷²

B.4.3 Sachlich relevante Märkte

76. Der sachlich relevante Markt umfasst wie erwähnt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

⁷¹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. V.1.3.a, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁷² Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. V.1.3.d, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

B.4.4 Pharmagrosshandel

B.4.4.1 Einleitung

77. Aus der Funktion der Pharmagrossisten ergibt sich, dass diese einerseits ihren Lieferanten und andererseits ihren Abnehmern gegenüberstehen. Als Marktgegenseite sind daher einerseits die Hersteller und Importeure von Medikamenten, denen die Grossisten einen Vertriebskanal für ihre Produkte anbieten, sowie andererseits ihre Abnehmer bestehend aus Spitälern, Apotheken, SD-Ärzten, Heimen und Drogerien zu betrachten.

78. In früheren allerdings vorläufigen Prüfungen von Unternehmenszusammenschlüssen im Bereich des Gesundheitswesens differenzierte die WEKO in Bezug auf den Grosshandel von Medikamenten entsprechend den unterschiedlichen Bedürfnissen der Abnehmer nach Kanälen und grenzte die Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, SD-Ärzt kanal, Spital kanal und Drogerie kanal voneinander ab.⁷³ Diese Abgrenzung dient vorliegend als Ausgangspunkt der Markt abgrenzung im Bereich des Pharmagrosshandels.

79. Ähnlich aber noch enger erfolgt die Markt abgrenzung durch die Europäische Kommission im Bereich Grosshandel mit Arzneimitteln. In Hinblick auf die sachliche Dimension wird in der Praxis der Europäischen Kommission der Grosshandel mit Arzneimitteln gestützt auf drei Kategorien in Märkte unterteilt: (i) nach **Grosshändlern** (Fullliner und Shortliner); (ii) nach **Produkten** (basierend auf dem Umstand, ob das Medikament rezeptpflichtig ist oder nicht, ob es sich um ein Original, Generika oder parallel importiertes Medikament handelt und ob die Medikamente nur in Apotheken unter Aufsicht eines Apothekers verkauft werden oder auch in anderen Geschäften); und (iii) nach **Abnehmern** (Apotheken, SD-Ärzte und Spitäler) basierend auf den verschiedenen Einkaufs- und Zustellungsgewohnheiten.⁷⁴

80. Die Zusammenschlussparteien bringen in ihrer Meldung vor, dass im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal neben den Vollgrossisten auch Shortliner und Hersteller die Apotheken mit Arzneimitteln beliefern.⁷⁵

81. Bezüglich des Pharmagrosshandels im SD-Ärzt kanal wird vorgebracht, dass aus Sicht der SD-Ärzte die unterschiedlichen Bezugsmöglichkeiten für Arzneimittel weitgehend substituierbar seien. Neben den Ärzt grossisten würden Vollgrossisten und Shortliner aber auch Hersteller die SD-Ärzte mit Arzneimitteln beliefern.⁷⁶

B.4.4.2 Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

82. 52,34 % der wertmässig in der Schweiz abgegebenen Arzneimittel werden von Apotheken verkauft.⁷⁷ Die Abgabe von Arzneimittel an Konsumenten ist Kernkompetenz der Apotheken. Sie fragen ihrerseits die Belieferung mit Arzneimitteln nach und stellen damit eine der zentralen Marktgegenseiten des Grosshandels dar.

83. Apotheken verfügen über ein geschätztes durchschnittliches Sortiment von 15'000 bis 20'000 Artikeln und müssen in der Lage sein, dem Kunden jedes nachgefragte Arzneimittel ob an Lager oder nicht innert kurzer Zeit abzugeben. Aufgrund der Sortimentsbreite von Apotheken, ihrer hohen Erwartungen betreffend Lieferbereitschaft/-frequenz (in der Regel zwei Belieferungen

täglich von Montag bis Samstag) sowie letztlich beschränkter eigener Lagerkapazitäten ergeben sich ihrerseits hohe Ansprüche an die sie beliefernden Anbieter. Letztere müssen ihrerseits über ein breites Sortiment, einen Grossteil davon an Lager, verfügen und in der Lage sein, den Apotheken jedes nachgefragte Arzneimittel innert kurzer Zeit zu liefern.

84. Diese Ansprüche, insbesondere in Sachen Sortiment, sind praktisch nur von Vollgrossisten zu erfüllen. So bietet beispielsweise Galexis ein Vollsortiment mit über 100'000 Artikeln an, wovon über 80'000 referenziert und über [...] ab Lager erhältlich sind. Aufgrund der eigenen Sortimentsbreite wäre es für eine Apotheke schon aus rein logistischen Gründen nicht praktikabel, sämtliche Produkte direkt beim Hersteller oder anderen kleineren Anbietern wie Shortlinern, Ärzt grossisten etc. einzukaufen. Die Lagerbewirtschaftung würde viel zu aufwändig. Die im Rahmen der vertieften Prüfung befragten Apotheken haben denn auch bekräftigt, dass ein gänzlicher Verzicht auf Bezüge von Vollgrossisten nicht praktikabel wäre. Typischerweise arbeiten Apotheken entsprechend primär [...] mit einem einzigen Vollgrossisten (Galexis, Amedis, Voigt, PharmaFocus) zusammen.

85. In Zahlen haben die Erhebungen folgende wertmässigen Belieferungsanteile in Bezug auf Apotheken ergeben: [60-70] % ihrer Medikamente bei einem Vollgrossisten, [5-10] % von Herstellern und [30-40] % über andere Kanäle (Shortliner, Ärzt grossisten, Einkaufsorganisationen).

86. Diese Zahlen unterscheiden sich kaum von den im Jahre 2005 erhobenen⁷⁸. Auch aus ihnen ergibt sich, dass für Apotheker das Angebot der (Voll-)Grossisten grundsätzlich nicht durch Direktlieferungen von Herstellern/Importeuren oder aber durch Belieferungen durch andere Anbieter zu ersetzen ist. Apotheken decken einen überwiegenden Anteil der Nachfrage typischerweise über einen einzigen Vollgrossisten. Sofern es überhaupt zu Bezügen von weiteren Grossisten oder direkt von den Herstellern kommt,⁷⁹ so erfolgen diese höchstens ergänzend und sind damit komplementär zur Belieferung durch einen Vollgrossisten.

87. Zusammenfassend kann damit an der einleitend dargelegten Praxis der WEKO und damit grundsätzlich an einer Unterscheidung in Bezug auf den Pharmagrosshandel nach Kanälen festgehalten werden. Es ist von einem sachlich relevanten **Markt des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal** auszugehen. Inwiefern auch die übrigen Kanäle nach wie vor eigene sachlich relevante Märkte darstellen, wird, soweit für vorliegende Prüfung relevant, nachfolgend zu prüfen sein.

⁷³ RPW 2006/3, 502 Rz 29, *Galenica/Unione*.

⁷⁴ Case M.7818 – *McKesson/UDG Healthcare* (Pharmaceutical Wholesale and Associated Businesses), Rz 15; Case M.7494 – *Brocacef/Mediq Netherlands*, Rz 15.

⁷⁵ Meldung Rz 130.

⁷⁶ Meldung Rz 178.

⁷⁷ Interpharma, *Pharma-Markt Schweiz* 2016, 27.

⁷⁸ Vgl. RPW 2006/3, 501 Rz 25, *Galenica/Unione*.

⁷⁹ [...].

B.4.4.3 Pharmagrosshandel im Drogeriekanal

88. Der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens betrachtete sachlich relevante Markt des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal umfasst die Belieferung von Drogerien mit Arzneimitteln. Dabei ist zu beachten, dass Drogerien nur Arzneimittel der Swissmedic-Klassen D und E, nicht jedoch der Klassen A, B und C verkaufen dürfen (vgl. Art. 25 HMG). Letztere sind bis jetzt noch den Apotheken vorbehalten.⁸⁰ Die Zusammenschlussparteien bringen hingegen eine alternative Betrachtungsweise vor, in welcher auch Umsätze mit weiteren Produkten als lediglich Arzneimitteln betrachtet werden.

89. Für die Zwecke der vorliegenden Prüfung wird grundsätzlich an der bisherigen Praxis und damit der Bezugnahme auch bei Drogerien ausschliesslich auf Arzneimittel im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes festgehalten. Dies da sich Drogerien für einen Bezug von Arzneimitteln an einen der hier interessierenden Grosshändler mit Swissmedic-Bewilligung⁸¹ wenden müssen, welche ihrerseits primär Arzneimittel vertreiben.

90. Bereits 2006 wurde festgehalten, dass Drogerien 90 % ihrer Medikamente über Grossisten und ungefähr 10 % direkt von den Herstellern oder Importeuren beziehen.⁸² Im Jahr 2015 wurden 1,2 % des Medikamentenmarkts über Drogerien vertrieben.⁸³ Der Fokus von Drogerien liegt eher auf parapharmazeutischen Produkten und Kosmetika. In Zusammenhang mit dem Vertrieb von Medikamenten setzen Drogerien eine vernachlässigbare Menge ab. Folglich ist von einem sachlich relevanten **Markt des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal** auszugehen.

B.4.4.4 Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal

91. Die Zuständigkeit zur Regelung der Selbstdispensation liegt bei den Kantonen (vgl. Art. 37 Abs. 3 KVG⁸⁴ und Art. 24 Abs. 1 Bst. b HMG) und ist in den kantonalen Gesundheitsgesetzen geregelt. Hinsichtlich der Abgabesysteme bestehen kantonale Unterschiede. In den Kantonen Basel-Land, Solothurn, Luzern, Obwalden, Nidwalden, Uri, Zug, Schwyz, Zürich, Schaffhausen (ab 2018), Thurgau, St. Gallen, Appenzell-Aussenroden, Appenzell-Innenroden und Glarus können Ärztinnen und Ärzte mittels Bewilligung zur Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ermächtigt werden. Demgegenüber besteht in den Kantonen Aargau, Basel-Stadt, Genf, Waadt, Neuenburg, Freiburg, Jura, Wallis und Tessin keine Selbstdispensation. In den Kantonen Bern und Graubünden darf im Sinne eines sogenannten Mischsystems die Abgabe durch gewisse Ärztinnen und Ärzte erfolgen.

92. 24,30 % der in der Schweiz verkauften Medikamente werden durch SD-Ärzte abgegeben (vgl. Tabelle, Rz 70). Im Unterschied zu den Apotheken handelt es sich bei der Abgabe von Medikamenten nicht um die Kernkompetenz der Ärztinnen und Ärzte. Deren Fokus liegt bei der Behandlung von Patienten. Dementsprechend haben Ärztinnen und Ärzte keine bzw. äusserst kleine Lagerkapazitäten. Daneben versuchen sie den Lagerwert tief zu halten, weshalb sie in der Regel nur kleine Stückzahlen pro Mal bestellen. Für SD-Ärzte ist somit ent-

scheidend, dass sie montags bis freitags täglich mit Arzneimitteln beliefert werden.

93. Zur Rose beliefert ausschliesslich SD-Ärzte und ist daher als klassische Ärztgrossistin zu betrachten. Ihr Sortiment umfasst 40'000 Artikel, wovon 11'900 Produkte Medikamente ausmachen.⁸⁵ Zur Rose führt in Bezug auf SD-Ärzte ein Vollsortiment, im Vergleich zu einer Vollgrossistin wie Galexis fällt das Sortiment von Zur Rose jedoch [...] kleiner aus (vgl. Rz 84). Nicht nur das Sortiment und damit einhergehend die Lagerkapazitäten eines reinen Ärztgrossisten sind kleiner als bei einem Apothekengrossisten. Der Grosshandel gegenüber der Ärzteschaft ist auch dienstleistungsintensiver. Ein Ärztgrossist ist darauf spezialisiert, SD-Ärzte auf deren Bedürfnisse zugeschnitten zu beraten, weshalb ein SD-Grossist auch einige Besuche pro Jahr bei einer Ärztin oder einem Arzt vornimmt. So bieten Ärztgrossisten Dienstleistungen an wie z.B. Spezialretouren-Regelungen oder Apothekenmanagement, welche separat vergütet werden.

94. Solche speziellen Dienstleistungen können faktisch nur von Grossisten, insbesondere durch spezialisierte Ärztgrossisten, erbracht werden. Hersteller wären nicht in der Lage, jedem Arzt, welchen sie mit ihren Arzneimitteln beliefern, zusätzlich noch auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Dienstleistungen anzubieten. Hinzu kommt, dass ein Hersteller anders als ein Ärztgrossist nicht das ganze von Ärztinnen und Ärzten benötigte Sortiment führt. Insbesondere Allgemeinpraktiker benötigen ein relativ breites Sortiment. Zwar haben Hersteller wie Mepha oder Sandoz ein breites Generikasortiment und beliefern ihrerseits SD-Ärzte. Ein Arzt führt jedoch vorwiegend Originalpräparate im Sortiment, so dass er zwingend mit einem SD-Grossisten arbeiten muss. Überdies ist der Bezug direkt ab Hersteller für einen Arzt nur rentabel, wenn er grosse Mengen eines Medikamentes bei diesem bestellt, was bei einer Durchschnittspraxis nicht der Fall sein wird, ausser es handelt sich um ein äusserst teures Medikament. Abgesehen davon beliefern gewisse Hersteller Ärztinnen und Ärzte nicht direkt mit ihren Arzneimitteln.

95. Gemäss den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Angaben decken Ärztinnen und Ärzte ihren Medikamentenbedarf denn auch hauptsächlich jeweils über einen einzigen SD-Grossisten. So beziehen [40-50] % der SD-Ärzte die benötigten Medikamente von spezialisierten Ärztgrossisten. [20-30] % der Arzneimittel beziehen die Ärztinnen und Ärzte von Vollgrossisten und [20-30] % werden durch die Hersteller direkt an die SD-Ärzte geliefert.

⁸⁰ Drogerien werden durch das revidierte Heilmittelgesetz zukünftig mehr Kompetenzen erhalten (s.a. Meldung Rz 90).

⁸¹ Vgl. Rz 153.

⁸² RPW 2006/3, 502, Rz 27, *Galenica/Unione*.

⁸³ Interpharma, Studie zum Pharmamarkt der Schweiz 2016, S. 19, <http://www.interpharma.ch/sites/default/files/pharmamarkt_schweiz_2016_d_ds_0.pdf> (zuletzt besucht am 12.10.2016).

⁸⁴ Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

⁸⁵ Zur Rose, <https://www.zurrose.ch/de/a-umfassendes-sortiment> (zuletzt besucht 3. Juli 2017).

96. Im Allgemeinen sind Ärztinnen und Ärzte eher treue Kunden. Dies hängt damit zusammen, dass ihre primäre Dienstleistung nicht der Verkauf von Medikamenten ist, sondern die Behandlung des Patienten. Lieferungen durch Voll- und Shortliner oder Hersteller dienen nur zur Ergänzung des Sortiments, vermögen aber die spezialisierten Dienstleistungen eines SD-Grossisten nicht zu ersetzen.

97. Zusammenfassend stellen Direktlieferungen durch Pharmahersteller kein vollständiges Substitut für die Dienstleistungen von Pharmagrossisten im SD-Ärzt kanal dar. Jedoch wird der Umstand, dass SD-Ärzte – in Ergänzung des Bezugs über einen Grossisten – zumindest die Möglichkeit haben, einen Teil des Medikamentenbedarfs direkt bei gewissen Herstellern zu beziehen, bei der Frage der Stellung der Marktgegenseite berücksichtigt. Es wird aufgrund des oben Gesagten und in Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO von einem sachlich relevanten Markt des **Pharmagrosshandels im SD-Ärzt kanal** ausgegangen.

B.4.5 Detailhandelsstufe

B.4.5.1 Zugang zum Vertriebskanal Apotheken

98. Wie erwähnt werden in der Schweiz über die Hälfte aller Arzneimittel (ca. 52 % im Jahr 2015, vgl. Tabelle, Rz 70) durch Apotheken an die Endkonsumenten abgegeben. Apotheken stellen die Grundversorgung mit Medikamenten sicher. Daneben bieten Apotheken zwar auch andere Produkte des Gesundheitsbereichs an (wie a) Körperpflege, Kosmetik, Parfum, b) Ernährung und c) Patientenpflege; Unterteilung nach Sortiment). Nach wie vor entfällt indes der grösste Teil des Umsatzes auf Arzneimittel⁸⁶ und diese sind in der Regel auch der Grund für das Aufsuchen einer Apotheke seitens der Konsumenten. Nachfolgend interessiert damit der Markt für Arzneimittel, welcher von Seiten der WEKO bislang weiter unterteilt wurde. Kunden und damit Marktgegenseite der Apotheken sind vorwiegend Privatpersonen. Daneben versorgen gewisse Apotheken auch Heime.

99. Für die weitere Unterteilung des Marktes für Arzneimittel hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis auf die Frage der Rezept- und der Kassenpflicht eines Arzneimittels abgestellt.⁸⁷ Auch wenn die Zusammenschlussparteien eine Lockerung der Abgabesysteme mit Einführung des neuen Heilmittelgesetzes geltend machen, so ist aktuell mit der geltenden Rechtslage nach wie vor von Folgendem auszugehen:

100. Grundsätzlich sind für die Konsumenten die verschiedenen Abgabestellen von Arzneimitteln bereits aufgrund der Rezeptpflicht eines Grossteils der Arzneimittel nicht substituierbar. So können Arzneimittel der Abgabekategorien A, B und C grundsätzlich nur in Apotheken bzw. je nach Kanton auch bei einem SD-Arzt bezogen werden. Auch Spitäler geben Arzneimittel dieser drei Kategorien ab. Drogerien können gegenwärtig Arzneimittel erst ab der Kategorie D und E verkaufen, ausschliesslich letztere sind ausserdem auch im übrigen Handel ohne fachliche Beratung erhältlich.

101. Neben dem Umstand, dass der Konsument nicht alle Arzneimittel überall bekommt, spielt die Frage der Kassenpflicht⁸⁸ für diesen und damit für die Marktabgrenzung eine entscheidende Rolle. Denn unabhängig

der eigentlichen Kategorie und Rezeptpflicht eines Arzneimittels ist für die Abrechnung zulasten der Krankenkassen stets die Ausstellung eines Rezeptes notwendig.

102. Folglich bleibt dem Konsumenten bei rezept- und kassenpflichtigen Medikamenten nur die Wahl des Bezugs von Apotheken, SD-Ärzten und Spitalern. Da die Abgabe in Spitalern indes eine Hospitalisierung voraussetzt⁸⁹ und auch der Besuch eines Arztes in der Regel mit einer Konsultation verbunden sein wird⁹⁰, stellen sie keine vollwertigen Substitute zum Bezug eines Arzneimittels ab Apotheke dar. Dies gilt auch für den Versandhandel mit Arzneimitteln, welchen die Zusammenschlussparteien als substituierbar ansehen.⁹¹

103. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen Versandapotheken selbst rezeptfreie Medikamente (Arzneimittelkategorien C und D) nur nach Vorlage eines ärztlichen Rezepts versenden. Die Verschreibung durch den Arzt setze voraus, dass dieser den Patienten und seinen Gesundheitszustand kenne. Ein Gesundheitsfragebogen und die blosser Möglichkeit zur Kontaktaufnahme des Konsumenten mit dem Arzt genügen nicht.⁹²

104. Für die vorliegende Prüfung kann folglich an der oben dargelegten, bisherigen Praxis der WEKO festgehalten werden. Es wird von einem Markt „**Zugang zum Vertriebskanal Apotheken**“ (= Apotheken Absatzmarkt) ausgegangen.

B.4.5.2 Individuelle Medikamentenverblisterung

105. Allgemein wird im Gesundheitswesen die Verpackung von Medikamenten, welche dem Verwender erlaubt, das Medikament zu sehen, als (Medikamenten-)Blister bezeichnet. So werden insbesondere Medikamente in Tabletten- respektive Kapselform bereits vom Hersteller in Blisterverpackungen abgefüllt.

106. Individuelles Medikamentenblistering ist eine Dienstleistung, bei welcher eine auf spezifische Patienten abgestimmte individuelle Verblisterung erfolgt. Medikamente, welche gleichzeitig eingenommen werden müssen, werden in einem Beutel verpackt. Die einzelnen Beutel werden dabei mit dem Namen des Patienten versehen, dem Einnahmezeitpunkt und Angaben zu den einzunehmenden Medikamenten. Dies erleichtert die Medikamentenabgabe respektive -einnahme insbesondere bei Patienten, welche über einen längeren Zeitraum eine Vielzahl verschiedener Medikamente einnehmen müssen.

⁸⁶ Meldung Rz 77.

⁸⁷ Vgl. RPW 2009/2, 177 Rz 26 ff., *Sun Store SA/Aristea SA/Distribpharm SA/Galenica AG*.

⁸⁸ Vergütet werden grundsätzlich die auf der Spezialitätenliste gelisteten Arzneimittel (vgl. Art. 22 ff. VAM); siehe auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG.

⁸⁹ Vgl. entsprechend RPW 2009/2, 177 Rz 29, *Sun Store SA/Aristea SA/Distribpharm SA/Galenica AG*.

⁹⁰ Auch ist die Selbstdispensation nicht in der ganzen Schweiz zulässig (vgl. vorne, Rz 91).

⁹¹ Meldung Rz 80 ff. Zu unserer bisherigen Praxis vgl. RPW 2005/4, 644 Rz 55, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

⁹² Vgl. BGE 142 II 80, 86 f. E. 4.2 ff.

107. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien haben sich diverse Unternehmen auf eine individuell auf den jeweiligen Patienten abgestimmte Verblisterung von Medikamenten spezialisiert. Die individuelle Verblisterung von Medikamenten sei nicht durch die industrielle Verblisterung oder andere Verpackungsarten substituierbar. Entsprechend wird nachfolgend ein separater sachlich relevanter Markt für **individuelle Medikamentenverblisterung** betrachtet.

B.4.6 Räumlich relevante Märkte

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

109. In Hinblick auf die räumliche Dimension hat die Europäische Kommission regelmässig ausgeführt, dass der Markt für Grosshandel mit Arzneimitteln basierend auf dem Stellenwert, welcher der Abnehmer der Häufigkeit und Schnelligkeit der Zustellung von Medikamenten zumisst, national oder regional abzugrenzen sei.⁹³

B.4.6.1 Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

110. Die Tatsache, dass Apotheken von deren Pharmagrossisten in der Regel zweimal täglich von Montag bis Samstag beliefert werden – und somit auch Lieferungen zu Hauptverkehrszeiten zu erfolgen haben – stellt hohe Anforderungen an die Logistik von im Apothekenkanal tätigen Pharmagrossisten (vgl. auch vorne, Rz 83). Jedoch sind die Marktteilnehmer in der Lage, von einem oder wenigen Standorten aus Apotheken in der ganzen Schweiz zu beliefern.⁹⁴ So ist die WEKO bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.⁹⁵ Zumal sich im Rahmen der vertieften Prüfung keine gegenteiligen Entwicklungen ausmachen liessen, wird für die Zwecke der nachfolgenden Analyse praxismässig von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.

B.4.6.2 Pharmagrosshandel im Drogeriekanal

111. Gemäss Praxis der WEKO wurde der räumlich relevante Markt national definiert.⁹⁶ Es gibt keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen.

B.4.6.3 Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal

112. Im Vergleich zum Pharmagrosshandel im Apothekenkanal ist die Logistik hinsichtlich Lieferfrequenz und Lieferzeiten tendenziell weniger anspruchsvoll. SD-Ärzte erhalten typischerweise tägliche lediglich eine Lieferung von Montag bis Freitag. Diese können zudem auch zu Randzeiten erfolgen.

113. In ihrer bisherigen Praxis ist die WEKO bezüglich des Pharmagrosshandels im SD-Ärzt kanal von einem nationalen Markt ausgegangen. Dabei wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass kein Zusammenhang zwischen dem Nachfrageverhalten der SD-Ärzte und der geographischen Lokalisierung der Anbieter bestehe. Allerdings wurde auf sprachregionale Unterschiede im Nachfrageverhalten hingewiesen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Tessin Ärztinnen und Ärzte nicht zur Selbstdispensation berechtigt sind.⁹⁷

114. Die bisherige Hypothese eines nationalen Marktes des Pharmagrosshandels im SD-Ärzt kanal ist vorlie-

gend insofern zu relativieren, als dass SD-Kantone derzeit ausschliesslich in der Deutschschweiz vorzufinden sind. Zwar beliefern im SD-Ärzt kanal tätige Pharmagrossisten teilweise auch Ärztinnen und Ärzte in Kantonen, in welchen Selbstdispensation nicht erlaubt ist. Es handelt sich hierbei insbesondere um Lieferungen von Notfallmedikamenten, von durch den Arzt applizierten Medikamenten und Verbrauchsmaterial. Solche Lieferungen manchen zudem nur einen geringen Anteil am Gesamtvolumen aus. Beispielsweise beliefert sogar Galaxis [...] Ärzte im Kanton Tessin. Somit können aus diesem Umstand nur bedingt Rückschlüsse auf die Frage gemacht werden, ob allenfalls auch sprachregionale Märkte denkbar wären. Entsprechend ist gerade bei ausschliesslich im SD-Ärzt kanal tätigen Pharmagrossisten die Logistik im Wesentlichen auf die Belieferung der Deutschschweiz ausgerichtet. So ist es bei diesen fraglich, ob eine flächendeckende Belieferung von Ärzten ausserhalb der Deutschschweiz – beispielsweise im Falle von Zur Rose mit deren Logistikzentrum in Frauenfeld – mit der bestehenden Infrastruktur möglich wäre.

115. Die gegenwärtigen Belieferungsgebiete der Zusammenschlussparteien Galaxis/Pharmapool und der Zur Rose, als grösster Konkurrentin, stellen sich unter Verwendung deren Kundenangaben graphisch wie folgt dar:

[Abbildungen 3 bis 6: Graphiken der Belieferungsgebiete der drei Pharmagrossistinnen je einzeln und überlappend]

116. Zum jetzigen Zeitpunkt sind die betrachteten Unternehmen im Markt Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal grundsätzlich in der Lage, die gesamte Schweiz zu beliefern, wobei Lieferungen in Kantone ohne Selbstdispensation durch Ärztinnen und Ärzte natürlich nur in geringem Umfang erfolgen. Wie sich eine allfällige flächendeckende Ausweitung der Selbstdispensation (vgl. Rz 220) auf Kantone in der Westschweiz und das Tessin auswirken würde, kann und muss derzeit offen bleiben. Entsprechend der Praxis der WEKO wird der räumlich relevante Markt für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens als national betrachtet.⁹⁸

⁹³ Case M.7818 – McKesson/UDG Healthcare (Pharmaceutical Wholesales and Associated Businesses), Rz 34; Case M.7494 – Brocacef/Mediq Netherlands, Rz 18; COMP/M.7323 – Nordic Capital/GHD Verwaltung, Rz. 30.

⁹⁴ Amedis AG betreibt die beiden Standorte Puidoux (VD) und Unterentfelden (AG). Galaxis verfügt heute über ein Verteilzentrum in Niederbipp und eines in Lausanne-Ecublens (VD). PharmaFocus verfügt mit Romont (FR) und Münchenstein (BL) ebenfalls über zwei Verteilzentren. Voigt ist dabei, ein Grossbauvorhaben zu realisieren und sein Verteilzentrum in Niederbipp auszubauen.

⁹⁵ M.w.H. RPW 2009/2, 181 Rz 56, Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG.

⁹⁶ RPW 2009/2, 181 Rz 56, Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG; RPW 2003/2, 318 Rz 22 ff., Pfister Inc./Pharmacia Corp.

⁹⁷ RPW 2006/3, 503 Rz 41, Galenica/Unione.

⁹⁸ RPW 2009/2, 181 Rz 56, Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG; RPW 2006/3, 503 Rz 41, Galenica/Unione.

B.4.6.4 Zugang zum Vertriebskanal Apotheken, lokal

117. Bezüglich des räumlich relevanten Marktes beim Zugang zum Vertriebskanal Apotheken hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis sowohl nationale als auch lokale Elemente betrachtet. Lokale Elemente sind demnach zu berücksichtigen, da Kunden von Apotheken für den Bezug eines Arzneimittels nicht weit reisen. So kaufe ein Kunde aus Genf kein Arzneimittel in Lausanne oder Bern. Gleichzeitig liegen auch nationale Elemente vor, werden die Arzneimittel doch mit einem staatlich fixierten Maximalverkaufspreis versehen. Weiter bestehen in der Schweiz Arzneimittelvertriebssysteme wie z.B. Apothekenketten, die in mehreren Landesteilen präsent sind. Entscheide einer landesweiten Apothekenkette wie Aktionen oder Preisveränderungen können somit einen bestimmten Einfluss über den lokalen Markt hinaus entfalten.⁹⁹

118. Dementsprechend könnten vorliegend die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens einerseits auf nationaler Ebene andererseits auf lokaler Ebene betrachtet werden. Da im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens indes vorgesehen ist, dass schweizweit nur eine einzige Apotheke – die Zentralapotheke in Heerbrugg – in die Galenica-Gruppe übergeht, erübrigen sich vorliegend nähere Ausführungen zur nationalen Dimension des Wettbewerbs im Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheken. Hingegen stellt sich die Frage nach der Grösse des lokalen räumlich relevanten Marktes.

119. Bezüglich des lokalen räumlich relevanten Marktes wurde bisher auf Erkenntnisse bezüglich der Situation im Detailhandel zurückgegriffen, bei welchem beispielsweise Studien ein Einzugsgebiet von einem Umkreis von 10 Autofahrminuten bei kleinen Supermärkten um einen Verkaufspunkt herum bestätigen.¹⁰⁰ Auch zeigte sich im Rahmen von eigenen Befragungen der WEKO im Detailhandel, dass der Marktradius im Detailhandel mit der Grösse der Verkaufsstelle variiert. So ist die WEKO bei der Betrachtung der lokalen Märkte von Marktradien um die jeweiligen Verkaufsstellen von 10 Autofahrminuten für kleine Supermärkte, von 15 Autofahrminuten für Supermärkte und von 20 Autofahrminuten für Hypermärkte ausgegangen.¹⁰¹

120. Im Rahmen der vertieften Prüfung wurden sämtliche Apotheken im St. Galler Rheintal (die Amavita Apotheken Rhyland und Altstätten, die Rogenmoser Apotheken im Dorf sowie Rheinpark, die Sternen Apotheke sowie die Zentralapotheke) zu deren Einzugsgebiet befragt. Dabei wurde erfasst, aus welchen Gemeinden welcher Anteil der Kundschaft der jeweiligen Apotheken kommt.

121. [Auswertung und graphische Darstellung des Ergebnisses (Abbildung 7)]

122. Die Auswertungen haben ergeben, dass die überwiegende Mehrheit (jeweils mindestens 70–80 %) der Kundschaft der befragten Apotheken im St. Galler Rheintal jeweils aus einem Radius von jeweils 10–15 Autofahrminuten kommt. Dies entspricht auch etwa den Erfahrungswerten aus dem Detailhandel.

123. Auch aus den Befragungen der lokalen Apotheken geht hervor, dass die Apotheken im grenznahen Ausland einen gewissen Einfluss haben. So geht die Sternen Apotheke (Altstätten) davon aus, dass Schweizer auch im grenznahen Ausland Medikamente einkaufen, wovon Kunden vereinzelt berichten würden. Jedoch sei dies aufgrund der erschwerten Rückvergütung durch die Krankenkassen eher die Ausnahme.¹⁰²

124. In der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gilt das sogenannte Territorialitätsprinzip, was bedeutet, dass nur die in der Schweiz von zugelassenen Leistungserbringern erbrachten Pflichtleistungen bezahlt werden. Bezüglich Kosten von Arzneimitteln bedeutet dies, dass eine Vergütung der Kosten gesetzlich nur vorgesehen ist, wenn während eines vorübergehenden Auslandsaufenthaltes Arzneimittel wegen einer Erkrankung benötigt werden.¹⁰³ Dementsprechend ist es Krankenversicherern grundsätzlich nicht erlaubt, die Kosten für im Rahmen des reinen Einkaufstourismus erworbene Medikamente zu vergüten.

125. Trotz der eigentlich klaren Gesetzeslage scheinen in der Praxis gewisse Krankenversicherer Vergütungen von Medikamentenkäufen im Ausland, welche nicht im Rahmen eines vorübergehenden Auslandsaufenthaltes erfolgten, teilweise vorzunehmen. Jedoch dürften letztlich vielfach die Anreize für den gezielten Erwerb von kassenpflichtigen Medikamenten im Ausland aus Sicht von Endkunden vergleichsweise gering sein. Gerade bei Patienten mit chronischen oder schwerwiegenderen Erkrankungen und einem entsprechend hohen Medikamentenbedarf dürften die Wahlfranchisen regelmässig ohnehin überschritten werden. In solchen Fällen haben Endkunden wohl nur einen geringen oder gar keinen finanziellen Anreiz, kassenpflichtige Medikamente im Ausland zu erwerben. Zumindest rezeptpflichtige Arzneimittel sind darüber hinaus im Ausland nicht immer günstiger, was ein mögliches Arbitragepotenzial seitens Endkunden zusätzlich verringert.¹⁰⁴

126. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die von den Zusammenschlussparteien genannten Apotheken im grenznahen Ausland in einem Umkreis von 15–20 Autofahrminuten von Heerbrugg befinden, wobei allfällige Verzögerungen durch Grenzkontrollen noch nicht berücksichtigt sind. Diese befinden sich somit an der oberen Grenze oder über dem vorliegend erstellten Radius von 10–15 Autofahrminuten.

⁹⁹ RPW 2009/2, 173 ff. Rz 49 ff., *Sun Store/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2010/4, 649 ff. Rz 191 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; letztere Betrachtungen wurden vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt: vgl. RPW 2013/4, 704 ff. E. 5.2.4 ff., *Pfizer AG/Eli Lilly (Suisse) AG/Bayer (Schweiz) AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung*.

¹⁰⁰ RPW 2008/4, 606 Rz 104 ff., *Coop/Carrefour*.

¹⁰¹ RPW 2008/1, 156 f. Rz 237 ff., *Migros/Denner*.

¹⁰² Act. 216.

¹⁰³ Vgl. entsprechende Ausführungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) zu diesem Themenbereich unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/04114/11250/11261/index.html?lang=de>> (1.12.2016).

¹⁰⁴ Vgl. B25 der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vom 10.11.2015 (act. 280).

127. Zusammenfassend wird für den Zweck der nachfolgenden Analyse von einem lokalen räumlich relevanten Markt in einem Umkreis von 15 Autofahrminuten um die Zentralapotheke in Heerbrugg auf dem Gebiet der Schweiz ausgegangen. Die im grenznahen Ausland befindlichen Apotheken werden im Rahmen des lokalen räumlich relevanten Marktes nicht betrachtet, jedoch bei der Würdigung der Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt.

B.4.6.5 Individuelle Medikamentenverblisterung

128. Die individuelle Verblisterung erfolgt typischerweise gemäss der ärztlichen Verordnung und im Auftrag einer Apotheke. Die Auslieferung der individuellen Medikamentenblister an die Apotheke erfolgt sodann über einen Grossisten oder per Post. Somit sind auch keine wesentlichen Hindernisse für eine Tätigkeit von Unternehmen im Bereich der individuellen Medikamentenverblisterung gegenüber Nachfragern in der gesamten Schweiz ersichtlich. So liefert die Medifilm AG schweizweit. Dementsprechend wird nachfolgend von einem nationalen räumlich relevanten Markt auszugehen.

B.4.7 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

130. Die Marktanteile für das Jahr 2015, wie sie sich nach den Angaben der Zusammenschlussparteien in der Meldung ergeben, gehen aus der Tabelle 3 in Rz 74 hervor. Demnach ist Pharmapool in den Bereichen des **Pharmagrosshandels in den Kanälen Drogerien, Heime respektive Spitäler** nicht tatig¹⁰⁵. Das geplante Zusammenschlussvorhaben führt damit zu keinen Marktanteilsadditionen in diesen Bereichen. [...] ¹⁰⁶

131. Bei der Betrachtung des Bereichs des **Zugangs zum Vertriebskanal Apotheke auf nationaler Ebene** aus Sicht der Endkunden gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien kommt die Galenica-Gruppe im Jahr 2015 auf einen Marktanteil von [10-20] %. Gemäss Geschaftsbericht der Galenica zählen von den 1764 per Ende 2015 in der Schweiz tätigen Apotheken 491 zu Galenica. [...] Damit ist die Galenica-Gruppe zwar auf nationaler Ebene die grösste Betreiberin von Apotheken. Jedoch stehen Apotheken der Galenica-Gruppe andere grosse Apothekenketten (so die BENU-Apotheken von Phoenix/Amedis) sowie unabhängige Apotheken, welche im Rahmen von Apothekengruppierungen wie TopPharm und Rotpunkt kooperieren (vgl. hierzu auch Rz 229 f.), gegenüber. Darüber hinaus betreibt Pharmapool mit der eigenen Zentralapotheke in Heerbrugg (SG) lediglich einen einzigen Standort, welcher im Rahmen des geplanten Zusammenschlusses zu den derzeit [...]

der Galenica-Gruppe dazu stossen würde. Es kommt somit zwar auch auf nationaler Ebene zu einer Marktanteilsaddition. Jedoch liegt auch nach der geplanten Übernahme der Zentralapotheke kein betroffener Markt vor.

132. Derzeit ist die Galenica-Gruppe über deren Medifilm im Markt für **individuelle Medikamentenverblisterung** aktiv, während Pharmapool zwar über die PharmaBlist verfügt, welche indes nicht operativ in diesem Bereich tätig ist. Es kommt diesbezüglich zu keinen Marktanteilsadditionen. [...] ^{107, 108, 109} Es ist dementsprechend auch nicht davon auszugehen, dass Pharmapool ein potentieller Wettbewerber auf dem Markt für individuelle Medikamentenverblisterung ist.

133. Damit werden gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU die Märkte für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, im SD-Ärztekanal sowie der lokale Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheke einer genaueren Prüfung unterzogen.

B.4.7.1 Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

B.4.7.1.1. Vorbringen der Zusammenschlussparteien

134. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass der Zusammenschluss nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führe. Es seien mit Amedis, Voigt und PharmaFocus genügend Wettbewerber im Markt vorhanden. Der Markteintritt von PharmaFocus (hinter welcher die Noweda Genossenschaft mit Jahresumsatz von € 5.3 Mia stehe) zeige, dass neben Amedis, hinter welcher die Phoenix Gruppe steht, deutsche Pharmagrosshandler bereit seien, in den Markt zu treten. Grossisten seien in erster Linie Logistikunternehmen. So könnten Unternehmen, welche im Foodbereich Logistikleistungen erbringen, in den Markt treten. ¹¹⁰

135. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sei neben der aktuellen und potentiellen Konkurrenz aufgrund der verschwindend kleinen Marktanteilsaddition von [0-5] % ausgeschlossen. Diese Marktanteilsaddition ändere nichts an der Stellung von Galaxis im Apothekenkanal. Ein Unternehmenszusammenschluss müsse sich jedoch auch auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde untersagen oder lediglich mit Auflagen oder Bedingungen zulassen könne (BGE 133 II 104, „Swissgrid“, E. 6.3). Im Fall Swissgrid habe das Bundesgericht ausgeführt, dass wenn auf dem

¹⁰⁵ Vgl. Meldung Rz 43.

¹⁰⁶ Stellungnahme vom 14.11.2016 (act. 296).

¹⁰⁷ Meldung Rz 45.

¹⁰⁸ Meldung Rz 192.

¹⁰⁹ Meldung Rz 45.

¹¹⁰ Vgl. Meldung Rz 8 sowie 292.

fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb bestehe und vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten wäre, es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens fehle. Vorliegend würden sich die Wettbewerbsverhältnisse im Apothekenkanal nicht ändern, es bestünde weiterhin starker Wettbewerbsdruck durch aktuelle und potentielle Konkurrenz. Es fehle daher an der Wettbewerbswirkung.¹¹¹

136. Phoenix und Noweda seien regelrechte Schwergewichte auf dem Pharmagrosshandelsmarkt. Entsprechend sei klar, dass die kombinierte Einheit Galenica/Pharmapool den Wettbewerb auf diesem Markt nicht beseitigen könne. Es gäbe somit Ausweichmöglichkeiten im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Sachen *20 Minuten*.¹¹²

B.4.7.1.2. Aktueller Wettbewerb

137. Zur Analyse des Ausmasses des Wettbewerbs zwischen Pharmagrossisten im Apothekenkanal wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt untersucht. Ausgangspunkt der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile.

138. Die Galenica-Gruppe ist über die Galexis sowie Unione die führende Anbieterin auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal. Galexis beliefert dabei insbesondere Apotheken in der Deutsch- und Westschweiz, während die Hauptabnehmer von Unione Apotheken im Kanton Tessin sind. Galexis verfügt heute über ein Verteilzentrum in Niederbipp und eines in Lausanne-Ecublens (VD). Unione verfügt über einen Standort in Lugano (TI). Galexis und Unione beliefern neben unabhängigen Apotheken insbesondere auch die zur Galenica-Gruppe gehörenden Amavita- sowie Sun Store-Apotheken sowie in einem wesentlichen Ausmass auch der Galenica-Gruppe nahestehende Apotheken.

Dies sind einerseits die Coop Vitality-Apotheken und andererseits Apotheken, deren Vermarktungskonzepte von der Galenica-Gruppe stammen.¹¹³

139. Im Gegensatz zu Galexis, welche auch in wesentlichem Umfang gegenüber unabhängigen Apotheken tätig ist, beliefert die Pharmapool – neben deren Haupttätigkeit als Pharmagrossistin im SD-Ärzt kanal – [...].

140. Amedis, welche wiederum der europaweit im Pharmagrosshandel tätigen PHOENIX Group angehört, ist hauptsächlich als Pharmagrossistin im Apothekenkanal tätig. Die Amedis verfügt über Vertriebszentren in Unterentfelden (Aargau) und Puidoux (Waadt).

141. PharmaFocus wurde im Jahr 2001 als Shortliner gegründet und positionierte sich von Anfang an als Grossistin gegenüber unabhängigen Apotheken. Im Jahr 2013 gab NOWEDA eine Beteiligung am Schweizer Pharmagrosshandelsunternehmen PharmaFocus bekannt. NOWEDA ist eine genossenschaftlich organisierte deutsche Pharmagrossistin im Eigentum von Apothekern. NOWEDA hält seitdem 50 % der Anteile an PharmaFocus. Diese Partnerschaft ermöglichte es PharmaFocus, ihre Tätigkeit so weit auszubauen, dass diese seit Herbst 2014 als apothekeneigene Vollgrosstistin tätig ist. PharmaFocus verfügt mit Romont (FR) und Münchenstein (BL) ebenfalls über zwei Verteilzentren.

142. Zusätzlich zu den genannten Unternehmen gibt es gewisse kleinere Pharmagrossisten im SD-Ärzt kanal, welche in äusserst geringem Umfang auch – insbesondere eigene – Apotheken beliefern (vgl. nachstehend Tabelle 4). Auf diese Weise erzielte beispielsweise die [...] im Jahr 2015 einen Umsatz von [...] Mio. CHF. Da diese Pharmagrossistinnen keinen nennenswerten Einfluss auf die Wettbewerbssituation haben, erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesen und ähnlichen Anbietern.

Tabelle 4: Marktanteile Apotheken-Kanal (gemäss Umsatz)

	2013	2014	2015
Galenica-Gruppe	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %
Pharmapool	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Total Galenica/ Pharmapool	[40-50] %	[40-50] %	[50-60] %
Amedis	[30-40] %	[30-40] %	[20-30] %
Voigt	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
PharmaFocus	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Total	100 %	100 %	100 %

Quelle: Befragung; Aufstellung: Sekretariat

¹¹¹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung 10.11.2016 (act. 280), Rz 82.

¹¹² Stellungnahme zur Beschlussbegründung 10.11.2016 (act. 280), Rz 83.

¹¹³ Vgl. hierzu Rz 9.

143. Generell zeichnet sich der Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal durch eine hohe Marktkonzentration aus. So decken die drei grössten Anbieter – einerseits die Galenica-Gruppe mit Galexis und Unione, andererseits Amedis und Voigt – über 90 % des Marktes ab. Galexis, Unione, Amedis und Voigt sind auch im Verband Schweizerischer Spezialitäten-Grossisten VSSG – pharmalog.ch organisiert. Laut eigenen Angaben „setzt sich pharmalog.ch, in dem die vier Schweizer Pharmavollgrossisten zusammengeschlossen sind, für eine landesweite, sichere und ökonomische Verteilung von Arzneimitteln und Gesundheitsprodukten ein.“¹¹⁴

144. Die Galenica-Gruppe ist mit Galexis die klare Marktführerin und kontrollierte im Jahr 2015 [...]. [...] mit der Übernahme der Belieferung der Zentralapotheke würde das Marktvolumen der Galenica-Gruppe – und damit auch deren Marktanteil – [...] leicht ansteigen.

145. [...] sind die Marktanteile der Hauptkonkurrenten der Galexis, d.h. Amedis und Voigt, [...]. Amedis, als zweitgrösstes Unternehmen am Markt, verfügte im Jahr 2015 über einen Marktanteil von [20-30] %, gefolgt von Voigt mit einem Marktanteil von [10-20] %. [...] Pharma-Focus konnte ihren Marktanteil leicht steigern auf [0-5] % im Jahr 2015. Allerdings ist diese auch erst seit Ende 2014 überhaupt als Vollgrossistin im Apothekenkanal tätig und belieferte zuvor Apotheken lediglich mit einem Teilsortiment.¹¹⁵

146. Aufgrund der Tatsache, [...] ¹¹⁶, führt die geplante Übernahme durch Galexis in diesem Markt faktisch zu keiner unmittelbaren Veränderung der Marktstruktur.

147. [...] führt das Zusammenschlussvorhaben dennoch zu horizontalen Effekten, indem die Marktstellung der Galenica-Gruppe durch die Steigerung des eigenen Marktvolumens verstärkt wird.

148. Die Belieferungen von Galenica-eigenen sowie der Galenica-Gruppe nahestehenden Apotheken seitens Galexis machen bereits zum aktuellen Zeitpunkt einen Grossteil von deren Marktvolumen aus. Diese Apotheken stehen somit Konkurrenten der Galexis gar nicht oder nur in beschränktem Umfang als potentielle Kunden zur Verfügung. Dies wurde auch von Konkurrenten von Galexis als wettbewerbsbehindernder Faktor vorgebracht. Die Strategie einer vertikalen Integration der Galenica-Gruppe wird darüber hinaus in Zusammenhang mit möglichen vertikalen und konglomeraten Effekten bei den Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens und damit der Frage nach einer möglichen Beseitigung des Wettbewerbs berücksichtigt (vgl. Rz 204 ff.). Ebenfalls im Rahmen dieser Überlegungen werden vorgebrachte Bedenken in Bezug auf mögliche Rückwirkungen der generellen Erhöhung des Einkaufsvolumens von Galexis aufgrund der Übernahme der Aktivitäten der Pharmapool im Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal wideregegeben (vgl. Rz 207).

149. Hingegen ist [...].¹¹⁷

B.4.7.1.3. Potentieller Wettbewerb

150. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jah-

ren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.¹¹⁸

151. Die allgemeine Tendenz im Pharmagrosshandel geht weniger in Richtung neuer Marktzutritte. Aufgrund der Marktsättigung ist der Pharmagrosshandel viel mehr von Unternehmensübernahmen geprägt. [...].¹¹⁹

152. Im Rahmen der vertieften Prüfung wurde dennoch der Frage nachgegangen, ob allenfalls bereits im Pharmagrosshandel in anderen Kanälen tätige Unternehmen einen Einstieg in den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in Betracht ziehen und welche allfällige Hindernisse einem Markteintritt im Wege stehen würden. [...] So wurde n.a. angesichts der aktuellen Marktstruktur und der Sättigung des Marktes ein Markteintritt [...] als [...] bezeichnet. Dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass Galexis allein schon aufgrund deren Grösse über entsprechende Kostenvorteile verfügen würde, was einen Markteintritt zusätzlich erschweren würde. Somit ist von bereits in anderen Bereichen im Pharmagrosshandel tätigen Unternehmen kein ausreichender potentieller Wettbewerbsdruck zu erwarten.

153. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Galenica/Unione wurde ausgeführt, dass die regulatorischen Auflagen zur Erlangung einer für den Pharmagrosshandel erforderlichen Swissmedic-Bewilligung keine nennenswerten Marktzutrittschranken darstellen würden.¹²⁰ Dies gilt umso mehr infolge Anpassung des Schweizer Rechts an das Europäische.

154. Die Europäische Kommission hat die Leitlinien für die gute Vertriebspraxis von Humanarzneimitteln¹²¹ überarbeitet. Diese angepassten Leitlinien sind im September 2013 in der EU in Kraft getreten. Gewisse in diesen Leitlinien aufgeführte Anforderungen, unter anderem bezüglich des Transportes, ausgelagerter Tätigkeiten und des IT-Systems, sind strenger geworden. In der Folge wurden durch die Anpassung von Anhang 2 der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung (AMBV) die neuen

¹¹⁴ Vgl. <http://www.pharmalog.ch/content/page_1.aspx?Nid=22&Aid=26&ID=25&CommID=0> (05.12.2016).

¹¹⁵ Vgl. hierzu Rz 141.

¹¹⁶ Meldung Rz 133.

¹¹⁷ Act. 296, Antwort F4.

¹¹⁸ Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹¹⁹ Vgl. Ausführungen i.S. Ziele des Zusammenschlusses in Meldung Rz 61 sowie vorne, Rz 21.

¹²⁰ RPW 2006/3, 507 Rz 60, *Galenica/Unione*.

¹²¹ Leitlinien vom 5. November 2013 für die gute Vertriebspraxis von Humanarzneimitteln, ABl. 2013/C 343/01.

Leitlinien in der Schweiz übernommen und die Bestimmungen den strengeren Anforderungen der EU angeglichen. Die Anpassungen sind am 1. Juli 2015 in Kraft getreten, mit einer Umsetzungsfrist bis zum 1. Januar 2016.¹²²

155. Dass die Harmonisierung der Anforderungen an die Ausübung des Grosshandels von Arzneimitteln die entsprechenden Marktzutrittsschranken weiter gesenkt haben, lässt sich auch aus den Stellungnahmen zu den Auskunftsbegehren folgern. So wurde bspw. von einem stärkeren Konkurrenzdruck infolge Anpassung des Schweizer Rechts an das Europäische ausgegangen.¹²³

156. Mit der Aufnahme der Tätigkeit von PharmaFocus als Vollgrossistin im Jahr 2014 kam es in den vergangenen Jahren lediglich ein einziges Mal vor, dass eine Pharmagrossistin ihre Tätigkeit derart ausweiten konnte, dass diese in wesentlichem Umfang Apotheken mit einem Vollsortiment beliefern könnte. Jedoch hatte selbst dieser Markteintritt, trotz der Beteiligung von NOWEDA als international tätigem Konzern, nur einen geringen Einfluss auf die Marktstruktur (vgl. Tabelle 4, Rz 142). Der Marktanteil von PharmaFocus liegt bei lediglich ca. [0-5] % des Gesamtmarktes. Der geringe Marktanteil von PharmaFocus illustriert letztlich auch die allgemeine Problematik, dass aufgrund der vertikalen Integration – beispielsweise der Amavita- und Sun Store-Apotheken in die Galenica-Gruppe – viele Apotheken dritten Pharmagrossisten gar nicht als potentielle Kunden zur Verfügung stehen (vgl. Rz 148).

157. Von im Ausland tätigen Unternehmen geht kein Konkurrenzdruck aus. Aufgrund der bestehenden Regulierung, welche für eine Tätigkeit im Schweizer Markt eine Niederlassung in der Schweiz vorsieht, von wo aus nach Chargenfreigabe die Medikamente vertrieben werden können, ist ein direkter Bezug ab im Ausland tätigen Unternehmen nicht möglich.

158. Im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens i.S. Galenica/Unione wurde die Hypothese aufgestellt, dass möglicherweise Markteintritte durch Logistikunternehmen erfolgen könnten.¹²⁴ Jedoch erfolgten in den seither vergangenen zehn Jahren keine entsprechenden Markteintritte und es sind auch keine absehbar. So bieten zwar Logistikunternehmen nach wie vor gegenüber Pharmagrossisten und Pharmaherstellern reine Logistikdienstleistung im Sinne einer Auslagerung solcher Tätigkeiten an. Dass Logistikunternehmen die vollständige Wertschöpfungskette vom Einkauf der Pharmaprodukte bis zu deren Verkauf an Apotheken übernehmen würden, ist hingegen derzeit nicht absehbar. Ebenso wenig bestehen derzeit Hinweise auf einen Markteintritt von allgemein im Detailhandel tätigen Unternehmen.

159. Zusammenfassend gibt es derzeit keine Anzeichen, dass der potentielle Wettbewerb dazu geeignet ist, einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf die Galexis (Galenica) im Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal auszuüben.

B.4.7.1.4. Stellung der Marktgegenseite

160. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potentiellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unab-

hängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

161. Zumal allein schon aufgrund des aktuellen Wettbewerbs keine Beseitigung des Wettbewerbs auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal absehbar ist, erübrigen sich vertiefte Ausführungen zur Stellung der Marktgegenseite, d.h. von Apotheken gegenüber Pharmagrossisten. In allgemeiner Weise kann jedoch festgehalten werden, dass von zu einem vertikal integrierten Unternehmen gehörenden oder einem solchen nahestehenden Apotheken wohl kein respektive nur beschränkter Wettbewerbsdruck auf Pharmagrossisten im Apothekenkanal ausgeht (vgl. vorne, Rz 156). Hingegen sind unabhängige Apotheken teilweise auch im Rahmen von Apothekengruppierungen (wie Rotpunkt Apotheken) organisiert, welche nicht Bestandteil einer Pharmagrossistin sind. Auch können sich (ausschliesslich) unabhängige Apotheken als Aktionäre an PharmaFocus beteiligen, deren Geschäftspolitik sich entsprechend an deren Interessen ausrichtet. Dies äussert sich insbesondere darin, dass diese nur im Apothekenkanal (und nicht gegenüber SD-Ärzten) tätig ist. Auch werden unabhängige Apotheken explizit als Aktionäre eingebunden. Auch NOWEDA ist vollständig im Besitz von unabhängigen Apotheken.¹²⁵

B.4.7.1.5. Zwischenergebnis

162. Zusammenfassend verfügt Galexis (Galenica) bereits zum aktuellen Zeitpunkt, als klare Marktführerin, über eine äusserst starke Stellung auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal. So sind die verbleibenden Konkurrenten deutlich kleiner. Auch machen bei der Galexis Lieferungen an Galenica-eigene sowie der Galenica-Gruppe nahestehende Apotheken ein sehr grosses Volumen aus, welches Konkurrenten letztlich nicht oder nur beschränkt offen steht. Die Marktstellung der Galexis (Galenica) wird bei Vollzug des geplanten Zusammenschlussvorhabens wiederum gestärkt, wenn auch marginal. Insbesondere mit Blick auf deren Marktanteile kann die Stellung der Galexis (Galenica) auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal damit als marktbeherrschend i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG qualifiziert werden.

163. Trotz Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Galexis (Galenica) ist aufgrund des vorhandenen aktuellen Wettbewerbs durch Amedis, Voigt und PharmaFocus ist indes nicht davon auszugehen, dass der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes durch diese führen wird (Art. 10 Abs. 2 KG).

¹²³ Act. 217.

¹²² Vgl. dazu <http://www.bag.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/01217/index.html?lang=de&msg-id=57600>; <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00709/04667/15172/index.html?lang=de>.

¹²⁴ Vgl. RPW 2006/3, 507 Rz 60, Galenica/Unione.

¹²⁵ Vgl. <https://www.pharmafocus.ch/index.php/de/pharmafocus-heute/mitbestimmung>.

B.4.7.1.6. Kollektive Marktbeherrschung

164. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in diesem Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind.

165. Die WEKO hat sich bereits im Rahmen des Zusammenschlusses Galenica/Unione mit der Frage einer möglichen kollektiven marktbeherrschenden Stellung der Galexis gemeinsam mit Amedis auseinandergesetzt. Dabei wurde zwar darauf hingewiesen, dass der damalige gemeinsame Marktanteil von Amedis und Galexis problematisch hoch gewesen sei, es aber keine konkreten Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung gäbe. Vielmehr würden die beobachtete Ausdehnung der räumlichen Absatzgebiete in die historischen Absatzgebiete der Konkurrenz und Unterschiede in den Geschäftsmodellen gegen das Vorhandensein einer Verhaltenskoordination sprechen.¹²⁶

166. Im Vergleich zur damaligen Situation, als von Marktanteilen von Amedis von [30–40] % und von Voigt im Rahmen von [0–10] % ausgegangen wurde, hat Amedis zwischenzeitlich Marktanteile verloren, während Voigt über einen höheren Marktanteil verfügt. Zusätzlich ist zwischenzeitlich PharmaFocus mit einem Vollsortiment gegenüber Apotheken am Markt tätig (vgl. Rz 156). Somit ist die Konkurrenz Galexis heute weniger konzentriert als zum damaligen Zeitpunkt. Auch ist mit PharmaFocus ein Unternehmen am Markt tätig, welches von der Besitzstruktur her die Interessen von unabhängigen Apotheken verfolgen sollte (vgl. Rz 161). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass unabhängigen Apotheken die Teilnahme an Apothekenorganisationen wie Rotpunkt Apotheken offensteht, welche [...] einer allfälligen Oligopolisierung ebenfalls entgegenwirken könnte.

167. Aufgrund der derzeitigen Marktstruktur kann die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, welche den Wettbewerb auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal beseitigt, praktisch ausgeschlossen werden. Während im Vergleich zur Situation vor 10 Jahren die Wahrscheinlichkeit des Entstehens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal tendenziell gesunken ist, ist vielmehr Galexis (Galenica) individuell betrachtet in einer wesentlich stärkeren Position im Vergleich zu deren Konkurrenten (vgl. Tabelle 4, Rz 142).

B.4.7.1.7. Ergebnis für Markt Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

168. Die Galenica-Gruppe verfügt derzeit bereits über eine sehr starke Stellung im Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, welche durch das geplante Zusammenschlussvorhaben noch verstärkt wird, wenn auch marginal. Es ist damit davon auszugehen, dass sich Galexis (Galenica) auch nach dem Zusammenschluss in wesentlichem Ausmass unabhängig von insbesondere deren Konkurrenten verhalten können. Dies umso mehr als die Galenica-Gruppe in hohem Ausmass vertikal integriert ist und in vielen Bereichen der entsprechenden Wertschöpfungskette eine führende Marktstel-

lung innehat.¹²⁷ Somit wird eine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verstärkt.

169. Trotz Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Galenica-Gruppe, führt der Zusammenschluss jedoch nicht zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 10 Abs. 2 KG). Darüber hinaus bestehen keine Anhaltspunkte für eine Begründung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung der Galexis (Galenica) gemeinsam mit weiteren Pharmagrosshändlern im Apothekenkanal.

B.4.7.2 Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal

B.4.7.2.1. Vorbringen der Zusammenschlussparteien

170. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass im Markt Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal auch nach der Übernahme von Pharmapool noch genügend Konkurrenten vorhanden seien, so dass Galexis (Galenica) allein weder marktbeherrschend noch der Wettbewerb beseitigt sei. Zudem führe der Zusammenschluss auch nicht zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen Galexis und Zur Rose, da genügend andere Wettbewerber im Markt tätig seien. Dabei handle es sich um bedeutende Konkurrenten, wie bspw. Amedis, welche zur Phoenix-Gruppe gehöre, dem grössten Pharmagrosshändler Europas. Amedis hätte im SD-Ärzt kanal unter Berücksichtigung der Direktlieferung der Hersteller einen Marktanteil von [5-10] %. Würde man noch die Marktanteile der Dr. Schmid AG von [0-5] % hinzurechnen, so hätte Amedis einen Marktanteil von [10-20] %. Sollte der Zusammenschluss zu unangemessenen Preisen führen, so könnten die SD-Ärzte auf andere Grossisten ausweichen.¹²⁸

171. Hinzu komme, dass Direktlieferungen durch Hersteller an SD-Ärzte stetig zunehmen würden, während sich der Marktanteil von Galexis verringere. Der Marktanteil der Hersteller habe im Jahr 2004 [10-20] % betragen und sei bis 2015 auf [20-30] % gestiegen. Der Marktanteil von Galexis sei von [20-30] % im Jahre 2004 auf [20-30] % im Jahr 2015 gesunken. Der Grund liege darin, dass [...] ¹²⁹

172. Des Weiteren sei Zur Rose eine von Ärztinnen und Ärzten gegründete Ärztegrossistin. Zur Rose verstehe sich als Selbsthilfeorganisation derselben und ein grosser Teil der Aktien werde von Ärztinnen und Ärzten gehalten. Entsprechend sei auch nicht davon auszugehen, dass sich Zur Rose auf ein kollusives Verhalten einlassen würde, welches zu höheren Preisen im Grosshandelsmarkt im SD-Ärzt kanal führen würde.

¹²⁶ RPW 2006/3, 507 Rz 62, *Galenica/Unione*.

¹²⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen zu vertikalen und konglomeraten Effekten unter Rz 204 ff.

¹²⁸ Vgl. act. 280, Rz 24, 29 f.

¹²⁹ Act. 280, Rz 32.

173. Zudem verfüge Galexis über ein anderes Angebot als Zur Rose und auch über ein anderes Preismodell. Zur Rose müsse ausserdem [...] Artikel bewirtschaften, während der Lagerumfang von Galexis [...] Artikel umfasse. [...]

174. Zwar seien sowohl Galexis als auch Zur Rose Ärztlieferanten. [...] ¹³⁰

175. Überdies sei es notwendig, dass Unternehmen, welche sich an eine Koordinierung halten, von anderen beteiligten Unternehmen sanktioniert werden können. Dies erfordere ein gewisses Mass an Transparenz im Markt. Üblicherweise verstehe man darunter, dass die (Netto-)Preise und die verkaufte Menge der Unternehmen leicht zu eruieren seien. Vorliegend sei diese Transparenz nicht gegeben, so dass Abweichungen vom kolludierenden Verhalten nicht beobachtbar wären. ¹³¹

176. Zwar würden Multimarktbeziehungen bestehen, da Zur Rose im Blistering-Markt tätig sei und kürzlich eine physische Apotheke eröffnet habe. Dies würde jedoch zur Intensivierung des Wettbewerbs führen und nicht zur Förderung der Kollusion. ¹³²

177. Zudem sei Galexis auch keine Sanktionsmöglichkeit bekannt, mit welcher sie Zur Rose sanktionieren könne, zumal der Markt intransparent sei. ¹³³

178. Für die Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung sei auch die Stellung der Marktgegenseite zu berücksichtigen. Denn ein starker Käufer könne mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern fördern. SD-Ärzte seien gut organisiert und würden über Verhandlungsmacht gegenüber den Verkäufern verfügen.

179. Die Grossisten [...] ¹³⁴

180. Die Zusammenschlussparteien machen weiter geltend, dass Kollusion nur erfolgreich sein könne, wenn die Markteintrittsschranken hoch seien. Entgegen der Behauptung in der Beschlussbegründung der vorläufigen Beurteilung seien die Markteintrittsschranken gering. Es seien keine hohen Investitionen für allfällige Markteintritte in den Markt Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal vonnöten und der Erwerb einer Grosshandelsbewilligung sei an verhältnismässig niedrige Anforderungen geknüpft. Neue Marktteilnehmer hätten zudem die Möglichkeit, vorerst ein kleines Sortiment anzubieten und dieses später auszubauen. PharmaFocus hätte als Shortliner begonnen und sei seit 2014 im Apothekenkanal als Vollgrossistin tätig. Überdies herrsche potentielle Konkurrenz. Dies zeige die Gründung der Medical Express Ärztegrosshandel Jona AG im Jahre 2010, welche Ärzte sowie Kranken- und Pflegeheime in der ganzen Deutschschweiz beliefere. So sei auch in den nächsten Jahren mit Markteintritten im Markt Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal zu rechnen. [...] ¹³⁵

181. Dadurch sei dargelegt, dass nach Gesamtwürdigung der Umstände der Zusammenschluss nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung führe.

182. Selbst wenn die WEKO unberechtigt eine kollektive Marktbeherrschung feststellen würde, könnte der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt werden, da genügend Wettbewerber im Markt tätig seien und damit genügend Restwettbewerb bestehe.

B.4.7.2.2. Aktueller Wettbewerb

183. Die Zur Rose-Gruppe, welche 1993 als Ärztegrossistin gegründet wurde, ist derzeit das führende Unternehmen im Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal in der Schweiz. Die Zur Rose-Gruppe ist über deren Tochtergesellschaft Zur Rose Suisse AG vom Standort Frauenfeld (Thurgau) aus in diesem Bereich tätig.

184. Die Galenica-Gruppe ist über Galexis im Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal tätig. Der Marktauftritt erfolgt jedoch regional unterschiedlich: Im Osten der Schweiz erfolgt die Betreuung der SD-Ärzte durch das Ärztezentrum Brunner Pharma der Galexis in St. Gallen, während der Westen der Schweiz durch die Zentrale der Galexis in Niederbipp (Bern) beliefert wird. Neben dem Standort in Niederbipp verfügt die Galexis auch über ein Distributionszentrum in Ecublens (Waadt).

185. Die Pharmapool wurde im Jahr 1996 durch praktizierende Ärzte gegründet. In der Anfangsphase wurde die Logistik bezüglich Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal an die sechs Jahre zuvor gegründete Binkert Pharma AG übertragen. Im Jahr 2006 erfolgte der Zusammenschluss der beiden Unternehmen. Die Pharmapool ist von ihrem Standort in Heerbrugg (St. Gallen) aus tätig.

186. Zusätzlich sind eine Reihe kleinerer Unternehmen schweizweit respektive in den Kantonen, in welchen Selbstdispensation zulässig ist, auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal tätig. Dies indes in keinem nennenswerten Umfang (vgl. Tabelle 5, Rz 190). Selbst Amedis, deren Haupttätigkeit im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal liegt, verfügt nur über einen marginalen Marktanteil.

187. In Zusammenhang mit kleineren Akteuren auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal ist darauf hinzuweisen, dass die zuvor in diesem Bereich tätige Streuli Pharma AG (nachfolgend: Streuli) deren Grosshandels-Geschäft im Jahr 2016 an die Galexis übergeben hat. Diese Transaktion und die entsprechenden Umsätze wurden in der Meldung und damit vorliegender Beurteilung noch nicht berücksichtigt. [...] Die Kunden der Streuli konnten daher per 1. November 2016 einen neuen Lieferanten wählen. Kunden, welche eine Belieferung durch Galexis wünschten, gingen eine neue Kundenbeziehung mit Galexis ein, es erfolgte kein automatischer Transfer. [...] ¹³⁶

188. [...] der Ärzte, welche zuvor von Streuli beliefert wurden, habe nicht zu Galexis gewechselt. Somit geht Galexis (Galenica) davon aus, dass aufgrund dieser Übernahme im Bereich Pharmagrosshandel im SD-

¹³⁰ Act. 280, Rz 43.

¹³¹ Act. 280, Rz 47.

¹³² Act. 280, Rz 50 ff.

¹³³ Act. 280, Rz 54.

¹³⁴ Act. 280, Rz 55 ff.; vgl. vorne Rz 22.

¹³⁵ Act. 280, Rz 58 ff.

¹³⁶ Act. 314.

Ärztekanal ein jährlicher Umsatz von maximal CHF [...] hinzukommen werde. Abgesehen von der Übernahme des Pharmagrosshandels-Geschäfts der Streuli sowie des vorliegenden geplanten Zusammenschlussvorhabens habe Galexis in den vergangenen drei Jahren keine weiteren Übernahmen im Bereich Pharmagrosshandel vollzogen. [...].

189. Neben den oben genannten schweizweit tätigen kleinen Pharmagrossisten im SD-Ärztekanal existiert eine Reihe von Unternehmen, welche lediglich regional tätig sind.¹³⁷ Diese regionalen Anbieter sind [...] nur in einem beschränkten Einzugsgebiet tätig und haben sich dahingehend geäussert, [...]. Von diesen regional tätigen Pharmagrossisten im SD-Ärztekanal geht gesamthaft betrachtet dementsprechend kein nennenswerter Wettbewerbsdruck auf die grösseren Konkurrenten aus.

190. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Zusammenschlussparteien eine Vielzahl weiterer Unternehmen als Konkurrenten im Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal angegeben haben.¹³⁸ Im Rahmen der vertieften Prüfung erfolgte neben der Befragung der vorher genannten Unternehmen auch eine Befragung aller weiteren von den Zusammenschlussparteien genannten angeblichen Konkurrenten (vgl. Rz 35). Es stellte sich jedoch heraus, dass keines dieser weiteren Unternehmen tatsächlich als vollwertiger Pharmagrosshändler im SD-Ärztekanal tätig ist und diese deshalb nicht als direkte Konkurrenten von Galexis zu betrachten sind, sei es, weil diese in Teilbereichen wie medizinischer Analytik oder gegenüber Zahnärzten oder aber gar nicht im Grosshandelsbereich tätig sind. Einige waren darüber hinaus Pharmahersteller oder handeln mit spezifischen Pharmaprodukten oder medizinischem Zubehör.

Tabelle 5: Marktanteile SD-Ärztekanal (gemäss Umsatz)

	2013	2014	2015
Galenica-Gruppe	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Pharmapool	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Streuli	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Total Galenica/Pharmapool/Streuli	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %
Zur Rose	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
RegioMed	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Opti Pharm AG	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Medicom Pharma AG	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Spirig HealthCare AG	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Medical Express Ärztegrosshandel Jona AG	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Amedis	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
TOTAL	100 %	100 %	100 %

Quelle: Befragung; Aufstellung Sekretariat

191. Neben den Marktanteilen ist die Marktkonzentration ein weiterer zu berücksichtigender Faktor. Zur Messung der Marktkonzentration kann der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI)¹³⁹ herangezogen werden. Während die absolute Höhe des HHI eine erste Aussage über den Wettbewerbsdruck in dem betreffenden Markt nach dem Zusammenschluss machen kann, ist die Veränderung im Index (als „Delta“ bezeichnet) ein nützlicher Hinweis für die durch den Zusammenschluss unmittelbar herbeigeführten Änderungen in der Konzentration.¹⁴⁰

¹³⁷ Act. 145, 159, 169, 234, 259 und 301.

¹³⁸ Meldung Rz 147 sowie act. 129.

¹³⁹ Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols).

¹⁴⁰ Vgl. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:DE:PDF>.

Tabelle 6: Veränderung HHI-Index auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal (2015)

Konzentrationsmass	Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal
HHI vor dem Zusammenschluss	2517
HHI nach dem Zusammenschluss	3340
Δ HHI	823

Quelle: Befragung; Berechnung: Sekretariat

192. Gemäss Praxis der EU-Kommission hinsichtlich horizontaler Zusammenschlüsse bedürfen Märkte, in denen der HHI nach dem Zusammenschluss (HHI^{post}) unterhalb von 1'000 liegt, in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Gleiches gilt, wenn

- a) der HHI^{post} zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert (Δ HHI; die durch die Übernahme induzierte Veränderung des HHI) unterhalb von 250 liegt oder
- b) der HHI^{post} zwar höher als 2'000, aber der Delta-Wert kleiner als 150 ist;

letztere beiden gelten unter der Voraussetzung, dass besondere Umstände nicht vorliegen bzw. bestimmte Marktgegebenheiten nicht gegeben sind (z.B. betreffend potenzieller Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung).¹⁴¹

193. Bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt zeichnet sich der Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal durch eine hohe Konzentration aus, wobei Galexis und Zur Rose jeweils ca. einen Drittel des Marktes für sich beanspruchen (vgl. Tabelle 5, Rz 190). Zur Rose ist derzeit mit einem in den letzten Jahren konstanten Marktanteil von [30-40] % (knappe) Marktführerin, gefolgt von der Galenica-Gruppe mit einem Marktanteil von [30-40] % im Jahr 2015. Pharmapool, [...], ist mit einem Marktanteil von [10-20] % im Jahr 2015 präsent. Die übrigen Konkurrenten, welche den verbleibenden Markt unter sich aufteilen, verfügen jeweils lediglich über deutlich tiefere Marktanteile von unter [0-5] %.

194. Mit der geplanten Übernahme der Pharmapool zeichnet sich ab, dass die Pharmagrossistinnen der Galenica-Gruppe zu klaren Marktführerinnen avancieren werden. Hinzu kommt, dass mit der Übernahme der Grosshandelssparte der Streuli bereits ein weiteres kleineres Unternehmen im Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal durch Galexis (Galenica) übernommen wurde. [...]¹⁴² Auf jeden Fall entsteht zumindest kurzfristig eine Situation, bei welcher neben den Pharmagrossistinnen der Galenica-Gruppe und Zur Rose nur noch verschiedene kleinere Anbieter mit minimalen Marktanteilen im SD-Ärzt kanal tätig sein werden.

B.4.7.2.3. Potentieller Wettbewerb

195. Bezüglich der generellen Markteintrittsschranken im Pharmagrosshandel kann auf die diesbezüglichen Ausführungen bezüglich des Marktes für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal verwiesen werden.

196. Prinzipiell sind die Anforderungen an einen Markteintritt in den Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal

zumindest bezüglich der logistischen Herausforderungen – insbesondere bezüglich Sortimentsbreite und Lieferfrequenz – im Vergleich zum Pharmagrosshandel im Apothekenkanal tendenziell weniger ausgeprägt. Gerade Unternehmen, welche im Apothekenkanal bereits tätig sind, würden die entsprechenden Voraussetzungen ohne weiteres erfüllen.

197. So sind sowohl Galexis als auch Amedis bereits in beiden Kanälen tätig. Jedoch sind Markteintritte von den verbleibenden Pharmagrossisten im Apothekenkanal nicht absehbar. Im Falle von [...]. [...].¹⁴³ Pharmahersteller hätten ein generelles Interesse, ihre Pharmaprodukte beim Ärztelieferanten direkt möglichst gut zu positionieren, [...]. Dieser Umstand führe zu massiven Grössenvorteilen mit einem selbstverstärkenden Element. So erhalte ein Ärzt grossist mit mehr Ärzten bessere Angebote von Pharmaherstellern, was den Ärzt grossisten wiederum attraktiver aus Sicht der Ärzte mache.¹⁴⁴ [...].¹⁴⁵

198. Die hohen Markteintrittshürden zeigen sich letztlich auch daran, dass selbst Amedis nur einen vernachlässigbaren Marktanteil im SD-Ärzt kanal erlangen konnte (vgl. Tabelle 5, Rz 190). Dies trotz deren nicht unbedeutenden Marktstellung im Apothekenkanal und der Angehörigkeit zur in vielen Ländern Europas im Bereich Pharmagrosshandel führenden PHOENIX.

199. Generell ist der Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal von Übernahmen, wie auch dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben, geprägt. Marktzutritte konnten hingegen in den letzten Jahren keine verzeichnet werden. Lediglich im Jahr 2010 wurde die Medical Express Ärzt grosshandel Jona AG gegründet, welche jedoch nur einen marginalen Marktanteil erlangen konnte (vgl. Tabelle 5, Rz 190). Markteintritte durch Logistikdienstleister oder durch Detailhändler – welche von den Zusammenschlussparteien ebenfalls als potentielle Konkurrenten aufgeführt wurden – erscheinen angesichts der verbleibenden regulatorischen Hürden und der spezifischen Anforderungen im Pharmavertrieb derzeit unwahrscheinlich.¹⁴⁶

¹⁴¹ [¹⁴² Act. 280, Rz 56.](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:DE:PDF; RPW 2009/4, 356 f. Rz 47, Pfizer/Wyeth.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁴³ [...].

¹⁴⁴ Act. 308.

¹⁴⁵ [...].

¹⁴⁶ Vgl. hierzu Rz 153 ff.

200. Zusammenfassend ist nicht davon auszugehen, dass von der potentiellen Konkurrenz eine disziplinierende Wirkung auf den Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal ausgeht.

B.4.7.2.4. Stellung der Marktgegenseite

201. Auch in Bezug auf den Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal kann aufgrund des auch nach der geplanten Übernahme von Pharmapool durch Galexis vorhandenen aktuellen Wettbewerbs auf nähere Ausführungen zur Stellung der Marktgegenseite verzichtet werden. Allgemein kann jedoch festgehalten werden, dass die SD-Ärzt schaft tendenziell über einen im Vergleich zu Apotheken geringeren Organisationsgrad verfügt.

202. Während mit Pharmapool ein Unternehmen, bei welchem die Ärzteschaft auch als Aktionariat eingebunden ist, in die Galenica-Gruppe übergeht, besteht nach wie vor die Möglichkeit, Medikamente bei Zur Rose als weiterem Unternehmen der Ärzteschaft zu beziehen. SD-Ärzt e sind durchaus in der Lage, den SD-Grossisten zu wechseln, so dass von keinen wesentlichen Lock-in-Effekten auszugehen ist. So kam es im Rahmen der Übernahme der Grosshandelssparte der Streuli zu entsprechenden Wechseln.

B.4.7.2.5. Zwischenergebnis

203. Es ist wahrscheinlich, dass die Pharmagrossistinnen der Galenica-Gruppe aufgrund der geplanten Übernahme der Pharmapool und der zuvor getätigten, in vorliegender Beurteilung noch nicht berücksichtigten Übernahme der Grosshandelssparte der Streuli zu klaren Marktführerinnen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal avancieren. In jedem Fall ist deren Marktstellung nach dem Zusammenschluss derart verstärkt, dass sie sich in wesentlichem Ausmass unabhängig von deren Konkurrenten verhalten werden können. Dies umso mehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Galenica-Gruppe – im Gegensatz zu den meisten Konkurrenten im Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal – in hohem Ausmass vertikal integriert ist und in vielen Bereichen der entsprechenden Wertschöpfungskette eine führende Marktstellung innehat (vgl. Organigramm, Rz 2, sowie die Marktanteile gemäss den in Fn 147 genannten Verfahren). Somit entsteht mit dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

B.4.7.2.6. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

204. Im Anschluss an die Analyse der Marktstellung ist zu beurteilen, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Ob es bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens allenfalls zu einer Beseitigung kommt, kann vorliegend nicht rein gestützt auf horizontale Elemente beurteilt werden. Vielmehr sind in Anlehnung an die Theorie bei vertikalen und konglomerale Zusammenschlüssen¹⁴⁷ vertikale Effekte (beschaffungs-/absatzseitig, Stichwort Foreclosure-Problematik) infolge der fortgeschrittenen vertikalen Integration der Galenica-Gruppe mit teilweise starken Marktanteilen auf

den einzelnen Vertriebsstufen mit zu berücksichtigen. Derartige Effekte könnten eine allfällige Reduktion des Wettbewerbs infolge des Zusammenschlusses in Richtung Beseitigung verstärken.

205. Einerseits werden sich – wie bereits vorstehend ausgeführt – Galexis/Pharmapool auf horizontaler Ebene und damit auf Grossistenstufe auch nach der Übernahme trotz hoher Marktkonzentration aktuellem Wettbewerb insbesondere durch Zur Rose, aber auch eine Reihe kleinerer Konkurrenten ausgesetzt sehen. Zur Rose hat ihr Fundament ausserdem in der Ärzteschaft und stellt insofern eine echte Alternative dar. Es ist auch denkbar, dass nicht alle Kunden von Pharmapool zur neuen Einheit wechseln.

206. Andererseits ist Galenica in vertikaler Hinsicht auf allen Stufen der Wertschöpfungskette im Gesundheits-/Pharmabereich präsent (Fabrikation, Gross-/Detailhandel, Managementlösungen und Datenmanagement). Dies mit meist starken Marktanteilen.¹⁴⁸ Verschiedene Unternehmenszusammenschlüsse in der Vergangenheit zeugen von einem kontinuierlichen Ausbau der Marktstellung wie auch der vertikalen Integration¹⁴⁹. Gewisse Abhängigkeitsverhältnisse bestehen bereits insofern, als Unternehmen im Gesundheitswesen nicht um eine Zusammenarbeit mit der Gruppe herum kommen.¹⁵⁰ Gerade kleinere Akteure dürften der Marktstellung und vertikalen Verflechtung damit nichts entgegenzusetzen haben. Derartige Marktstellungen und die sich daraus ergebenden Verhaltensspielräume dürfen nicht kartellrechtswidrig (Diskriminierung/Foreclosure) ausgenutzt werden. Die Wettbewerbsbehörden wurden mit entsprechenden Fragen denn auch schon befasst.

¹⁴⁷ Vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse beinhalten neben Effizienzvorteilen auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können. Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen (Foreclosure/Möglichkeit zur Marktabschottung; vgl. ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*).

¹⁴⁸ Vgl. in Bezug auf den benachbarten Markt des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal die Ausführungen vorstehend in B.4.7.1.5; weiter die Ausführungen betreffend die Märkte für die Publikation von Fach- und Patienteninformationen RPW 2008/3, 385 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen* (Entscheid WEKO), betreffend die Märkte für a) den „Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen“ sowie b) „veredelte maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen“ (Entscheid WEKO i.S. Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen vom 19.12.2016, www.weko.admin.ch, letzte Entscheide), in Bezug auf Prewholesale RPW 2015/3, 363 ff., *Lieferstopp durch Alloga AG* (Vorabklärung) sowie die Herstellung von Eisenpräparaten (oral und intravenös) RPW 2011/4, 653 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care* (vorläufige Prüfung).

¹⁴⁹ RPW 2005/4 638 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*; RPW 2006/3 498 ff., *Galenica/Unione*; RPW 2009/2 173 ff., *Sun Store AG/Aristea SA/Distributaria SA/Galenica*; RPW 2011/4 653 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*. Zu den Übernahmen auf Stufe Apotheken vgl. Rz 232, betreffend den Bereich Pharmagrosshandel und die Übernahme von Streuli vgl. Rz 187.

¹⁵⁰ Vgl. bisherige Verfahren gemäss Fn 146 sowie die Einschätzungen der im Rahmen vorliegender Prüfung befragten Akteure: dahingehend bspw. [...], welche ausführt: „[...]“ (act. 82). [...] Gemäss [...] könnte das Zusammenspiel der eigenen Apothekenketten mit der Dominanz im SD-Markt zu einem eingeschränkten Wettbewerb im Bereich der Versorgung von Heimen führen (act. 83).

207. Mögliche vertikale Effekte haben auch die Aussagen der im Rahmen vorliegender Prüfung befragten Akteure ergeben. Konkret wurde insbesondere auf die Gefahr hingewiesen, dass sich nicht nur die Veränderungen auf den vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Absatzmärkten, sondern gerade auch die mit diesem verbundene Stärkung auf den Beschaffungsmärkten negativ auf den Wettbewerb auswirken werde.¹⁵¹

208. Gesamthaft betrachtet kommen die Wettbewerbsbehörden zum Schluss, dass der Zusammenschluss auch unter zusätzlicher Berücksichtigung allfälliger vertikaler Effekte vorliegend aufgrund des verbleibenden aktuellen Wettbewerbs zwar zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der Galaxis (Galénica), nicht aber zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch diese führen wird.

B.4.7.2.7. Kollektive Marktbeherrschung

209. Im Gegensatz zum Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal führt die Übernahme von Pharmapool durch Galaxis zu gewichtigen unmittelbaren Veränderungen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal. Es bestehen indes keine hinreichenden Indizien für eine gegenwärtige kollektive Marktbeherrschung. Es stellt sich dennoch die Frage, ob der Zusammenschluss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten (kollusives Verhalten) auslösen wird bzw. ob sich im vorliegenden Fall mit dem Zusammenschluss die Anreizstruktur der verbleibenden Wettbewerber und die Marktstrukturen derart ändern, dass sich ein stabiles „kollusives Oligopol“ bilden würde.

210. Um dies zu prüfen, wird auf folgende Beurteilungskriterien¹⁵² abgestellt: Die Anzahl beteiligter Unternehmen, deren Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Markttransparenz, die Homogenität der Produkte, die Stellung der Marktgegenseite, die Stabilität der Marktverhältnisse sowie vorhandene Multimarktbeziehungen.

Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

211. Gibt es nur wenige Anbieter und weist der Markt eine hohe Konzentration auf, so erhöht dies gemäss einschlägiger ökonomischer Literatur die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens.¹⁵³

212. Wie aus den Erläuterungen zum aktuellen Wettbewerb (vgl. B.4.7.2.2) hervorgeht, wird zwar einerseits die Galénica-Gruppe mit einem Marktanteil von ungefähr [40-50] % zur Marktführerin auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal werden, gefolgt von Zur Rose mit etwa [30-40] %. Jedoch wird auch nach dem Zusammenschluss eine gewisse Anzahl kleinerer Anbieter auf dem Markt tätig sein, wenn auch jeweils mit Marktanteilen von (teilweise deutlich) unter [0-5] %.

213. Durch die bereits zum aktuellen Zeitpunkt jeweils hohen Marktanteile der Galénica-Gruppe sowie Zur Rose (vgl. Tabelle 5, Rz 190), besteht schon derzeit ein hoch konzentrierter Markt. Wie auch aus der Aufstellung der entsprechenden Konzentrationsmasse in Tabelle 6, Rz 191, ersichtlich, führt das Zusammenschlussvorha-

ben nochmals zu einem wesentlichen Anstieg der Marktkonzentration. Mit der steigenden Marktkonzentration steigt letztlich auch die Gefahr eines kollusiven Verhaltens zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern. Im Falle eines allfälligen oligopolistischen Verhaltens der Galaxis (Galénica) gemeinsam mit Zur Rose würde indes von den verbleibenden Konkurrenten durchaus eine destabilisierende Wirkung auf diese ausgehen. Auch erscheint es aufgrund der Anzahl verbleibender Konkurrenten unwahrscheinlich, dass sich diese alle auf oligopolistische Weise koordinieren würden.

Symmetrien

214. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.¹⁵⁴ Bezüglich deren Produkte und Dienstleistungen bestehen weitgehende Symmetrien zwischen den Konkurrenten auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal.

215. Zwar führt die geplante Übernahme von Pharmapool durch Galaxis gegenüber der heutigen Situation zu einer Senkung der derzeit bestehenden Symmetrie zwischen der Galénica-Gruppe und Zur Rose bezüglich der Höhe von deren Marktanteilen. Jedoch besteht auch nach dem geplanten Zusammenschluss eine Situation, bei welcher die beiden Marktführer – Zur Rose und die Galénica-Gruppe – einen überwiegenden Teil des Marktes untereinander aufteilen (vgl. Tabelle 5, Rz 190). Von den kleineren Marktteilnehmern dürfte nach wie vor kein erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehen. Der Grad der Marktanteilssymmetrie zwischen Zur Rose und der Galénica-Gruppe ist auch nach dem Zusammenschluss prinzipiell einem möglichen kollusiven Verhalten derselben förderlich. Hingegen besteht eine deutliche Interessensasymmetrie zwischen der Galénica-Gruppe und Zur Rose. Diese begründet sich insbesondere in der Verankerung von Zur Rose in der Ärzteschaft, worauf nachfolgend unter Rz 217 näher eingegangen wird.

Markttransparenz und Sanktionsmechanismen

216. Eine hohe Markttransparenz wird im Allgemeinen als förderlich für eine kollektive Marktbeherrschung betrachtet, zumal diese einer Überwachung der Einhaltung eines kollusiven Verhaltens förderlich sein kann. Dies erfordert einen gewissen Grad an Transparenz im Markt.

¹⁵¹ Vorgebracht wird bspw., Galénica bündle bereits heute durch die umfangreichen Tätigkeiten sowohl als Vollgrossistin gegenüber Apotheken, als auch als SD-Grossistin einen wesentlichen Anteil der Nachfrage gegenüber Pharmaherstellern auf sich. Diese Stellung werde durch die geplante Übernahme von Pharmapool noch weiter verstärkt. „Durch einen koordinierten Einkauf für alle ihre Tochterunternehmen verfügt Galénica darüber hinaus in den Medikamentensortimenten der Grundversorgung über eine dominante Einkaufsmacht. Um ihren Absatzmarkt in der Schweiz zu finden, sind die Hersteller gezwungen, mit Galénica Verhandlungen zu führen.“ (act. 82). Siehe auch Ziele des Zusammenschlussvorhabens, Rz 22. Weiter ist das gebündelte Einkaufs- (Verhandlungs-)Volumen auf Stufe Apotheken mit den konzernzugehörigen sowie den Partnerapotheken gross (vgl. Rz 131).

¹⁵² Vgl. beispielsweise RPW 2008/4, 631 ff. Rz 258 ff. m.w.H., *Coop/Carrefour*.

¹⁵³ Vgl. RPW 2015/4, 752 Rz 65, *Saint Gobain/Sika*.

¹⁵⁴ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480 m.w.H., *Migros/Denner*.

Üblicherweise versteht man darunter, dass die (Netto-)Preise oder die von den Unternehmen verkaufte Menge leicht zu eruieren sind.¹⁵⁵ Im vorliegenden Fall ist diese Transparenz nicht gegeben. Zur Rose, wie auch weitere Konkurrenten von Galexis, würden die Verträge mit den SD-Ärzten individuell verhandeln. Wenn Konkurrenten gegenüber ihren Kunden die Bezugsbedingungen verbesserten (bspw. durch Reduktion des Dienstleistungszuschlages), erfahre dies Galexis nicht.¹⁵⁶ Auch Informationen bezüglich Einkaufskonditionen der Konkurrenten sind nicht öffentlich zugänglich. Entsprechend erscheint der Markt hinsichtlich Transparenz ungünstig für Kollusion. Aufgrund der Intransparenz wäre wohl auch eine Sanktionierung bei einem Abweichen von einem kollusiven Verhalten erschwert.

Stellung der Marktgegenseite

217. Bezüglich genereller Ausführungen zur Stellung der Marktgegenseite kann auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen werden. Ein zentrales Element bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Entstehens einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung ist sicherlich die Reaktion von Zur Rose auf den Zusammenschluss. Im Falle von Zur Rose sind deren Verankerung in der Ärzteschaft und die Tatsache, dass diese nicht auch Apotheken beliefert, zentrale Elemente des Marktauftrittes. So bindet Zur Rose die Ärzteschaft bewusst auch als Aktionäre des Unternehmens ein. Zur Rose macht hierzu auf der eigenen Homepage unter dem Titel „Von Ärzten für Ärzte“¹⁵⁷ die folgenden Aussagen: *„Zur Rose vertritt als standeseigenes Unternehmen die Interessen der Ärzteschaft, die auch einen Grossteil der rund 2000 Aktionäre stellt. Deshalb unterstützt das Unternehmen die Ärzteorganisationen und ihre Trustcenter. Gleichzeitig macht sich Zur Rose für die Selbstdispensation als wichtigen Bestandteil der ärztlichen Tätigkeit stark.“* In diesem Zusammenhang informiert Zur Rose auch im Rahmen ihrer Offertstellungen an Ärzte wie folgt: [...] ¹⁵⁸

218. Vor diesem Hintergrund erscheint es unwahrscheinlich, dass Zur Rose nach der Übernahme von Pharmapool durch Galexis zu einer Geschäftsstrategie wechseln würde, welche sich im Sinne eines oligopolistischen Verhaltens gegen die Interessen der Ärzteschaft richten würde. Andererseits fällt mit Pharmapool die einzige grössere Konkurrentin von Zur Rose mit einer vergleichbaren Eigentümerstruktur weg. So kann letztlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich der von Zur Rose nach der Übernahme von Pharmapool durch Galexis ausgehende Wettbewerbsdruck verringert.

Stabile Marktverhältnisse

219. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.¹⁵⁹

220. Aufgrund der bestehenden hohen Markteintrittsschranken ist nicht davon auszugehen, dass die Marktposition der gegenwärtigen Marktteilnehmer durch neu in den Markt eintretende Unternehmen unmittelbar gefährdet ist. Während der Markt wohl eine gewisse Sättigung erreicht hat, kommt es jedoch durchaus zu Wechseln seitens SD-Ärzten zu anderen Pharmagrossisten im SD-Ärzt kanal und es kommt auch zu entsprechenden –

wenn auch geringen – Marktanteilsverschiebungen. Auch kann tendenziell eine leichte Vergrösserung des Marktvolumens beobachtet werden. Eine potentiell grössere Erweiterung des Marktvolumens fände bei Einführung der geplanten Änderung des Heilmittelgesetzes und damit der schweizweiten Zulassung der Selbstdispensation statt. So bestehen letztlich nach wie vor Anreize, sich über bessere Konditionen von den übrigen Konkurrenten abzuheben.

Multimarktbeziehungen

221. Zur Rose ist neben dem vorliegend betrachteten Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal in der Schweiz schwerpunktmässig auch im Bereich Versandapotheken tätig. So betreibt Zur Rose eine gleichnamige Versandapotheke in der Schweiz und ist mit der Marke DocMorris insbesondere in Deutschland und den Niederlanden tätig. Bei der Medikamentenverblisterung handelt es sich um ein Nischenprodukt mit vergleichsweise kleinen Umsätzen. Bezüglich Apotheken sind die Galenica-Gruppe (Schwerpunkt stationäre Apotheken) und Zur Rose (Schwerpunkt Versandapotheken) letztlich in wesentlich unterschiedlichen Geschäftsfeldern tätig. Umgekehrt hat Galenica als umfassende Anbieterin in verschiedensten Bereichen der Pharmabranche letztlich doch in allen Geschäftsfeldern, so auch als Lieferantin von Pharmaprodukten, Anknüpfungspunkte mit zur Rose. Generell liegen jedoch derzeit keine hinreichenden Indizien vor, dass von den bestehenden Multimarktbeziehungen Anreize für ein kollusives Verhalten ausgehen.

Zwischenergebnis

222. Zusammenfassend bestehen, insbesondere aufgrund der Verankerung von Zur Rose in der Ärzteschaft und dem Vorhandensein verschiedener kleinerer Konkurrenten, keine hinreichenden Hinweise für ein mögliches Entstehen einer kollektiven Marktbeherrschung, welche zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen könnte, aufgrund der geplanten Übernahme von Pharmapool durch Galexis.

B.4.7.2.8. Ergebnis

223. Der Zusammenschluss führt zu einer deutlichen Stärkung der – ohnehin schon sehr starken – Marktstellung der Galexis (Galenica) auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal. Diese avanciert nicht nur zur klaren Marktführerin, sie wird sich nach dem Zusammenschluss auch in wesentlichem Ausmass unabhängig von deren Konkurrenten verhalten können. Der Zusammenschluss führt damit zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der Galexis (Galenica) im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal, nicht aber zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch diese (Art. 10 Abs. 2 KG).

¹⁵⁵ Vgl. RPW 2015/4, 752 Rz 68, *Saint-Gobain/Sika*.

¹⁵⁶ Act. 280, Rz 47.

¹⁵⁷ Siehe <<https://stage.zurrose.ch/de/547-von-aerzten-fuer-aerzte>> (30.11.2016).

¹⁵⁸ Stellungnahme vom 4.11.2016 (act. 224).

¹⁵⁹ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498 m.w.H., *Migros/Denner*.

224. Auch bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung der Galenica (Galenica) gemeinsam mit weiteren Pharmagrossistinnen im SD-Ärzt kanal.

B.4.7.3 Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheken lokal (Detailhandel)

B.4.7.3.1. Vorbringen der Zusammenschlussparteien

225. Im Absatzmarkt für Apotheken bestünden auch nach dem Zusammenschluss aktuelle Konkurrenten. Insbesondere die Apotheken in Österreich würden Preisdruck ausüben. Konkurrenzieren würden die Apotheken zudem durch SD-Ärzte, die im Kanton St. Gallen stark vertreten seien. Des Weiteren würden die Preise, Sonderaktionen etc. bei den Galenica Apotheken schweizweit festgelegt. Überdies hätten die Konsumenten die Möglichkeit, Arzneimittel über den Versandhandel zu beziehen. Bereits deshalb könne eine Verschlechterung der Bedingungen für die Konsumenten ausgeschlossen werden. Daneben bestehe starke potentielle Konkurrenz durch die drei DROPA Drogerien und Apothekenketten wie die BENU-Apotheken. Gemäss der Rechtsprechung der REKO WEF im Fall 20 Minuten¹⁶⁰ läge somit keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vor, da genügend Restwettbewerb bestehe.¹⁶¹

B.4.7.3.2. Aktueller Wettbewerb

226. Im Rahmen des geplanten Zusammenschlussvorhabens ist vorgesehen, dass die Zentralapotheke der Pharmapool (in Heerbrugg) an die Galenica-Gruppe übergeht. Die Tätigkeiten der Zentralapotheke liegen

hauptsächlich im Betrieb des physischen Verkaufspunkts, daneben bietet diese auch den Direktversand von Medikamenten an. [...] (vgl. Rz 18). Dementsprechend wird diese Dienstleistung nachfolgend auch nicht gesondert von den übrigen Tätigkeiten der Zentralapotheke betrachtet.

227. Seitens der Galenica-Gruppe sind im vorliegend betrachteten lokalen Markt die Amavita Apotheke Altstätten (in Altstätten) sowie die Amavita Apotheke Rhyland (in Widnau) tätig.

228. Daneben ist die Apotheke im Rheinpark Rogenmoser AG an zwei Standorten im vorliegend betrachteten lokalen Markt tätig. Einerseits an deren Hauptstandort mit der Rogenmoser Apotheke im Rheinpark (in St. Margrethen) sowie mit der Apotheke im Dorf (ebenfalls in St. Margrethen). Schliesslich betreibt die Sternen Apotheke AG in Altstätten ihre Apotheke.¹⁶²

229. Sowohl die beiden Rogenmoser-Apotheken als auch die Sternen Apotheke gehören der Rotpunkt-Apothekengruppierung an. Die Rotpunkt-Pharma bietet deren ca. 100 Mitgliedapotheken [...] Unterstützung im Marketingbereich, aber auch bezüglich [...] Beschaffung. Die Rotpunkt-Pharma betrachtet sich selbst grundsätzlich nicht als Einkaufsgemeinschaft, [...].¹⁶³ Abgesehen von der Inanspruchnahme der genannten Dienstleistungen [...] operieren verschiedene Rotpunkt-Apotheken somit weitestgehend autonom voneinander. Dementsprechend können auch die Rogenmoser-Apotheken respektive die Sternen Apotheke also voneinander unabhängige Konkurrenten im lokalen Markt betrachtet werden.

Tabelle 7: Marktanteile Apotheken lokal (gemäss Umsatz)

		2013	2014	2015
Galenica-Gruppe	Amavita Apotheke Rhyland (Widnau)	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
	Amavita Apotheke Altstätten (Altstätten)	[10-20] %	[10-20] %	[5-10] %
Pharmapool	Zentralapotheke (Heerbrugg)	[10-20] %	[20-30] %	[20-10] %
Total Galenica und Pharmapool		[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %
Rogenmoser Apotheken	Rogenmoser Apotheke im Dorf (St. Margrethen)	[0-5] %	[5-10] %	[5-10] %
	Rogenmoser Apotheke im Rheinpark (St. Margrethen)	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %
Sternen Apotheke (Altstätten)		[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %
TOTAL		100 %	100 %	100 %

Quelle: Befragung; Aufstellung: Sekretariat

¹⁶⁰ RPW 2006/2, 347 ff., E. 8.1, Berner Zeitung AG/Tamedia AG/Wettbewerbskommission.

¹⁶¹ Act. 280 Rz 103.

¹⁶² Vgl. zu den Standorten mit Einzugsgebieten Abbildung 7.

¹⁶³ Act. 208.

230. Die Galenica-Gruppe ist mit den genannten Apotheken bereits zum aktuellen Zeitpunkt mit einem Marktanteil von insgesamt [20-30] % im Jahr 2015 die grösste Anbieterin auf dem vorliegend betrachteten lokalen Markt für den Zugang zum Absatzkanal Apotheken. Mit der geplanten Übernahme der Zentralapotheke baut die Galenica-Gruppe ihre Position deutlich aus und wird klare Marktführerin mit einem Marktanteil von voraussichtlich rund [40-50] %. Jedoch sind auch nach der Übernahme mit den beiden Rogenmoser Apotheken (mit einem voraussichtlichen gemeinsamen Marktanteil von rund [20-30] %) und der Sternen Apotheke (mit einem voraussichtlichen Marktanteil von rund [20-30] %) zwei Konkurrenten in einem nicht unerheblichen Ausmass auf dem Markt tätig, welche jeweils zudem von den Vermarktungsleistungen und den [...] der Rotpunkt-Apothekengruppierung profitieren können.

B.4.7.3.3. Potentieller Wettbewerb

231. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und diese genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.¹⁶⁴

232. Generell ist von Markteintritten nur eine geringe Wirkung auf den Wettbewerb auf lokaler Ebene zu erwarten. So ist selbst bei einer gesamtschweizerischen Betrachtung die Anzahl an Apotheken weitestgehend konstant. In den Jahren 2010–2015 ist die Anzahl Apotheken in der Schweiz lediglich von 1'733 auf 1'774 Apotheken gestiegen. Dementsprechend ist die Marktdynamik in diesem gesättigten Markt eher von Übernahmen respektive Schliessungen und nur in vernachlässigbarem Umfang von Markteintritten geprägt. So hat gerade die Galenica-Gruppe zwar in den Jahren 2014–2016 [...] ¹⁶⁵ Auch können Übernahmen durch andere Apothekenketten, wie durch die Apothekenkette BENU der Phoenix Gruppe, zwar nicht an sich ausgeschlossen werden. Indes würde eine solche Übernahme – im Gegensatz zu einer Apotheken-Neugründung – nicht zu einer erheblichen unmittelbaren Veränderung der Wettbewerbssituation führen.

233. Schlussendlich ist es naturgemäss schwierig, für eine lokale Situation zuverlässige Prognosen bezüglich potentieller Markteintritte zu machen. Gestützt auf die obigen Erwägungen auf nationaler Ebene ist es jedoch unwahrscheinlich, dass von potentieller Konkurrenz eine disziplinierende Wirkung auf die derzeit am Markt tätigen Apotheken ausgeht.

B.4.7.3.4. Stellung der Marktgegenseite

234. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite erübrigen sich angesichts der aktuellen Konkurrenz vertiefte Ausführungen. Grundsätzlich ist fraglich, inwiefern von einzelnen Endkunden eine disziplinierende Wirkung auf allfällig marktbeherrschende Unternehmen ausgehen könnte. Zumindest im Bereich der Hors-Liste Medikamente kann indes von einer gewissen Preissensibilität

und damit Preiswettbewerb ausgegangen werden.¹⁶⁶ Ein Bezug derselben im Ausland sowie von rezeptpflichtigen Arzneimitteln über SD-Ärzte wie auch über Versandapotheken (wenn auch unvollständige Substitute darstellend) ist grundsätzlich möglich.

B.4.7.3.5. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung

235. Derzeit liegen keine hinreichenden Indizien für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung der besagten Apotheken der Galenica-Gruppe gemeinsam mit weiteren Apotheken auf dem lokalen Markt vor.

B.4.7.3.6. Ergebnis für den lokalen Markt für den Zugang zum Absatzkanal Apotheken

236. Die Galenica-Gruppe kann ihre Marktstellung als aktuelle Marktführerin auf dem lokalen Markt für den Zugang zum Absatzkanal Apotheken durch die Übernahme der Zentralapotheke von Pharmapool nochmals deutlich ausbauen. Aufgrund des verbleibenden aktuellen Wettbewerbs durch die Rogenmoser Apotheken und die Sternen Apotheke werden den Endkunden auf dem lokalen Markt indes auch weiterhin vollwertige Alternativen zu den Apotheken der Galenica-Gruppe zur Verfügung stehen. Dass die Übernahme der Zentralapotheke durch die Galenica-Gruppe somit zu einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung der Galenica-Gruppe führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, erscheint unwahrscheinlich.

237. Das geplante Zusammenschlussvorhaben führt damit nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Galenica-Gruppe auf dem lokalen Markt für den Zugang zum Absatzkanal Apotheken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Auch bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung der Galenica-Gruppe mit weiteren Apotheken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.5 Ergebnis

238. Die WEKO kommt nach vertiefter Prüfung des Zusammenschlussvorhabens 41-0805 Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form mit

¹⁶⁴ Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁶⁵ Vgl. act. 313.

¹⁶⁶ Vgl. RPW 2010/4, 649 ff., *Hors-Liste Medikamente*.

grosser Wahrscheinlichkeit zu keiner marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. So wird es in den Märkten Pharmagrosshandel im SD-Ärzt kanal sowie Pharmagrosshandel im Apothekenkanal zwar zur Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Galaxis (Galenica), nicht aber zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch diese kommen.

239. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat folglich ergeben, dass der Zusammenschluss in der gemeldeten Form ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen werden kann.

C Kosten

240. 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 gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Galaxis und Pharmapool.

241. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.– erhoben.

242. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.– gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.– respektive 130.–. Die Gebühr für die aufgewendete Zeit beläuft sich demnach auf CHF [...].

243. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt CHF [...], bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.– für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von CHF [...] für die Prüfung.

244. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). Somit haften Galenica, Galaxis und Pharmapool solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

B 2.3	4. Kuraray Co., Ltd./Sumitomo Corporation/PTT Global Chemical Public Company Limited/Joint Venture
-------	---

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. Mai 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Mai 2018

1. Am 24. April 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Gründung eines neuen vollfunktionsfähigen Joint Ventures (nachfolgend: JV) durch die Gesellschaften Kuraray Co., Ltd. (nachfolgend: Kuraray), Sumitomo Corporation (nachfolgend: Sumitomo) und PTT Global Chemical Public Company Limited (nachfolgend: PTTGC).¹

2. Kuraray ist ein Hersteller von Spezialitätenchemie-Produkten, Fasern und weiteren Materialien mit Sitz in Tokyo, Japan. Kuraray verfügt über die fünf Geschäftseinheiten Vinylacetat, Isopren, Funktionswerkstoffe, Fasern und Textilien, Handel, sowie über eine weitere Geschäftseinheit, die u.a. Karbonmaterial und hochfunktionelle Membrane und Systeme für die Wasseraufbereitung produziert und vertreibt.²

3. Sumitomo mit Sitz in Tokyo, Japan, ist eine börsennotierte Handels- und Investmentgesellschaft, die über ihre Unternehmensgruppe ein umfassendes Angebot an Dienstleistungen und Produkten in Japan und weltweit anbietet. Sumitomo ist in verschiedenen Branchen innerhalb und ausserhalb Japans tätig, beispielsweise im Handel mit Metallprodukten, Transport- und Konstruktionssystemen, Umwelt und Infrastruktur, Chemie und Elektronik, Medien, Netzwerke und Lifestyle-Güter, Bodenschätze und Energie.³

4. PTTGC ist Teil der sich mehrheitlich im Staatsbesitz befindlichen PTT-Gruppe mit Sitz in Bangkok, Thailand. Die PTT-Gruppe ist ein weltweit aktives Unternehmenskonglomerat, das in vielen Geschäftsbereichen tätig ist, die in den Branchen Gas, Öl, und Petrochemie sowie im internationalen Handel angesiedelt sind.⁴

5. Das JV soll in der Herstellung und Lieferung von einem Hochleistungspolyamid Produkt (PA9T) und von Produkten eines hydrierten Typus von Tyrol-Blockcopolymeren (SBC) aktiv sein. Das JV wird in Thailand produzieren und Nachfrager weltweit mit den beiden chemischen Produkten beliefern.

6. Kuraray, PTTGC und Sumitomo haben die Absicht, zusammen das JV zu gründen. Gleichzeitig gründen Tochtergesellschaften von Kuraray und Sumitomo zusammen ein weiteres Gemeinschaftsunternehmen, das Japan Joint Venture (Japan JV) in Thailand. Beide Par-

teien werden das Japan JV gemeinsam kontrollieren. Die einzige Geschäftstätigkeit des Japan JV wird im Halten der Beteiligungen von Kuraray und Sumitomo am JV sein. Nach der Transaktion werden alle Parteien zusammen gemeinsame Kontrolle über das JV ausüben. Das Erlangen der gemeinsamen Kontrolle durch die Parteien über das Joint Venture stellt einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

7. Das Zusammenschlussvorhaben hat zum Zweck, dass neue Technologien genutzt und neue Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Thailand aufgeführt werden können. Es sollen Spezialprodukte für wachstumsstarke Marktsegmente produziert werden, einschliesslich den Automobil-, Elektronik- und Elektrik- und Bausektor. Es wird erwartet, dass diese Investition zur Entwicklung des thailändischen Chemiesektors beiträgt und damit zum wirtschaftlichen Wachstum des Landes und damit die Wettbewerbsfähigkeit steigert.

8. Das JV beabsichtigt, in der Herstellung und Lieferung der zwei chemischen Produkte PA9T und SBC tätig zu sein (vgl. oben, Rz 5). Kuraray stellt dieselben zwei Produkte bereits her und PTTGC liefert mit Butadien und Styrol zwei chemische Rohstoffe, die für die Produktion von PA9T und SBC benutzt werden können. Das Zusammenschlussvorhaben wird somit zu keinen Marktanteilsadditionen führen. Die Marktanteile von Kuraray und PTTGC sind zudem unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung gering.

9. Das Zusammenschlussvorhaben führt unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung zu keinen betroffenen Märkten. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹ Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 23.04.2018 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet: COMP/M8739 (2018), *Kuraray Co., Ltd./ PTT Global Chemical Public Company Limited/Sumitomo Corporation*.

² Mehr Informationen unter <www.kuraray.co.jp/en> (25.04.2018).

³ Mehr Informationen unter <www.sumitomocorp.co.jp/english> (25.04.2018).

⁴ Mehr Informationen unter <www.pttgcgroup.com/en/home> (25.04.2018).

B 2.3

5. Airbus/CSALP

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. März 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. März 2018

1. Am 28. Februar 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Airbus SE (nachfolgend: Airbus) die Übernahme der alleinigen Kontrolle über die C Series Aircraft Limited Partnership und der C Series Aircraft Managing GP Inc., dem geschäftsführenden General Partner von CSALP (nachfolgend zusammen: CSALP).

2. Airbus mit Sitz in Leiden, Niederlanden, ist weltweit in der Luftfahrt-, Raumfahrt- und Verteidigungsindustrie tätig.¹ Airbus stellt eine Reihe verschiedener Verkehrsflugzeuge her. Innerhalb der Airbus-A320-Familie bietet sie derzeit die Schmalrumpfflugzeuge A319, A320 und A321 mit 140, 165 resp. 185 Sitzen in der Dual Class-Konfiguration und 160, 189 resp. 240 Sitzen in der High Density Single Class-Konfiguration an. Zudem stellt Airbus Grossraumflugzeuge der Baureihen A330, A350 und A380 her. Airbus hat auch eine 50-prozentige Beteiligung am Turboprop-Hersteller Airbus ATR SAS (nachfolgend: ATR) mit Sitz in Toulouse, Frankreich, der die 70-sitzige ATR 72 und die 50-sitzige ATR 42 herstellt. Des Weiteren stellt Airbus Produkte für die Bereiche Verteidigungs- und Sicherheitsindustrie und sichere Raumfahrtanwendungen sowie zivile und militärische Helikopter her.

3. CSALP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von Verkehrsflugzeugen tätig. Sie stellt die sog. C Series-Flugzeuge her, Schmalrumpfflugzeuge, die in zwei Flugzeugmodellen angeboten werden: dem CS100 und dem CS300, welches 108 resp. 130 Sitze in einer Dual Class-Konfiguration und 125 resp. 150 Sitze in einer High Density Single Class-Konfiguration hat. Die C Series Aircraft Limited Partnership hat ihren Sitz in Mirabel, Québec, Kanada. Derzeit übt Bombardier Inc. (nachfolgend: Bombardier) mit Sitz in Montréal, Kanada, ein Hersteller von Flugzeugen und Zügen, mit ca. [...] % der Gesellschaftsanteile die alleinige Kontrolle über die CSALP aus, während Investissement Québec (nachfolgend: IQ), die Investitionsparte der Regierung von Québec, ca. [...] % der Anteile hält (Stand: 30.09.2017).

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben werden die komplementären Familien an Schmalrumpfflugzeugen der Airbus (die A320-Familie) und der CSALP (das C Series-Angebot) zusammengeführt. Gemäss Airbus wird

das Vorhaben erhebliche Effizienzgewinne generieren. [...] gemäss Airbus [...]. Gemäss Airbus [...].

5. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wurde in Deutschland, Österreich, Brasilien und Kanada gemeldet. Zudem [...]. Das Zusammenschlussvorhaben wurde von den Jurisdiktionen dieser Länder bereits freigegeben.

6. Airbus beabsichtigt, 50,01 % der Anteile an CSALP zu zeichnen. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden Bombardier und IQ jeweils Minderheitsbeteiligungen von [...] % resp. [...] % halten, und Airbus wird die alleinige Kontrolle über CSALP ausüben. Somit liegt ein 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) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) vor.

7. Airbus und CSALP erzielten im Geschäftsjahr 2016 weltweit zusammengerechnet einen Umsatz von über CHF [...] Mrd. und somit von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio.,² womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. In der Vergangenheit hat die Wettbewerbskommission einen sachlich relevanten Markt für zivile Grossflugzeuge (über 100 Sitzplätze pro Flugzeug), einen solchen für Geschäftsflugzeuge sowie je einen Markt für zivile Helikopter und militärische Helikopter abgegrenzt.³ Diese Märkte hat sie räumlich allesamt als mindestens europäisch bis weltweit abgegrenzt.⁴

9. Die Europäische Kommission hat sich in einer Reihe von Entscheiden mit Märkten bezüglich Verkehrsflugzeugen befasst. Gemäss der Europäischen Kommission sind grosse, düsengetriebene Verkehrsflugzeuge in zwei separate relevante Märkte zu unterteilen, nämlich einen Markt für Schmalrumpfflugzeuge (mit einem Mittelgang,

¹ Zu den Tätigkeiten vgl. auch RPW 2015/1, 90 Rz 2, *Airbus/Safran/JV*.

² Jahresmittel der Devisenkurse für das Jahr 2016 gemäss Publikation der Kursliste auf der Webseite der Schweizerischen Nationalbank: EUR 1 = CHF 1.09009.

³ RPW 2000/1, 67 f. Rz 6 ff., *Aerospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas*; RPW 2000/4, 646, Airbus. Im Entscheid der WEKO zum Zusammenschlussvorhaben *Airbus/Safran/JV* (RPW 2015/1, 92 Rz 16) werden Märkte für kommerzielle Flugzeuge erwähnt, ohne dass diese sachlich näher abgegrenzt werden. Zudem hat die WEKO im Entscheid *Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse* (RPW 2007/4, 522 Rz 37 b) darauf hingewiesen, dass, ob leichte Transport- und Schulungshelikopter (nachfolgend: LTSH) einem einzigen Markt für militärische und zivile LTSH angehören oder zwei separate Märkte bilden, davon abhängt, ob die militärische und die zivile Version substituierbar sind.

⁴ RPW 2000/1, 67 Rz 5, *Aerospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas*.

Single-Aisle-Flugzeuge) und einen solchen für Grossraumflugzeuge (mit zwei Gängen, Twin-Aisle-Flugzeuge), wobei Schmalrumpfflugzeuge eine ungefähre Reichweite von 2000–4000 Seemeilen und eine Beförderungskapazität von etwa 100–200 Passagieren haben und Grossraumflugzeuge eine ungefähre Reichweite von 4000–8000+ Seemeilen und eine Beförderungskapazität von etwa 200–400+ Passagieren.⁵ Die Europäische Kommission erwog in einem Entscheid aus dem Jahre 1997 eine weitere Segmentierung dieser Märkte anhand der Sitzkapazität, nämlich betreffend Schmalrumpfflugzeugen in die Segmente 100–120 Sitzplätze und 120–200 Sitzplätze und bezüglich Grossraumflugzeuge in solche mit 200–320 Sitzplätzen, 320–400 Sitzplätzen und 400+ Sitzplätzen.⁶ Auch diskutierte sie, ob Frachtflugzeuge und Passagierflugzeuge zum selben Markt gehören und bejahte dies.⁷

10. Weiter stellte die Europäische Kommission fest, dass sich der Markt für Regionalflugzeuge vom Markt für grosse Verkehrsflugzeuge unterscheidet,⁸ dass der Markt für Regionalflugzeuge weiter unterteilt werden sollte in einen solchen für regionale Turboprop-Flugzeuge und einen solchen für regionale Düsenflugzeuge und dass regionale Turboprop-Flugzeuge weiter gemäss ihrer Kapazität segmentiert werden sollten.⁹

11. Gemäss der Europäischen Kommission gehören militärische Helikopter und zivile Helikopter zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten. Zudem diskutierte sie eine weitere Segmentierung der Helikoptermärkte, z.B. gemäss der Anwendung des Helikopters oder gemäss dessen Gewicht.¹⁰

12. Gemäss der Europäischen Kommission ist der räumlich relevante Markt für grosse düsengetriebene Verkehrsflugzeuge als auch für Regionalflugzeuge weltweit abzugrenzen.¹¹ Sie erörterte, die räumlich relevanten Märkte bezüglich militärische Helikopter dann national abzugrenzen, wenn es eine diesbezügliche inländische Produktion gibt, und weltweit ohne inländische Produktion.¹² Für zivile Helikopter erachtet die Europäische Kommission die räumlich relevante Abgrenzung als weltweit.¹³

13. Gemäss Airbus wurde die Kapazität von Flugzeugen in den letzten 20 Jahren stetig erhöht, weshalb es ihnen angemessen erscheint, innerhalb von Narrow-Body-Verkehrsflugzeugen zwischen Single-Aisle-Flugzeugen mit mehr als 150 Sitzen und Flugzeugen mit 100–150 Sitzen zu unterscheiden.

14. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich Verkehrsflugzeuge und Helikopter kann vorliegend offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt. Räumlich werden die sachlichen Märkte bezüglich Verkehrsflugzeuge und zivile Helikopter vorliegend weltweit abgegrenzt. Schliesslich kann die genaue räumliche Abgrenzung dieser Märkte aber offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt. Bezüglich militärische Helikopter kann die räumliche Abgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden

Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

15. CSALP, welche im Bereich Schmalrumpfflugzeuge tätig ist, jedoch weder in den Märkten bezüglich Grossraumflugzeuge noch bezüglich Regionalflugzeuge, lieferte im Jahr 2016 [...] Schmalrumpfflugzeuge an die Swiss [...], wobei sämtliche dieser in die Kategorie von Schmalrumpfflugzeugen mit 100–150 Sitzplätzen gehören. Im gleichen Zeitraum lieferte Airbus [...] in die Schweiz, nämlich [...]. Gemäss Airbus [...]. [...] Somit ergibt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben für einen hypothetischen schweizweiten Markt für Schmalrumpfflugzeuge für die Zusammenschlussparteien eine Marktanteilsaddition auf [90–100] %. Wird der hypothetische schweizweite Markt für Schmalrumpfflugzeuge weiter unterteilt in einen solchen mit 100–150 Sitzplätzen und einen solchen mit über 150 Sitzplätzen, so hatte für das Jahr 2016 CSALP im erstgenannten Markt einen Marktanteil von [90–100] % und Airbus im zweitgenannten Markt einen solchen von [90–100] %. Anzumerken ist, dass in den Jahren 2014 und 2015 [...] in die Schweiz [...], während 2017 [...] in die Schweiz [...]. Dies zeigt, dass schon einzelne, in die Schweiz gelieferte Schmalrumpfflugzeuge einen starken Einfluss auf den Marktanteil eines Unternehmens haben können, der Marktanteil pro Jahr daher grossen Fluktuationen unterworfen und damit wenig aussagekräftig ist.

16. Gemäss der Praxis der WEKO ist der Markt für zivile Grossflugzeuge mindestens europäisch abzugrenzen (vgl. Rz 8). Bei einer räumlichen Marktabgrenzung, welche den EWR und die Schweiz umfasst, hatte Airbus im Jahr 2016 im Markt für Schmalrumpfflugzeuge einen umsatzbasierten Marktanteil von [50–60] % und CSALP einen solchen von [0–10] %, gestützt auf Daten für das Jahr 2016 bewirkt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt also lediglich eine geringe Marktanteilsaddition auf [50–60] %. Für die Jahre 2014, 2015 und 2017 betrug der Marktanteil von Airbus in diesem Markt [50–60] %, [40–50] % resp. [40–50] %, während CSALP in diesem Markt in jenen Jahren [jeweils einen Marktanteil von 0–10 % erzielte].

⁵ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 16, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁶ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 38, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁷ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 39, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁸ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 15, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁹ KOMM, IV/M.1438 vom 25.6.1999, Rz 12 und Fn 2, *British Aerospace/GEC Marconi*, mit Verweisen auf weitere Entscheide. Vgl. auch KOMM, COMP/M.1745 vom 11.5.2000, Rz 22 f., *EADS*.

¹⁰ KOMM, COMP/M.6410 vom 26.7.2012, Rz 145 ff., *UTC/Goodrich*. Vgl. u.a. auch KOMM, COMP/M.1501 vom 22.11.2000, Rz 9–12, *GKN Westland/Agusta/JV*; KOMM, COMP/M.1745 vom 11.5.2000, Rz 48–50, *EADS*.

¹¹ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 20, *Boeing/McDonnell Douglas*; KOMM, COMP/M.1745 vom 11.5.2000, Rz 26, *EADS*; KOMM, IV/M.1438 vom 25.6.1999, Rz 17, *British Aerospace/GEC Marconi*, mit Verweisen auf weitere Entscheide.

¹² KOMM, COMP/M.1745 vom 11.5.2000, Rz 58, *EADS*; KOMM, COMP/M.1501 vom 22.11.2000, Rz 13, *GKN Westland/Agusta/JV*.

¹³ KOMM, COMP/M.1745 vom 11.5.2000, Rz 58, *EADS*; KOMM, COMP/M.1501 vom 22.11.2000, Rz 14, *GKN Westland/Agusta/JV*.

17. Auf weltweiter Ebene hatte Airbus im Jahr 2016 bei Schmalrumpfflugzeugen gemäss den Schätzungen von Airbus¹⁴ einen umsatzbasierten Marktanteil von [50–60] % und CSALP einen solchen von [0–10] %, kumuliert hatten sie somit einen Marktanteil von [50–60] %. Anzumerken ist, dass diese Marktanteile auf Lieferungen basieren und nicht auf Bestellungen und dass dies auch für die nachfolgend aufgezeigten Marktanteile gilt. Während also der Marktanteil von Airbus beachtlich war, ist die durch das Zusammenschlussvorhaben entstandene Marktanteilsaddition relativ gering. Die weiteren Marktanteile entfielen auf The Boeing Company (nachfolgend: Boeing) mit einem Marktanteil von [40–50] % und auf die Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (nachfolgend: Embraer) mit einem Marktanteil von [0–10] %.

18. Unterteilt man den Markt für Schmalrumpfflugzeuge weiter in einen solchen für Flugzeuge mit 100–150 Sitzplätzen und einen solchen für Flugzeuge mit über 150 Sitzplätzen, ergibt sich weltweit für das Jahr 2016 folgendes Bild. Bei Schmalrumpfflugzeugen mit 100–150 Sitzplätzen hatte Airbus im Jahr 2016 weltweit einen umsatzbasierten Marktanteil von [10–20] %, CSALP einen solchen von [20–30] %, Boeing einen solchen von [30–40] % und Embraer einen solchen von [20–30] %. Bei Schmalrumpfflugzeugen mit über 150 Sitzplätzen hatte Airbus im Jahr 2016 weltweit einen umsatzbasierten Marktanteil von [50–60] % und Boeing einen solchen von [40–50] %, während weder CSALP noch Embraer in diesem Markt Umsätze aufwiesen. Eine Marktanteilsaddition durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ergibt sich, basierend auf das Jahr 2016, bei diesen beiden Märkten also nur auf dem Markt für Schmalrumpfflugzeuge mit 100–150 Sitzplätzen, und zwar auf [40–50] %. In diesem Bereich verbleiben aber mit Boeing und Embraer nach wie vor – nebst den Zusammenschlussparteien – zwei grössere Wettbewerber im Markt. Ebenfalls eine Marktanteilsaddition durch das Zusammenschlussvorhaben ergibt sich, wenn ein weltweiter Markt für Schmalrumpfflugzeuge mit 120–200 Sitzplätzen abgegrenzt wird (vgl. Rz 9 und Fn 6). Gemäss der Europäischen Kommission gehören die Modelle A319, A320 und A321 von Airbus zu den Schmalrumpfflugzeugen mit 120–200 Sitzplätzen,¹⁵ von CSALP ist das Modell CS300 diesem Segment zuzuordnen. Auch Boeing und Embraer sind in diesem Segment tätig.

19. Gemäss Airbus besteht der Wettbewerb für den Verkauf von Single-Aisle-Flugzeugen zwischen den Flugzeugfamilien. Bestellungen für Flugzeuge würden in der Regel zwei bis sieben Jahre vor Lieferung abgegeben (fünf Jahre im Durchschnitt). Alle Flugzeughersteller würden ihren Kunden Flexibilität innerhalb einer bestimmten Flugzeugfamilie bieten. Auch Boeing wird als ein solcher Flugzeughersteller genannt. So erläutert Airbus, dass der Kunde bei Bestellungen für Flugzeuge der A320-Familie zwischen den Modellen wechseln kann und dass Kunden der C Series ihre Bestellungen der CS100 in CS300 und umgekehrt umwandeln können. Sie verweisen dabei auf die hohe Umwandlungsrate zwischen Bestellung und Lieferung. [...] Flugzeuge der A320-Familie werden dabei auf den gleichen Produktionslinien hergestellt, ebenso werden die CSALP-Flugzeuge der Modelle CS100 und CS300 auf den gleichen Produktionslinien hergestellt.

20. Gemäss Airbus bietet nur Boeing eine vergleichbare Flugzeugfamilie zur A320-Familie von Airbus an, während nur Embraer eine ähnliche Familie von Flugzeugen wie die der C Series-Familie von CSALP anbietet. So sieht Airbus denn auch keinen wirklichen Wettbewerb zwischen der C Series und der A320-Familie.

21. Der Umstand, dass Kunden, welche bei Flugzeugherstellern Schmalrumpfflugzeuge bestellt haben, diese Bestellungen nachträglich bei Bedarf so anpassen können, dass sie ein anderes Modell aus der gleichen Serie wählen und dies auch gemäss Airbus immer wieder vorkommt (vgl. Rz 19), deutet darauf hin, dass diese Flexibilität zumindest von einem Teil der Kunden geschätzt und als Vorteil betrachtet wird. So ist es denn auch plausibel, dass diese Flexibilität für einen Teil der Kunden mitentscheidend dafür ist, bei welchem Hersteller resp. welchen Herstellern sie Schmalrumpfflugzeuge bestellen. Wie von Airbus aufgezeigt, bieten im Bereich Schmalrumpfflugzeuge jeweils Airbus und Boeing einerseits und CSALP und Embraer andererseits je eine Flugzeugserie mit ähnlichen Spannen an Passagierkapazitäten an. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhaben stehen die Schmalrumpfflugzeuge von Airbus und Boeing nach wie vor im Wettbewerb zueinander, ebenso wie die Schmalrumpfflugzeuge der neu von Airbus kontrollierten CSALP und Embraer im Wettbewerb zueinander stehen.

22. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten bezüglich Schmalrumpfflugzeuge eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

23. Im Gegensatz zu CSALP ist Airbus auch in Märkten bezüglich Grossraumflugzeuge und Regionalflugzeuge tätig. Im Markt für Grossraumflugzeuge hatte Airbus im Jahr 2016 weltweit einen umsatzbasierten Marktanteil von [30–40] %, während die restlichen Marktanteile auf Boeing entfielen. Im weltweiten Markt für Regionalflugzeuge betrug der umsatzbasierte Marktanteil der Airbus-Tochter ATR [10–20] %. Grösster Wettbewerber in diesem Markt ist gemessen an diesen Marktanteilen für das Jahr 2016 Embraer mit einem Marktanteil von [40–50] %, weitere Wettbewerber sind Bombardier (Marktanteil von [30–40] %), die Flugzeug-Holding Suchoi (Marktanteil von [0–10] %) und die Commercial Aircraft Corporation of China COMAC (Marktanteil von [0–10] %). Betrachtet man hiervon nur den Markt für Turboprop-Flugzeuge, so waren weltweit im Jahr 2016 bezogen auf Lieferungen nur zwei Unternehmen tätig, nämlich die Airbus-Tochter ATR mit einem umsatzbasierten Marktanteil von [60–70] % und Bombardier mit einem solchen von [30–40] %.

¹⁴ Nicht berücksichtigt sind bei diesen Schätzungen zu Schmalrumpfflugzeugen allfällige Lieferungen von chinesischen und russischen Wettbewerbern, zu welchen Airbus nur limitierte Informationen hat. Sämtliche der nachfolgenden Angaben sind Schätzungen von Airbus.

¹⁵ KOMM, IV/M.877 vom 30.7.1997, Rz 38, *Boeing/McDonnell Douglas*.

24. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten bezüglich Grossraumflugzeuge und Regionalflugzeuge eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

25. Im Markt für zivile Helikopter erreichte Airbus im Jahr 2016 in der Schweiz einen Marktanteil von über [50–60] %, weltweit schätzt Airbus den diesbezüglichen Marktanteil von Airbus auf etwa [30–40] %. CSALP hat keine Aktivitäten im Bereich zivile Helikopter. Im Bereich Secure Land Communications, einem Subsegment des Segments Communication, Intelligence and Security (letzteres gehört zur Airbus Defence & Space-Sparte), erzielte Airbus gemäss Schätzung von Airbus im Jahr 2016 in der Schweiz einen Marktanteil von über [30–40] % und weltweit einen solchen von unter 30 %, während CSALP keine Aktivitäten in diesem Bereich hat. Gemäss Airbus haben die Geschäftseinheiten Airbus Defence and Space und Airbus Helicopters aus mehre-

ren Gründen keine Verbindung zu Verkehrsflugzeugen. So geben sie an, dass die Produkte keine Komplementaritäten oder Synergien mit Verkehrsflugzeugen bieten, dass Fluggesellschaften, die die Verkehrsflugzeuge hauptsächlich kaufen, nicht am Kauf anderer Produkte beteiligt sind und dass die kommerziellen Aktivitäten unterschiedlich sind.

26. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem den Märkten bezüglich zivile Helikopter und Secure Land Communications eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

27. 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	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch des Kantons Aargau um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

Hinweis:

Diese Verfügung ist noch nicht rechtskräftig
(Stand Juli 2018).

Verfügung vom 11. Dezember 2017 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch des Kantons Aargau um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

A Sachverhalt

1. Am 16. Dezember 2011 erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nach Abschluss der Untersuchung 22-0385 die Verfügung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (nachfolgend: WEKO-Sanktionsverfügung).¹ Die WEKO deckte dabei rund 90 Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG² auf, an welchen 14 Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen beteiligt waren. Die WEKO-Sanktionsverfügung wurde von vier Unternehmen angefochten und ist damit bisher nicht rechtskräftig.

2. In der publizierten Version der WEKO-Sanktionsverfügung sind die jeweiligen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte geschwärzt, d.h. sie wurden durch die Abdeckung [...] ersetzt. Ein potentiell geschädigter Auftraggeber kann deshalb aufgrund der publizierten Version nicht erkennen, ob in der Verfügung ihn betreffende Submissionen enthalten sind bzw. ob er Opfer einer unzulässigen Abrede wurde.

3. Mit Gesuch vom 8. Mai 2012 stellte der Kanton Aargau beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) den Antrag auf „volle Akteneinsicht in diejenigen Verfahrensakten, in welchen der Kanton als Auftraggeber beteiligt war.“³

4. Mit Schreiben vom 21. September 2012 stellte das Sekretariat dem Kanton Aargau eine erste Einschätzung der Rechtslage bezüglich seines Gesuchs zu und erachtete dabei das DSG⁴ grundsätzlich als anwendbar.⁵ Das Sekretariat teilte dem Kanton Aargau mit, dass er in 11 Fällen Bauherr gewesen war und stellte ihm in Aussicht, ihm diejenigen Projekte bekannt zu geben, die die Wettbewerbsbehörden entweder ohne Hilfe von Selbstanzeigern aufdecken konnten oder in welchen ein beteiligter Selbstanzeiger „lediglich“ eine Stützofferte eingereicht

hatte. Projekte, in welchen ein Selbstanzeiger Schutznehmer war, sollten dem Kanton Aargau nicht bekannt gegeben werden. Ebenfalls mit Schreiben vom 21. September 2012 informierte das Sekretariat die Gesuchsgegnerinnen über das geplante Vorgehen und gewährte ihnen die Möglichkeit, sich dazu zu äussern.⁶

5. In seiner Stellungnahme vom 19. Oktober 2012 teilte der Kanton Aargau dem Sekretariat mit, dass er mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei und an seinem Antrag auf Akteneinsicht in diejenigen Verfahrensakten, in welchen der Kanton als Auftraggeber beteiligt war, vollumfänglich festhalte.⁷ Die Gesuchsgegnerinnen lehnten das geplante Vorgehen des Sekretariats mehrheitlich ab und beantragten das Nichteintreten auf das Gesuch und/oder dessen Abweisung.⁸ Auf die Argumente in den Stellungnahmen wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

6. Am 29. Januar 2013 eröffnete das Bundesgericht der WEKO seinen Grundsatzentscheid zur Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG.⁹ Dabei hielt es fest, dass die Sanktionen über einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter verfügen und die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK¹⁰ sowie Art. 30 und 32 BV¹¹ anwendbar seien.¹²

7. Mit Verfügung vom 22. April 2013 schloss die WEKO die Untersuchung 22-0384 (Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich)¹³ ab. Da auch im Nachgang zu diesem Verfahren Gesuche um Einsicht in die Verfahrensakten eingereicht wurden, entschied

¹ RPW 2012/2, 270 Rz 1, *Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Act. 1.

⁴ Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

⁵ Act. 3.

⁶ Act. 4.

⁷ Act. 21.

⁸ Act. 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33.

⁹ BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114), *Publigroupe*.

¹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR0.101).

¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

¹² BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2), *Publigroupe*.

¹³ RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

sich Sekretariat dafür, diese Gesuchsverfahren zeitlich mit dem vom Kanton Aargau anhängig gemachten Gesuch zu koordinieren und die Gesuchsteller aller hängigen Einsichtsverfahren gleichzeitig über die nächsten Verfahrensschritte zu orientieren.

8. Am 17. Januar 2014 legte das Sekretariat dem Kanton Aargau sowie den Gesuchsgegnerinnen sein beabsichtigtes weiteres Vorgehen schriftlich dar und lud sie zur Stellungnahme ein.¹⁴ Das Sekretariat sah gemäss dieser Darlegung vor, das Verfahren 22-0385 (Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau) gestützt auf den genannten Grundsatzentscheid des Bundesgerichts als hängiges Strafverfahren im Sinne des DSG¹⁵ zu qualifizieren und das Gesuchsverfahren des Kantons Aarau zu sistieren, bis das Beschwerdeverfahren 22-0385 abgeschlossen und die WEKO-Sanktionsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist.

9. Um nach Eintritt der Rechtskraft nicht einen weiteren Schriftenwechsel durchführen zu müssen, legte das Sekretariat dem Gesuchsteller und den Gesuchsgegnerinnen in seinen Schreiben vom 17. Januar 2014 bereits dar, wie es das Gesuch des Kantons Aargau inhaltlich einschätzt.¹⁶ Gemäss der Einschätzung des Sekretariats sollte dem Kanton Aargau insoweit Einsicht in die WEKO-Sanktionsverfügung (inkl. der dazugehörigen Sachbeweise) gewährt werden, als die Ausführungen unzulässige Wettbewerbsabreden zu Ausschreibungen betreffen, bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Beschaffungsstelle war, sofern dadurch nicht von den Selbstanzeigern preisgegebene Informationen offenbart würden. Dies betreffe einen Fall, in welchem dem Kanton Aargau die entsprechenden Passagen der Verfügung sowie die Sachbeweise, auf die sich die Verfügung stützt, zugänglich gemacht würden. In allen übrigen Ausschreibungen, in welchen der Kanton Aargau die Beschaffungsstelle war, seien Selbstanzeiger beteiligt gewesen, die mit ihren Informationen massgeblich zur Aufdeckung der jeweiligen Fälle beigetragen hätten. In diesen Fällen würde keine Einsicht gewährt.

10. In seiner Stellungnahme vom 20. Februar 2014 äusserte sich der Kanton Aargau nicht zur Sistierung, hielt in der Sache an seinem Gesuch fest und beantragte die Interessen des Kantons Aargau genügend zu berücksichtigen (auf die Argumente des Kantons Aargau wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen).¹⁷

11. Keine der Gesuchsgegnerinnen sprach sich im Rahmen der Stellungnahmen gegen eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens aus. In der Sache lehnten die Gesuchsgegnerinnen das geplante Vorgehen des Sekretariats mehrheitlich ab und beantragten das Nichteintreten auf das Gesuch und/oder dessen Abweisung.¹⁸ Auf die Argumente in den Stellungnahmen wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

12. Mit Zwischenverfügung vom 6. August 2014 sistierte das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums das Gesuchsverfahren.¹⁹

13. Am 23. Juni 2016 eröffnete das Bundesgericht der WEKO seinen Grundsatzentscheid zur Publikation einer Sanktionsverfügung. Darin hielt es fest, dass das Verfahren auf Erlass einer Sanktionsverfügung nach

Art. 49a KG kein Strafverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ²⁰ darstellt.²¹ Gestützt auf diesen Entscheid kam das Sekretariat zum Schluss, dass seine oben erwähnte Qualifizierung des KG-Sanktionsverfahrens als Strafverfahren im Sinne des DSG nicht mehr haltbar ist. Es hob deshalb die Sistierungsverfügung zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums mit Zwischenverfügung vom 27. Februar 2017 auf und setzte das Verfahren fort.²²

14. Mit Schreiben vom 1. März 2017 übermittelte das Sekretariat dem Gesuchsteller und den Gesuchsgegnerinnen diese Zwischenverfügung.²³ Es teilte ihnen dabei mit, dass es die eingegangenen Stellungnahmen nun auswerten und der WEKO in der Folge seinen Antrag überweisen werde. Im Nachgang zu diesem Schreiben erkundigten sich einige Gesuchsgegnerinnen und der Gesuchsteller über Verfahrensfragen.²⁴ Eine Gesuchsgegnerin reichte am 13. Juni 2017 noch eine Stellungnahme ein.²⁵

15. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

16. Vorliegend geht es um die Behandlung eines Gesuchs um Einsicht in Verfahrensakten eines Kartellverfahrens der WEKO nach Verfahrensabschluss. Die Wettbewerbsbehörden werden durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern gestützt auf den Umstand, dass sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe kommen aus Sicht des Kantons Aargau²⁶ und der WEKO in Betracht:

- Art. 8 und Art. 19 DSG
- Art. 6 BGÖ
- Art. 29 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 2 BV

17. Die Zuständigkeit der WEKO ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie die WEKO-Verfügung erlassen hat, womit sich die vom Gesuch betroffenen Dokumente bzw. Personendaten in ihrem Archiv bzw. in ihrem Besitz befinden. Ausserdem erlässt die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw.

¹⁴ Act. 35 und 36.

¹⁵ Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹⁶ Act. 35 und 36.

¹⁷ Act. 46.

¹⁸ Act. 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 37, 40, 43, 50, 52, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 69 und 83.

¹⁹ Act. 63.

²⁰ Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

²¹ BGE 142 II 268, 273 f. E. 4.2.5.2 (= RPW 2016/2, 628 E. 4.2.5.2, *Nikon – Publikation einer Sanktionsverfügung*).

²² Act. 71.

²³ Act. 72 und 73.

²⁴ Act. 74–83.

²⁵ Act. 83.

²⁶ Act. 1, 21 und 46.

einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 10 GR-WEKO²⁷). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.²⁸

18. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt, ist dem KG keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig.

19. Eine Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die WEKO für die Behandlung des Einsichtsgesuchs des Kantons Aargau bzw. den Erlass der vorliegenden Verfügung nicht zuständig sei.²⁹ Sie begründet dies mit dem Devolutiveffekt, nach dem die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergehe (Art. 54 VwVG³⁰).

20. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Zuständigkeit der WEKO für die Behandlung eines Gesuchs um Einsicht in Verfahrensakten einer rechtskräftig abgeschlossenen Untersuchung nach Art. 27 KG in einem jüngeren Urteil implizit bestätigt.³¹ Vorliegend ist die Untersuchung, in deren Akten Einsicht verlangt wird, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Es sind nach wie vor mehrere Beschwerden gegen die WEKO-Sanktionsverfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Dies bedeutet zwar, dass der sogenannte Devolutiveffekt zum Tragen kommt. Nach Art. 54 VwVG betrifft dies aber nur „die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit der Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet.“ Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden. Nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet die Frage, ob und wenn ja wie weit der Gesuchstellerin Einsicht in die Akten des Untersuchungsverfahrens 22-0385 zu gewähren sei (insbesondere gestützt auf das DSG). In Bezug auf diese Frage kann der Devolutiveffekt demnach nicht zur Anwendung gelangen.³² Daraus folgt, dass die WEKO für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs zuständig ist.

21. Für den Fall, dass die WEKO die Argumentation über den Devolutiveffekt ablehne und sich dennoch als zuständig erachte, beantragt dieselbe Gesuchstellerin den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung.³³ Eine solche hat allerdings nur zu erfolgen, wenn die Behörde, welche sich als zuständig erachtet, gestützt auf pflichtgemässes Ermessen zum Schluss gelangt, dass sich eine solche rechtfertigt. Sie kann den Entscheid über ihre Zuständigkeit auch im Rahmen des Endentscheids treffen, insbesondere wenn ihre Zuständigkeit als offensichtlich gegeben erscheint.³⁴ Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Der Entscheid über die Zuständigkeit ergeht deshalb zusammen mit dem vorliegenden Endentscheid.

B.2 Recht auf Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss

B.2.1 Gesetzliche Grundlagen für eine Bekanntgabe von Personendaten

B.2.1.1 BGÖ

22. Der Kanton Aargau stützt sein Gesuch nicht auf das BGÖ. Das Sekretariat hat dem Kanton Aargau im Übrigen bereits mitgeteilt, dass es das BGÖ nicht als anwendbar erachtet,³⁵ wozu sich der Kanton Aargau nicht hat vernehmen lassen.

B.2.1.2 Art. 29 Abs. 2 und 44 Abs. 2 BV

23. Der Kanton Aargau stützt sein Gesuch u.a. auf Art. 29 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 19 DSG.³⁶

24. Art. 29 Abs. 2 BV sieht einen Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens vor, setzt aber eine Interessenabwägung zwischen den besonderen, schutzwürdigen Interessen der rechtsuchenden Person und den entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen voraus.³⁷ Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG konkretisiert das verfassungsrechtlich garantierte Akteneinsichtsrecht für ein Gemeinwesen. Soweit die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (siehe dazu nachfolgend unter Rz 48 ff.), kann offen bleiben, ob auch die Voraussetzungen gemäss Art. 29 Abs. 2 BV erfüllt sind.³⁸

25. Die Gesuchsgegnerinnen, die sich zu Art. 29 Abs. 2 BV äussern, lehnen ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ab.³⁹ Dabei wird insbesondere geltend gemacht, dass selbst wenn Art. 29 Abs. 2 BV zur Anwendung käme, der Kanton Aargau keine Einsichtsrechte daraus ableiten könnte, weil er kein (überwiegendes) schützenswertes Interesse glaubhaft machen könne. Wie sich nachfolgend zeigt (siehe unter Rz 77 ff.), trifft dies nicht zu. Der Kanton Aargau kann sich nämlich – zumindest teilweise – auf schützenswerte Interessen stützen, welche die Interessen der Gesuchsgegnerinnen überwiegen.

²⁷ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

²⁸ SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

²⁹ Act. 29 und 62.

³⁰ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³¹ Urteil des BVer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 1.2 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

³² Die Gerichte haben das DSG bereits mehrfach auf Verfahren angewendet, welche in Bezug auf die Frage des Vorliegens eines Kartellrechtsverstosses noch vor Rekursinstanzen der WEKO hängig waren: BGE 142 II 268, 268 und 280 Sachverhalt A und E. 6. 2 (= RPW 2016/2, 622 und 633, Sachverhalt A. und E. 6.2), *Publikation der Nikonverfügung*; Urteil des BVer B-6547 vom 25.4.2017, Sachverhalt A.b. und E. 5.1, *Publikation der Verfügung in Sachen „Livres en français“*; BVGE 2016/28, 474, 482 f., E. 2.2, *Einsicht in Verfahren betreffend Luftfracht*.

³³ Act. 18.

³⁴ THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Art. 9 N 5.

³⁵ Act. 35.

³⁶ Act. 21.

³⁷ Vgl. BGE 129 I 249 E. 5.

³⁸ BVGE 2016/22 332, 346 E. 8.9.2.

³⁹ Act. 18, 24, 26, 28, 33, 50, 57.

26. Art. 44 BV regelt die Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen und hält fest, dass sich Bund und Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen (Abs. 1) und dass sie sich gegenseitig Amts- und Rechtshilfe leisten (Abs. 2). Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 von Art. 44 BV begründen jedoch keine Rechte und Pflichten, sondern bedürfen einer Konkretisierung in einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift. Art. 44 Abs. 2 BV kommt demnach vorliegend nicht zur Anwendung. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG stellt eine konkretisierende Norm dar, die eine Anspruchsgrundlage für ein Auskunftsbeghen bilden kann.⁴⁰ Die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG sind nachfolgend zu prüfen.

B.2.1.3 DSG

Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSG

27. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSG). Den letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG⁴¹ erwähnten Behörden zuzuordnen.⁴² Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen sind auch die Wettbewerbsbehörden zu zählen,⁴³ sodass die WEKO das DSG anzuwenden hat.

28. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche wie auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSG). Die in die aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen (wie z.B. das Treffen von Abreden). Ob die Angaben über die öffentlich-rechtlichen Auftraggeber ebenfalls Daten bzw. Personendaten im genannten Sinne darstellen, wird unter dem Titel von Art. 8 DSG erörtert.

29. Eine Gesuchsgegnerin bringt vor, es sei nicht offensichtlich, dass Auszüge aus der WEKO-Sanktionsverfügung und die bekanntzugebenden Sachbeweise (beschlagnehmete Akten) Personendaten darstellen würden.⁴⁴ Für die WEKO ist dies jedoch klar. Mit den bekanntzugebenden Passagen aus der WEKO-Sanktionsverfügung und den dazugehörigen Sachbeweisen soll dem Kanton Aargau ermöglicht werden, zu erkennen, ob eine Baugesellschaft (juristische Person) eine Abrede zu seinen Lasten getroffen hat. Die bekanntzugebenden Informationen sollen damit ja gerade einer bestimmten Person zugeordnet werden können. Demnach stellen diese Personendaten dar. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass sich eine Partei auch nicht mehr auf die im DSG vorgesehenen Rechte berufen könnte (z.B. auf die Einhaltung der strengen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG), wenn es gar nicht um die Bekanntgabe von Personendaten ginge.

30. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSG). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wie z.B. das Einsichtgewähren. Die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung bzw. von Teilen

daraus an den Kanton Aargau stellt eine solche Bekanntgabe dar.

31. Einzelne Gesuchsgegnerinnen bringen vor, das DSG sei (noch) nicht anwendbar, weil die Untersuchung 22-0385 noch vor Bundesverwaltungsgericht hängig sei.⁴⁵ Die WEKO teilt diese Einschätzung nicht und verweist zur Begründung auf die Zwischenverfügung vom 27. Februar 2017, welche das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums erlassen hat.⁴⁶

32. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSG ist somit nicht ersichtlich. Das DSG ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar.

Art. 8 DSG

33. Der Kanton Aargau stützt sein Gesuch u.a. auf Art. 8 DSG.⁴⁷ Gemäss dieser Bestimmung kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Angaben zur eigenen Person. Inhaltlich wäre eine Anwendung dieser Rechtsgrundlage auf das Begehren des Kantons Aargaus demnach denkbar (also die Bekanntgabe von Projektinformationen, welche den Kanton Aargau als Beschaffungsstelle bzw. Auftraggeber betreffen).

34. Es stellt sich vorliegend die grundsätzliche Frage, ob sich der Kanton Aargau und damit eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft auf Art. 8 DSG berufen kann, soweit es wie hier um eine Datenbearbeitung durch eine Behörde (d.h. die WEKO) geht. Wie erwähnt regelt das DSG auch die Bearbeitung von Daten juristischer Personen. Eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ist nun unstrittig eine juristische Person. Die Botschaft vom 23. März 1988 zum DSG (nachfolgend: Botschaft DSG⁴⁸) geht daher undifferenziert – ohne Unterscheidung zwischen der Datenbearbeitung durch Private oder Behörden – davon aus, die Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten werde durch das DSG geregelt.⁴⁹ Die Lehre folgt dem,⁵⁰ allerdings ohne weitergehende Ausführungen oder Überlegungen dazu anzufügen.

⁴⁰ Siehe zur Auslegung von Art. 44 BV und zur Qualifizierung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG als Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten: Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 5 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

⁴¹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

⁴² BSK DSG-URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, Art. 2 DSG N 13 (zitiert: BSK DSG-AUTOR).

⁴³ BSK KG-BANGERTER (Fn 28), Art. 19 KG N 5.

⁴⁴ Act. 62.

⁴⁵ Act. 26, vgl. auch Act. 29 und 62 sowie die Ausführungen in Rz ff. 19 ff.

⁴⁶ Act. 71.

⁴⁷ Act. 21.

⁴⁸ Botschaft vom 23.3.1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II 413 (zitiert: Botschaft DSG).

⁴⁹ Botschaft DSG (Fn 48), 438 ff. Ziff. 221.1.

⁵⁰ DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), 2008, Art. 2 DSG N 6 und 10 (als Beispiele Kantonalbanken und öffentlich-rechtliche Spitäler nennend; zitiert: Handkommentar DSG-Autor); BSK DSG-URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, 3. Aufl., 2014, Art. 2 DSG N 7 (zitiert: BSK DSG-Autor); BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 DSG N 23; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSG N 6; PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, Rz. 459.

35. Unberücksichtigt bleibt bei einem solchen Verständnis jedoch Sinn und Zweck des DSG, jedenfalls soweit es – wie hier – um eine Datenbearbeitung durch Behörden geht. Gemäss seinem Art. 1 bezweckt das DSG nämlich „(...) den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden“. Im Vernehmlassungsverfahren war vor diesem Hintergrund – sowohl die private als auch die behördliche Datenbearbeitung betreffend – umstritten, ob das DSG überhaupt für Daten juristischer Personen gelten soll. Soweit es um die Datenbearbeitung durch Behörden geht, wird die Geltung auch für Daten juristischer Personen in der Botschaft wie folgt begründet: „Auch gegenüber behördlicher Datenbearbeitung soll den juristischen Personen der Datenschutz in vollem Umfang zugutekommen, wiewohl juristische Personen sich nach vorherrschender Lehre nicht auf alle für den Datenschutz im öffentlichen Bereich massgeblichen Grundrechte berufen können, namentlich nicht auf die persönliche Freiheit. Weil aber im Bereich des Datenschutzes natürliche und juristische Personen sehr ähnliche Schutzbedürfnisse haben, muss sich eine juristische Person im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung auch auf die persönliche Freiheit berufen können. Da zudem andere für den Datenschutz massgebliche verfassungsrechtliche Maximen wie das Gesetzmässigkeits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip unbestrittenmassen auch juristische Personen schützen, drängt sich insgesamt eine differenzierte Regelung für natürliche und juristische Personen auch im öffentlichen Bereich nicht auf.“⁵¹ Wie diese Ausführungen zeigen, fusst die DSG-Regelung der Datenbearbeitung durch Behörden auf grundrechtlichen Überlegungen.

36. Grundrechte schützen Individuen vor staatlichem Handeln; entsprechend binden sie Inhaber staatlicher Gewalt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie der Kanton Aargau eine ist) sind also grundrechtsverpflichtet. Selber Träger von Grundrechten können juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nur ganz ausnahmsweise sein, namentlich dann, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch einen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen sind, wenn es um die Gemeindeautonomie geht oder bei öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften um die Religionsfreiheit.⁵² Bei vorliegender Konstellation – der behördlichen Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten (und damit insbesondere der informationellen Selbstbestimmung) – handelt es sich um keinen dieser Ausnahmefälle.

37. Die WEKO hat in einem früheren Fall entschieden, dass einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft dem Sinn und Zweck des DSG entsprechend eine Berufung auf Art. 8 DSG versagt bleibt.⁵³ Selbst wenn sich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft aber auf Art. 8 DSG berufen könnte, wäre zu prüfen, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt.⁵⁴ Zudem wäre auch gestützt auf Art. 8 DSG eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen durchzuführen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG, ferner Art. 9 Abs. 2 Bst. a DSG). Eine Interessenabwägung ist aber auch gestützt auf den vorliegend anwendbaren Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG vorzunehmen (siehe Rz 76 ff.).

38. Das Sekretariat hat dem Kanton Aargau und den Gesuchsgegnerinnen diese Einschätzung mit Schreiben vom 17. Januar 2014 kundgetan.⁵⁵ Der Kanton Aargau hat sich dazu nicht vernehmen lassen. Die Gesuchsgegnerinnen sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung von Art. 8 DSG äussern.⁵⁶

Art. 19 DSG

39. Art. 19 DSG sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekannt gegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSG besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

40. Darüber hinaus kommt eine Datenbekanntgabe durch eine Behörde in Frage, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG erfüllt sind.

41. Für die WEKO ist eine spezifische gesetzliche Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten i.S.v. Art. 17 DSG nicht ersichtlich. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer der Bestimmungen von Art. 19 Abs. 1 und 1^{bis} DSG erfüllt sind.

42. Nicht in Betracht fällt die Datenbekanntgabe auf der Grundlage von Bst. b dieser Bestimmung, welcher die Einwilligung von sämtlichen betroffenen Personen voraussetzt: In den Stellungnahmen hat sich keine der Gesuchsgegnerinnen mit der Bekanntgabe ihrer Personendaten gemäss der Einschätzung des Sekretariats einverstanden erklärt. Allgemein zugänglich gemacht haben die Gesuchsgegnerinnen die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht, weshalb auch Bst. c von Art. 19 Abs. 1 DSG nicht greift. Da es weder um eine aktive Information durch die Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGÖ geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG ausser Betracht.

⁵¹ Botschaft DSG (Fn 48), 439 f. Ziff. 221.1.

⁵² Statt anderer BGE 121 I 218, 220 E. 2.a m.w.H., resp. BGE 108 Ia 82, 85 E. 1.b.

⁵³ Verfügung der WEKO vom 8.9.2014, Rz 28 ff., *Einsichtsgesuch des Kantons Zürich*.

⁵⁴ BGE 138 III 425 E. 5.3.

⁵⁵ Act. 35 und 36.

⁵⁶ Act. 57, Act. 60 und Act. 62.

43. Im vorliegenden Fall anwendbar ist – wie sich nachfolgend zeigt – Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO. Ob zusätzlich Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO zur Anwendung kommt, kann offen bleiben.⁵⁷

44. Verschiedene Gesuchsgegnerinnen wenden gegenüber der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 DSGVO ein, dass dieser Absatz als Kann-Vorschrift und als Ausnahmebestimmung ausgestaltet sei und in keinem Fall eine Pflicht der Wettbewerbsbehörden generiere, Informationen bekanntzugeben.⁵⁸

45. Diesem Vorbringen ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Kann-Vorschrift bringt aber nichts anderes als ein sogenanntes Entschliessungsermessen zum Ausdruck.⁵⁹ Dieses Ermessen hat die WEKO pflichtgemäss auszuüben, wobei sie dabei insbesondere auch auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu achten hat,⁶⁰ was die WEKO in den vorliegenden Erwägungen tut. Auch wenn Art. 19 Abs. 1 DSGVO als Ausnahmebestimmung gelten sollte, ist eine Bekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zulässig, wenn die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.⁶¹

46. Zwei Gesuchsgegnerinnen erachten die Anwendung des DSGVO zudem im Allgemeinen grundsätzlich für ausgeschlossen, weil vorliegend ein Gemeinwesen eine Datenbekanntgabe beantrage.⁶² Da das DSGVO eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung darstelle, könne ein Gemeinwesen von vornherein keine Auskunftsansprüche aus dem DSGVO geltend machen.

47. Diese Einschätzung ist insofern nicht zutreffend, als Art. 8 DSGVO die eigentliche Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt. Art. 8 DSGVO gibt einer Person Einsichtsrechte in eigene Personendaten. Wie oben dargelegt, kann sich ein Gemeinwesen aus Sicht der WEKO nicht auf diese Bestimmung berufen (siehe dazu oben Rz 33 ff.). Art. 19 DSGVO dagegen behandelt die Möglichkeit, unter gewissen Umständen in Personendaten anderer Einsicht zu nehmen. Damit ist auch – im Sinne der informationellen Selbstbestimmung – ein Schutz dieser Personendaten verbunden. Auf diesen Schutz kann sich aber nicht der Kanton Aargau berufen (was er auch nicht tut), sondern die Person, die sich gegen eine Einsichtnahme zur Wehr setzt (d.h. die Gesuchsgegnerinnen). Der Kanton Aargau beruft sich insbesondere auf Art. 19 Abs. 1 DSGVO, dessen Voraussetzungen nachfolgend geprüft werden (siehe Rz 48 ff.) und der eine Bekanntgabe nur nach erfolgter Prüfung der Interessen der Gesuchsgegnerinnen ermöglicht (siehe Rz 76 ff.). Die Hinweise zur informationellen Selbstbestimmung stehen einer Anwendung von Art. 19 DSGVO aber nicht grundsätzlich im Weg.

Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO im Speziellen

48. Bst. a von Art. 19 Abs. 1 DSGVO ist als eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung gedacht.⁶³ Diese Bestimmung stellt eine Grundlage zur Bekanntgabe von Personendaten dar, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind:⁶⁴ Es liegt ein Ersuchen im Einzelfall vor, die gewünschten Daten werden zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe benötigt und sind zur Erfüllung dieser Aufgabe unentbehrlich.

49. Um diese Voraussetzungen zu prüfen, ist vorab der Inhalt des Gesuches des Kantons Aargau in Erinnerung zu rufen. In seinen Eingaben führt der Kanton Aargau drei Anliegen an, welche er mit einer Einsichtnahme verfolgt:⁶⁵ 1) Die Beantwortung verschiedener Interpellationen des aargauischen Parlaments, 2) die Prüfung von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen und 3) die Prüfung, ob gewisse Firmen gestützt auf § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD⁶⁶ von laufenden oder zukünftigen Submissionen auszuschliessen sind.

50. a) Ersuchen im Einzelfall: Der Kanton Aargau beantragt mit seinem Gesuch Einsicht in „diejenigen Verfahrensakten, in welchen der Kanton Aargau als Auftraggeber beteiligt war.“⁶⁷ Damit bezieht er sich auf ein konkretes Verfahren der WEKO bzw. dessen Verfahrensakten und umreisst zugleich den Kreis der davon betroffenen juristischen Personen. Aus den im Gesuch angegebenen Zwecken der geplanten Datenverwendung ergibt sich schliesslich, dass die Daten nur für einen einmaligen Zweck benötigt werden. Das Gesuch stellt demnach ein Ersuchen im Einzelfall dar.

51. b) Erfüllen einer gesetzlichen Aufgabe: Weiter ist zu prüfen, ob die zu erfüllenden Aufgaben gesetzliche Aufgaben darstellen. Dies ist bei allen drei Anliegen des Kantons Aargau der Fall.

52. Verschiedene Gesuchsgegnerinnen bringen vor, die Prüfung bzw. Einreichung einer Zivilklage sei keine öffentliche Aufgabe bzw. Amtshandlung.⁶⁸ Weshalb aber die Prüfung, ob dem Gemeinwesen Ansprüche zustehen, keine öffentliche Aufgabe sein soll, ist nicht ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch den schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln in einem jüngeren Urteil gestützt auf die Bundesverfassung und kantonale Erlasse als gesetzliche Aufgabe anerkannt. Es hielt fest, dass die Bestimmungen ein Gemeinwesen verpflichten, die finanziellen Mittel bei der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben effizient einzusetzen und mit Steuergeldern sorgsam umzugehen. Die Verpflichtung zum schonenden Umgang mit Steuergeldern schliesst auch die Pflicht mit ein, zu hohe getätigte Ausgaben zurückzufordern und die Rückforderung notfalls gerichtlich durchsetzen zu lassen.⁶⁹ Aber auch die

⁵⁷ Auch das BVGer prüfte die parallele Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO nicht, da bereits die Voraussetzungen von Bst. a dieser Bestimmung erfüllt waren (BVGE 2016/22 332, 350 ff. E. 10 ff.).

⁵⁸ Act. 57, 59, 60.

⁵⁹ Siehe dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, 203 (zitiert: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER).

⁶⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 59), 204.

⁶¹ Entsprechend hat das BVGer in einem vergleichbaren Fall die Bekanntgabe von Personendaten als zulässig qualifiziert (BVGE 2016/22 332, 350 ff. E. 10 ff.).

⁶² Act. 52 und 57.

⁶³ Siehe etwa BSK DSGVO-EHRENSPERGER (Fn 50), Art. 19 DSGVO N 7.

⁶⁴ BVGE 2016/22, 332, 335 ff., E. 7, 8 und 9.

⁶⁵ Act. 1, 21 und 46.

⁶⁶ Submissionsdekret (SubmD; SAR 150.910).

⁶⁷ Act. 1.

⁶⁸ Act. 59, 60.

⁶⁹ BVGE 2016/22, 347 ff. E. 9.3; siehe dazu die aargauischen Bestimmungen in § 116 Kantonsverfassung (KV; SAR 110.000), § 45 Abs. 1 b) des Gesetzes über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (GAF; SAR 612.300) und § 29 des Dekrets über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (DAF; SR 612.310).

Beantwortung verschiedener parlamentarischer Interpellationen und die Prüfung, ob gewisse Baugesellschaften gestützt auf das Gesetz von laufenden oder zukünftigen Submissionen auszuschliessen sind, stellen öffentliche Aufgaben dar. Damit bestehen vorliegend gesetzliche Aufgaben im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, die der Kanton Aargau mit den beantragten Informationen erfüllen möchte.

53. Eine Gesuchsgegnerin bringt weiter vor, dass die Amtshilfe nur in Bezug auf ein spezifisches erstinstanzliches, nichtstreitiges Verwaltungsverfahren des Kantons Aargau möglich sei und stützt sich dabei auf eine Literaturstelle.⁷⁰ Die von der Gesuchsgegnerin zitierte Stelle in der Literatur nennt den Bezug zu einem erstinstanzlichen Verfahren allerdings lediglich als Beispiel. Mit der Amtshilfe kann einer anderen Behörde aber zur Vornahme jeder Amtshandlung Hilfe geleistet werden. Und auch wenn die Einreichung einer Zivilklage durchaus einen privatrechtlichen Akt darstellen mag, so kann doch die Abklärung bzw. Geltendmachung von Ansprüchen, gestützt auf die Pflicht zum haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln, als Amtshandlung qualifiziert werden.

54. c) Unentbehrlichkeit: Schliesslich ist zu prüfen, ob die ersuchten Daten zur Erfüllung der vom Kanton Aargau angeführten Aufgaben unentbehrlich sind. Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit ist gegeben, wenn die Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe nicht erfüllt werden könnte. Eine bloss verbesserte oder effizientere Aufgabenerfüllung kann hingegen nicht als Rechtfertigung für eine Auskunftserteilung dienen.⁷¹ Stehen dem Gesuchsteller mehrere Wege offen, bleibt eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zulässig, wenn das Auskunftsersuchen zumindest nicht als die einfachere Möglichkeit gilt, um an die erforderlichen Daten zu gelangen.⁷²

55. Unentbehrlichkeit für das erste Anliegen (Beantwortung verschiedener parlamentarischer Interpellationen): Klar ist zunächst, dass es zu den Aufgaben des Regierungsrates gehört, Interpellationen zu beantworten. Die Aufgabe besteht aber darin, die Frage mit dem vorhandenen Wissen zu beantworten und nötigenfalls darauf hinzuweisen, dass die Frage nicht beantwortet werden kann. Ein Recht auf Zugang zu allen zur Beantwortung der Frage notwendigen Informationen ist mit der Aufgabe zur Beantwortung von Interpellationen nicht verbunden. Im Übrigen ist eine Einsichtnahme vorliegend ohnehin nicht (mehr) nötig. Die beiden vom Kanton Aargau angegebenen Interpellationen sind erledigt.⁷³ Dem ersten Anliegen fehlt demnach die Unentbehrlichkeit. Es kommt nicht als Grundlage für eine Zugangsgewährung in Frage.

56. Unentbehrlichkeit für das zweite Anliegen (Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen): Für die Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen erachtet die WEKO eine Einsichtnahme in die ungeschwärzte Version der WEKO-Sanktionsverfügung insoweit als unentbehrlich, als es um Projekte geht, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind und bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Beschaffungsstelle war. Nur so kann der Kanton Aargau erfahren, in welchem konkreten Fall er Opfer einer Kar-

tellabrede wurde. Die Einsichtnahme ist zur Erreichung des angegebenen Zwecks auf den Zugang zu den ungeschwärzten den Kanton Aargau betreffenden Projektangaben in der WEKO-Sanktionsverfügung angewiesen. Insofern besteht die Unentbehrlichkeit.

57. Für die Verfolgung dieses Anliegens reicht es aus Sicht der WEKO allerdings aus, wenn der Kanton Aargau Einsicht in die Passagen der WEKO-Sanktionsverfügung und der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnahmte Akten) erhält, die Projekte betreffen, in denen er Kartellopfer war. Eine Einsichtnahme in weitere Akten (Stellungnahmen und Anhörungsprotokolle der Parteien) erachtet die WEKO hingegen nicht als unentbehrlich. Die Ausführungen der Parteien werden in der Verfügung detailliert wiedergegeben. Eine Einsichtnahme in weitere Verfahrensakte neben den einschlägigen Verfügungspassagen und beschlagnahmten Akten erscheint der WEKO nicht als nötig, um Zivilansprüche zu prüfen. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bildet deshalb keine Grundlage für eine Einsichtnahme in weiteren Verfahrensakten.

58. Die Gesuchsgegnerinnen bringen vor, dass eine auszugsweise Einsichtnahme in die Verfügung nicht zielführend sei, da die Verfügung zum Thema der Prüfung von Zivilforderungen keine Angaben enthalte.⁷⁴ Worauf sich dieser Schluss stützt, wird aus der entsprechenden Stellungnahme allerdings nicht ersichtlich.

59. Eine Gesuchsgegnerin weist weiter darauf hin, dass keine Auskunft erteilt werden dürfe, wenn andere Wege möglich seien, die gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen (auch wenn diese beschwerlich seien).⁷⁵ Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht explizit festgehalten, dass der entsprechende Auszug aus der WEKO-Sanktionsverfügung unentbehrlich ist, um allfällige Zivilansprüche geltend zu machen. Auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts erscheint es somit nicht als gangbarer bzw. zumutbarer Weg, potentielle Kartellanten auf Vorrat vor dem Zivilrichter einzuklagen oder eine Strafanzeige wegen Submissionsbetrugs einzureichen, um sich als Zivilkläger daran zu beteiligen. Ebenso wenig erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als Argument gegen die Unentbehrlichkeit, dass ein Gesuchsteller kein Gesuch um Teilnahme am Kartellrechtsverfahren gemäss Art. 43 KG gestellt hatte.⁷⁶

⁷⁰ Act. 59; zitierte Literaturstelle: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, 290 Rz 1258.

⁷¹ BVGE 2016/22, 332, 336 ff., E. 8 m.w.H.

⁷² BVGE 2016/22, 341 E. 8.5, 346 E. 8.9.2.

⁷³ Sowohl die Interpellation Gregor Biffiger (GR.12.18-2) als auch die Interpellation der SP-Fraktion wurden vom Regierungsrat am 23. Mai 2012 beantwortet. Zu beiden Geschäften ist im Protokoll des Grossen Rates zu lesen „Das Geschäft ist erledigt.“ (Abrufbar auf der Geschäftsdatenbank des aargauischen Grossen Rats (www.ag.ch/grossrat) >Geschäfte; 6.11.2017).).

⁷⁴ Act. 57.

⁷⁵ Act. 59.

⁷⁶ BVGE 2016/22, 332, 340, E. 8.4.2, 8.6 und 8.8.

60. Eine Gesuchsgegnerin macht schliesslich geltend, dass die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dem Kanton Aargau gegenüber Privatpersonen Vorteile verschaffen würde, weil sich eine Privatperson für die Durchsetzung von Zivilansprüchen nicht auf die Amtshilfe berufen könnte.⁷⁷ Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass eine Privatperson Zugang zu Personendaten insbesondere gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG verlangen könnte. Insofern steht gar nicht fest, ob ein Gemeinwesen wirklich einen Vorteil hat, indem es sich auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG berufen kann.⁷⁸

61. Die WEKO kommt deshalb zum Schluss, dass die Unentbehrlichkeit der Einsicht für das zweite Anliegen besteht.

62. Unentbehrlichkeit für das dritte Anliegen (Prüfung, ob gewisse Baugesellschaften gestützt auf das Gesetz von laufenden oder zukünftigen Submissionen auszuschliessen sind): Der Kanton stützt sich dabei auf § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD. Dieser steht unter dem Titel Sanktionen und lautet wie folgt: „Bei Vorliegen genügender Gründe schliesst die Vergabestelle Anbietende vom Verfahren aus oder widerruft den Zuschlag. Dies gilt insbesondere, wenn diese Abreden getroffen haben, die einen wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen.“

63. Mehrere Gesuchsgegnerinnen bringen vor, ein Ausschluss sei gestützt auf diese Bestimmung gar nicht möglich bzw. ein Ausschluss wäre widerrechtlich.⁷⁹ § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD lasse nur den Ausschluss von aktuell zu beurteilenden Vergabeverfahren zu. Dies ergebe sich aus einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zu einer vergleichbaren zürcherischen Bestimmung. Die WEKO folgt dieser Einschätzung. Zwar ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den kantonalen Rechtsschutzbestimmungen des SubmD ergibt, dass der kantonale Gesetzgeber auch Ausschlüsse für künftige Verfahren als möglich erachtet.⁸⁰ Allerdings ist den Ausführungen des Kantonsgerichts des Kantons Zürich darin zu folgen, dass der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren (zumal von unbestimmter Dauer) als schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu qualifizieren ist, die in einem Gesetz im formellen Sinn festgehalten sein muss.⁸¹ Dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Submissionsdekret des Kantons Aargau wurde zwar vom Parlament erlassen. Da Dekrete aber nicht dem Referendum unterstehen, gelten diese nicht als Gesetze im formellen Sinne.⁸² Ein Ausschluss von künftigen Verfahren dürfte dem Kanton Aargau somit vorliegend gar nicht möglich sein, sodass keine Unentbehrlichkeit vorliegt.

64. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG für das zweite Anliegen (Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen) des Kantons Aargau gegeben sind. Für das erste (Beantwortung verschiedener parlamentarischer Interpellationen) und das dritte (Prüfung, ob gewisse Baugesellschaften gestützt auf das Gesetz von laufenden oder zukünftigen Submissionen auszuschliessen sind) Anliegen sind die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG nicht erfüllt.

65. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass die WEKO die beantragten Daten bekanntgeben muss. Trotz gege-

berener gesetzlicher Grundlage ist nämlich gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG von einer Datenbekanntgabe abzusehen, wenn aufgrund einer Interessenabwägung die Interessen an einer Nichtbekanntgabe überwiegen (siehe Rz 76 ff.) oder wenn entgegenstehende Bestimmungen es verlangen (siehe Rz 68 ff.). Zudem sind auch bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 DSG die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (vgl. Art. 4 DSG) zu beachten (siehe Rz 101 f.).⁸³

B.2.1.4 Zusammenfassung zu den gesetzlichen Grundlagen

66. Keine Grundlagen für die Gewährung des Zugangs zu Verfahrensakten bilden vorliegend Art. 6 BGÖ, Art. 8 DSG und Art. 44 Abs. 2 BV.

67. Als Grundlage für eine Einsichtnahme anerkennt die WEKO die allgemeine Amtshilfenorm von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, soweit es um die Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen geht, bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Beschaffungsstelle war. Ob auch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG eine Rechtsgrundlage für die Datenbekanntgabe bilden, kann aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG offenbleiben.

B.2.2 Entgegenstehende Gesetzesbestimmungen

68. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG setzt einer Bekanntgabe von Personendaten Schranken, wenn in einem Gesetz Geheimhaltungspflichten vorgesehen sind.

69. Mehrere Gesuchsgegnerinnen bringen vor, dass Art. 25 Abs. 2 KG der Datenbekanntgabe entgegenstehe. Dies ergebe sich daraus, dass die Wettbewerbsbehörden die vom Amtsgeheimnis gedeckten Informationen nur zu dem mit dem Verfahren verfolgten Zweck, d.h. der Sanktionierung der Untersuchungsadressatinnen wegen unzulässigen Wettbewerbsabreden, verwenden dürfen. Der Zweck der Ausführungen in der WEKO-Sanktionsverfügung sowie den übrigen Akten habe sich damit gerade nicht auf die Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche bezogen. Folglich sei eine amtshilfeweise Offenlegung der Informationen gegenüber des Kantons Aargau ausgeschlossen.⁸⁴

⁷⁷ Act. 83.

⁷⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat im Übrigen Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG als Grundlage für eine Datenbekanntgabe zur Prüfung von Schadenersatzansprüchen bestätigt (BVGE 2016/22, 332, 340, E. 10).

⁷⁹ Act. 57.

⁸⁰ Dies ergibt sich aus § 24 Abs. 3 SubmD: „Der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren kann unabhängig vom Schwellenwert angefochten werden.“

⁸¹ Vgl. dazu die kantonale Motion 12.111, in welcher aufgrund anderer Überlegungen davon ausgegangen wird, dass § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD keine Grundlage für einen Ausschluss „für längere Zeit“ bildet (abrufbar auf der Geschäftsdatenbank des aargauischen Grossen Rats (www.ag.ch/grossrat >Geschäfte; 14.11.2017).

⁸² Siehe § 63 und § 78 Abs. 2 der Kantonsverfassung des Kantons Aargau.

⁸³ Siehe z.B. Handkommentar DSG-JÖHRI (Fn 50), Art. 19 DSG N 13.

⁸⁴ Act. 18, 57, 58.

70. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem jüngeren Urteil eingehend mit der Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG auseinandergesetzt. Dabei hielt es fest, dass Art. 25 Abs. 2 KG nicht jeder Weitergabe von Daten, die im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gewonnen wurden, entgegensteht. Eine Datenbekanntgabe an aussenstehende Drittpersonen ist demnach unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen zulässig: Erstens muss es sich beim Datenempfänger um ein (potentielles) Kartellopfers handeln. Zweitens dürfen von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sein, denn Sinn und Zweck von Art. 25 Abs. 1–3 KG liegt darin, von den Parteien oder Dritten in das Verfahren eingebrachte sensible Informationen vor dem Zugriff unberechtigter Personen zu schützen. Drittens dürfen die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.⁸⁵ Die Verwendung der Daten zu sachfremden Zwecken ist mit der Anordnung einer Auflage zu verhindern.⁸⁶

71. Das Bundesverwaltungsgericht legt die Voraussetzung der Zweckentsprechung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG demzufolge nicht in dem Sinne aus, dass die Daten nur in jenem Verfahren verwendet werden dürfen, in dem sie erhoben wurden. Nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts erschöpfe sich der Zweck des Verfahrens nicht in der Sachverhaltsfeststellung, die für die Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig ist. Vielmehr gehe es bei der Durchführung eines kartellrechtlichen Verfahrens darum, dass die Wettbewerbsbehörden dem Kartellrecht und dessen Zielen zum Durchbruch verhelfen würden. Deshalb sei es angebracht, den Zweck des Verfahrens nach dem Zweck des Kartellgesetzes insgesamt (vgl. Art. 1 KG) zu beurteilen.⁸⁷

72. Der Kanton Aargau hat in dem von der Untersuchung 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betroffenen Zeitraum unzählige Bauprojekte durchgeführt. Sollte es bei einem dieser Projekte zu unzulässigen Abreden gekommen sein, wäre es für den Kanton Aargau naheliegend, einen potentiellen Schaden zu prüfen, der ihm dabei entstanden sein könnte. Insofern handelt es sich beim Kanton Aargau als Datenempfängerin um ein potentielles Kartellopfers.

73. Die WEKO beabsichtigt mit einer Einsichtsgewährung in einen Auszug aus der WEKO-Sanktionsverfügung in keiner Weise die Offenlegung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen. Die Einsicht wäre auf Passagen beschränkt, welche Auskunft darüber geben, ob und – falls ja – welche Ausschreibungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen waren. Allfällige Geschäftsgeheimnisse würde die WEKO vor der Einsichtsgewährung entfernen.

74. Wie oben ausgeführt, verfolgt der Kanton Aargau das Anliegen, die Existenz zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche gegenüber Abredeteilnehmern zu prüfen und durchzusetzen. Damit ist das Vorgehen des Kantons Aargau darauf ausgerichtet, die schädlichen Auswirkungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden zu beseitigen. Folglich entspricht die Verwendung der Daten durch den Kanton Aargau den kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG.

75. Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 25 Abs. 2 KG keine vorbehaltene Gesetzesbestimmung im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b darstellt, soweit es um die Herausgabe von Verfahrensakten geht, welche dem Geschworenen die Verfolgung eines Zweckes im Sinne des KG ermöglichen. Im Übrigen sind keine anderweitigen Bestimmungen ersichtlich, welche der WEKO spezielle Geheimhaltungspflichten auferlegen würden. Damit liegt keine gesetzliche Bestimmung vor, die eine Bekanntgabe von Verfügungspassagen ausschliessen würde (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG), soweit sie den Kanton Aargau betreffen.

B.2.3 Interessenabwägung

76. Zu prüfen bleibt, ob die grundsätzlich mögliche Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen, bei welchen der Kanton Aargau potentielles Kartellopfers war, aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gleichwohl zu verweigern oder einzuschränken ist. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG sieht diese Interessenabwägung ausdrücklich vor, indem er bestimmt, dass die Datenbekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden kann, wenn „wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen“.

a) Interessen des Kantons Aargau

77. Die Interessen des Kantons Aargau ergeben sich aus den oben genannten Anliegen, wobei gestützt auf die bisherigen Ausführungen (siehe Rz 55 ff.) nicht alle als zu prüfende Interessen des Kantons Aargau in Frage kommen. Die WEKO anerkennt das Interesse des Kantons Aargau, mit seinen finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen.

78. Die Interessen des Kantons sind hoch zu gewichten, insbesondere soweit es um seine Betroffenheit als Opfer von Kartellabreden geht. Die genannten Interessen stimmen grundsätzlich auch mit den öffentlichen Interessen der Wettbewerbsbehörden überein, namentlich Kartellrechtsverstösse aufzuklären, angemessen zu sanktionieren und Schäden zu kompensieren – dies sowohl mit Blick auf die Prävention wie auch die Repression. Die Wirksamkeit des Kartellrechts wird somit auch dadurch gefördert, dass die Kartellopfers ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen.

⁸⁵ BVGE 2016/22, 350 ff. E. 11.1–11.4.

⁸⁶ BVGE 2016/22, 362. E. 11.5.4.

⁸⁷ BVGE 2016/22, 354 f. E. 11.3.3.2.

79. Der Kanton Aargau bringt in seiner Stellungnahme keine weiteren Interessen vor. Er ersuchte allerdings um grösstmögliche Beachtung seiner Interessen an einem wirksamen Wettbewerb und einem funktionierenden Beschaffungswesen, da es letztlich um eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gehe. Schliesslich wies er darauf hin, dass aus seiner Sicht ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 49a KG (Schutz des Instituts der Selbstanzeige) die Einsichtnahme in die WEKO-Verfügung auf jeden Fall unverzichtbar sei.⁸⁸

b) Interessen der Gesuchsgegnerinnen

80. Dem stehen die Interessen der betroffenen Baugesellschaften an einer möglichst weitgehenden Geheimhaltung der Erörterungen über ihr unzulässiges Verhalten in der Verfügung gegenüber.

81. Verschiedene Gesuchsgegnerinnen machen geltend, mit der geplanten Offenlegung des Verfügungsauszugs würden Geschäftsgeheimnisse offengelegt.⁸⁹ Wie oben dargelegt, ist dies nicht Fall (siehe oben Rz 73).

82. Verschiedene Gesuchsgegnerinnen bringen weiter vor – zum Teil unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – dass eine Bekanntgabe ihre schutzwürdigen Interessen verletzen würde.⁹⁰ Eine auch nur auszugsweise Bekanntgabe könnte die Gesuchsgegnerinnen dem Risiko von ungerechtfertigten Prozessen aussetzen. Ungerechtfertigt seien diese Prozesse, weil die geplante Datenbekanntgabe widerrechtlich sei.

83. Diese Einschätzung basiert auf einer unzulässigen Schlussfolgerung. Das schutzwürdige Interesse an einer Geheimhaltung von Personendaten kann nicht aus der vorgebrachten Unzulässigkeit der Datenbekanntgabe abgeleitet werden, über die ja erst befunden werden soll (unter anderem gestützt auf eine Abwägung der Interessen). In die Interessenabwägung einzubeziehen sind Interessen, die tangiert werden, *wenn* Personendaten bekanntgegeben werden. Hierzu sind die einleitend erwähnten Interessen an einer Geheimhaltung der Erörterungen über ein unzulässiges Verhalten, welche aus subjektiver Sicht der betroffenen Baugesellschaften durchaus bestehen.

84. Die vorgebrachten Interessen der Gesuchsgegnerinnen an einer weitgehenden Geheimhaltung der WEKO-Sanktionsverfügung bzw. Teilen davon erscheinen aber aus objektiver Sicht nicht schützenswert.

c) Interessen von Dritten

85. Zusätzlich zu den Interessen des Kantons Aargau und jenen der Gesuchsgegnerinnen sind im vorliegenden Fall auch Drittinteressen zu berücksichtigen. In den Erläuterungen und Aktenstücke zum Projekt, das dem Kanton Aargau offengelegt werden soll, werden vereinzelt Namen von Baugesellschaften, deren Verhalten nicht Gegenstand der Untersuchung 22-0385 war sowie Namen natürlicher Personen genannt. Sie hatten keine Gelegenheit, sich im Untersuchungsverfahren zu äussern. Diese Dritten haben ein als hoch zu gewichtiges Interesse daran, dass ihre Personendaten nicht herausgegeben werden. Da der Kanton Aargau diese Informationen für die von ihm verfolgten Ziele nicht benötigt, hat er auch kein (höher zu wertendes) Interesse an der Be-

kanntgabe dieser Informationen. Die fraglichen Namen sind deshalb im bekanntzugebenden Auszug der WEKO-Sanktionsverfügung zu schwärzen.

d) Interessenabwägung soweit keine Selbstanzeige vorliegt

86. Die Gegenüberstellung der genannten Interessen des Kantons Aargau und der Gesuchsgegnerinnen führt zu einer „Grundkonstellation“, bei welcher die Interessen des Kantons Aargau an einer Datenbekanntgabe höher zu gewichten sind als die entgegenstehenden Interessen. Diese „Grundkonstellation“ liegt vor, soweit Einsicht in Fälle verlangt wird, welche ohne die Kooperation eines Selbstanzeigers aufgedeckt werden konnten.

87. Bereits in der vorliegenden Verfügung kann die WEKO bekanntgeben, dass die Voraussetzungen für die Datenbekanntgabe gemäss der vorgenommenen Einschätzung in einem Fall erfüllt sind. Aufgrund des nicht auf konkrete Ausschreibungen fokussierten Gesuches des Kantons Aargau ist damit nicht gesagt ist, welche Gesuchsgegnerinnen in diesen involviert sind. Um welchen Fall es sich dabei handelt, wird dem Kanton Aargau aber erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung bekanntgegeben, indem ihm der Anhang der vorliegenden Verfügung übermittelt wird. Mit anderen Worten wird ihm der Auszug aus der Verfügung erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt (gemäss dem Anhang der vorliegenden Verfügung, welcher vorerst nur den Gesuchsgegnerinnen zugestellt wird). Dieses Vorgehen drängt sich auf, um den Gesuchsgegnerinnen die Möglichkeit einzuräumen, sich sinnvoll gegen die Bekanntgabe von Personendaten zu wehren und gegen die vorliegende Verfügung Beschwerde zu führen.

88. Verschiedene Gesuchsgegnerinnen bringen vor, der genannte Fall dürfte nicht offengelegt werden. Sie begründen dies damit, dass aus ihrer Sicht gar keine Abrede vorliege in diesem Fall.⁹¹ Zudem könne der Kanton Aargau bei der Offenlegung eines Falles Rückschlüsse auf die übrigen Fälle der WEKO-Sanktionsverfügung ziehen und herausfinden, in welchen anderen Fällen er noch betroffen war.⁹² Schliesslich würden die Selbstanzeiger durch die Offenlegung schlechter gestellt, als die nicht kooperierenden Parteien.⁹³ Diesen Einwänden folgt die WEKO nicht. Dem ersten Einwand ist entgegenzuhalten, dass die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung zum Schluss kam, der erwähnte Fall stelle eine unzulässige Abrede dar. Dass verschiedene Gesuchsgegnerinnen dies anderes sehen mögen, ändert am Einsichtsinteresse des Kantons nichts. Zum zweiten Einwand: Die WEKO kann nicht erkennen, wie es möglich sein soll, dass

⁸⁸ Act. 1, 21 und 46.

⁸⁹ Act. 58 und 59.

⁹⁰ Act. 58 und 59.

⁹¹ Act. 59.

⁹² Act. 58, 59, 83.

⁹³ Act. 58.

der Kanton Aargau durch die Offenlegung des einen Falles Gewissheit darüber erlangen soll, welche anderen Fälle ihn noch betreffen. Die Projektinformationen in der publizierten Version der WEKO-Sanktionsverfügung sind zu spärlich, um daraus sichere Schlüsse über weitere Fälle zu ziehen, in welchen es zu unzulässigen Abreden zu Lasten des Kantons Aargau kam. Zum Einwand der Schlechterstellung ist schliesslich festzuhalten, dass der hier zu beurteilende Fall aus Sicht der WEKO ja gerade ohne ein Mitwirken eines Selbstanzeigers aufgedeckt und nachgewiesen wurde. Es geht demnach nicht um die Offenlegung einer Selbstanzeige bzw. Beweismittel, die es ermöglicht haben, einen Wettbewerbsverstoss nachzuweisen. Insofern kommt es aus Sicht der WEKO auch nicht zu einer Schlechterstellung von Selbstanzeigern.

e) Interessenabwägung soweit Abreden dank Selbstanzeigen aufgedeckt wurden

89. Neben der in Rz 86 genannten „Grundkonstellation“ ist bei kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungen eine „Spezialsituation“ zu berücksichtigen: Im Kartellrecht gibt es eine (ansonsten dem schweizerischen Recht unbekannt) Selbstanzeige („Kronzeugenregelung“ bzw. „Bonusregelung“). Art. 49a Abs. 2 KG hält fest, dass gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (also eine Selbstanzeige einreicht⁹⁴), auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Hintergrund dieser Regelung ist, dass sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und vor allem horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen regelmässig im Geheimen getroffen und versteckt gehalten werden.⁹⁵ Eine Aufdeckung solcher Absprachen durch die Wettbewerbsbehörden ist ausgesprochen schwierig; häufig ist hierfür Insiderwissen erforderlich, in jedem Fall aber ausgesprochen hilfreich.⁹⁶ Dies ist zum einen der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden ohne Selbstanzeige gar nicht um die fraglichen Handlungen wissen.⁹⁷ Zum anderen kann dies aber auch der Fall sein, wenn im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet ist,⁹⁸ mithin im Moment der Selbstanzeige schon Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabsprachen bestanden. Denn trotz solcher Anhaltspunkte ist es ohne Weiteres möglich, dass es ohne Selbstanzeige an den letztlich für eine Verurteilung erforderlichen Beweismitteln mangelt, die Identifizierung und Deutung von relevanten Beweismitteln ohne Erläuterungen schwer fällt oder gar unmöglich ist oder es an entscheidenden Aussagen fehlt.⁹⁹ Auch solche Selbstanzeigen können einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten, wobei sich die Wichtigkeit des Beitrags im Ausmass der gewährten Sanktionsreduktion widerspiegelt.¹⁰⁰

90. Seit Einführung dieses Instruments im Jahr 2004, welche gleichzeitig mit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellrecht erfolgte, hat sich in der bisherigen Praxis gezeigt, dass diesem Instrument essentielle Bedeutung bei der Aufdeckung und dem Beweis unzulässiger Absprachen zukommt. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, gerade auch von Submissionsabsprachen, wird dank dem Institut der Selbstanzeige wesentlich erhöht.¹⁰¹ Dies führt nicht nur dazu, dass das fragliche Verhalten in einem konkreten Fall repressiv geahn-

det werden kann, sondern hat auch einen kaum zu überschätzenden präventiven Effekt, indem es vom Treffen solcher Absprachen im Vornherein abschreckt. Es besteht folglich ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige, soweit es um Selbstanzeigen geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten.

91. Ob ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht oder nicht, hängt von seiner Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile ab. Neben der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der erwarteten Sanktionshöhe zieht es dabei unter anderem auch die anderweitig drohenden Nachteile in Betracht. Kartellrechtswidrige Abreden können insbesondere eine kartellzivilrechtliche Haftung und bei Submissionsabsprachen zudem eine vergaberechtliche Sanktionierung zur Folge haben. Diese Nachteile gänzlich auszuschliessen und dadurch den Anreiz zum Einreichen von Selbstanzeigen weiter zu erhöhen, mithin Selbstanzeiger auch in diesen Bereichen per Gesetz von Sanktionen resp. Ersatzansprüchen zu befreien, wäre Sache des Gesetzgebers. Dies hat er allerdings nicht getan. Dass eine solche Inanspruchnahme grundsätzlich droht, können die Wettbewerbsbehörden demnach nicht verhindern. Jedoch – und dies ist in vorliegendem Zusammenhang besonders wichtig – dient eine Selbstanzeige einzig der Aufdeckung und Überführung unzulässiger Verhaltensweisen in einem Kartellverwaltungssanktionsverfahren. So erliess der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Selbstanzeige im Kartellrecht nicht gleichzeitig eine Norm, wonach solche Informationen auch zur Durchsetzung anderweitiger Ansprüche verwendbar sind. Der Gesetzgeber entschied sich damit weder für einen grundsätzlichen Schutz eines Selbstanzeigers auch vor weiteren, neben der Sanktion gemäss Art. 49a KG bestehenden möglichen Nachteilen noch für eine automatische Herausgabe der durch die Selbstanzeige gewonnenen Informationen an andere Behörden oder Private.

92. Der Anreiz zur Einreichung einer Selbstanzeige in Kartellverwaltungssanktionsverfahren würde nun über Gebühr geschmälert, wenn Selbstanzeiger damit rechnen müssten, dass die Wettbewerbsbehörden im Rah-

⁹⁴ Als Selbstanzeiger gilt u.a. ein Unternehmen, das mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, indem es seine Teilnahme an einer unzulässigen Abrede offen legt und hierzu Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

⁹⁵ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2038 f. Ziff. 2.1.5.

⁹⁶ Siehe z.B. FABIO BABEY/DAMIANO CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 112/2016, S. 513, Ziff. I und IV; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet, Bovet, Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 49a KG N 63 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 669 f.

⁹⁷ Sogenannte Eröffnungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

⁹⁸ Sogenannte Feststellungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

⁹⁹ Siehe dazu z.B. RPW 2013/4, 630 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabsprachen im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2009/3, 219 Rz. 158 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁰ Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG.

¹⁰¹ Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 28), Art. 49a KG N 120 f.

men einer Selbstanzeige freiwillig eingereichte Informationen¹⁰² und Beweismittel an Dritte herausgeben und dadurch die mit einer Selbstanzeige für einen Selbstanzeiger womöglich verbundenen Nachteile geradezu fördern, ohne dass der Gesetzgeber dies im Kartellgesetz ausdrücklich so vorgesehen hätte. Mit einer Herausgabe von im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichten Informationen und Beweismitteln untrennbar verbunden ist daher die Gefahr, dass sich Unternehmen künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige und damit gegen eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entscheiden würden.¹⁰³ Dies wiederum gefährdet das gute Funktionieren des Instituts Selbstanzeige, an dem – wie zuvor ausgeführt – ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse besteht.¹⁰⁴

93. Auch das private Interesse eines Selbstanzeigers an der Geheimhaltung der Erörterungen über sein unzulässiges Verhalten in der Verfügung ist ein anderes als dasjenige der übrigen involvierten Baugesellschaften, jedenfalls soweit es wie in der vorliegend interessierenden Untersuchung um unzulässige Submissionsabsprachen bezüglich spezifischer Projekte geht. Denn der Selbstanzeiger liefert sich quasi „selbst ans Messer“ und er ist aufgrund seiner umfassenden Kooperationspflicht dazu verpflichtet, sämtliche Submissionsabsprachen offen zu legen, an welchen er beteiligt war. Demgegenüber können Unternehmen, welche sich gegen eine Kooperation entschieden haben, darauf hoffen, dass die Wettbewerbsbehörden nur einen Teil der Absprachen nachweisen können, an welchen sie beteiligt waren. Wie in der WEKO-Sanktionsverfügung ausführlich dargelegt (Rz. 176 und 212 f.), führt dies dazu, dass aufgrund der unterschiedlichen Dunkelziffer bezüglich einem Selbstanzeiger im Vergleich zu anderen Baugesellschaften überdurchschnittlich viele von unzulässigen Absprachen betroffene Projekte bekannt sind. Eine umfassende Bekanntgabe der Daten würde einen Selbstanzeiger daher wesentlich härter treffen als diejenigen Baugesellschaften, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben. Und diese überdurchschnittliche Belastung für einen Selbstanzeiger entstünde gerade dadurch, weil er sich für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden und damit für eine Verwirklichung und Durchsetzung des Kartellrechts entschieden hat. M.a.W. erscheinen die privaten Interessen eines Selbstanzeigers im Vergleich zu Baugesellschaften, welche sich gegen eine solche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entschieden haben, schützenswerter und zudem würde ihn eine Bekanntgabe faktisch härter belasten als nicht dergestalt kooperierende Baugesellschaften.

94. Liegt eine solche „Spezielsituation“ vor, bestehen demnach sehr hoch zu gewichtende öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige ebenso wie schützenswerte private Interessen des Selbstanzeigers selber.

95. Diese Interessen überwiegen das Interesse des Kantons Aargau an einer Datenbekanntgabe, soweit es um eine Selbstanzeige geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hat. Folglich ist bei Vorliegen solcher „Spezielsituationen“ die Offenlegung der entsprechenden Passagen gegenüber dem Kanton Aargau zu verweigern.¹⁰⁵

96. Neben dem oben genannten Fall gibt es zehn weitere Fälle, in welchen der Kanton Aargau als Bauherr betroffen war.¹⁰⁶ Diese Information stellt keine Bekanntgabe von Personendaten dar, da sie sich nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Person bezieht (Art. 3 Bst. a DSG). Dem Kanton Aargau ist es schlicht nicht möglich, Rückschlüsse auf die Identität von fehlbaren Submissionsteilnehmern bei seinen Ausschreibungen zu ziehen. Die Parteien der Untersuchung 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau haben durch diese Mitteilung auch keine Nachteile zu befürchten. Anders könnte diese Einschätzung möglicherweise dann ausfallen, wenn die Gemeinden des Kantons Aargau systematisch Gesuche einreichen und sich gezielt untereinander austauschen, um so ein Gesamtbild zu erhalten, welche Gemeinde betroffen war und welche nicht. Vorliegend deutet aber nichts auf ein solches Vorgehen hin.

97. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen führt die Interessenabwägung bezüglich der weiteren Fälle zu einer Verweigerung der Datenbekanntgabe. In all diesen Fällen haben Informationen von Selbstanzeigern massgeblich dazu beigetragen, dass ein kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden konnte. Eine Herausgabe dieser Informationen bzw. der entsprechenden Passagen aus den Verfügungen würde das Institut der Selbstanzeige für die Zukunft gefährden.

¹⁰² Dass freiwillig mitgeteilte Informationen, deren Geheimhaltung seitens der Behörden zugesichert wurde, besonders schützenswert sind, zeigt auch Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

¹⁰³ Aus demselben Grund schützen die Wettbewerbsbehörden Selbstanzeigen bereits während dem Untersuchungsverfahren, indem sie die Akteneinsicht gestützt auf Art. 26 ff. VwVG einschränken (siehe dazu das Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8.9.2014, Stand 1.8.2015, Rz 47 ff., abrufbar unter: www.weko.ch >Dienstleistungen, 20.11.2017); siehe auch die Zwischenverfügung des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums vom 10.8.2011, RPW 2012/2, 264 Rz 20 ff., in welcher das Akteneinsichtsrechts gestützt auf Art. 26 ff. VwVG zum Schutze des Instituts Selbstanzeige eingeschränkt wurde; das BVGer hat eine Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung abgewiesen und die Interessenabwägung zugunsten des Instituts Selbstanzeige geschützt (Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20.2.2014, E. 6 und 9); siehe schliesslich Urteil des BVGer B-5936/2014 vom 30.10.2017, E. 5.6, *Untersuchung i.S. Abreden im Bereich Luftfracht*.

¹⁰⁴ Siehe auch die entsprechende Wertung in der Richtlinie 2014/104 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, Art. 6 (6) a) zu Kronzeugenerklärungen: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadenersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung der folgenden Beweismitteln durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können: Kronzeugenerklärungen“; siehe zum Ganzen auch: SEREINA DENOTH, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, 2012, S. 235 ff.

¹⁰⁵ Siehe dazu Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20.2.2014, E. 9.6 „Soweit der Kanton und/oder Gemeinden durch die in der angefochtenen Verfügung dargestellten Absprachen geschädigt worden sein sollten, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung entsprechender Ersatzforderungen. Dieses konterkariert das öffentliche Interesse, von den Selbstanzeigern möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu befördern. Letzteres lässt sich jedoch als grundsätzlich überwiegend betrachten, weil es im Dienste der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen steht. Kommen solche erst gar nicht ans Licht, können auch keine Schadenersatzforderungen ins Auge gefasst werden.“

¹⁰⁶ Dies hat des Sekretariat dem Kanton Aargau bereits mitgeteilt (Act. 3; siehe auch Act. 36).

98. Der Kanton Aargau bringt vor, dass der Gesetzgeber mit Art. 49a KG einen Erlass bzw. eine Reduktion der Sanktion in Aussicht gestellt habe. Weitere Zusicherungen zu Handen der Selbstanzeiger habe der Gesetzgeber nicht vorgesehen.¹⁰⁷ Entsprechend sähen auch Art. 48 KG (Publikation) und Art. 49 KG (Informationspflichten der Wettbewerbsbehörden) keine Einschränkungen vor.

99. Zwar trifft es zu, dass dem KG und seiner Botschaft kein Hinweis darauf zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber einem Selbstanzeiger Schutz vor Zivilklagen zusichern wollte. Aber ebenso wenig ist dem KG zu entnehmen, dass Selbstanzeigern kein solcher Schutz zukommen sollte. Ziel des Gesetzgebers war die Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen. Dieses Ziel stellt offensichtlich ein öffentliches Interesse dar und darf bzw. muss in die Abwägung der Interessen einfließen, die vor der Herausgabe von Personendaten durchzuführen ist.

100. Auch wenn die WEKO die Interessen des Kantons Aargau an der Prüfung von Ansprüchen nachvollziehen kann, gewährt sie ihm keinen Zugang zu diesen Informationen. Dies in der Überzeugung, dass der Aufdeckung von Kartellabreden durch die WEKO eine positive präventive Wirkung auch zugunsten von künftigen potentiellen Kartellopfen zukommt. Soweit diese Aufdeckung durch das gesetzlich vorgesehene Instrument der Selbstanzeige ermöglicht wurde, würde eine Herausgabe der gestützt darauf erhaltenen Informationen die Grundlage des Instruments der Selbstanzeige für die Zukunft in Frage stellen und damit den präventiven Effekt des Kartellgesetzes insgesamt gefährden.

B.2.4 Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 1–4 DSGVO)

101. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die WEKO die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 DSGVO in einem Fall als erfüllt betrachtet. In Bezug auf diesen Fall ist abschliessend zu prüfen, ob die Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten sind.

102. Gemäss Art. 4 DSGVO dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Abs. 1). Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3). Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 4).

103. Diese Grundsätze werden vorliegend eingehalten. Aus den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Verhältnismässigkeit ergibt sich allerdings eine Einschränkung. Wie sich gezeigt hat, ist die Weitergabe von Daten, welche die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit erlangen, zulässig, sofern die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden sollen. Der vom Kanton Aargau angegebene Zweck entspricht jenen des Kartellrechts (siehe Rz 68 ff.). Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt, dass die gewünschten Informationen nur im notwendigen Umfang und nicht „auf Vorrat“ weitergegeben werden dürfen. Der

Kanton Aargau darf die angefragten Informationen deshalb nur zum Zweck verwenden, den er im Gesuch angegeben hat und der die Herausgabe von Informationen erlaubt. Aus diesem Grund verbindet die WEKO eine allfällige Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 4 DSGVO mit einer Auflage.¹⁰⁸ Eine allfällige Datenbekanntgabe ist nur mit der Auflage zu gestatten, dass die Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwendet werden (Prüfung eines Schadens zu Lasten des Kantons bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen) und nicht zu anderen Zwecken an Dritte, insbesondere auch an andere Behörden oder Gemeinwesen weitergegeben werden.

B.2.5 Schlussfolgerung

104. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass dem Kanton Aargau insoweit Einsicht in die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 gewährt wird, als dass die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Beschaffungsstelle war, sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart werden. Dies führt dazu, dass dem Kanton Aargau nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung die Passagen eines Falles inklusiver der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagene Akten) offengelegt werden. Die WEKO wird die Einsicht ermöglichen, indem sie dem Kanton Aargau nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung den Anhang zustellt (welcher vorerst nur den Gesuchsgegnerinnen zugestellt wird). Soweit weitergehend wird keine Einsicht gewährt und das Gesuch abgewiesen.

B.3 Kosten

105. Die Kosten einer Verfügung stellen Verwaltungsgebühren dar, welche wiederum zu den Kausalabgaben gehören. Kausalabgaben können nur erhoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn besteht. Wenn das Gesetz den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage nennt, kann es die Kompetenz zur Festlegung der Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegieren.¹⁰⁹ Ohne gesetzliche Grundlage könnten nur – aber immerhin – Kanzleigegebühren erhoben werden.¹¹⁰

106. Die Gebührenbestimmung des Art. 53a KG sieht Gebühren für sonstige Dienstleistungen (Bst. c) vor. Unter den sonstigen Dienstleistungen sind insbesondere Beratungen des Sekretariats zu verstehen.¹¹¹ Darunter dürfte aber auch die Bekanntgabe von Personendaten zu verstehen sein. Da aber eine weitere gesetzliche Grundlage besteht, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob dies der Fall ist.

¹⁰⁷ Act. 21.

¹⁰⁸ Siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 13 und Dispositiv (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332); vgl. auch BGE 141 I 201, 205 E. 4.3.

¹⁰⁹ Siehe zum Ganzen BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 28), Art. 53a KG N 2.

¹¹⁰ THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, Art. 46a N 7.

¹¹¹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 28), Art. 53a KG N 15.

107. Gemäss Art. 46a Abs. 1 RVOG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Zur Bundesverwaltung in diesem Sinne gehören sowohl die zentrale wie die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG).¹¹² Die Wettbewerbsbehörden werden – wie oben bereits erwähnt – der dezentralen Bundesverwaltung zugerechnet,¹¹³ so dass Art. 46a RVOG auch auf diese anwendbar ist.

108. Art. 46a RVOG wurde als allgemeine gesetzliche Grundlage über die Gebührenerhebung bei Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung geschaffen. Er nennt den Kreis der Abgabepflichtigen (Verfügungsadressaten und Empfänger von Dienstleistungen), den Gegenstand (Verfügungen und Dienstleistungen) und die Bemessungsgrundlage (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip).¹¹⁴ Unter einer Verfügung werden erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG verstanden.¹¹⁵

109. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Art. 46a RVOG durch den Erlass der AllgGebV¹¹⁶ Gebrauch gemacht, welche im Übrigen auch für Gebühren gestützt auf Art. 53a KG gilt (Art. 1a GebV-KG¹¹⁷).

110. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung oder Dienstleistung veranlasst.

111. Die vorliegende Verfügung wurde durch den Kanton Aargau veranlasst, sodass grundsätzlich auch er für deren Kosten aufzukommen hat. In Art. 3 Abs. 1 AllgGebV (siehe auch Art. 3 Abs. 1 GebV-KG) ist aber vorgesehen, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erheben, sofern diese Gegenrecht gewähren.

112. Der Kanton Aargau und diverse seiner Gemeinden haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Die WEKO verzichtet deshalb darauf, vom Kanton Aargau Kosten zu erheben. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil das Gesuch nicht zuletzt gestützt auf die Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG teilweise gutgeheissen wird, mit welcher die Erledigung von Amtshandlungen ermöglicht werden soll.

113. Mehrere Gesuchsgegnerinnen beantragen die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.¹¹⁸ Die Anträge der Gesuchsgegnerinnen auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung werden deshalb abgewiesen.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird dem Kanton Aargau Einsicht in die

Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung 22-0385 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gemäss Erwägungen gewährt, indem ihm der Verfügungsauszug inklusive der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnehmete Akten) gemäss Anhang zugestellt wird.

2. Soweit weitergehend wird das Gesuch des Kantons Aargau abgewiesen.
3. Der Kanton Aargau darf die ersuchten Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwenden (Prüfung eines Schadens zu Lasten des Kantons bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen). Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt.
4. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
5. [Eröffnung]

¹¹² SÄGESSER (Fn 110), Art. 46a N 19.

¹¹³ BSK KG-BANGERTER (Fn 28), Art. 19 KG N 5.

¹¹⁴ Siehe zum Ganzen SÄGESSER (Fn 110), Art. 46a N 8 f.

¹¹⁵ SÄGESSER (Fn 110), Art. 46a N 17 m.w.H.

¹¹⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

¹¹⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹¹⁸ RPW 2012/2, 423 Rz 1210, Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

B 2.5	2. Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch der Gemeinde Koblenz um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau
-------	---

Hinweis:

Diese Verfügung ist noch nicht rechtskräftig
(Stand Juli 2018).

Verfügung vom 11. Dezember 2017 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch der Gemeinde Koblenz um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

A Sachverhalt

1. Am 16. Dezember 2011 erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nach Abschluss der Untersuchung 22-0385 die Verfügung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (nachfolgend: WEKO-Sanktionsverfügung).¹ Die WEKO deckte dabei rund 90 Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG² auf, an welchen 14 Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen beteiligt waren. Die WEKO-Sanktionsverfügung wurde von vier Unternehmen angefochten und ist damit bisher nicht rechtskräftig.

2. In der publizierten Version der WEKO-Sanktionsverfügung sind die jeweiligen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte geschwärzt, d.h. sie wurden durch die Abdeckung [...] ersetzt. Ein potentiell geschädigter Auftraggeber kann deshalb aufgrund der publizierten Version nicht erkennen, ob in der Verfügung ihn betreffende Submissionen enthalten sind bzw. ob er Opfer einer unzulässigen Abrede wurde.

3. Mit Gesuch vom 23. Januar 2013 stellte die Gemeinde Koblenz beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) den Antrag auf Einsicht in Verfahrensakten der WEKO-Sanktionsverfügung. Sie teilte dem Sekretariat mit, dass sie in dem von der Untersuchung betroffenen Zeitraum ein Kanalisationsprojekt an die Strassenbaugesellschaften [...] vergeben habe und deshalb den Verdacht hege, dass der Gemeinde ein Schaden entstanden sei. Die Gemeinde Koblenz verlangte deshalb „das Akteneinsichtsrecht im Fall [...]“.³

4. Am 29. Januar 2013 eröffnete das Bundesgericht der WEKO seinen Grundsatzentscheid zur Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG.⁴ Dabei hielt es fest, dass die Sanktionen über einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter verfügen und die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK⁵ sowie Art. 30 und 32 BV⁶ anwendbar seien.⁷

5. Mit Verfügung vom 22. April 2013 schloss die WEKO die Untersuchung 22-0384 (Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich)⁸ ab. Da auch

im Nachgang zu diesem Verfahren Gesuche um Einsicht in die Verfahrensakten eingereicht wurden, entschied sich Sekretariat dafür, diese Gesuchsverfahren zeitlich mit dem von der Gemeinde Koblenz anhängig gemachten Gesuch zu koordinieren und die Gesuchsteller aller hängigen Einsichtsverfahren gleichzeitig über die nächsten Verfahrensschritte zu orientieren.

6. Am 17. Januar 2014 legte das Sekretariat der Gemeinde Koblenz sowie den Gesuchsgegnerinnen sein beabsichtigtes weiteres Vorgehen schriftlich dar und lud sie zur Stellungnahme ein.⁹ Das Sekretariat sah gemäss dieser Darlegung vor, das Verfahren 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gestützt auf den genannten Grundsatzentscheid des Bundesgerichts als hängiges Strafverfahren im Sinne des DSG¹⁰ zu qualifizieren und das Gesuchsverfahren der Gemeinde Koblenz zu sistieren, bis das Beschwerdeverfahren 22-0385 abgeschlossen und die WEKO-Sanktionsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist.

7. Um nach Eintritt der Rechtskraft nicht einen weiteren Schriftenwechsel durchführen zu müssen, legte das Sekretariat der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen in seinen Schreiben vom 17. Januar 2014 bereits dar, wie es das Gesuch der Gemeinde Koblenz inhaltlich einschätzt.¹¹ Das Schreiben an die Gesuchsgegnerinnen stützte sich teilweise auf ein früheres Schreiben des Sekretariats, das den Gesuchsgegnerinnen am 21. September 2012 im Rahmen eines anderen Gesuchsverfahrens zugestellt worden war.¹² Gemäss der Einschätzung des Sekretariats sollte der Gemeinde Koblenz insoweit Einsicht in die WEKO-Sanktionsverfügung (inkl. der dazugehörigen Sachbeweise) gewährt werden, als die Ausführungen unzulässige Wettbewerbsabreden zu Ausschreibungen betreffen, bei welchen die Gemeinde Koblenz die zuständige Beschaffungsstelle war, sofern dadurch nicht von den Selbstanzeigern preisgegebene Informationen offenbart würden.

¹ RPW 2012/2, 270 Rz 1, *Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Act. 1.

⁴ BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114), *Publigroupe*.

⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR0.101).

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

⁷ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2), *Publigroupe*.

⁸ RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹ Act. 2–4.

¹⁰ Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹¹ Act. 2–4.

¹² Act. 2.1.

8. Die Gemeinde Koblenz verzichtete nach gewährter Fristerstreckung bis am 21. März 2014 auf eine Stellungnahme. Die Gesuchsgegnerinnen nahmen in ihren Stellungnahmen das Einsichtsgesuch der Gemeinde Koblenz zur Kenntnis.¹³ Zwei der Gesuchsgegnerinnen verzichteten auf materielle Ausführungen zum Gesuch der Gemeinde Koblenz. Auf die Argumente der beiden anderen Gesuchsgegnerinnen wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

9. Mit Zwischenverfügung vom 6. August 2014 sistierte das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums das Gesuchsverfahren.¹⁴

10. Am 23. Juni 2016 eröffnete das Bundesgericht der WEKO seinen Grundsatzentscheid zur Publikation einer Sanktionsverfügung. Darin hielt es fest, dass das Verfahren auf Erlass einer Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG kein Strafverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ¹⁵ darstellt.¹⁶ Gestützt auf diesen Entscheid kam das Sekretariat zum Schluss, dass seine oben erwähnte Qualifizierung des KG-Sanktionsverfahrens als Strafverfahren im Sinne des DSG nicht mehr haltbar ist. Es hob deshalb die Sistierungsverfügung zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums mit Zwischenverfügung vom 27. Februar 2017 auf und setzte das Verfahren fort.¹⁷

11. Mit Schreiben vom 1. März 2017 übermittelte das Sekretariat der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen diese Zwischenverfügung.¹⁸ Es teilte ihnen dabei mit, dass es die eingegangenen Stellungnahmen nun auswerten und der WEKO in der Folge seinen Antrag überweisen werde. Im Nachgang zu diesem Schreiben gingen keine weiteren Eingaben ein.

12. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

13. Vorliegend geht es um die Behandlung eines Gesuchs um Einsicht in Verfahrensakten eines Kartellverfahrens der WEKO nach Verfahrensabschluss. Die Wettbewerbsbehörden werden durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern gestützt auf den Umstand, dass sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe kommen aus Sicht der Gemeinde Koblenz¹⁹ und der WEKO in Betracht:

- Art. 8 und Art. 19 DSG
- Art. 6 BGÖ
- Art. 29 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 2 BV.

14. Die Zuständigkeit der WEKO ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie die WEKO-Verfügung erlassen hat, womit sich die vom Gesuch betroffenen Dokumente bzw. Personendaten in ihrem Archiv bzw. in ihrem Besitz befinden. Ausserdem erlässt die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw. einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 10 GR-WEKO²⁰). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.²¹

15. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt, ist dem KG keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig.

16. Eine Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die WEKO für die Behandlung des Einsichtsgesuchs der Gemeinde Koblenz bzw. den Erlass der vorliegenden Verfügung nicht zuständig sei.²² Sie begründet dies mit dem Devolutiveffekt, nach dem die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergehe (Art. 54 VwVG²³).

17. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Zuständigkeit der WEKO für die Behandlung eines Gesuchs um Einsicht in Verfahrensakten einer rechtskräftig abgeschlossenen Untersuchung nach Art. 27 KG in einem jüngeren Urteil implizit bestätigt.²⁴ Vorliegend ist die Untersuchung, in deren Akten Einsicht verlangt wird, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Es sind nach wie vor mehrere Beschwerden gegen die WEKO-Sanktionsverfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Dies bedeutet zwar, dass der sogenannte Devolutiveffekt zum Tragen kommt. Nach Art. 54 VwVG betrifft dies aber nur „die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit der Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet.“ Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden. Nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet die Frage, ob und wenn ja wie weit der Gesuchstellerin Einsicht in die Akten des Untersuchungsverfahrens 22-0385 zu gewähren sei (insb. gestützt auf das DSG). In Bezug auf diese Frage kann der Devolutiveffekt demnach nicht zur Anwendung gelangen.²⁵ Daraus folgt, dass die WEKO für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs zuständig ist.

¹³ Act. 10, 16, 17 und 18.

¹⁴ Act. 19.

¹⁵ Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

¹⁶ BGE 142 II 268, 273 f. E. 4.2.5.2 (= RPW 2016/2, 628 E. 4.2.5.2, *Nikon – Publikation einer Sanktionsverfügung*).

¹⁷ Act. 22.

¹⁸ Act. 23 und 24.

¹⁹ Act. 1.

²⁰ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

²¹ SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

²² Act. 18.

²³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁴ Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 1.2 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

²⁵ Die Gerichte haben das DSG bereits mehrfach auf Verfahren angewendet, welche in Bezug auf die Frage des Vorliegens eines Kartellrechtsverstosses noch vor Rekursinstanzen der WEKO hängig waren: BGE 142 II 268, 268 und 280 Sachverhalt A und E. 6. 2 (= RPW 2016/2, 622 und 633, Sachverhalt A. und E. 6.2), *Publikation der Nikonverfügung*; Urteil des BVGer B-6547 vom 25.4.2017, Sachverhalt A.b. und E. 5.1, *Publikation der Verfügung in Sachen „Livres en français“*; BVGE 2016/28, 474, 482 f., E. 2.2, *Einsicht in Verfahren betreffend Luftfracht*.

18. Für den Fall, dass die WEKO die Argumentation über den Devolutiveffekt ablehne und sich dennoch als zuständig erachte, beantragt dieselbe Gesuchstellerin den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung.²⁶ Eine solche hat allerdings nur zu erfolgen, wenn die Behörde, welche sich als zuständig erachtet, gestützt auf pflichtgemässes Ermessen zum Schluss gelangt, dass sich eine solche rechtfertigt. Sie kann den Entscheid über ihre Zuständigkeit auch im Rahmen des Endentscheids treffen, insbesondere wenn ihre Zuständigkeit als offensichtlich gegeben erscheint.²⁷ Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Der Entscheid über die Zuständigkeit ergeht deshalb zusammen mit dem vorliegenden Endentscheid.

B.2 Recht auf Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss

B.2.1 Gesetzliche Grundlagen für eine Bekanntgabe von Personendaten

B.2.1.1 BGÖ

19. Die Gemeinde Koblenz stützt ihr Gesuch auf mehrere Rechtsgrundlagen, darunter auch auf Art. 6 Abs. 1 BGÖ.²⁸ Das Sekretariat hat der Gemeinde Koblenz bereits mitgeteilt, dass es das BGÖ nicht als anwendbar erachtet.²⁹ Die Gemeinde Koblenz hat auf die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens verzichtet.

B.2.1.2 Art. 29 Abs. 2 und 44 Abs. 2 BV

20. Die Gemeinde Koblenz stützt ihr Gesuch u.a. auf Art. 29 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 19 DSGVO.³⁰

21. Art. 29 Abs. 2 BV sieht einen Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens vor, setzt aber eine Interessenabwägung zwischen den besonderen, schutzwürdigen Interessen der rechtsuchenden Person und den entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen voraus.³¹ Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO konkretisiert das verfassungsrechtlich garantierte Akteneinsichtsrecht für ein Gemeinwesen. Soweit die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (siehe dazu nachfolgend unter Rz 38 ff.), kann offen bleiben, ob auch die Voraussetzungen gemäss Art. 29 Abs. 2 BV erfüllt sind.³²

22. Art. 44 BV regelt die Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen und hält fest, dass sich Bund und Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen (Abs. 1) und dass sie sich gegenseitig Amts- und Rechtshilfe leisten (Abs. 2). Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 von Art. 44 BV begründen jedoch keine Rechte und Pflichten, sondern bedürfen einer Konkretisierung in einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift. Art. 44 Abs. 2 BV kommt demnach vorliegend nicht zur Anwendung. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO stellt eine konkretisierende Norm dar, die eine Anspruchsgrundlage für ein Auskunftsbeglehen bilden kann.³³ Die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO sind nachfolgend zu prüfen.

B.2.1.3 DSGVO

Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSGVO

23. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSGVO gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen

gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSGVO). Den Letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG³⁴ erwähnten Behörden zuzuordnen.³⁵ Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen sind auch die Wettbewerbsbehörden zu zählen,³⁶ sodass die WEKO das DSGVO anzuwenden hat.

24. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSGVO). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche wie auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSGVO). Die in die aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen (wie z.B. das Treffen von Abreden). Ob die Angaben über die öffentlich-rechtlichen Auftraggeber ebenfalls Daten bzw. Personendaten im genannten Sinne darstellen, wird unter dem Titel von Art. 8 DSGVO erörtert.

25. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSGVO). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wie z.B. das Einsichtgewähren. Die Bekanntgabe der WEKO-Sanktionsverfügung bzw. von Teilen daraus an die Gemeinde Koblenz stellt eine solche Bekanntgabe dar.

26. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSGVO ist nicht ersichtlich. Das DSGVO ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar.

Art. 8 DSGVO

27. Die Gemeinde Koblenz stützt ihr Gesuch u.a. auf Art. 8 DSGVO.³⁷ Gemäss dieser Bestimmung kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Inhaltlich wäre eine Anwendung dieser Rechtsgrundlage auf das Begehren der Gemeinde demnach denkbar (also die Bekanntgabe von Projektinformationen, welche die Gemeinde Koblenz als Beschaffungsstelle bzw. Auftraggeberin betreffen).

²⁶ Act. 18.

²⁷ THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Art. 9 N 5.

²⁸ Act. 1.

²⁹ Act. 3.

³⁰ Act. 1.

³¹ Vgl. BGE 129 I 249 E. 5.

³² BVGE 2016/22 332, 346 E. 8.9.2.

³³ Siehe zur Auslegung von Art. 44 BV und zur Qualifizierung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO als Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten: Urteil des BVerfG A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 5 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

³⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

³⁵ BSK DSGVO-URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, Art. 2 DSGVO N 13 (zitiert: BSK DSGVO-AUTOR).

³⁶ BSK KG-BANGERTER (Fn 21), Art. 19 KG N 5.

³⁷ Act. 1.

28. Es stellt sich vorliegend die grundsätzliche Frage, ob sich die Gemeinde Koblenz und damit eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft auf Art. 8 DSG berufen kann, soweit es wie hier um eine Datenbearbeitung durch eine Behörde (d.h. die WEKO) geht. Wie erwähnt regelt das DSG auch die Bearbeitung von Daten juristischer Personen. Eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ist unstreitig eine juristische Person. Die Botschaft vom 23. März 1988 zum DSG (nachfolgend: Botschaft DSG³⁸) geht daher undifferenziert – ohne Unterscheidung zwischen der Datenbearbeitung durch Private oder Behörden – davon aus, die Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten werde durch das DSG geregelt.³⁹ Die Lehre folgt dem,⁴⁰ allerdings ohne weitergehende Ausführungen oder Überlegungen dazu anzufügen.

29. Unberücksichtigt bleibt bei einem solchen Verständnis jedoch Sinn und Zweck des DSG, jedenfalls soweit es – wie hier – um eine Datenbearbeitung durch Behörden geht. Gemäss seinem Art. 1 bezweckt das DSG nämlich „(...) den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden“. Im Vernehmlassungsverfahren war vor diesem Hintergrund – sowohl die private als auch die behördliche Datenbearbeitung betreffend – umstritten, ob das DSG überhaupt für Daten juristischer Personen gelten soll. Soweit es um die Datenbearbeitung durch Behörden geht, wird die Geltung auch für Daten juristischer Personen in der Botschaft wie folgt begründet: „Auch gegenüber behördlicher Datenbearbeitung soll den juristischen Personen der Datenschutz in vollem Umfange zugutekommen, wiewohl juristische Personen sich nach vorherrschender Lehre nicht auf alle für den Datenschutz im öffentlichen Bereich massgeblichen Grundrechte berufen können, namentlich nicht auf die persönliche Freiheit. Weil aber im Bereich des Datenschutzes natürliche und juristische Personen sehr ähnliche Schutzbedürfnisse haben, muss sich eine juristische Person im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung auch auf die persönliche Freiheit berufen können. Da zudem andere für den Datenschutz massgebliche verfassungsrechtliche Maximen wie das Gesetzmässigkeits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip unbestrittenmassen auch juristische Personen schützen, drängt sich insgesamt eine differenzierte Regelung für natürliche und juristische Personen auch im öffentlichen Bereich nicht auf.“⁴¹ Wie diese Ausführungen zeigen, fusst die DSG-Regelung der Datenbearbeitung durch Behörden auf grundrechtlichen Überlegungen.

30. Grundrechte schützen Individuen vor staatlichem Handeln; entsprechend binden sie Inhaber staatlicher Gewalt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie die Gemeinde Koblenz eine ist) sind also grundrechtsverpflichtet. Selber Träger von Grundrechten können juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nur ganz ausnahmsweise sein, namentlich dann, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch einen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen sind, wenn es um die Gemeindeautonomie geht oder bei öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften um die Religionsfreiheit.⁴² Bei vorliegender Konstellation – der behördlichen Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten (und

damit insbesondere der informationellen Selbstbestimmung) – handelt es sich um keinen dieser Ausnahmefälle.

31. Die WEKO hat in einem früheren Fall entschieden, dass einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft dem Sinn und Zweck des DSG entsprechend eine Berufung auf Art. 8 DSG versagt bleibt.⁴³ Selbst wenn sich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft aber auf Art. 8 DSG berufen könnte, wäre zu prüfen, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt.⁴⁴ Zudem wäre auch gestützt auf Art. 8 DSG eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen durchzuführen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG, ferner Art. 9 Abs. 2 Bst. a DSG). Eine Interessenabwägung ist aber auch gestützt auf den vorliegend anwendbaren Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG vorzunehmen (siehe Rz 58 ff.).

32. Das Sekretariat hat der Gemeinde Koblenz und den Gesuchsgegnerinnen diese Einschätzung mit Schreiben vom 17. Januar 2014 kundgetan.⁴⁵ Weder die Gemeinde Koblenz noch die Gesuchsgegnerinnen haben sich dazu vernehmen lassen.

Art. 19 DSG im Allgemeinen

33. Art. 19 Abs. 1 DSG sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekannt gegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSG besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

34. Darüber hinaus kommt eine Datenbekanntgabe durch eine Behörde in Frage, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG erfüllt sind.

³⁸ Botschaft vom 23.3.1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBI 1988 II 413 (zitiert: Botschaft DSG).

³⁹ Botschaft DSG (Fn 38), 438 ff. Ziff. 221.1.

⁴⁰ DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), 2008, Art. 2 DSG N 6 und 10 (als Beispiele Kantonalbanken und öffentlich-rechtliche Spitäler nennend; zitiert: Handkommentar DSG-AUTOR); BSK DSG-URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, 3. Aufl., 2014, Art. 2 DSG N 7 (zitiert: BSK DSG-AUTOR); BSK DSG-Blechta, Art. 3 DSG N 23; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSG N 6; PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, Rz. 459.

⁴¹ Botschaft DSG (Fn 38), 439 f. Ziff. 221.1.

⁴² Statt anderer BGE 121 I 218, 220 E. 2.a m.w.H., resp. BGE 108 Ia 82, 85 E. 1.b.

⁴³ Verfügung der WEKO vom 8.9.2014, Rz 28 ff., *Einsichtsgesuch des Kantons Zürich*.

⁴⁴ BGE 138 III 425 E. 5.3.

⁴⁵ Act. 2 und 4.

35. Für die WEKO ist eine spezifische gesetzliche Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten i.S.v. Art. 17 DSGVO nicht ersichtlich. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer der Bestimmungen von Art. 19 Abs. 1 und 1^{bis} DSGVO erfüllt sind.

36. Nicht in Betracht fällt die Datenbekanntgabe auf der Grundlage von Bst. b dieser Bestimmung, welcher die Einwilligung von sämtlichen betroffenen Personen voraussetzt: In den Stellungnahmen hat sich keine der Gesuchsgegnerinnen mit der Bekanntgabe ihrer Personendaten gemäss der Einschätzung des Sekretariats einverstanden erklärt. Allgemein zugänglich gemacht haben die Gesuchsgegnerinnen die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht, weshalb auch Bst. c von Art. 19 Abs. 1 DSGVO nicht greift. Da es weder um eine aktive Information durch die Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGÖ geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO ausser Betracht.

37. Im vorliegenden Fall anwendbar ist – wie sich nachfolgend zeigt – Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO. Ob zusätzlich Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO zur Anwendung kommt, kann offen bleiben.⁴⁶

Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO im Speziellen

38. Bst. a von Art. 19 Abs. 1 DSGVO ist als eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung gedacht.⁴⁷ Diese Bestimmung stellt eine Grundlage zur Bekanntgabe von Personendaten dar, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind:⁴⁸ Es liegt a) ein Ersuchen im Einzelfall vor, die gewünschten Daten werden b) zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe benötigt und sind c) zur Erfüllung dieser Aufgabe unentbehrlich.

39. Um diese Voraussetzungen zu prüfen, ist vorab der Inhalt des Gesuches der Gemeinde Koblenz in Erinnerung zu rufen. Die Gemeinde Koblenz erwähnt ein von ihr in Auftrag gegebenes Kanalisationsprojekt und äussert den Verdacht, es sei ihr durch Abreden ein Schaden entstanden. Sie beantragt deshalb Einsicht „im Fall [...]“.⁴⁹ Die WEKO versteht das Gesuch in dem Sinne, dass die Gemeinde Koblenz Einsicht in sämtliche Unterlagen aus den Verfahrensakten beantragt, soweit diese Projekte betreffen, in welche die Gemeinde Koblenz und die Strassenbaugesellschaften [...] involviert waren und die mit Kanalisationsbauarbeiten im Zusammenhang stehen.⁵⁰

40. a) Ersuchen im Einzelfall: Das Gesuch der Gemeinde Koblenz bezieht sich auf ein konkretes Verfahren der WEKO bzw. dessen Verfahrensakten und bezeichnet zugleich den Kreis der davon betroffenen juristischen Personen. Aus dem im Gesuch angegebenen Zweck der geplanten Datenverwendung ergibt sich schliesslich, dass die Gemeinde Koblenz Einsicht in die Verfahrensakten erhalten möchten, um zu prüfen, ob ihr ein Schaden entstanden ist bzw. ob ihr Zivilansprüche zustehen. Das Gesuch stellt demnach ein Ersuchen im Einzelfall dar.

41. b) Erfüllen einer gesetzlichen Aufgabe: Weiter ist zu prüfen, ob die zu erfüllende Aufgabe eine gesetzliche Aufgabe darstellt. Die hinter dem Gesuch der Gemeinde Koblenz stehende gesetzliche Aufgabe dürfte im schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln liegen. Wei-

tere Anliegen bzw. gesetzliche Aufgaben macht die Gemeinde Koblenz nicht geltend.

42. Das Bundesverwaltungsgericht hat den schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln in einem jüngeren Urteil gestützt auf die Bundesverfassung und kantonale Erlasse als gesetzliche Aufgabe anerkannt. Es hielt fest, dass die Bestimmungen ein Gemeinwesen verpflichten, die finanziellen Mittel bei der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben effizient einzusetzen und mit Steuergeldern sorgsam umzugehen. Die Verpflichtung zum schonenden Umgang mit Steuergeldern schliesst auch die Pflicht mit ein, zu hohe getätigte Ausgaben zurückzufordern und die Rückforderung notfalls gerichtlich durchsetzen zu lassen.⁵¹ Damit besteht vorliegend eine gesetzliche Aufgabe, die von der Gemeinde Koblenz die Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche gegenüber möglichen Abredeteilnehmern verlangt.

43. c) Unentbehrlichkeit: Schliesslich ist zu prüfen, ob die ersuchten Daten zur Erfüllung der von der Gemeinde Koblenz angeführten Aufgabe unentbehrlich sind. Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit ist gegeben, wenn die Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe nicht erfüllt werden könnte. Eine bloss verbesserte oder effizientere Aufgabenerfüllung kann hingegen nicht als Rechtfertigung für eine Auskunftserteilung dienen.⁵² Stehen dem Gesuchsteller mehrere Wege offen, bleibt eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zulässig, wenn das Auskunftersuchen zumindest nicht als die einfachere Möglichkeit gilt, um an die erforderlichen Daten zu gelangen.⁵³

44. Für die Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen erachtet die WEKO eine Einsichtnahme in die ungeschwärzte Version der WEKO-Sanktionsverfügung insoweit als unentbehrlich, als es um Projekte geht, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind und bei welchen die Gemeinde Koblenz die zuständige Beschaffungsstelle war. Da die Gemeinde Koblenz gar nicht weiss, ob sie Opfer einer Kartellabrede wurde, ist sie zur Erreichung des angegebenen Zwecks auf den Zugang zu den ungeschwärzten sie betreffenden Projektangaben in der WEKO-Sanktionsverfügung angewiesen. Insofern besteht die Unentbehrlichkeit.

⁴⁶ Auch das BVGer prüfte die parallele Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO nicht, da bereits die Voraussetzungen von Bst. a dieser Bestimmung erfüllt waren (BVGE 2016/22 332, 350 ff. E. 10 ff.).

⁴⁷ Siehe etwa BSK DSGVO-EHRENSPERGER (Fn 40), Art. 19 DSGVO N 7.

⁴⁸ BVGE 2016/22, 332, 335 ff., E. 7, 8 und 9.

⁴⁹ Act. 1.

⁵⁰ Siehe bereits Schreiben des Sekretariats vom 17.1.2014 an die Gemeinde Koblenz (Act. 4).

⁵¹ BVGE 2016/22, 347 ff. E. 9.3; siehe dazu die aargauischen Bestimmungen in § 116 Kantonsverfassung (KV; SAR 110.000), § 45 Abs. 1 b) des Gesetzes über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (GAF; SAR 612.300) und § 29 des Dekrets über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (DAF; SR 612.310).

⁵² BVGE 2016/22, 332, 336 ff., E. 8 m.w.H.

⁵³ BVGE 2016/22, 341 E. 8.5, 346 E. 8.9.2.

45. Eine Gesuchsgegnerin bringt vor, dass die Datenbekanntgabe für eine allfällige Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entbehrlich sei, da es der Gemeinde Koblenz in einem Zivilverfahren offen stehe, ein Editionsbegehren gemäss Art. 160 ZPO zu stellen.⁵⁴

46. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass die Gemeinde Koblenz gar nicht weiss, ob sie ein Kartellopfer ist bzw. ob die WEKO-Sanktionsverfügung Projekte behandelt, in welchen sie die zuständige Beschaffungsstelle war. Es erscheint nicht als gangbarer bzw. zumutbarer Weg, potentielle Kartellanten auf Vorrat vor dem Zivilrichter einzuklagen. Diesem Verständnis hat sich auch das Bundesverwaltungsgericht angeschlossen. In Bezug auf ein Gesuch um Einsicht in die Verfahrensakten der Untersuchung 22-0384: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich hielt es explizit fest, dass eine Beschaffungsstelle zwingend auf die entsprechenden Passagen der WEKO-Verfügung angewiesen ist, um allfällige zivilrechtliche Ansprüche überhaupt prüfen zu können.⁵⁵

47. Die WEKO kommt deshalb zum Schluss, dass die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO erfüllt sind. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass die WEKO die beantragten Daten bekanntgeben muss. Trotz gegebener gesetzlicher Grundlage ist nämlich gemäss Art. 19 Abs. 4 DSGVO von einer Datenbekanntgabe abzuweichen, wenn aufgrund einer Interessenabwägung die Interessen an einer Nichtbekanntgabe überwiegen (siehe Rz 58 ff.) oder wenn entgegenstehende Bestimmungen es verlangen (siehe Rz 50 ff.). Zudem sind auch bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 DSGVO die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (vgl. Art. 4 DSGVO) zu beachten (siehe Rz 73 ff.).⁵⁶

B.2.1.4 Zusammenfassung zu den gesetzlichen Grundlagen

48. Keine Grundlagen für die Gewährung des Zugangs zu Verfahrensakten bilden vorliegend Art. 6 BGG, Art. 8 DSGVO und Art. 44 Abs. 2 BV.

49. Als Grundlage für eine Einsichtnahme anerkennt die WEKO die allgemeine Amtshilfenorm von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, soweit es um die Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen geht, bei welchen die Gemeinde Koblenz die zuständige Beschaffungsstelle war. Ob auch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO eine Rechtsgrundlage für die Datenbekanntgabe bilden, kann aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO offenbleiben.

B.2.2 Entgegenstehende Gesetzesbestimmungen

50. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO setzt einer Bekanntgabe von Personendaten Schranken, wenn in einem Gesetz Geheimhaltungspflichten vorgesehen sind.

51. Eine Gesuchsgegnerin bringt vor, dass Art. 25 Abs. 2 KG der Datenbekanntgabe entgegenstehe. Dies ergebe sich daraus, dass die Wettbewerbsbehörden die vom Amtsgeheimnis gedeckten Informationen nur zu dem mit dem Verfahren verfolgten Zweck, d.h. der Sanktionierung der Untersuchungsadressatinnen wegen unzulässigen Wettbewerbsabreden, verwenden dürfen. Der Zweck der Ausführungen in der WEKO-Sanktionsverfügung sowie

den übrigen Akten habe sich damit gerade nicht auf die Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche bezogen. Folglich sei eine amtshilfweise Offenlegung der Informationen gegenüber der Gemeinde Koblenz ausgeschlossen.⁵⁷

52. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem jüngeren Urteil eingehend mit der Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG auseinandergesetzt. Dabei hielt es fest, dass Art. 25 Abs. 2 KG nicht jeder Weitergabe von Daten, die im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gewonnen wurden, entgegensteht. Eine Datenbekanntgabe an aussenstehende Drittpersonen ist demnach unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen zulässig: Erstens muss es sich beim Datenempfänger um ein (potentielles) Kartellopfer handeln. Zweitens dürfen von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sein, denn Sinn und Zweck von Art. 25 Abs. 1–3 KG liegt darin, von den Parteien oder Dritten in das Verfahren eingebrachte sensible Informationen vor dem Zugriff unberechtigter Personen zu schützen. Drittens dürfen die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.⁵⁸ Die Verwendung der Daten zu sachfremden Zwecken ist mit der Anordnung einer Auflage zu verhindern.⁵⁹

53. Das Bundesverwaltungsgericht legt die Voraussetzung der Zweckentsprechung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG demzufolge nicht in dem Sinne aus, dass die Daten nur in jenem Verfahren verwendet werden dürfen, in dem sie erhoben wurden. Nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts erschöpfe sich der Zweck des Verfahrens nicht in der Sachverhaltsfeststellung, die für die Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig ist. Vielmehr gehe es bei der Durchführung eines kartellrechtlichen Verfahrens darum, dass die Wettbewerbsbehörden dem Kartellrecht und dessen Zielen zum Durchbruch verhelfen würden. Deshalb sei es angebracht, den Zweck des Verfahrens nach dem Zweck des Kartellgesetzes insgesamt (vgl. Art. 1 KG) zu beurteilen.⁶⁰

54. Die Gemeinde Koblenz hat in dem von der Untersuchung 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betroffenen Zeitraum ein Kanalisationsprojekt durchgeführt. Sollte es bei diesem Kanalisationsprojekt zu unzulässigen Abreden gekommen sein, wäre es für die Gemeinde Koblenz naheliegend, einen potentiellen Schaden zu prüfen, der ihr dabei entstanden sein könnte. Insofern handelt es sich bei der Gemeinde Koblenz als Datenempfängerin um ein potentielles Kartellopfer.

⁵⁴ Act. 18.

⁵⁵ BVGE 2016/22, 332, 340, E. 8.4.2.

⁵⁶ Siehe z.B. Handkommentar DSGVO-JÖHRI (Fn 40), Art. 19 DSGVO N 13.

⁵⁷ Act. 18.

⁵⁸ BVGE 2016/22, 350 ff. E. 11.1–11.4.

⁵⁹ BVGE 2016/22, 362. E. 11.5.4.

⁶⁰ BVGE 2016/22, 354 f. E. 11.3.3.2.

55. Die WEKO beabsichtigt mit einer Einsichtsgewährung in einen Auszug aus der WEKO-Sanktionsverfügung in keiner Weise die Offenlegung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen. Die Einsicht wäre auf Passagen beschränkt, welche Auskunft darüber geben, ob und – falls ja – welche Ausschreibungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen waren. Allfällige Geschäftsgeheimnisse würde die WEKO vor der Einsichtsgewährung entfernen.

56. Wie oben ausgeführt, verfolgt die Gemeinde Koblenz das Anliegen, die Existenz zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche gegenüber Abredeteilnehmern zu prüfen und durchzusetzen. Damit ist das Vorgehen der Gemeinde Koblenz darauf ausgerichtet, die schädlichen Auswirkungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden zu beseitigen. Folglich entspricht die Verwendung der Daten durch die Gemeinde Koblenz den kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG.

57. Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 25 Abs. 2 KG keine vorbehaltene Gesetzesbestimmung im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b darstellt, soweit es um die Herausgabe von Verfahrensakten geht, welche der Gesuchstellerin die Verfolgung eines Zweckes im Sinne des KG ermöglichen. Im Übrigen sind keine anderweitigen Bestimmungen ersichtlich, welche der WEKO spezielle Geheimhaltungspflichten auferlegen würden. Damit liegt keine gesetzliche Bestimmung vor, die eine Bekanntgabe von Verfügungspassagen ausschliessen würde (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO), soweit sie die Gemeinde Koblenz betreffen.

B.2.3 Interessenabwägung

58. Zu prüfen bleibt, ob die grundsätzlich mögliche Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen, bei welchen die Gemeinde Koblenz potentiell Kartellopfer war, aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gleichwohl zu verweigern oder einzuschränken ist. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO sieht diese Interessenabwägung ausdrücklich vor, indem er bestimmt, dass die Datenbekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden kann, wenn „wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen“.

a) Interessen der Gemeinde Koblenz

59. Die Interessen der Gemeinde Koblenz ergeben sich aus den oben genannten Anliegen. Die WEKO anerkennt insbesondere die Interessen der Gemeinde Koblenz, mit ihren finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen und durchzusetzen.

60. Die genannten Interessen der Gemeinde Koblenz sind hoch zu gewichten, insbesondere soweit es um ihre Betroffenheit als Opfer von Kartellabreden geht. Die genannten Interessen stimmen grundsätzlich auch mit den öffentlichen Interessen der Wettbewerbsbehörden überein, namentlich Kartellrechtsverstöße aufzuklären, angemessen zu sanktionieren und Schäden zu kompensieren – dies sowohl mit Blick auf die Prävention wie auch die Repression. Die Wirksamkeit des Kartellrechts

wird somit auch dadurch gefördert, dass die Kartellopfer ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen.

b) Interessen der Gesuchsgegnerinnen

61. Den Interessen der Gemeinde Koblenz stehen die Interessen der betroffenen Bauunternehmen an einer möglichst weitgehenden Geheimhaltung der Erörterungen über ihr unzulässiges Verhalten in der Verfügung gegenüber.

62. Eine Gesuchsgegnerin bringt vor, dass die rein finanziellen Interessen einer gesuchstellenden Körperschaft, die Existenz von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen abzuklären und gegebenenfalls deren Durchsetzung zu ermöglichen, die Interessen der betroffenen Bauunternehmen nicht a priori überwiegen.⁶¹ Nachfolgend ist aufzuzeigen, in welchen Konstellationen die Interessen einer gesuchstellenden Körperschaft die entgegenstehenden Interessen der betroffenen Bauunternehmen überwiegen und ob vorliegend eine solche Konstellation vorliegt. So verständlich die Interessen der Gesuchsgegnerinnen an einer weitgehenden Geheimhaltung der WEKO-Sanktionsverfügung bzw. Teilen davon insgesamt auch sein mögen, so wenig schützenswert erscheinen sie aus objektiver Sicht.

d) Interessenabwägung soweit keine Selbstanzeige vorliegt

63. Die Gegenüberstellung der genannten Interessen der Gemeinde Koblenz und der Gesuchsgegnerinnen führt zu einer „Grundkonstellation“, bei welcher die Interessen der Gemeinde Koblenz an einer Datenbekanntgabe höher zu gewichten sind als die entgegenstehenden Interessen. Diese „Grundkonstellation“ liegt vor, soweit Einsicht in Fälle verlangt wird, welche ohne die Kooperation eines Selbstanzeigers aufgedeckt werden konnten.

64. Aufgrund des sehr spezifischen Gesuchs der Gemeinde Koblenz – sie ersucht um Einsicht in die Akten eines konkreten Projekts, an welchem die Strassenbaugesellschaften [...] beteiligt waren (siehe oben Rz 3 und 54) – kann in der vorliegenden Verfügung die Frage nicht beantwortet werden, ob ein Fall im Sinne der erwähnten Grundkonstellation vorliegt. Müsste diese Frage nämlich bejaht werden, würde der Gemeinde Koblenz bereits ein Teil der Informationen übermittelt, welche die Gemeinde Koblenz mit ihrem Gesuch erhalten möchte. Im Falle eines solchen spezifischen Gesuchs besteht Anlass, den Gesuchsgegnerinnen die Möglichkeit offen zu halten, sich gegen die Beantwortung dieser Frage zur Wehr zu setzen. Auch wenn die WEKO aufgrund der Interessenabwägung zum Schluss gelangt, dass die Gemeinde Koblenz einen Anspruch auf Einsicht in Verfahrensakten hat, welche Fälle betreffen, in denen sie Auftraggeberin an bestimmte Baugesellschaften war und die ohne Hilfe von Selbstanzeigern aufgedeckt werden konnten, wird sie die Gemeinde Koblenz deshalb erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung

⁶¹ Act. 18.

darüber informieren, ob ein solcher Fall vorliegt und ihr gegebenenfalls die entsprechenden Auszüge aus den Akten übermitteln. Die WEKO wird der Gesuchstellerin deshalb nach Eintritt der Rechtskraft den beiliegenden Anhang zustellen (welcher vorerst nur den Gesuchsgegnerinnen übermittelt wird).

e) Interessenabwägung soweit Abreden dank Selbstanzeigen aufgedeckt wurden

65. Neben der in Rz 63 genannten „Grundkonstellation“ ist bei einer kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungen eine „Spezialsituation“ zu berücksichtigen: Im Kartellrecht gibt es eine (ansonsten dem schweizerischen Recht unbekannt) Selbstanzeige („Kronzeugenregelung“ bzw. „Bonusregelung“). Art. 49a Abs. 2 KG hält fest, dass gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (also eine Selbstanzeige einreicht⁶²), auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Hintergrund dieser Regelung ist, dass sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und vor allem horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen regelmässig im Geheimen getroffen und versteckt gehalten werden.⁶³ Eine Aufdeckung solcher Absprachen durch die Wettbewerbsbehörden ist ausgesprochen schwierig; häufig ist hierfür Insiderwissen erforderlich, in jedem Fall aber ausgesprochen hilfreich.⁶⁴ Dies ist zum einen der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden ohne Selbstanzeige gar nicht um die fraglichen Handlungen wissen.⁶⁵ Zum anderen kann dies aber auch der Fall sein, wenn im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet ist,⁶⁶ mithin im Moment der Selbstanzeige schon Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabsprachen bestanden. Denn trotz solcher Anhaltspunkte ist es ohne Weiteres möglich, dass es ohne Selbstanzeige an den letztlich für eine Verurteilung erforderlichen Beweismitteln mangelt, die Identifizierung und Deutung von relevanten Beweismitteln ohne Erläuterungen schwer fällt oder gar unmöglich ist oder es an entscheidenden Aussagen fehlt.⁶⁷ Auch solche Selbstanzeigen können einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten, wobei sich die Wichtigkeit des Beitrags im Ausmass der gewährten Sanktionsreduktion widerspiegelt.⁶⁸

66. Seit Einführung dieses Instruments im Jahr 2004, welche gleichzeitig mit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellrecht erfolgte, hat sich in der bisherigen Praxis gezeigt, dass diesem Instrument essentielle Bedeutung bei der Aufdeckung und dem Beweis unzulässiger Absprachen zukommt. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, gerade auch von Submissionsabsprachen, wird dank dem Institut der Selbstanzeige wesentlich erhöht.⁶⁹ Dies führt nicht nur dazu, dass das fragliche Verhalten in einem konkreten Fall repressiv geahndet werden kann, sondern hat auch einen kaum zu überschätzenden präventiven Effekt, indem es vom Trefen solcher Absprachen im Vorherein abschreckt. Es besteht folglich ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige, soweit es um Selbstanzeigen geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten.

67. Ob ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht oder nicht, hängt von seiner Abwägung der damit ver-

bundenen Vor- und Nachteile ab. Neben der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der erwarteten Sanktionshöhe zieht es dabei unter anderem auch die anderweitig drohenden Nachteile in Betracht. Kartellrechtswidrige Abreden können insbesondere eine kartellzivilrechtliche Haftung und bei Submissionsabreden zudem eine vergaberechtliche Sanktionierung zur Folge haben. Diese Nachteile gänzlich auszuschliessen und dadurch den Anreiz zum Einreichen von Selbstanzeigen weiter zu erhöhen, mithin Selbstanzeiger auch in diesen Bereichen per Gesetz von Sanktionen resp. Ersatzansprüchen zu befreien, wäre Sache des Gesetzgebers. Dies hat er allerdings nicht getan. Dass eine solche Inanspruchnahme grundsätzlich droht, können die Wettbewerbsbehörden demnach nicht verhindern. Jedoch – und dies ist in vorliegendem Zusammenhang besonders wichtig – dient eine Selbstanzeige einzig der Aufdeckung und Überführung unzulässiger Verhaltensweisen in einem Kartellverwaltungssanktionsverfahren. So erliess der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Selbstanzeige im Kartellrecht nicht gleichzeitig eine Norm, wonach solche Informationen auch zur Durchsetzung anderweitiger Ansprüche verwendbar sind. Der Gesetzgeber entschied sich damit weder für einen grundsätzlichen Schutz eines Selbstanzeigers auch vor weiteren, neben der Sanktion gemäss Art. 49a KG bestehenden möglichen Nachteilen noch für eine automatische Herausgabe der durch die Selbstanzeige gewonnenen Informationen an andere Behörden oder Private.

68. Der Anreiz zur Einreichung einer Selbstanzeige in Kartellverwaltungssanktionsverfahren würde nun über Gebühr geschmälert, wenn Selbstanzeiger damit rechnen müssten, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichte Informationen⁷⁰ und Beweismittel an Dritte herausgeben und dadurch die mit einer Selbstanzeige für einen Selbstanzeiger womöglich verbundenen Nachteile geradezu fördern, ohne dass der Gesetzgeber dies im Kartellgesetz

⁶² Als Selbstanzeiger gilt u.a. ein Unternehmen, das mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, indem es seine Teilnahme an einer unzulässigen Abrede offen legt und hierzu Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

⁶³ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2038 f. Ziff. 2.1.5.

⁶⁴ Siehe z.B. FABIO BABEY/DAMIANO CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 112/2016, S. 513, Ziff. I und IV; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet, Bovet, Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 49a KG N 63 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 669 f.

⁶⁵ Sogenannte Eröffnungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

⁶⁶ Sogenannte Feststellungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

⁶⁷ Siehe dazu z.B. RPW 2013/4, 630 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabsprachen im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2009/3, 219 Rz. 158 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁸ Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG.

⁶⁹ Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 21), Art. 49a KG N 120 f.

⁷⁰ Dass freiwillig mitgeteilte Informationen, deren Geheimhaltung seitens der Behörden zugesichert wurde, besonders schützenswert sind, zeigt auch Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

ausdrücklich so vorgesehen hätte. Mit einer Herausgabe von im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichten Informationen und Beweismitteln untrennbar verbunden ist daher die Gefahr, dass sich Unternehmen künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige und damit gegen eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entscheiden würden.⁷¹ Dies wiederum gefährdet das gute Funktionieren des Instituts Selbstanzeige, an dem – wie zuvor ausgeführt – ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse besteht.⁷²

69. Auch das private Interesse eines Selbstanzeigers an der Geheimhaltung der Erörterungen über sein unzulässiges Verhalten in der Verfügung ist ein anderes als dasjenige der übrigen involvierten Bauunternehmen, jedenfalls soweit es wie in der vorliegend interessierenden Untersuchung um unzulässige Submissionsabreden bezüglich spezifischer Projekte geht. Denn der Selbstanzeiger liefert sich quasi „selbst ans Messer“ und er ist aufgrund seiner umfassenden Kooperationspflicht dazu verpflichtet, sämtliche Submissionsabreden offen zu legen, an welchen er beteiligt war. Demgegenüber können Unternehmen, welche sich gegen eine Kooperation entschieden haben, darauf hoffen, dass die Wettbewerbsbehörden nur einen Teil der Abreden nachweisen können, an welchen sie beteiligt waren. Wie in der WEKO-Sanktionsverfügung ausführlich dargelegt (Rz. 176 und 212 f.), führt dies dazu, dass aufgrund der unterschiedlichen Dunkelziffer bezüglich einem Selbstanzeiger im Vergleich zu anderen Bauunternehmen überdurchschnittlich viele von unzulässigen Abreden betroffene Projekte bekannt sind. Eine umfassende Bekanntgabe der Daten würde einen Selbstanzeiger daher wesentlich härter treffen als diejenigen Bauunternehmen, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben. Und diese überdurchschnittliche Belastung für einen Selbstanzeiger entstünde gerade dadurch, weil er sich für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden und damit für eine Verwirklichung und Durchsetzung des Kartellrechts entschieden hat. M.a.W. erscheinen die privaten Interessen eines Selbstanzeigers im Vergleich zu Bauunternehmen, welche sich gegen eine solche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entschieden haben, schützenswerter und zudem würde ihn eine Bekanntgabe faktisch härter belasten als nicht dergestalt kooperierende Bauunternehmen.

70. Liegt eine solche „Spezielsituation“ vor, bestehen demnach sehr hoch zu gewichtende öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige ebenso wie schützenswerte private Interessen des Selbstanzeigers selber.

71. Diese Interessen überwiegen das Interesse der Gemeinde Koblenz an einer Datenbekanntgabe, soweit es um eine Selbstanzeige geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hat. Folglich ist bei Vorliegen solcher „Spezielsituationen“ die Offenlegung der entsprechenden Passagen gegenüber der Gemeinde Koblenz zu verweigern.⁷³

72. Aufgrund des sehr spezifischen Gesuchs der Gemeinde Koblenz (siehe dazu die Ausführungen in Rz 64) kann in der vorliegenden Verfügung die Frage nicht beantwortet werden, ob ein Fall im Sinne der erwähnten Spezielsituation vorliegt. Müsste diese Frage nämlich

bejaht werden, würde der Gemeinde Koblenz bereits ein Teil der Informationen übermittelt, welche die Gemeinde Koblenz mit ihrem Gesuch erhalten möchte. Da die WEKO aufgrund der Interessenabwägung zum Schluss gelangt, dass die Gemeinde Koblenz keinen Anspruch auf Einsicht in Verfahrensakten hat, welche Fälle betreffen, in denen sie Auftraggeberin an bestimmte Baugesellschaften war und die mit Hilfe von Selbstanzeigern aufgedeckt werden konnten, wird sie die Gemeinde Koblenz nicht darüber informieren, ob ein solcher Fall vorliegt; auch nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung nicht.

B.2.4 Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 1–4 DSGVO)

73. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die WEKO die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 DSGVO für den Fall, dass ein Fall vorliegt, der ohne massgebliche Hilfe eines Selbstanzeigers aufgedeckt werden konnte, als erfüllt betrachtet. In Bezug auf diesen Fall ist abschliessend zu prüfen, ob die Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten sind.

⁷¹ Aus demselben Grund schützen die Wettbewerbsbehörden Selbstanzeigen bereits während dem Untersuchungsverfahren, indem sie die Akteneinsicht gestützt auf Art. 26 ff. VwVG einschränken (siehe dazu das Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8.9.2014, Stand 1.8.2015, Rz 47 ff., abrufbar unter: www.weko.ch >Dienstleistungen, 20.11.2017); siehe auch die Zwischenverfügung des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums vom 10.8.2011, RPW 2012/2, 264 Rz 20 ff., in welcher das Akteneinsichtsrechts gestützt auf Art. 26 ff. VwVG zum Schutze des Instituts Selbstanzeige eingeschränkt wurde; das BVGer hat eine Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung abgewiesen und die Interessenabwägung zugunsten des Instituts Selbstanzeige geschützt (Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20.2.2014, E. 6 und 9, insb. 9.6: „Soweit der Kanton und/oder Gemeinden durch die in der angefochtenen Verfügung dargestellten Absprachen geschädigt worden sein sollten, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung entsprechender Ersatzforderungen. Dieses konterkariert das öffentliche Interesse, von den Selbstanzeigen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu befördern. Letzteres lässt sich jedoch als grundsätzlich überwiegend betrachten, weil es im Dienste der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen steht. Kommen solche erst gar nicht ans Licht, können auch keine Schadenersatzforderungen ins Auge gefasst werden.“); siehe schliesslich Urteil des BVGer B-5936/2014 vom 30.10.2017, E. 5.6, *Untersuchung i.S. Abreden im Bereich Luftfracht*).

⁷² Siehe auch die entsprechende Wertung in der Richtlinie 2014/104 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, Art. 6 (6) a) zu Kronzeugenerklärungen: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadenersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung der folgenden Beweismittelarten durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können: Kronzeugenerklärungen“; siehe zum Ganzen auch: SEREINA DENOTH, Kronzeugenerklärung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, 2012, S. 235 ff.

⁷³ Siehe dazu Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20.2.2014, E. 9.6 „Soweit der Kanton und/oder Gemeinden durch die in der angefochtenen Verfügung dargestellten Absprachen geschädigt worden sein sollten, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung entsprechender Ersatzforderungen. Dieses konterkariert das öffentliche Interesse, von den Selbstanzeigen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu befördern. Letzteres lässt sich jedoch als grundsätzlich überwiegend betrachten, weil es im Dienste der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen steht. Kommen solche erst gar nicht ans Licht, können auch keine Schadenersatzforderungen ins Auge gefasst werden.“

74. Gemäss Art. 4 DSGVO dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Abs. 1). Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3). Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 4).

75. Diese Grundsätze werden vorliegend eingehalten. Aus den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Verhältnismässigkeit ergibt sich allerdings eine Einschränkung. Wie sich gezeigt hat, ist die Weitergabe von Daten, welche die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit erlangen, zulässig, sofern die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden sollen. Der von der Gemeinde Koblenz angegebene Zweck entspricht jenen des Kartellrechts (siehe Rz 57 ff.). Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt, dass die gewünschten Informationen nur im notwendigen Umfang und nicht „auf Vorrat“ weitergegeben werden dürfen. Die Gemeinde Koblenz darf die angefragten Informationen deshalb nur zum Zweck verwenden, den sie im Gesuch angegeben hat und der die Herausgabe von Informationen erlaubt. Aus diesem Grund verbindet die WEKO eine allfällige Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 4 DSGVO mit einer Auflage.⁷⁴ Eine allfällige Datenbekanntgabe ist nur mit der Auflage zu gestatten, dass die Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwendet werden (Prüfung eines Schadens zu Lasten der Gemeinde bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen) und nicht zu anderen Zwecken an Dritte, insbesondere auch an andere Behörden oder Gemeinwesen weitergegeben werden.

B.2.4 Schlussfolgerung

76. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gelangt die WEKO zu folgendem Schluss: Sie wird die Gemeinde Koblenz nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung darüber informieren, ob in der WEKO-Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 ein Projekt enthalten ist, bei welcher die Gemeinde Koblenz Auftraggeberin war und bei welcher die WEKO ohne massgebliche Hilfe einer Selbstanzeigerin eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG nachweisen konnte; gegebenenfalls wird sie der Gemeinde Koblenz die entsprechenden Auszüge aus den Akten übermitteln. Zusammenfassend bedeutet dies, dass der Gemeinde Koblenz die Informationen gemäss Anhang zugestellt werden. Soweit weitergehend wird das Gesuch abgewiesen. D.h. es wird der Gemeinde Koblenz auch nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung nicht mitgeteilt, ob in der WEKO-Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 ein Projekt enthalten ist, bei welcher die Gemeinde Koblenz Auftraggeberin war und bei welcher die WEKO mit massgeblicher Hilfe einer Selbstanzeigerin eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG nachweisen konnte. Die Gemeinde Koblenz darf die übermittelten Informationen schliesslich nur zum Zweck verwenden, den sie in ihrem Gesuch angibt (Prüfung eines Schadens zu Lasten der Gemeinde bzw. von Schadenersatzansprüchen).

B.3 Kosten

77. Die Kosten einer Verfügung stellen Verwaltungsgebühren dar, welche wiederum zu den Kausalabgaben gehören. Kausalabgaben können nur erhoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn besteht. Wenn das Gesetz den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage nennt, kann es die Kompetenz zur Festlegung der Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegieren.⁷⁵ Ohne gesetzliche Grundlage könnten nur – aber immerhin – Kanzleigebühren erhoben werden.⁷⁶

78. Die Gebührenbestimmung des Art. 53a KG sieht Gebühren für sonstige Dienstleistungen (Bst. c) vor. Unter den sonstigen Dienstleistungen sind insbesondere Beratungen des Sekretariats zu verstehen.⁷⁷ Darunter dürfte aber auch die Bekanntgabe von Personendaten zu verstehen sein. Da aber eine weitere gesetzliche Grundlage besteht, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob dies der Fall ist.

79. Gemäss Art. 46a Abs. 1 RVOG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Zur Bundesverwaltung in diesem Sinne gehören sowohl die zentrale wie die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG).⁷⁸ Die Wettbewerbsbehörden werden – wie oben bereits erwähnt – der dezentralen Bundesverwaltung zugerechnet,⁷⁹ so dass Art. 46a RVOG auch auf diese anwendbar ist.

80. Art. 46a RVOG wurde als allgemeine gesetzliche Grundlage über die Gebührenerhebung bei Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung geschaffen. Er nennt den Kreis der Abgabepflichtigen (Verfügungsadressaten und Empfänger von Dienstleistungen), den Gegenstand (Verfügungen und Dienstleistungen) und die Bemessungsgrundlage (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip).⁸⁰ Unter einer Verfügung werden erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG verstanden.⁸¹

81. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Art. 46a RVOG durch den Erlass der AllgGebV⁸² Gebrauch gemacht, welche im Übrigen auch für Gebühren gestützt auf Art. 53a KG gilt (Art. 1a GebV-KG⁸³).

⁷⁴ Siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 13 und Dispositiv (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332); vgl. auch BGE 141 I 201, 205 E. 4.3.

⁷⁵ Siehe zum Ganzen BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 21), Art. 53a KG N 2.

⁷⁶ THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, Art. 46a N 7.

⁷⁷ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 21), Art. 53a KG N 15.

⁷⁸ SÄGESSER (Fn 76), Art. 46a N 19.

⁷⁹ BSK KG-BANGERTER (Fn 21), Art. 19 KG N 5.

⁸⁰ Siehe zum Ganzen SÄGESSER (Fn 76), Art. 46a N 8 f.

⁸¹ SÄGESSER (Fn 76), Art. 46a N 17 m.w.H.

⁸² Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

⁸³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

82. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung oder Dienstleistung veranlasst.

83. Die vorliegende Verfügung wurde durch die Gemeinde Koblenz veranlasst, sodass grundsätzlich auch sie für deren Kosten aufzukommen hat. In Art. 3 Abs. 1 AllgGebV (siehe auch Art. 3 Abs. 1 GebV-KG) ist aber vorgesehen, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erheben, sofern diese Gegenrecht gewähren.

84. Der Kanton Aargau und diverse seiner Gemeinden haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Die WEKO verzichtet deshalb darauf, der Gemeinde Koblenz Kosten aufzuerlegen.

85. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.⁸⁴

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Gemeinde Koblenz wird nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung der beiliegende Anhang zugestellt. Damit informiert die WEKO die Gemeinde Koblenz darüber, ob in der WEKO-Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 ein Projekt enthalten ist, bei welcher die Gemeinde Koblenz Auftraggeberin war und bei welcher die WEKO ohne massgebliche Hilfe einer Selbstanzeigerin eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG nachweisen konnte, und übermittelt ihr gegebenenfalls die entsprechenden Auszüge aus den Akten.
2. Soweit weitergehend wird das Gesuch der Gemeinde Koblenz abgewiesen.
3. Die Gemeinde Koblenz darf die ersuchten Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwenden (Prüfung eines Schadens zu Lasten der Gemeinde Koblenz bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen). Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt.
4. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
5. [Eröffnung]

⁸⁴ RPW 2012/2, 423 Rz 1210, Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

B 3
Bundesverwaltungsgericht
 Tribunal administratif fédéral
 Tribunale amministrativo federale

B 3
1. Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau – Akteneinsicht (während Untersuchung)

Hinweis:

Das Urteil in der Hauptsache ist noch nicht rechtskräftig (Stand Juli 2018).

Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Februar 2014 (B-807/2012) in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau – Akteneinsicht (während Untersuchung)

Sachverhalt

A.

Am 8. Juni 2009 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) aufgrund einer Anzeige die Untersuchung 22-0385 betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. Zu den Adressatinnen dieser Untersuchung gehörten unter anderen die ERNE Holding AG Laufenburg, die ERNE AG Bauunternehmung sowie die Gebr. Meier AG Rohrleitungsbau (alle zusammen nachfolgend als Beschwerdeführende bezeichnet). Mehrere andere Adressatinnen (Selbstanzeigerinnen) beteiligten sich während der Untersuchung am sog. Bonusprogramm.

B.

Am 7. Juni 2011 sandte das Sekretariat seinen Verfügungsantrag zur Stellungnahme an alle Parteien. Gleichzeitig überliess es ihnen auf USB-Sticks einen Grossteil der Untersuchungsakten zwecks Einsichtnahme. Ausgenommen davon waren 21 von insgesamt 265 Untersuchungsakten, nämlich die Selbstanzeigen sowie eine Liste einer Selbstanzeigerin. Diese 21 Aktenstücke waren in den Räumlichkeiten des Sekretariates einsehbar, durften aber nicht kopiert werden.

C.

Die Beschwerdeführenden ersuchten das Sekretariat am 23. Juni 2011 per E-Mail um Kopien sämtlicher Verfahrensakten. Das Sekretariat lehnte dies gleichentags per E-Mail ab. Es hielt dabei fest, die Selbstanzeigen seien lediglich vor Ort einsehbar; sie dürften nicht kopiert werden. Andere Verwendungsarten, wie z.B. das Abschreiben oder auf Tonband Sprechen, seien jedoch erlaubt.

D.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 ersuchten die Beschwerdeführenden das Sekretariat darum, die Selbstanzeigen kopieren zu dürfen. Soweit diesem Gesuch nicht entsprochen werde, sei ihnen bis zum 7. Juli 2011 eine anfechtbare Verfügung zuzustellen.

Im Antwortschreiben vom 4. Juli 2011 gab das Sekretariat den Beschwerdeführenden bekannt, es könne weiterhin keine Kopiermöglichkeit gewähren. Soweit die Gesuchstellerinnen der Ansicht sein sollten, dass der Beweiswert eines Aktenstücks (z.B. hinsichtlich Erkennung von Handschriften) nicht aus dem blossen Text hervorgehe, sei das Sekretariat bereit, eine Ausdehnung des Rechts auf Akteneinsicht zu prüfen.

Darauf Bezug nehmend erklärten die Beschwerdeführenden in einem Schreiben an das Sekretariat vom 8. Juli 2011, nur gerade in einem Ausnahmefall habe es Gesprächsbereitschaft über das Kopierverbot signalisiert. Dieses stelle ihrer Meinung nach eine unzulässige Beschränkung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, weshalb sie das Sekretariat um Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung ersuchten.

E.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 gab das Sekretariat den betroffenen Selbstanzeigerinnen Gelegenheit, zum Kopierverbot Stellung zu nehmen, worauf sich alle schriftlich für dieses Verbot aussprachen.

F.

Am 20. Juli 2011 nahmen Mitarbeiter der Beschwerdeführenden auf dem Sekretariat Einsicht in Verfahrensakten (Zwischenverfügung vom 10. August 2011, Ziff. 11).

G.

Mit Zwischenverfügung vom 10. August 2011 wies das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) das Gesuch der Beschwerdeführenden, sämtliche Akten der Untersuchung 22-0385 kopieren zu dürfen, ab (Dispositiv-Ziff. 1). In Dispositiv-Ziff. 2 der Zwischenverfügung auferlegte es deren Adressatinnen unter solidarischer Haftung Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 4'200.- zu gleichen Teilen von je Fr 1'400.-.

Die Beschwerdeführenden fochten diese Zwischenverfügung "mangels Vorliegens eines nicht wieder gut zu machenden Nachteils" nicht separat an.

H.

Am 16. Dezember 2011 verfügte die WEKO in der Hauptsache, wobei sie die Beschwerdeführenden, neben anderen Untersuchungsadressatinnen, mit Sanktionen belegte.

Hiergegen gelangten die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 13. Februar 2012 an das Bundesverwaltungsgericht. Unter Ziff. 4 ihrer Rechtsbegehren beantragen sie Folgendes:

„Verfahrensantrag: Den Beschwerdeführerinnen seien Kopien sämtlicher Akten herauszugeben, insbesondere auch Kopien der Akten, welche im erstinstanzlichen Verfahren nur bei der Behörde eingesehen werden konnten, aber nicht kopiert oder fotografiert werden durften.“

Am 3. April 2012 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren B-807/2012, da nicht auszuschliessen sei, dass das beim Bundesgericht damals noch hängige Verfahren gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 präjudizierende Wirkung für das vorliegende Verfahren haben könnte. Mit Verfügung vom 15. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung auf.

Durch Verfügung vom 26. April 2013 gab das Bundesverwaltungsgericht der WEKO (Vorinstanz) Gelegenheit, sich zum oben zitierten Verfahrensantrag (Rechtsbegehren Ziff. 4 der Beschwerde vom 13. Februar 2012) zu äussern. In ihrer Vernehmlassung vom 30. Mai 2013 beantragt die Vorinstanz, ihn abzuweisen.

I.

In einer Eingabe vom 18. September 2013 orientierten die Beschwerdeführenden das Bundesverwaltungsgericht, sie hätten zwischenzeitlich erfahren, dass beim Sekretariat der WEKO eine abweichende Praxis bestehe, die auch für sie eine valable Option darstellen würde. Den Parteien eines anderen Untersuchungsverfahrens sei 2012 mitgeteilt worden, mündliche Bonusmeldungen kämen in den Genuss des Kopierverbotes. Damit sei implizit gesagt worden, dass schriftliche Bonusmeldungen von diesem Kopierverbot nicht profitieren könnten. Weiter sei ausgeführt worden, dass die Beilagen zu den Bonusmeldungen den anderen Verfahrensparteien herausgegeben würden, sofern sich diese schriftlich verpflichteten, die Unterlagen ausschliesslich zur Verteidigung im Kartellrechtsverfahren zu verwenden. Angesichts dessen bekräftigten die Beschwerdeführenden ihr Rechtsbegehren Ziff. 4 nochmals und beantragten erneut, ihnen seien Kopien sämtlicher Akten herauszugeben, insbesondere Kopien der Beilagen zu den Selbstanzeigen bzw. Bonusmeldungen (physisch oder elektronisch). Gleichzeitig bestätigten sie explizit, die betreffenden Unterlagen nur zum Zwecke der Verteidigung im Verfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden bzw. -gerichten zu verwenden.

J.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2013 wiederum die Abweisung des Akteneinsichtsbegehrens und erklärte, es sei unzutreffend, dass die Wettbewerbsbehörden schriftlichen Bonusmeldungen einen geringeren Schutz zukommen lassen würden als mündlich vorgetragenen. Da die Form der Selbstanzeige für den Schutz des Instruments der Bonusmeldung irrelevant sei, unterlägen beide Formen von Bonusmeldungen der eingeschränkten Akteneinsicht (Einsicht nur vor Ort).

Zutreffend sei, dass das Sekretariat in anderen Verfahren die Beilagen von Bonusmeldungen nicht unter den Kopierschutz gestellt und „lediglich“ eine schriftliche Erklärung der Parteien bezüglich des Verwendungszwecks verlangt habe. Der Grund dafür sei, dass die Abwägung der Interessen zwischen dem Schutz des Instruments Bonusmeldung einerseits und der Gewährung der Verteidigungsrechte andererseits zu einem anderen Ergebnis als im vorliegend zu beurteilenden Fall geführt habe. Dies habe in erster Linie daran gelegen, dass die Beilagen in jenem Verfahren mit jeweils mehr als 7'000 Seiten derart umfangreich seien, dass es als unzumutbar bzw. unmöglich erscheine, sie bei einer Einsicht vor Ort zu bewältigen. Im hier zu beurteilenden Fall umfassten die nur vor Ort einsehbaren Akten hingegen ca. 100 Seiten Selbstanzeigen und ca. 430 Seiten Beilagen. In den Originalakten seien es ca. 530 Seiten Beilagen; ca. 100 Seiten Beilagen seien als Geschäftsgeheimnis ausgeschieden worden. Diese Beilagen beträfen im Übrigen sämtliche zur Anzeige gebrachten Fälle, also auch jene, in welche die Beschwerdeführenden gar nicht involviert gewesen seien. Hinzu komme, dass in den genannten Verfahren sämtliche Parteien über die geplante Art und Weise der zu gewährenden Akteneinsicht vorgängig informiert worden seien und damit die Möglichkeit erhalten hätten, sich gegen dieses Vorhaben zur Wehr zu setzen bzw. eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Von dieser Möglichkeit habe keine Partei Gebrauch gemacht.

K.

Bezug nehmend auf das vorerwähnte Schreiben [an die Parteien eines anderen Untersuchungsverfahrens; siehe oben Bst. I] replizierten die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 31. Oktober 2013, die dort gemachten Ausführungen des Sekretariats könnten ihres Erachtens nur dahingehend verstanden werden, dass es entgegen der Darstellung der WEKO im vorliegenden Beschwerdeverfahren sehr wohl zwischen mündlich vorgetragenen und schriftlich eingereichten Bonusmeldungen unterscheide. In den Genuss des Kopierverbotes sollten nach der gewählten Formulierung nur die mündlich zu Protokoll gegebenen Aussagen der Selbstanzeiger kommen. Beim Schreiben handle es sich um eine allgemeingültige Schilderung der Praxis des Sekretariats betreffend Einsicht in Bonusmeldungen.

L.

In ihrer Duplik vom 18. November 2013 erwiderte die Vorinstanz, die Schlussfolgerung der Beschwerdeführenden, nur die mündlich zu Protokoll gegebenen Aussagen sollten in den Genuss des Kopierverbotes kommen, sei schlicht falsch. Auch die von den Beschwerdeführenden vertretene Ansicht, dass im Schreiben vom 9. Juli 2012 eine allgemeingültige Praxis des Sekretariats beschrieben werde, sei nicht haltbar. Vielmehr bestehe eine stetige Praxis der Wettbewerbsbehörden, wonach Selbstanzeigen grundsätzlich nur in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden könnten, ohne Kopiermöglichkeit. Beilagen würden kopiert und unter Auflagen herausgegeben, wenn sie so umfangreich seien, dass bei Einsicht bloss vor Ort eine wirksame Verteidigung verunmöglicht würde.

M.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde - bzw. im vorliegenden Fall auf einen Verfahrensantrag - einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVG E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

Unter dem Titel „Formelles, Anfechtungsobjekt“ wird in der Beschwerdeschrift ausgeführt:

„Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung 22-0385 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau [...]. Zusammen mit dem Endentscheid wird die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 10. August 2011 [...] betr. Akteneinsicht [...] angefochten [...].“

Einerseits stellen die Beschwerdeführenden im Rahmen der Anfechtung der Endverfügung den klar formulierten Verfahrensantrag auf Herausgabe von Aktenkopien, andererseits bezeichnen sie die Zwischenverfügung vom 10. August 2011 zur selben Frage in der Begründung ihrer Beschwerde als Anfechtungsobjekt und setzen sich dort teilweise auch inhaltlich mit ihr auseinander.

Diesbezüglich hält die Vorinstanz fest, aufgrund des Devolutiveffektes (Art. 54 VwVG) habe das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit, den Beschwerdeführenden die bisher nur in den Räumlichkeiten der WEKO und des Sekretariats einsehbaren Akten (bzw. Kopien davon) herauszugeben. Da eine solche Herausgabe aber den Entscheid des Gerichts über die Rechtmässigkeit der Zwischenverfügung vom 10. August 2011 vorgehen dürfte, müsse bereits in der Vernehmlassung zu dieser Verfügung eine Auseinandersetzung mit den in der Beschwerde gegen sie vorgebrachten Argumenten erfolgen.

Selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, welche weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen, können durch Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden, soweit sie sich auf deren Inhalt auswirken (Art. 45 f. VwVG). Solche Zwischenverfügungen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxis-Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 45 N. 3 mit Hinweisen; MARTIN KAYSER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.): Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 46 N. 22).

Die Beschwerdeführenden stellen kein (förmliches) Rechtsbegehren um Änderung oder Aufhebung der Zwischenverfügung vom 10. August 2011. Während in Dispositiv-Ziff. 1 derselben ein Gesuch, sämtliche Akten kopieren zu dürfen, abgewiesen wurde, richtet sich der vorliegende Verfahrensantrag auf Herausgabe von Kopien dieser Akten. Inhaltlich beschlägt er jedoch die gleiche Rechtsfrage.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Verfügung vom 10. August 2011 zwar nicht als eigentliches Anfechtungsobjekt, doch wird sie als nicht rechtskräftige Zwischenverfügung durch die vorliegende, dieselbe Thematik betreffende Zwischenverfügung der Beschwerdeinstanz abgelöst. Soweit sich die Beschwerdeschrift und die Vernehmlassung betreffend den Verfahrensantrag inhaltlich mit der Zwischenverfügung vom 10. August 2011 befassen, kann darauf erforderlichenfalls in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen werden. Erwägungen zur Akteneinsicht der Beschwerdeführenden finden sich im Übrigen auch in der Endverfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 (Ziff. 49 f).

Bei der Sanktionsverfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011, welche das Anfechtungsobjekt der Beschwerde vom 13. Februar 2012 bildet und sich auf Art. 5 Abs. 1 und 3 sowie Art. 49a Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) stützt, handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.

1.2 Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

1.3 Als Adressatinnen sind die Beschwerdeführenden durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Laut ihrem Verfahrensantrag verlangen sie die Herausgabe von Kopien sämtlicher Akten der Untersuchung 22-0385 durch das Bundesverwaltungsgericht.

Gemäss Ziff. 4 der Zwischenverfügung über die Akteneinsicht vom 10. August 2011 umfasste der Antrag des Sekretariates an die WEKO vom 7. Juni 2011 175 Seiten und stützte sich auf 265 während der Untersuchung beschlagnahmte oder von den Parteien eingereichte Aktenstücke, welche auf einen USB-Stick kopiert und den Parteien zugestellt wurden. Davon waren 21 Aktenstücke im Umfang von insgesamt nicht mehr als zwei Bundesordnern, nämlich die Selbstanzeigen sowie die Birchmeier-Liste - lediglich beim Sekretariat einsehbar; sie durften nicht kopiert werden.

In Ziff. 42 der angefochtenen Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 wird ausgeführt, die Akteneinsicht sei den Parteien durch die elektronischen Zustellungen vom 7. Juni 2011, 29. Juni 2011, 13. Juli 2011, 6. August 2011, 13. September 2011, 22. September 2011, 28. September 2011, 19. Oktober 2011, 20. Oktober 2011, 4. November 2011, 18. November 2011, 25. November 2011 und 8. Dezember 2011 gewährt worden. Daneben hätten verschiedene Zustellungen an einzelne Parteien auf Anfrage stattgefunden. Am 9. Dezember 2011 sei

der WEKO von den Parteien Knecht/Meier Söhne/G. Schmid eine letzte unaufgeforderte Eingabe zugestellt worden, welche aufgrund des anstehenden Entscheids den übrigen Parteien nicht mehr zur Stellungnahme habe zugestellt werden können. Sie enthalte keine entscheidungsrelevanten Informationen und sei für den Entscheid nicht berücksichtigt worden.

Bezüglich all jener Akten, welche den Beschwerdeführenden entweder in Papier- oder elektronischer Form überlassen wurden und nicht mit einem Kopierverbot belegt waren, ist kein schutzwürdiges Interesse an der Herausgabe von Kopien erkennbar, sodass es insofern an einer Legitimationsvoraussetzung fehlt (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG besteht demgegenüber hinsichtlich der mit dem vorinstanzlichen Kopierverbot belegten Akten, d.h. der Selbstanzeigen bzw. Bonusmeldungen sowie der Birchmeier-Liste, einschliesslich jeweiliger Beilagen.

1.4 Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Auf den Verfahrens Antrag ist demnach insoweit einzutreten, als er auf die Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen bzw. Bonusmeldungen (einschliesslich der Birchmeier-Liste, welche jeweils als mitgemeint gilt, wenn im Folgenden nur von Selbstanzeigen oder Bonusmeldungen gesprochen wird) abzielt.

2.

Nach Art. 39 Abs. 1 VGG fällt die vorliegende Zwischenverfügung in die Kompetenz der Instruktionsrichterin.

3.

Geprüft wird vorliegend einzig die beantragte Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen (Bonusmeldungen). Die Beschwerdeführenden konnten diese Dokumente beim Sekretariat der WEKO einsehen, wodurch die Möglichkeit der Akteneinsicht im wörtlichen Sinne gewährt wurde (vgl. die Formulierung von Art. 26 Abs. 1 VwVG: „[...] am Sitze der verfügenden [...] Behörde einzusehen [...].“). Darüber hinaus durften die Beschwerdeführenden die Selbstanzeigen abschreiben oder ihren Text auf Band sprechen.

Betreffend Geschäftsgeheimnisse hielt die Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2013 Folgendes fest: „Vor der Auflage der Selbstanzeigen inkl. Beilagen vor Ort hat das Sekretariat allen Selbstanzeigerinnen die Möglichkeit eingeräumt, allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Gestützt auf deren Antworten hat das Sekretariat die Geschäftsgeheimnisse ausgeschieden und die Dokumente zur Einsicht vorbereitet. Die Ausscheidung der Geschäftsgeheimnisse führte dazu, dass von den gemäss Originalakten ca. 530 Seiten Beilagen nur ca. 430 Seiten Beilagen in den vor Ort einsehbaren Akten vorhanden waren (und von den Einsicht nehmenden Parteien durchgeschaut werden mussten). Dabei wurden die Geschäftsgeheimnisse und die nicht vorhandenen Seiten als solche erkennbar gemacht (durch Schwärzung oder einen Hinweis wie z.B. „Seiten 2-13 Geschäftsgeheimnis“), wobei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen sei, dass in der Verfügung nicht auf

die als Geschäftsgeheimnisse ausgeschiedenen Stellen abgestellt wird.“

4.

Auf die kartellgesetzlichen Verfahren sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Da dieses keine materiellen Vorschriften über das Akteneinsichtsrecht enthält, gelangen die Art. 26 ff. VwVG zur Anwendung (vgl. Art. 37 VGG für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht), welche einen Teilgehalt des in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör konkretisieren (vgl. STEPHAN C. BRUNNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.): Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 26 N. 1).

4.1 Art. 26 VwVG normiert den Grundsatz der Akteneinsicht wie folgt:

¹ Die Partei oder ihr Vertreter hat Anspruch darauf in ihrer Sache folgende Akten am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen:

- a. Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden;
- b. alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke;
- c. Niederschriften eröffneter Verfügungen.

^{1bis} Die Behörde kann die Aktenstücke auf elektronischem Weg zur Einsichtnahme zustellen, wenn die Partei oder ihr Vertreter damit einverstanden ist.

[...]

Art. 27 VwVG regelt die Ausnahmen:

¹ Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn:

- a. wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern;
- b. wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern;
- c. das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert.

² Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen.

[...]

4.2 Als Verfahrensparteien sind die Beschwerdeführenden Trägerinnen des in Art. 26 ff. VwVG geregelten Akteneinsichtsrechts.

4.3 Bei den vom Verfahrens Antrag betroffenen Dokumenten handelt es sich grundsätzlich um Akten im Sinne von Art. 26 Abs. 1 Bst. a und b VwVG.

4.4 Beantragt wird die Herausgabe von Kopien der Akten. Art. 26 Abs. 1 VwVG statuiert seinem Wortlaut nach nur - aber immerhin - einen Anspruch darauf, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen. Demgegenüber äussern sich die Art. 26 ff. VwVG nicht (ausdrücklich) zur

Frage, ob das Akteneinsichtsrecht auch einen Anspruch gewährt, Kopien zu erhalten oder solche selber zu erstellen. Diesbezüglich muss vorab der Gehalt des Akteneinsichtsrechts näher bestimmt werden.

4.5 Nach bundesgerichtlicher Praxis beinhaltet der verfassungsmässige Gehörsanspruch der Parteien (Art. 29 Abs. 2 BV) das Recht, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen und sich davon Notizen sowie Fotokopien zu machen, soweit der Behörde daraus kein übermässiger Zusatzaufwand erwächst (BGE 131 V 35 E. 4.2 mit Hinweisen auf frühere Leitentscheide des Bundesgerichts; vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 26 N. 80).

4.6 Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 26 VwVG schliessen eine Herausgabe oder Zustellung der Akten an die Parteien nicht aus, gewähren aber keinen Anspruch darauf. In der Praxis werden die Originalakten oder Kopien davon jedoch regelmässig den Anwälten der Parteien zugestellt (BGE 122 I 109 E. 2b; WALDMANN/OESCHGER, Art. 26 N. 76 und 82 f.; BRUNNER, Art. 26 N. 21). NIKLAUS SCHMID (Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N. 631 mit Hinweisen) hält diesbezüglich fest: „Geht es um den Schutz von Geheimnissen, so ist unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes die Akteneinsicht zu gewähren, das Anfertigen von Abschriften, Notizen und Fotokopien aber zu beschränken oder zu verbieten, eine Einschränkung, die bei Rechtsbeiständen wohl nur in seltenen Ausnahmefällen in Frage kommt.“

4.7 Soweit die Akteneinsicht nicht gestützt auf die einschlägigen Ausnahmebestimmungen zu verweigern oder zu beschränken ist, haben die Beschwerdeführenden demzufolge entsprechend der höchstrichterlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 26 f VwVG einen (grundsätzlichen) Anspruch auf Aktenkopien.

4.8 Art. 49a KG, welcher Verwaltungssanktionen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen statuiert und dabei Selbstanzeigen sowie Bonusmeldungen als sanktionsmindernd berücksichtigt, trat am 1. April 2004 in Kraft. Zur vorliegenden Frage, ob sanktionsbelastete Untersuchungsadressaten Anspruch auf Herausgabe (oder allenfalls eigenhändiges Erstellen) von Kopien der Selbstanzeigen bzw. Bonusmeldungen haben, besteht, soweit ersichtlich, in der Schweiz noch keine Gerichtspraxis.

Inspiziert wurde die Bonusregelung des Art. 49a KG durch Vorbilder der US-amerikanischen sowie europäischer Rechtsordnungen (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022 ff., 2038 f, im Folgenden „Botschaft“; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, Bern 2007, S. 275). Bestimmungen über das Akteneinsichtsrecht wurden dabei keine rezipiert. Die US-amerikanische Gerichtspraxis zur Aufdeckung von Kronzeugendokumenten und deren Verwendung in einem Schadenersatzprozess wird als widersprüchlich beschrieben (SERAINA DENOTH, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, Zürich 2012, S. 282). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) erwog in zwei neueren Urteilen, das

Recht Kartellgeschädigter auf Akteneinsicht könne nicht pauschal verweigert werden; vielmehr sei eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen (Urteile C-360/09 vom 14. Juni 2011 Pfeleiderer und C-536/11 vom 6. Juni 2013 Donau Chemie; vgl. FRANZ BÖNI, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter vom 12. August 2013, N. 23 f, sowie DENOTH, S. 293 ff.).

Für die Beurteilung des vorliegenden Begehrens von kartellrechtlich sanktionierten Verfügungsadressatinnen um Herausgabe von Kopien der Bonusmeldungen sind demnach auch rechtsvergleichend keine praxiserprobten Lösungen ersichtlich.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die beantragte Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen an die Beschwerdeführenden nur verweigern, wenn wesentliche Interessen des Bundes (Bst. a) oder wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien (Bst. b), die Geheimhaltung erfordern. Wesentliche Interessen der Kantone im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG sind hier keine erkennbar, ebensowenig ein Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG).

5.2 Das Bundesgericht führte zu Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG aus, der Begriff des „wesentlichen Interesses“ sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der den Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum einräume. Welches Interesse als wesentlich zu gelten habe, bestimme sich nicht generell, sondern im konkreten Einzelfall. Dabei könne dem Gebot der Anonymität von Zeugen, Informanten oder Experten, aber auch dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen beteiligter Unternehmungen Rechnung getragen werden (BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa mit Hinweisen).

5.3 Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV), welches in Art. 27 Abs. 2 VwVG konkretisiert wird, hat sich die Verweigerung der Akteneinsicht auf das Erforderliche zu beschränken. Bei Vorliegen wesentlicher Geheimhaltungsgründe im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG müssen daher das Interesse an der Akteneinsicht und dasjenige an deren Verweigerung mit Blick auf die konkreten Umstände gegeneinander abgewogen werden (vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RUTSCHE/MATHIAS KUHN: Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich 2012, N. 627 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-260/2008 vom 17. Februar 2010 E. 5.2.3; WALDMANN/OESCHGER, Art. 27 N. 37 f mit Hinweisen). In besonderen Fällen kann es das Verhältnismässigkeitsprinzip rechtfertigen, statt dem Betroffenen selbst nur dessen Rechtsvertreter Einsicht zu gewähren, allenfalls ohne die Möglichkeit, Kopien zu erstellen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 3.99, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7021/2007 vom 21. April 2008 E. 6.7; vgl. auch BRUNNER, Art. 27 N. 15 mit Hinweis).

5.4 Laut Vernehmlassung vom 30. Mai 2013 (Ziff. 61 und 53) wurde den Parteien die Akteneinsicht nicht ver-

weigert, sondern „nur hinsichtlich der Form eingeschränkt [...]: Die Beschwerdeführerinnen konnten die Akten uneingeschränkt vor Ort, d.h. in den Räumlichkeiten des Sekretariats, einsehen.“ [...] „Die Einsichtnahme vor Ort war zudem zeitlich in keiner Weise beschränkt. Die Beschwerdeführerinnen konnten so oft vorbeikommen, wie sie wollten und - zumindest zu Bürozeiten - so lange bleiben, wie sie wollten.“

6.

Zunächst muss geprüft werden, ob wesentliche öffentliche Interessen des Bundes im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG gegeben sind.

6.1 Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses führt die Vorinstanz den Schutz der Bonusregelung ins Feld. Sie hält fest, die spätere Konfrontation mit einem Zivilprozess stelle für eine Bonusmelderin - neben anderen Punkten - eine Unsicherheit dar, die sie in ihre strategischen Überlegungen einbeziehen werde, bevor sie eine Selbstanzeige einreiche. Ein solcher Zivilprozess könne auch in der Schweiz stattfinden und sei auch ohne die von den Beschwerdeführenden erwähnte „discovery order“ des angelsächsischen Rechts denkbar. Es sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass Unternehmen, gegen die eine zivilrechtliche Klage erhoben werde, ein grosses Interesse daran hätten, dass im Zivilprozess gegen sie so wenig belastende Dokumente wie möglich vorlägen. Daraus ergebe sich auch, dass das Wissen darum, dass die WEKO, ihr Sekretariat oder die Rechtsmittelinstanzen belastende Dokumente herausgäben bzw. kopieren liessen, den Anreiz reduziere, den Behörden solche Dokumente zu übergeben. Dies reduziere auch die Wahrscheinlichkeit, dass Bonusmeldungen eingereicht und damit Kartelle aufgedeckt würden.

Es wäre nach Auffassung der Vorinstanz auch fatal, ein öffentliches Interesse an der Einschränkung der Akteneinsicht grundsätzlich zu verneinen, wenn eine Selbstanzeigerin in der Schweiz domiziliert sei und Wettbewerbsverstösse anzeige, die - auf den ersten Blick - nur in der Schweiz stattfänden und innerhalb ihrer Grenzen Auswirkungen zeitigten. Bezüge zu ausländischen Rechtsinstituten könnten sich auch erst nach Einreichung einer Meldung zeigen oder ergeben.

Akten zu schützen heisse deshalb auch das Institut der Bonusmeldung zu schützen. Die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit dank Bonusprogramm wiederum verstärke die generalpräventive Wirkung des Kartellrechts und fördere damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (Art. 1 KG). Eine andere Frage sei, wie hoch dieses Interesse im Verhältnis zu den Interessen der Beschwerdeführenden eingestuft werde.

Da eine Selbstanzeige regelmässig selbstinkriminierende Aussagen enthalte, könne die Verwendung von Selbstanzeigen dazu führen, dass Selbstanzeiger in Zivilprozessen schlechter gestellt würden als andere Kartellteilnehmer, die keine selbstinkriminierenden Aussagen getätigt hätten. Dieser Nachteil in einem späteren Zivilprozess gehöre nicht zwingend zum Untersuchungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden. Er gefährde vielmehr die Einreichung

künftiger Selbstanzeigen und sei nach Möglichkeit zu verhindern.

6.2 Die Beschwerdeführenden bestreiten die Existenz eines öffentlichen Interesses am schonungsvollen Umgang mit Bonusmeldungen an sich nicht. Sie halten jedoch fest, dieses vermöge im vorliegenden Fall die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nicht zu rechtfertigen.

6.3 Ein zulässiger Grund für die Verweigerung der Akteneinsicht kann nach Praxis und Literatur das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung von Informationsquellen sein. Dadurch soll das System der Informationsbeschaffung in Verfahren aufrechterhalten werden; potentielle Informanten und Auskunftspersonen sollen nicht davon abgeschreckt werden, Behörden entscheidungswesentliche Auskünfte zu liefern (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 624; ähnlich: WALDMANN/OESCHGER, Art. 27 N. 23 ff. mit Hinweisen; vgl. BGE 122 I 153 E. 6c/aa). Entsprechend kommt auch ein öffentliches Interesse in Betracht, Selbstanzeigen in kartellrechtlichen Verfahren einen gewissen Geheimhaltungsschutz angeeignet zu lassen, um die Wirksamkeit der Bonusregelung als Instrument des Wettbewerbsrechts zu unterstützen.

SOMMER hält in diesem Zusammenhang fest, als grösstes Risiko bei der Inanspruchnahme der Bonusregelung sei wohl zu berücksichtigen, dass die mit einer Selbstanzeige eingereichten Beweismittel allenfalls von einem durch kartellrechtswidriges Verhalten geschädigten Drittunternehmen im Rahmen eines Zivilprozesses zu Beweis Zwecken verwendet werden könnten. Das Risiko von nachfolgenden Schadenersatzklagen könne die Wirksamkeit der Bonusregelung aushöhlen. Ein grundsätzlich kooperationsberechtigtes Unternehmen werde allenfalls angesichts dieses Risikos auf eine Selbstanzeige verzichten, um derartige Zivilansprüche zu vermeiden. Auch aus diesem Grunde könne eine Selbstanzeige mündlich zu Protokoll gegeben werden. Die selbe Problematik könne sich bei der Publikation der Ergebnisse des Verfahrens nach Inanspruchnahme der Bonusregelung ergeben. Mit einer Publikation könnten belastende Informationen publik werden, welche es allfälligen geschädigten Unternehmen wiederum erst ermöglichten, zivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen und entsprechend zu begründen (PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 42 ff.).

6.4 Laut Botschaft (2033 f, 2038) hängt die Effektivität des Wettbewerbsrechts entscheidend von seiner Präventivwirkung ab, zu welcher neben der Androhung direkter Sanktionen und der Furcht der Rechtsunterworfenen vor einem Verlust des guten Rufes insbesondere auch die Bonusregelung beitrage. Die Kooperation eines Kartellmitglieds erleichtere die Arbeit der Wettbewerbsbehörde massgeblich. Einerseits könne sie dazu beitragen, dass Kartelle, die sonst verborgen blieben, ans Tageslicht kämen. Andererseits werde auch die Sachverhaltsermittlung wesentlich erleichtert, indem sonst schwer zugängliche Informationen aus erster Hand flössen. Von den Wettbewerbsbehörden der USA und der EU, nach deren Vorbild die schweizerische Bonusregelung konzipiert wurde, erzielte Ermittlungserfolge schei-

nen diese Darstellung zu bestätigen (ZIMMERLI, S. 273 ff.).

6.5 Wenn potentiell kooperationswillige Unternehmen Zivilklagen Geschädigter sowie Retorsionsmassnahmen von am Wettbewerbsverstoss mitbeteiligten (Konkurrenz-) Unternehmen fürchten, weil Kopien ihrer Selbstanzeigen oder Bonusmeldungen herausgegeben werden könnten, vermag dies den Anreiz zur Kooperation zu schmälern und damit letztlich die Effektivität der Bonusregelung, eines wichtigen Instruments zur Durchsetzung des Karte II rechts, auszuhöhlen (vgl. SOMMER, Rz 43; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Vor Art. 12 - 17 N. 28, Art. 49a N. 158; ZIMMERLI, S. 669 f und 721 ff.). Unter diesem Blickwinkel wird ein wesentliches öffentliches Interesse erkennbar, das Kopieren der Selbstanzeigen zu verbieten und auch keine Kopien davon herauszugeben, um die Bonusregelung nicht zu schwächen (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 289; RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Roger Zäch (Hrsg.): Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 209 ff., 218, sowie RETO JACOBS/JOHANNES A. BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 100 (2004) S. 149 ff., 155).

6.6 Ein gegenläufiges öffentliches Interesse liegt in der Wahrheitsfindung. Durch Konfrontation der inkriminierten Unternehmen mit den Dokumenten einer Bonusmeldung soll die Plausibilität der Angaben des Selbstanzeigers überprüft werden (vgl. TAGMANN/ ZIRLICK, Art. 49a N. 165). Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob zu diesem Zweck Kopien der Selbstanzeige(n) an die belasteten Unternehmen herausgegeben werden müssen.

7.

Sodann ist zu untersuchen, ob wesentliche private Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG vorliegen.

7.1 Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 orientierte das Sekretariat die Selbstanzeigerinnen, es habe die Akteneinsicht insoweit beschränkt, als in gewisse Dokumente nur in seinen Räumlichkeiten Einsicht genommen werden dürfe, unter der Auflage, keine Kopien anzufertigen. Dabei handle es sich um die im elektronischen Aktenverzeichnis vom 7. Juni 2011 als „nur vor Ort einsehbar“ bezeichneten Dokumente.

Die Selbstanzeigerinnen erhielten gleichzeitig Gelegenheit, zu dieser Handhabung des Akteneinsichtsrechts Stellung zu nehmen. Alle sprachen sich in der Folge für das Kopierverbot aus. Sie argumentierten im Wesentlichen, Selbstanzeigen enthielten äusserst sensitive Informationen, sowohl über die Selbstanzeigerinnen als auch über Dritte. Damit hätten sie sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht exponiert. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die von ihnen offengelegten Informationen von anderen Parteien oder Dritten in anderen Verfahren - etwa in Zivilprozessen - gegen sie verwendet würden. Würden die sensitiven Akten kopiert und/oder aus den Räumlichkeiten der WEKO entfernt,

wäre es nicht länger möglich, ihre Verwendung und Verbreitung zu kontrollieren. Die Verbreitung dieser Akten könnte den betroffenen Unternehmen grossen Schaden zufügen.

Neben den privaten Interessen der Unternehmen seien auch diejenigen der in die Verfahren involvierten natürlichen Personen zu berücksichtigen. Diese hätten namentlich aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sowie wegen der Gefahr von Repressalien ein erhebliches Interesse an einer Einschränkung des Akteneinsichtsrechts.

Ein Unternehmen erklärte, es habe darauf vertraut, dass die Selbstanzeige sowie die in deren Rahmen zur Verfügung gestellten Dokumente weder den Untersuchungsadressaten herausgegeben noch von ihnen kopiert werden dürften. Ohne diese Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht wäre der Anreiz, eine Selbstanzeige einzureichen und mit der WEKO im Rahmen einer Untersuchung zu kooperieren, äusserst gering.

7.2 Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, in Bezug auf die Unternehmensgruppe Knecht/Meier Söhne/G. Schmid sowie in Bezug auf Birchmeier müsse ein privates Interesse an der Nichtherausgabe der Bonusmeldungen verneint werden, da diese Unternehmen offenbar bereit gewesen seien, in ihren schriftlichen Stellungnahmen und anlässlich der für alle Verfahrensparteien zugänglichen Anhörungen den Inhalt der Bonusmeldungen zu bestätigen und näher zu erläutern. Diese Unternehmen hätten auch keinen Antrag gestellt, dass die wortwörtlichen und von ihnen unterzeichneten Anhörungsprotokolle einem analogen Kopierverbot unterstellt werden sollten wie die Bonusmeldungen. Wäre das private Interesse dieser Unternehmen an einer Nichtherausgabe von Selbstanzeigen und Bezeichnungen tatsächlich vorhanden, hätten sie keine schriftlichen Eingaben gemacht und - wie das Unternehmen Implenla - auf die Teilnahme an den Anhörungen verzichtet oder aber einen entsprechenden Antrag auf schonungsvollen Umgang mit den Anhörungsprotokollen gestellt.

Insbesondere die Protokolle zu den Anhörungen mit Herrn Birchmeier, Herrn Knecht und den Herren Bühler enthielten wortwörtlich niedergeschriebene Geständnisse und Bezeichnungen. Der Inhalt dieser unterzeichneten Erklärungen gehe in einzelnen Fällen über den Inhalt der Bonusmeldungen hinaus. Diese Dokumente dürften in höherem Masse als schutzbedürftig erachtet werden als die Bonusmeldungen. Der schonungsvolle Umgang mit diesen Protokollen wäre eher gerechtfertigt als der schonungsvolle Umgang mit den Bonusmeldungen. Ebenfalls hätten die durch das Kopierverbot geschützten Personen in ihren schriftlichen Eingaben, den Stellungnahmen zum Antragsentwurf, Aussagen gemacht, welche grundsätzlich einen ähnlichen Schutz erfordern würden wie die Bonusmeldungen.

Die Beschwerdeführerinnen könnten über den Antragsentwurf, die unterzeichneten Einvernahmeprotokolle und nun auch über den angefochtenen Entscheid frei verfügen. Diese Dokumente könnten sie auch an potentielle Schadenersatzkläger weitergeben. Diese Gefahr sei allerdings gering, da die Beschwerdeführerinnen aus evidenten Gründen kein Interesse daran hätten. Aus diesem Grund könne auch angenommen werden, dass

die Beschwerdeführerinnen mit den Bonusmeldungen schonungsvoll umgehen würden. Das Restinteresse an einem schonungsvollen Umgang mit den Bonusmeldungen, welches ein Kopierverbot rechtfertigen sollte, müsse insgesamt als äusserst gering, wenn nicht gar als inexistent, eingestuft werden.

Ebenfalls sei unklar, weshalb gerade die Herausgabe der Bonusmeldungen innerhalb der Branche zu Retorsionsmassnahmen führen sollte. Dass solche in der Branche denkbar seien, werde von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Hingegen dürfte die Gefahr solcher Retorsionsmassnahmen nicht von der Herausgabe der Bonusmeldungen abhängig sein. Retorsionsmassnahmen dürften allenfalls deshalb ausgelöst werden, weil bezichtigte Unternehmen sich durch die Bonusmeldungen „verraten“ fühlten. Der genaue Inhalt der Bonusmeldung dürfte hierbei von sehr untergeordneter Bedeutung sein. Es sei allen Verfahrensbeteiligten bekannt, wer wen bezichtigt habe. In der konkreten Untersuchung sei dementsprechend unklar, welche Elemente der vom Kopierschutz betroffenen Dokumente bei einer Herausgabe der Akten eine zusätzliche Gefahr von Retorsionsmassnahmen auslösen könnten.

7.3 In diesem Zusammenhang hält die Vorinstanz fest, die Protokolle der Bonusmelderinnen Knecht/Meier Söhne/G. Schmid seien weniger weitreichend als die Bonusmeldungen selbst, denn es seien nicht sämtliche Fälle, die in den Bonusmeldungen genannt seien, an den Anhörungen behandelt worden, und den Protokollen seien die Beilagen der Bonusmeldungen nicht angefügt. Zudem könne nicht einfach aus der fehlenden Einschränkung der Akteneinsicht in Bezug auf die Protokolle auf die Unzulässigkeit der Einschränkung in Bezug auf die Bonusmeldungen geschlossen werden. Die genannten Bonusmelderinnen hätten gewusst, dass ihre Protokolle den übrigen Parteien zugestellt würden. Sie hätten sich dagegen nicht zur Wehr gesetzt. Gestützt auf dieses Verhalten nun auch den Bonusmeldungen den bisher geltenden Schutz zu entziehen, hätte wiederum nicht nur Auswirkungen auf den vorliegenden Fall, sondern auf die taktischen Überlegungen künftiger Bonusmelderinnen.

Von der Herausgabe des einen Dokuments (Verfügung) bzw. der Wiedergabe von Auszügen der Bonusmeldungen in der Verfügung könne nicht auf die Schutzwürdigkeit eines anderen Dokuments (Bonusmeldung) geschlossen werden. Die Bonusmeldungen stammten von den Selbstanzeigern, enthielten deren direkte Aussagen und umfassten zudem in rein quantitativer Hinsicht mehr Informationen als die Verfügung. Es bleibe dabei, dass ein Bonusmelder das Interesse habe, dass möglichst wenige Dokumente (und möglichst wenige Passagen) seiner Bonusmeldung kopiert werden könnten. Bonusmelder würden es sogar bevorzugen, wenn in den ganzen Akten inklusive der Verfügung keinerlei Hinweise auf ihre Bonusmeldungen zu finden wären. Die Wettbewerbsbehörden stellten aber nicht einfach blind auf die Bedürfnisse von Selbstanzeigern ab. Die Begründungspflicht bzw. die Vorgaben der Nachvollziehbarkeit zwingen eine verfügende Behörde, den Sachverhalt klar und präzise darzulegen.

7.4 Als wesentliche private Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG kommen namentlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie der Persönlichkeitsschutz von Informanten, Zeugen und Auskunftspersonen in Frage (BGE 122 I 153 E. 6c/bb). Bezüglich solcher Personen rechtfertigt sich eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts jedoch nur, wenn konkrete Anhaltspunkte etwa für drohende Repressalien oder Druckversuche bestehen. Gewichtige tatsächliche Interessen können ebenfalls eine Einschränkung der Akteneinsicht erheischen, beispielsweise, um mögliche spätere Verfahren zur Durchsetzung privater Interessen (z.B. Schadenersatzklagen) nicht zu beeinflussen (BRUNNER, Art. 27 N. 30 mit Hinweisen; WALDMANN/OESCHGER, Art. 27 N. 33 ff. mit Hinweisen).

7.5 Bei den von den Selbstanzeigerinnen geltend gemachten privaten Interessen handelt es sich demnach grundsätzlich um solche, wie sie Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG für eine Verweigerung oder Einschränkung der Akteneinsicht voraussetzt. Auch wenn die Selbstanzeigerinnen in schriftlichen Stellungnahmen und Anhörungsprotokollen, welche beide kopiert werden durften, Informationen preisgaben, die ebenso in ihren Bonusmeldungen vorkommen, lässt sich nicht ohne Weiteres schliessen, dass jegliches private Interesse am diesbezüglichen Kopierverbot erloschen wäre. Immerhin sind die Selbstanzeigen umfangreicher und mit Beilagen versehen, welche zusätzliche Details enthalten. Ihre Weitergabe in kopierter Form könnte allfälligen Zivilklägern wertvolle Beweismittel liefern, deren Detaillierungsgrad höher ist als derjenige der schriftlichen Stellungnahmen und Anhörungsprotokolle. Die Beschwerdeführerinnen erklären denn auch selber, die betreffenden Akten seien sehr umfangreich und enthielten zahlreiche Beilagen mit handschriftlichen Notizen, Kopien von Offerten und Offertöffnungen sowie weiteren Dokumenten, welche angeblich von Personen aus den betreffenden Unternehmen stammten.

8.

8.1 Zur Begründung ihres Verfahrensanzuges halten die Beschwerdeführerinnen unter der Überschrift "Interesse an einem uneingeschränkten Akteneinsichtsrecht" fest, die „verfassungs- und gesetzeswidrige“ Einschränkung dieses Rechts habe für sie einschneidende Konsequenzen, namentlich deshalb, weil die Beweisführung gegen sie praktisch ausschliesslich auf den sehr umfangreichen nicht kopierbaren Unterlagen beruhe. Die in den Bonusmeldungen enthaltenen Anschuldigungen liessen sich nur dann substantiiert widerlegen, wenn die betreffenden Dokumente kopiert und anschliessend den gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unterbreitet werden könnten. Alle diese Personen in den Räumlichkeiten des Sekretariats mit den Dokumenten zu konfrontieren, sei rein praktisch nicht möglich.

Die Beschwerdeführerinnen würden in rund 30 Fällen der Teilnahme an Submissionsabsprachen bezichtigt, und zudem seien für die Überprüfung der Glaubwürdigkeit der Bonusmeldungen auch die übrigen rund 70 Fälle von Bedeutung. Dieser Aktenumfang könne im Rahmen einer Sichtung vor Ort nicht in vergleichbarer Masse bewältigt werden, wie wenn die Akten zumindest den

Rechtsvertretern herausgegeben würden. Die ständige Verfügbarkeit der zentralen belastenden Dokumente sei für die Verteidigung in einem Sanktionsverfahren von zentraler Bedeutung. Im Strafrecht sei es absolut undenkbar, dass die Eingaben von Privatklägern und Anzeigern dem Angeschuldigten vorenthalten würden. Kartellbussen seien echte Strafen, und die Verfahrensrechte der beschuldigten Unternehmen müssten besonders beachtet werden.

Im vorliegenden Fall seien mehrtägige Anhörungen durchgeführt worden. Diese hätten sich ähnlich wie eine Hauptverhandlung in einem Strafprozess abgespielt. Die Vertreter der Unternehmen hätten Plädoyers halten können, und die Unternehmen seien von der WEKO befragt worden, wobei diese Befragungen den Charakter eines strafverfahrensrechtlichen Verhörs gehabt hätten. Auch Kreuzverhöre seien möglich gewesen. Dreh- und Angelpunkt dieser Anhörungen seien die Bonusmeldungen und die entsprechenden Beilagen gewesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten die Anhörungen ohne Kopien dieser Dokumente absolvieren müssen. Die Vertreter der WEKO, des Sekretariats und diejenigen der Unternehmen, welche die entsprechenden Bonusmeldungen eingereicht hätten, hätten im Gegensatz zu den Beschwerdeführerinnen über diese zentralen Akten verfügt.

Den Beschwerdeführerinnen und auch den anderen angehörten Unternehmen seien einzelne Beilagen zu den Bonusmeldungen vorgehalten worden (Projektion mit Beamer und Vorlage von Kopien an die befragten Personen, nicht aber an die übrigen Anwesenden). Insbesondere bei der letzten Anhörung mit den drei Vertretern der Unternehmensgruppe Knecht/Meier Söhne/G. Schmid hätten die Beschwerdeführerinnen wohl Ergänzungsfragen gestellt, wenn sie die entsprechenden Dokumente in der Hand gehabt hätten. Diese Befragung sei aber aufgrund der Tatsache, dass der unterzeichnete Anwalt und die Vertreter der Beschwerdeführerinnen nicht über die Bonusmeldungen verfügt hätten, erschwert gewesen, sodass die Beschwerdeführerinnen letztlich darauf verzichtet hätten, Ergänzungsfragen zu stellen. Dass sie auf solche Fragen verzichtet hätten, sei ihnen von der Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung nun an mehreren Stellen in der Verfügung angelastet worden (Rz. 57, 199). Hierzu sei zu entgegnen, dass das Verfahren aufgrund des Kopierverbotes nicht mit gleich langen Spiessen habe geführt werden können. Auch das Verfassen der Beschwerde innert 30 Tagen ohne ständige Verfügbarkeit der angeblichen Belastungsbeweise stelle klar ein Erschwernis für die Verteidigung dar.

8.2 In ihrer Vernehmlassung vom 30. Mai 2013 erwiderte die Vorinstanz, sie sei der Ansicht, dass die nicht kopierbaren Dokumente nicht als umfangreich bezeichnet werden könnten. Es seien zwar nicht nur ein paar wenige Seiten, das sei unbestritten, aber es handle sich um einen Umfang, der durch die Einsicht vor Ort bewältigt werden könne. Es werde nicht behauptet, diese sei für die Beschwerdeführerinnen mit keinerlei Nachteil verbunden. Dass die Einsicht vor Ort bewältigbar sei, werde einerseits durch die Tatsache bestätigt, dass sich die übrigen Verfahrensparteien durchaus im Stande gesehen hätten, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen.

Unter diesen befänden sich auch Parteien, die in vergleichbarem Umfang von den Bonusmeldungen belastet worden seien wie die Beschwerdeführenden. Andererseits hätten die Beschwerdeführenden durch ihre Stellungnahme zum Antrag wie auch durch ihre Beschwerde selbst gezeigt, dass eine umfassende Stellungnahme möglich sei. Die Einsichtnahme vor Ort sei zudem in zeitlicher Hinsicht in keiner Weise beschränkt gewesen.

Die Beschwerdeführerinnen stellten sich auf den Standpunkt, dass sie sich an den Anhörungen nicht angemessen hätten verteidigen können, weil sie die Bonusmeldungen und deren Beilagen nicht hätten kopieren können. Hier sei zunächst darauf hinzuweisen, dass [ERNE] freiwillig darauf verzichtet habe, die Bonusmeldungen und deren Beilagen in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Dem Argument, er habe die Bonusmeldungen an den Anhörungen zum ersten Mal zu Gesicht bekommen, könne deshalb kein Gewicht beigegeben werden.

Ausserdem sei darauf hinzuweisen, dass die Vertreter der ERNE-Gruppe an den Anhörungen lediglich mit drei Dokumenten aus Bonusmeldungen konfrontiert worden seien, die ihnen zusätzlich vor Ort in Papierform als Kopien (die sie nach der Anhörung hätten zurücklassen müssen) vorgelegt worden seien. Eine Äusserung zu diesen Dokumenten, die der Vorinstanz nicht als sehr kompliziert erschienen seien, sei zudem nicht zwingend nötig gewesen. Wie dies andere Parteien getan hätten, habe auch die Möglichkeit bestanden, sich nachträglich schriftlich zu den Dokumenten zu äussern.

Schliesslich sei nicht einzusehen, weshalb es den Beschwerdeführerinnen nicht möglich gewesen sein sollte, an den Anhörungen Fragen zu Dokumenten aus Bonusmeldungen zu stellen. Angebliche Widersprüche in den Bonusmeldungen könnten ohne Weiteres während einer Einsicht in den Räumlichkeiten des Sekretariats notiert und an den Anhörungen vorgebracht werden.

8.3 Zum Umfang der Selbstanzeigen hatte die Vorinstanz in Ziff. 32 ihrer Zwischenverfügung vom 10. August 2011 über die Akteneinsicht, auf welche in Ziff. 53 ihrer Vernehmlassung vom 30. Mai 2013 verwiesen wird. Folgendes ausgeführt: „Eine Durchsicht der Fälle, in welchen den Gesuchstellerinnen eine Absprachebeilegung vorgeworfen wird, sowie der nur vor Ort einsehbaren Aktenstücke hat ergeben, dass es um ca. 20 Fälle mit einer direkten Beteiligung der ERNE AG Bauunternehmung und um ca. 20 Fälle mit einer direkten Beteiligung der Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau geht. Zu diesen liegen jeweils kurze Aussagen von anderen Parteien sowie in den meisten Fällen einige Aktenstücke im Umfang von jeweils ein paar Seiten vor. Zum Teil betreffen die Aussagen und Aktenstücke dieselben Fälle. Insgesamt geht es um ca. 120 Seiten, auf denen die (meist kurzen) relevanten Passagen jedoch schnell ersichtlich sind. Es handelt sich zunächst um Ausdrucke der Website des Baumeisterverbandes, aus denen die Submissionsteilnehmer ersichtlich sind, und Protokolleröffnungen. Diese Dokumente waren für die Gesuchstellerinnen in vielen Fällen verfügbar und dürften ihnen auch heute zumindest teilweise noch zur Verfügung stehen. Ein grosser Teil der genannten Aktenstücke besteht sodann aus Offerten der Selbstanzeige-

rinnen, die bis zu ca. 15 Seiten umfassen können, allerdings kein intensives und mehrfaches Studium erfordern dürften. Schliesslich liegen handschriftliche Beweismittel vor: ca. 5 Agendaeinträge und ca. 25 Seiten, auf denen sich Notizen befinden, insbesondere von Preisen der Submissionsteilnehmer. Die die Gesuchstellerinnen direkt belastenden Beweismittel nehmen also einen durchaus überschaubaren Umfang ein. Ihr abgeschriebener oder abgesprochener Inhalt dürfte ausreichen, um (ehemalige) Mitarbeiter mit der Faktenlage zu konfrontieren.“

Die Beschwerdeführenden halten dazu fest, die 120 Seiten seien neben den protokollierten Aussagen der Anhörungen gemäss Verfügung die zentralen „Belastungsbeweise“. Diese seien ihren Vertretern und auch den übrigen Verfahrensbeteiligten während den Anhörungen vorgehalten worden. Genau diese Dokumente hätten den Beschwerdeführenden für die Vorbereitung und die Durchführung der Anhörungen ständig zur Verfügung stehen sollen, argumentieren sie.

8.4 Zur Frage, wann Akten mit Blick auf die Einsichtnahme als umfangreich gelten, lassen sich der verfügbaren Gerichtspraxis keine allgemeinen Regeln entnehmen. Wegen der Vielfalt der Verfahrensdossiers wären solche Leitlinien aber wohl von beschränktem Nutzen. Mithin bedarf es einer Einzelfallbeurteilung. So bezeichnete das Bundesgericht beispielsweise ein Aktenvolumen von vier Bundesordnern und 40 Speditionsdossiers als sehr umfangreich (BGE 120 IV 242 E. 2c/cc), wobei offen bleibt, wie diese Dossiers genau aussahen.

8.5 Vorinstanz und Beschwerdeführende sind sich uneinig darüber, ob das Aktenvolumen der Selbstanzeigen durch Einsichtnahme am Sitz der Behörde „bewältigt“ werden kann. Die Vorinstanz behauptet nicht, eine Beschränkung auf die Einsicht vor Ort sei für die Beschwerdeführenden mit keinerlei Nachteil verbunden, meint aber, sie sei dennoch zu bewältigen. Letzteres bestreiten die Beschwerdeführenden. Sie sehen ihre Verteidigungsrechte beschnitten, wenn ihnen keine Kopien der Selbstanzeigen herausgegeben werden und sie die belastenden Dokumente deswegen nicht permanent zur Verfügung haben.

8.6 Umfangmässig bestehen die Selbstanzeigen grösstenteils aus Submissionsofferten der Bonusmelderinnen. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren gibt es ohne Zustimmung der Betroffenen keinen allgemeinen Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten. Wie das Bundesgericht ausführt, muss das in anderen Bereichen übliche allgemeine Einsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 3. A., Zürich 2013, N. 1364 mit Hinweisen). Geschäftsgeheimnisse und unternehmerisches Know-how, welche einem Angebot innewohnen, können auch nach rechtskräftigem Abschluss des Vergabeverfahrens fortleben. So lässt sich jedenfalls nicht a priori feststellen, dass die in den Selbstanzeigen enthaltenen

Offerten nunmehr ohne Weiteres in kopierter Form herausgegeben werden dürften. Anders als bei Submissionsbeschwerden droht den vorliegend um Akteneinsicht Ersuchenden allerdings eine kartellrechtliche Sanktion mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2; BVGE 2011/32 E. 4.2), was im Rahmen der Interessenabwägung zu einer Gewichtsverschiebung gegenüber der beschaffungsrechtlichen Konstellation führen kann.

9.

Angesichts des Vorliegens wesentlicher Geheimhaltungsgründe im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG gilt es nun, das Interesse der Beschwerdeführenden an der Akteneinsicht in Form einer Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen und dasjenige der Vorinstanz sowie der Bonusmelderinnen an ihrer Verweigerung mit Blick auf die konkreten Umstände gegeneinander abzuwägen.

9.1 Unter dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen Nichtaushändigung der Bonusmeldungen" begründen die Beschwerdeführenden ihren Verfahrensantrag mit einer „Interessenabwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit“.

Sie halten fest, das öffentliche Interesse am schonungsvollen Umgang mit den Bonusmeldungen vermöge im vorliegenden Fall die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nicht zu rechtfertigen. Einerseits habe die Behörde im Verfügungsantrag und in der Verfügung die wesentlichen Bestandteile der Bonusmeldungen in Dokumenten wiedergegeben, welche dem Kopierverbot nicht unterlägen. Insbesondere der für einen allfälligen Schadenersatzprozess relevante Inhalt der Bonusmeldungen sei in der Verfügung wiedergegeben. Bereits das Sekretariat habe die einzelnen Absprachen im Antragsentwurf minutiös beschrieben. Das Sekretariat mit dem Verfügungsentwurf und die Vorinstanz mit der Verfügung gäben den Parteien unmittelbare Beweismittel (Urkunden) in die Hand, deren Beweiswert genau oder zumindest fast so gut sei wie jener der eigentlichen Bonusmeldungen.

Andererseits unterlägen die Wortprotokolle zu den Anhörungen mit den Unternehmen der Knecht-Gruppe und Birchmeier, welche auf die Bonusmeldungen Bezug nähmen und welche gleichlautende oder gar weitergehende Bezeichnungen und Selbstanzeigen enthielten, nicht dem Kopierverbot. Die unterzeichneten Anhörungsprotokolle stellten unmittelbare Aussagen der Parteien dar, deren Beweiswert in einem allfälligen Schadenersatzprozess gegen die Selbstanzeiger ebenso hoch einzustufen sei wie derjenige der Bonusmeldungen selbst.

Es könne auch nicht gesagt werden, dass das Aargauer Submissionskartell nicht aufgefliegen wäre, wenn die mit dem Kopierverbot geschützten Unternehmen keine Bonusmeldungen eingereicht hätten. Das Unternehmen Birchmeier und die Unternehmensgruppe Knecht/Meier Söhne/G. Schmid hätten das Verfahren nicht ins Rollen gebracht, sondern ihre Kooperation erst nach der Hausdurchsuchung und der Untersuchungseröffnung erklärt. Auf dem Spiel stünden lediglich Verfahrenserleichterungen, welche der Vorinstanz dank der Selbstanzeigen zugutegekommen seien.

Im vorliegenden Fall handle es sich um Submissionsab-sprachen, welche sich auf das Gebiet des Kantons Aargau beschränkten. Die Submissionen seien entweder von Gemeinden im Kanton Aargau oder von lokalen Unternehmen durchgeführt worden. Ein Konnex zum angelsächsischen Zivilprozess bestehe nicht. Es könne ausgeschlossen werden, dass ein Auftraggeber vor einem amerikanischen Gericht eine „discovery order“ gegen eine Verfahrenspartei erlangen könnte.

Das Interesse der Beschwerdeführenden an der ständigen Verfügbarkeit der zentralen Belastungsbeweise sei als wichtig einzustufen. Insbesondere während der Anhörungen und Befragungen sowie beim Verfassen der Stellungnahmen zum Antragsentwurf und zu den Anhörungen sowie bei der Redaktion der Beschwerde erschwere der Umstand, dass das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt gewesen sei, die Verteidigung erheblich.

In Ziff. 32 der Zwischenverfügung werde ausgeführt, dass es sich bei den vom Kopierverbot belegten Aktenstücken unter anderem um Ausdrucke der Website des Baumeisterverbandes und Protokolleröffnungen handle, welche für die Erne Gruppe in vielen Fällen verfügbar gewesen seien und teilweise auch noch heute zur Verfügung stünden. Damit widerspreche sich die Behörde selbst, gebe sie doch zu, dass ein öffentliches oder privates Interesse am Kopierverbot zumindest bei diesen Aktenstücken gerade nicht bestehe.

Ebenfalls sei die in der Verfügung nachgereichte Begründung der Zwischenverfügung nicht stichhaltig. Es werde ausgeführt, dass die nur vor Ort einsehbaren Akten einen Umfang aufweisen würden, welcher bewältigt werden könne. Diese Ausführungen würdigten den Umstand nicht, dass es sich bei den die Beschwerdeführenden betreffenden Akten immerhin um 120 Seiten handle. Davon solle es sich bei immerhin 30 Seiten um handschriftliche Dokumente handeln. Diese 120 Seiten seien neben den protokollierten Aussagen der Anhörungen gemäss Verfügung die zentralen „Belastungsbeweise“ gegen die Beschwerdeführenden. Diese Belastungsbeweise seien den Vertretern der Beschwerdeführenden und auch den übrigen Verfahrensbeteiligten während den Anhörungen vorgehalten worden. Genau diese Dokumente hätten den Beschwerdeführenden für die Vorbereitung und die Durchführung der Anhörungen ständig zur Verfügung stehen sollen.

Das Kopierverbot wäre deshalb höchstens dann rechtmässig, wenn im Gegenzug die von ihm betroffenen Akten nicht zur Beweisführung verwendet würden. Insgesamt zeige sich, dass im vorliegenden Fall die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts zumindest bezüglich eines Teils der vom Kopierverbot betroffenen Akten unverhältnismässig gewesen sei. Die Interessen der Beschwerdeführenden an der ständigen Verfügbarkeit der belastenden Akten wögen schwerer als das Interesse an einem schonungsvollen Umgang mit den Bonusmeldungen.

9.2 Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Vernehmlassung, die Interessenabwägung spiele sich durchaus in einem gewissen Spannungsfeld ab. Das Institut Bonusmeldung könne am besten geschützt werden, wenn der einfache Schematismus gelte, dass Bonusmeldungen und damit eingereichte Dokumente nur, aber immerhin, in den

Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden einsehbar seien und nicht kopiert werden dürften. Eine Praxis, wonach über den Umgang mit Bonusmeldungen keine vorgängige Aussage gemacht werden könne, weil dieser je nach Interessenabwägung in jedem Einzelfall neu festgelegt werde, stehe dem Ziel, das Institut Bonusmeldung rechtssicher auszugestalten und damit zu schützen, diametral entgegen. Daraus könne nicht der Schluss gezogen werden (und das Sekretariat und die WEKO täten dies auch nicht), dass keine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Aber wenn die Interessen, die Art. 27 Abs. 1 VwVG schützen wolle, wirklich geschützt werden sollten, müsse es möglich sein, eine Grundregel zu formulieren, die künftigen Bonusmelderinnen zumindest als Leitlinie diene.

Eine Bonusmelderin solle sich im Rahmen des Möglichen darauf verlassen können, wie mit ihrer Bonusmeldung umgegangen werde, um mögliche Unsicherheiten, die mit der Einreichung einer Bonusmeldung verbunden seien, berechenbarer zu machen. Zivilprozesse stellten für Bonusmelderinnen grundsätzlich Unsicherheiten dar, mit denen sie rechnen müssten. Dies sei auch im vorliegenden Fall nicht anders.

Die Interessenabwägung dürfe nie dazu führen, dass sich belastete Personen nicht mehr angemessen verteidigen könnten, denn die Wahrung des öffentlichen Interesses am Schutz des Instituts Bonusmeldung und das damit reflexhaft mitgeschützte private Interesse an der Nichtherausgabe von Kopien der Selbstanzeigen fänden ihre Grenzen stets an den Verteidigungsrechten der belasteten Unternehmen. Diese Rechte könnten unzulässig beschnitten sein, wenn in einem konkreten Fall (der hier nicht gegeben sei) der Umfang der Bonusmeldung ein Ausmass annehme, das nicht mittels Einsicht vor Ort bewältigt werden könne. Würde ein solches Ausmass erreicht, wäre ein differenzierter Umgang mit Bonusmeldungen und deren Beilagen zu prüfen (z.B. die Aufteilung der Akten in kopierbare und nicht kopierbare anhand des Kriteriums der Schädlichkeit für die Selbstanzeiger oder Schutz der Meldung an sich, aber Herausgabe von Kopien der Beilagen). Der Umfang der Selbstanzeigen im vorliegenden Fall erreiche aber klarerweise ein Ausmass, das ohne nennenswerte Einschränkung der Verteidigungsrechte durch die Einsicht vor Ort bewältigt werden könne.

9.3 Nachdem die Vorinstanz den Beschwerdeführenden Gelegenheit geboten hat, die Selbstanzeigen zu lesen, sich Notizen davon zu machen oder Informationen daraus auf Tonträger zu sprechen, bleibt im Folgenden einzig zu prüfen, ob dem Interesse der Gesuchsteller an der Herausgabe von Kopien dieser Anzeigen das öffentliche Interesse am effektiven Funktionieren der Bonusregelung und / oder private Interessen der Selbstanzeiger, d.h. deren Schutz vor Schadenersatzklagen oder derjenige in den Selbstanzeigen erwähnter Dritter, entgegenstehen.

9.4 Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses legt die Vorinstanz dar, das Bonusprogramm erhöhe die Wahrscheinlichkeit, Wettbewerbsverstösse zu entdecken, wodurch die generalpräventive Wirkung des Kartellrechts verstärkt werde. Die Beschwerdeführenden geben allerdings zu bedenken, dass das mit der ange-

fochtenen Verfügung sanktionierte Verhalten nicht durch die Selbstanzeigen, welche Gegenstand ihres Herausgabebegehrens bilden, aufgedeckt wurde. Insofern scheint der vorliegende Fall tatsächlich wenig geeignet, einen generalpräventiven Effekt der Bonusregelung zu demonstrieren. Aus dieser Perspektive mag das öffentliche Interesse, die Regelung nicht durch umfassende Akteneinsicht zu vereiteln, hier zwar in den Hintergrund treten. Es bleibt aber selbst im Kontext der vorliegenden Streitsache relevant, denn die Handhabung des Akteneinsichtsrechts bezüglich der Selbstanzeigen, welche die Beschwerdeführenden in kopierter Form herausverlangen, kann auf potentielle Bonusmelder, die Widerhandlungen gegen das Kartellrecht enthüllen könnten, ausstrahlen. Sie werden sich beim Entscheid, ob sie einen Wettbewerbsverstoss mittels Selbstanzeige aufdecken sollen, unter anderem an der Praxis der Wettbewerbsbehörden bzw. der Gerichte zur Einsichtnahme in solche Anzeigen orientieren. Im Übrigen macht die Vorinstanz geltend, die Bonusmelderinnen hätten den Wettbewerbsbehörden sehr wohl geholfen, diverse der in der Verfügung behandelten über 80 Absprachen „nachzuweisen“.

Parallel zum öffentlichen Interesse am Funktionieren der Bonusregelung verlaufen die privaten Interessen der Selbstanzeigerinnen, welche sich einer Herausgabe von Kopien ihrer Bonusmeldungen gegenüber der Vorinstanz explizit widersetzt haben. Sie befürchten eine unkontrollierbare Weiterverbreitung, wodurch Dritten Beweismittel für Schadenersatzklagen in die Hände gespielt werden könnten. Ausserdem wollen sie natürliche Personen, welche in den Selbstanzeigen genannt werden, schützen.

9.5 Hinsichtlich der durch die Selbstanzeigerinnen sowie die Vorinstanz ins Spiel gebrachten Risiken eines Zivilprozesses kann mit TAGMANN/ZIRLICK argumentiert werden, dass das Kartellverwaltungsverfahren den an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen neben einem Bonus nicht auch noch Schutz vor Schadenersatzklagen bieten soll, zumal das Zivilverfahren im Gesetz (Art. 12 ff. KG) ebenfalls ausdrücklich vorgesehen ist (TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 164). Unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Wirksamkeit der Bonusregelung erscheint diese Betrachtungsweise mit Bezug auf das Akteneinsichtsrecht allerdings zweiseitig. Einerseits spricht sie gegen eine zu starke Beschränkung desselben. Andererseits dürfte die Effektivität der Bonusregelung gerade wegen der Gefahr, detaillierte Beweismittel für Zivilprozesse zu liefern, durch zurückhaltende Einsichtsgewährung begünstigt werden.

9.6 Vorinstanz und Selbstanzeigerinnen haben keine konkreten Anhaltspunkte für Schadenersatzklagen genannt oder dargelegt. Presseberichten zufolge haben Kanton und Gemeinden Schadenersatzforderungen jedoch mindestens nicht ausgeschossen. Auf der Titelseite der Handelszeitung vom 22. Januar 2012 beispielsweise steht unter der Überschrift „Tiefbau-Absprachen: Aargauer Klüngeleien“ zu lesen: „Ganz ausgestanden ist der Fall für die Aargauer noch nicht. Ihnen drohen Schadenersatzklagen von Gemeinden und vom Kanton. Der Aargauer Kantonsingenieur Rolf Meier kündigt eine neutrale Untersuchung an. 'Sollte sich er-

weisen, dass in Baustellen des Kantons Schaden entstanden ist, kann es zu Schadenersatzzahlungen kommen', sagt Meier.“ In einem Artikel der Aargauer Zeitung vom 1. Juni 2012 („Noch hält die Wettbewerbskommission der Regierung Daten vor“, wobei recte wohl von 'Vorenthalten' die Rede sein müsste) findet sich folgende Aussage: 'Trotzdem behält sich der Regierungsrat vor, Sanktionen gegen die Firmen zu ergreifen und Schadenersatz zu verlangen, falls sich trotzdem ein Schaden einstellen sollte.“

Soweit der Kanton und / oder Gemeinden durch die in der angefochtenen Verfügung dargestellten Absprachen geschädigt worden sein sollten, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung entsprechender Ersatzforderungen. Dieses konterkariert das öffentliche Interesse, von den Selbstanzeigen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu befördern. Letzteres lässt sich jedoch als grundsätzlich überwiegend betrachten, weil es im Dienste der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen steht. Kommen solche erst gar nicht ans Licht, können auch keine Schadenersatzforderungen ins Auge gefasst werden.

Neben dem Kanton und Gemeinden könnten möglicherweise Offerenten geschädigt worden sein, welche sich an den vorinstanzlich festgestellten Submissionsabsprachen nicht beteiligt und wegen diesen den Zuschlag verfehlt haben, was indessen schwierig zu beweisen sein dürfte. Solche Anbieter hätten unter Umständen grosses Interesse, auf Kopien der Selbstanzeigen zuzugreifen.

Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) hätten die Selbstanzeigen auch mündlich zu Protokoll gegeben werden können. Nach TAGMANN/ZIRLICK (Art. 49a N. 138) bietet sich diese Möglichkeit namentlich zum Schutz vor der Verpflichtung zur Herausgabe von Dokumenten in (ausländischen) Zivilverfahren an. Wegen der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG sowie der in Art. 8 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. b SVKG statuierten Pflicht zur Vorlage der Beweismittel stellt sich jedoch die Frage, ob der gewünschte Effekt mit einer mündlichen Selbstanzeige tatsächlich erzielt würde. Deshalb liesse sich für den hier zu beurteilenden Fall auch nicht ohne Weiteres behaupten, die Bonusmelderinnen hätten eine Einsichtnahme in ihre Selbstanzeigeakten bzw. eine eventuelle Herausgabe von Kopien derselben durch eine mündliche Anzeige verhindern können.

9.7 Eine wirksame Verteidigung aufgrund der Akteneinsicht entsprechend den vom Sekretariat festgelegten Modalitäten (beliebige Anzahl Einsichtnahmen während der Bürozeiten in den Räumlichkeiten des Sekretariats mit der Erlaubnis, sich vom Inhalt der Selbstanzeigen Notizen zu machen oder ihn auf Tonträger zu sprechen) erscheint vorliegend auch ohne die Möglichkeit, Kopien zu erstellen oder zu erhalten, durchaus gewährleistet. Diesselbst wenn eine Durchsicht sämtlicher Akten der Bonusmeldungen, insgesamt etwa 540 Seiten, angezeigt ist, denn die die Beschwerdeführenden betreffenden Textstellen sind nicht sehr umfangreich. Diejenigen Unternehmen, welche Bonusmeldungen einreichten,

machten Angaben darüber, bei welchen Ausschreibungen sie selbst Abreden getroffen haben. Ihre Angaben beziehen sich indessen nicht nur auf eine Beteiligung der Beschwerdeführenden, sondern enthalten Aussagen über eine Beteiligung der rund 30 Unternehmen, welche in das vorinstanzliche Verfahren involviert waren. Die Bonusmelderinnen reichten entsprechende Belege ein, die rund 430 Seiten umfassen, bei denen es sich grösstenteils um ihre eigenen Offerten, um Offertöffnungsprotokolle sowie um Auszüge aus dem System des Schweizerischen Baumeisterverbandes handelt. Letztere beiden Belegarten dürften den Beschwerdeführenden, sofern sie sich an der betreffenden Ausschreibung beteiligt haben, aber ohnehin bekannt sein.

Für die Beschwerdeführenden sind letztlich nicht alle im Rahmen der Selbstanzeigen gemachten Aussagen und eingereichten Aktenstücke relevant, sondern nur diejenigen Textstellen und Belege, in denen sie einer Absprachebeteiligung bezichtigt werden, wobei es sich in der Regel um kurze Passagen handelt. Bei welchen Ausschreibungen und inwiefern dies der Fall war, wird aus den Selbstanzeigen und den Übersichtstabellen rasch ersichtlich. Gleiches gilt mit Blick auf die 9-seitige Birchmeier-Liste, welche jeweils namentlich die Bauherrschaft, das Bauobjekt, die fragliche Summe, die Mitbewerber und das betreffende Datum nennt. Zu Recht vertritt die Vorinstanz denn auch den Standpunkt, dass die nicht kopierbaren Dokumente zwar nicht nur ein paar wenige Seiten umfassten, ihr Umfang durch die Einsichtnahme vor Ort aber bewältigt werden könne.

9.8 Demgemäss lässt sich als Ergebnis festhalten, dass vorliegend gewichtige Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG geltend gemacht werden, welche das Interesse der Beschwerdeführenden an einer Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen überwiegen.

10.

Soweit darauf eingetreten wird, ist der Verfahrensantrag der Beschwerdeführenden auf Herausgabe von Aktenskopien demnach abzuweisen. Es ist ihnen antragsgemäss eine Frist von 60 Tagen zur Einreichung einer Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 5. Juli 2013 anzusetzen.

11.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Verfügung ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Soweit darauf einzutreten ist, wird der Verfahrensantrag der Beschwerdeführenden auf Herausgabe von Aktenskopien abgewiesen.

2.

Die Beschwerdeführenden erhalten Gelegenheit, bis zum 29. April 2014 eine Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 5. Juli 2013 einzureichen.

3.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Verfügung wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr 22-0385; Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

2. Urteil vom 3. Mai 2018 in Sachen X. AG gegen Y. AG – Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 in Sachen X. AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Y. AG, vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin, Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016.

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die Y. AG (Beschwerdegegnerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen der Beschwerdegegnerin, der X. AG (Beschwerdeführerin), sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge von Marken des [...] Konzerns.

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung [...] gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin zustande. Sie datiert vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der WEKO genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Diese fochten die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an.

D.

Durch Verfügung vom 19. Oktober 2015 auferlegte die Wettbewerbskommission den vier erwähnten Unternehmen, welche keine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat geschlossen hatten, Sanktionen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Beschwerdeverfahren betreffend diese sog. Sanktionsverfügung waren bei Eröffnung des vorliegenden Urteils B-5113/2016 beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

E.

Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht die Nichtigkeit von dessen Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 mit Urteilen vom 13. April 2016 fest und trat wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerden nicht ein.

F.

Am 6. Juni 2016 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 lautet wie folgt:

„1. Die nachfolgende von der Y. AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:

'Die Y. verpflichtet sich:

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

2. Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der Y. AG auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung].“

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die Beschwerdegegnerin erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe sie als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise

auf eine anstiftende oder führende Rolle der Beschwerdegegnerin beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

G.

Mit Eingabe vom 23. August 2016 focht die Beschwerdeführerin die Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juni 2016 in der Rechtssache [...] aufzuheben.
2. Es sei die Untersuchung [...] ohne Folgen einzustellen.
3. Es sei von Amtes wegen zu prüfen, welche Mitglieder der WEKO in Ausstand hätten treten sollen.
4. Es sei vor dem Entscheid über die Anträge 1 und 2 eine Anhörung der Verfahrenspartei Y. durchzuführen, an welcher die Beschwerdeführerin Fragen stellen kann.
5. Es sei davon Vermerk zu nehmen, dass die angefochtene Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthält und Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Zusammenfassend begründete die Beschwerdeführerin ihre Anträge wie folgt: Unzulässigerweise habe die Vorinstanz die Untersuchung separat gegenüber der Beschwerdegegnerin abgeschlossen. Sie habe den Sachverhalt allein gestützt auf deren Darstellung ermittelt und ihr den Kronzeugenstatus zu Unrecht verliehen, denn die Beschwerdegegnerin sei nach eigenen Angaben Preisführerin. Deswegen sei auch keine Wettbewerbsabrede möglich. Die Sanktionsverfügung gegenüber der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2015 stütze sich auf die nichtige Verfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 bzw. auf die nachgeschobene Verfügung der WEKO vom 6. Juni 2016, bei welcher der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör verweigert worden sei.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. November 2016 beantragte die

Vorinstanz, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen. Gleiches beantragte die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 16. November 2016.

I.

Auf die entscheidungswesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m.H.). Für das kartellgesetzliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt das VwVG, soweit das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Art. 30 Abs. 1 KG bestimmt, dass die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (vgl. BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 7.4, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012). Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, die Genehmigungsverfügung der WEKO vom 6. Juni 2016 sei infolge formeller Fehler nichtig.

1.1.1 Zur Begründung erklärt die Beschwerdeführerin, das Verfahren gegenüber der Beschwerdegegnerin sei (wiederholt) zu Unrecht separat und unabhängig von den anderen Parteien abgeschlossen worden. Werde eine Untersuchung gegen mehrere Parteien eingeleitet, solle sie nach dem Grundsatz der Einheit der Materie auch gegen alle gleichzeitig abgeschlossen werden. Zwischen der angefochtenen Genehmigungsverfügung und der Hauptverfügung bestehe ein sehr enger sachlicher Zusammenhang. Alle Parteien seien an derselben angeblichen Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen; die Beschwerdegegnerin habe ihr eigenes sowie das Verhalten der übrigen Parteien angezeigt, und schliesslich sei die Untersuchung allen Parteien gegenüber eröffnet worden.

Eine vorzeitige Entlassung einer Partei führe nämlich dazu, dass ein Präjudiz geschaffen werde, von welchem bei Eintreten der Rechtskraft nicht mehr abgewichen werden könne, auch wenn im Hauptverfahren weitere Erkenntnisse gewonnen würden, welche die bereits entlassene Partei genauso betreffen wie die anderen, einschliesslich der Beschwerdeführerin. Es entstehe der Eindruck, die Vorinstanz habe in Missachtung verfahrensrechtlicher Garantien mit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin vollendete Tatsachen schaffen wollen: Der Beschwerdeführerin sollte es faktisch verunmöglicht werden, vor einer Rechtsmittelinstanz eine Überprüfung des fraglichen Sachverhalts zu erwirken.

1.1.2 Die Vorinstanz erwidert, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin handle es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um eine Teilverfügung, mit welcher die Beschwerdegegnerin vorzeitig aus dem Verfahren entlassen werde. Die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen sei mit der Verfügung vom 19. Oktober 2015 abgeschlossen worden. Darin seien die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erststofferten für Neufahrzeuge und die Verbreitung dieser Konditionen durch die Plattform der [...] an weitere autorisierte Schweizer Händler des [...] Konzerns als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert und die Teilnahme der Beschwerdegegnerin an dieser Abrede festgestellt worden. In der angefochtenen Verfügung habe sich die Vorinstanz auf die Feststellungen in der Verfügung vom 19. Oktober 2015 gestützt und über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerde-

gegnerin sowie über den Erlass der Sanktion aufgrund der Selbstanzeige neu entschieden.

Das Bundesverwaltungsgericht werde die Rechtsgültigkeit des Entscheides der WEKO bezüglich der Beschwerdeführerin und der anderen beteiligten Unternehmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend die Verfügung vom 19. Oktober 2015 überprüfen. Es sei daher nicht ersichtlich, welche vollendeten Tatsachen durch den Erlass der angefochtenen Verfügung geschaffen worden seien.

1.1.3 Die Beschwerdegegnerin legt dar, mit dem neuen Entscheid der Vorinstanz als Gesamtbehörde sei nun formell korrekt über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung entschieden worden. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, welche sonstigen Verfahrensfehler vorliegen würden, die angeblich zur Nichtigkeit der angefochtenen Genehmigungsverfügung und der Sanktionsverfügung geführt haben sollten.

Der Abschluss einer kartellrechtlichen Untersuchung gegenüber einer Partei, die eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen habe, sei rechtlich zulässig und sinnvoll, was auch die Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden zeige. Die Beschwerdeführerin begründe ihre Auffassung, dass eine solche Teilverfügung unzulässig sei, bezeichnenderweise einzig mit einem Analogieschluss zum verfassungsmässigen Gebot der Einheit der Materie für Volksinitiativen. Dieses regle aber etwas komplett anderes, nämlich die unverfälschte Willenskundgabe des Stimmbürgers.

Die Beschwerdeführerin könne den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung ihres Verhaltens im Rahmen des separaten Beschwerdeverfahrens gegen die Sanktionsverfügung überprüfen lassen.

1.1.4 Die Nichtigkeit einer Verfügung muss von Amtes wegen beachtet werden; sie kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (vgl. etwa BGE 140 III 651 E. 3, 139 II 243 E. 11.2 ff., 137 III 217 E. 2.4.3, 133 II 366 E. 3.1 und 127 II 32 E. 3; Urteile des BVer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3, A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 1.3.1, B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1, A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3 und B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., 2016, N. 1096). Nichtig ist eine Verfügung nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn sie an einem besonders schweren, offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel leidet und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden würde. Als Nichtigkeitsgründe fallen nach der Praxis hauptsächlich die funktionelle und die sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2, 138 II 501 E. 3.1, 137 I 273 E. 3.1, 133 II 366 E. 3.2 und 132 II 21 E. 3.1; Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2).

Sollte sich die strittige Verfügung vom 6. Juni 2016 als nichtig erweisen, wäre mangels eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.3; Urteile des BVer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3, B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1 und A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3). Rechtlich

gälte die Verfügung als inexistent (vgl. PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., 2014, § 31 N. 14).

1.1.5 Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-5290/2014 vom 13. April 2016 (E. 5.9) feststellte, war die Genehmigungsverfügung des seinerzeitigen Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt nichtig. Am 19. Oktober 2015 hatte die WEKO die Sanktionsverfügung gegenüber den von der Bonusmelderin einer Wettbewerbsabrede bezichtigten Unternehmen erlassen. Am 6. Juni 2016 verfügte die WEKO die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Selbstanzeigerin. Ihr gegenüber wurde die Untersuchung also weiterhin separat beendet. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts verweist die Genehmigungs- nun auf die Sanktionsverfügung zurück. Dadurch hat die WEKO eine alle an der mutmasslichen Abrede Beteiligten umfassende rechtliche Würdigung des inkriminierten Vergangenheitssachverhalts vorgenommen, indem sie auch die Teilnahme der Beschwerdegegnerin festgestellt hat (angefochtene Verfügung S. 5, Sanktionsverfügung S. 96 f. Rz. 407 ff.; vgl. auch BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, sowie Urteil des BVer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1).

Die Beschwerdeführerin argumentiert mit dem Grundsatz der Einheit der Materie. Dieser bezieht sich allerdings auf Verfassungsrevisionen (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) sowie andere Abstimmungsvorlagen. Er zielt auf den inhaltlichen Zusammenhang derselben und bezweckt eine unverfälschte Willenskundgabe der Stim-menden. Mithin handelt es sich um einen Ausfluss der Garantie der politischen Rechte gemäss Art. 34 BV (vgl. BGE 129 I 366 E. 2.2; ASTRID EPINEY/STEFAN DIEZIG, BSK BV, 2015, Art. 139 N. 25 f.). Angesichts dieses spezifischen Regelungsgegenstandes liesse sich aus dem Grundsatz der Einheit der Materie selbst im Rahmen einer Analogie nicht herleiten, die angefochtene Verfügung sei nichtig. Vorliegend resultiert aber ohnehin keine getrennte rechtliche Beurteilung der mutmasslichen Wettbewerbsabrede für die Bonusmelderin einerseits und die Beschwerdeführerin andererseits, da diese Beurteilung in der Sanktionsverfügung, auf welche die angefochtene Verfügung verweist, vorgenommen wurde. Auch sonst sind bezüglich der Genehmigungsverfügung keine Nichtigkeitsgründe ersichtlich, so dass sie effektiv ein Anfechtungsobjekt bildet. Unter diesen Umständen braucht auf die Frage, ob es sich dabei um eine Teilverfügung handle, nicht näher eingegangen zu werden.

1.2 Als zweites Anfechtungsobjekt nennt die Beschwerdeführerin das Begleitschreiben der WEKO vom 23. Juni 2016 zum Versand der Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016. In diesem Begleitschreiben nahm die WEKO zu Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2016 Stellung.

1.2.1 Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin fest, beim Schreiben vom 23. Juni 2016 handle es sich um einen hoheitlichen Entscheid der Vorinstanz in einem

individuell-konkreten Fall, namentlich bezüglich der Beschwerdeführerin in der Untersuchung [...]. Die Vorinstanz entscheide in Anwendung des Kartellgesetzes, welches Bundesverwaltungsrecht darstelle. Das Handeln einer Behörde erzeuge dann Rechtswirkungen, wenn sie gegenüber jemand anderem Rechte oder Pflichten begründe, ändere oder aufhebe, darüber eine Feststellung treffe oder auf solche Begehren nicht eintrete. Somit werde in einer Verfügung ein Rechtsverhältnis geregelt. Mit Schreiben vom 23. Juni 2016 habe die Vorinstanz über die Anträge der Beschwerdeführerin im konkreten Einzelfall entschieden. Daher liege eine Rechtswirkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG vor.

1.2.2 In ihrer Vernehmlassung erwiderte die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin stelle keinen Antrag betreffend das Schreiben vom 23. Juni 2016. Die WEKO äussere sich nur zu den Anträgen der Beschwerdeführerin und zu den entsprechenden Begründungen.

1.2.3 Die Beschwerdegegnerin vertritt die Meinung, es sei unklar, was die Beschwerdeführerin mit diesem Vorbringen bezwecke und was sie daraus ableiten wolle. Eine Aufhebung des Schreibens vom 23. Juni 2016 - das im Übrigen ein einfaches Verwaltungsschreiben und keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstelle - werde mit der Beschwerde nicht beantragt. Anfechtungsobjekt sei deshalb einzig die Genehmigungsverfügung.

1.2.4 Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

- „a. die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
- b. die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten;
- c. die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren.“

1.2.5 Mit Begleitschreiben vom 12. Mai 2016 sandte das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen Antrag gleichen Datums an die WEKO betreffend Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin vom 16. April 2014. In diesem Begleitschreiben finden sich unter anderem folgende Bemerkungen:

„Das Sekretariat hat einen Antrag bezüglich der Y. gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erstellt, welchen wir Ihnen in der Beilage zur Kenntnisnahme senden.“

Mit heutigem Schreiben wurde der Y. die Möglichkeit gegeben, gemäss Art. 30 Abs. 2 KG bis am Dienstag, den 31. Mai 2016, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen.“

Die Beschwerdeführerin wurde nicht zur Stellungnahme zu diesem Antrag des Sekretariats eingeladen.

In ihrer Eingabe vom 31. Mai 2016 stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz folgende Anträge:

„1. Es sei von Amtes wegen zu prüfen, welche Mitglieder des Sekretariats und der WEKO im Nachgang zum Nichtigkeitsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in den Ausstand zu treten haben.“

2. Der einvernehmlichen Regelung mit der Y. sei die Genehmigung zu verweigern.

3. Das Verfahren Nr. [...] sei gegenüber der X. ohne Folge einzustellen.

4. Eventualiter zu den Anträgen Nr. 2/3:

a) Es sei das Sekretariat anzuweisen, die Vorabklärung [...] (Art. 26 KG) gegenüber Y. in eine Untersuchung (Art. 27 KG) zu überführen zwecks Abklärung der Preisführerschaft (Art. 7 KG).

b) Es sei die Genehmigung der EVR mit der Y. bis zum Abschluss des Untersuchungsverfahrens [...] zu sistieren.

5. Es sei in jedem Fall von [recte wohl "vor"] dem Entscheid über die Genehmigung der EVR eine Anhörung der Verfahrenspartei durchzuführen.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Zum Rechtsbegehren Ziff. 1 hielt die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 23. Juni 2016 an die Beschwerdeführerin namentlich fest:

„Vorliegend waren bzw. sind keine Gründe oder Umstände, die eine Ausstandspflicht im Rahmen des Entscheids bezüglich der Genehmigung der EVR vom 16. April 2014 hervorrufen konnten bzw. können, ersichtlich. [...] Schliesslich sei noch anzumerken, dass die von der Verfügung vom 6. Juni 2016 einzige betroffene Partei, nämlich die Y., keine Ausstandsgründe geltend gemacht hat.“

Zu den Rechtsbegehren Ziff. 2 - 5 äusserte sich die Vorinstanz im erwähnten Schreiben folgendermassen:

„Auf die Anträge 2 - 4 ist die WEKO in der Verfügung vom 6. Juni 2016 nicht eingetreten, da die X. keine Partei im vorliegenden Verfahren ist.“

[...]

Die Untersuchung [...] gegen die X. wurde bereits mit der Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 abgeschlossen. Die Beschwerde der X. gegen diese Verfügung ist noch beim BVGer hängig. Ob die betroffene Untersuchung einzustellen ist, wird erst im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens entschieden.

[...]

Der Gegenstand dieses Verfahrens [...] ist vom beanstandeten Verhalten im Rahmen der Untersuchung [...] unabhängig. Eine Sistierung der Untersuchung gegenüber der Y. rechtfertigte sich daher nicht.

[...]

Die WEKO führt praxismässig bei der Genehmigung einer EVR in der Regel keine Anhörung durch, ausser wenn die an der EVR teilnehmenden Parteien eine solche verlangen. Wie oben bereits erwähnt, ist einzig die Y. von der Verfügung vom 6. Juni 2016 betroffen und Partei im betreffenden Verfahren. Wir informieren Sie gerne, dass die Y. kein Interesse an einer Anhörung durch die WEKO bekundet hat.“

Dem Zitat lässt sich entnehmen, dass das fragliche Schreiben informativen Charakter hat, jedoch keine Rechtswirkungen erzeugt. Es impliziert weder eine Begründung, Änderung oder Aufhebung, noch eine Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfangs von Rechten und Pflichten. Sodann beinhalten die oben zitierten Anträge der Beschwerdeführerin keine Begehren um Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten, auf welche die

Vorinstanz in ihrem Schreiben nicht eingetreten wäre. Folglich handelt es sich bei diesem Schreiben nicht um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, sodass kein zweites Anfechtungsobjekt existiert. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat vor Bundesverwaltungsgericht denn auch kein Rechtsbegehren hinsichtlich des Schreibens der Vorinstanz vom 23. Juni 2016 (etwa um Aufhebung oder Änderung desselben) gestellt. Ihr Versuch, durch Anträge im vorinstanzlichen Verfahren ein weiteres Anfechtungsobjekt zu kreieren, läuft demnach ins Leere.

2.

2.1 Da das KG keine einschlägige Vorschrift enthält, bestimmt sich die Beschwerdebefugnis in Anwendung von Art. 48 VwVG.

2.1.1 Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a, sog. formelle Beschwer; BGE 141 II 14 E. 4.4), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.1.2 Art. 48 Abs. 1 VwVG soll die Popularbeschwerde ausschliessen. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Eine Aufhebung oder Änderung des Entscheids muss ihm einen praktischen Nutzen verschaffen (BGE 139 II 279 E. 2.2; Urteil des BGer 2C_73/2014 vom 28. Januar 2015 E. 2.1).

2.1.3 Das in Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG erwähnte „Berührtsein“ bildet bei materiellen (primären) Verfügungsadressaten keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben. Bei Drittbeschwerden hingegen muss das besondere Berührtsein als selbständige Legitimationsvoraussetzung kumulativ zum schutzwürdigen Interesse geprüft werden (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4, 139 II 279 E. 2.2, 137 IV 134 E. 5.1.1 f. und 133 V 188 E. 4.3.1 ff.).

2.1.4 Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern bzw. begründen (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1; BVGE 2013/17 E. 3.4.2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 2.67; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 48 N. 5 m.H.). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert, tritt die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Beschwerde ein (Marantelli-Sonanini/Huber, Art. 48 N. 7 m.H.).

2.2 Vorinstanz und Beschwerdegegnerin vertreten den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde berechtigt.

2.2.1 In diesem Zusammenhang legt die Beschwerdeführerin dar, hinsichtlich der Verfügung vom 6. Juni 2016 fehle es grundsätzlich an der formellen Beschwer, da ihr diese Verfügung nicht formell eröffnet worden sei. Dadurch, dass sie gemeinsam mit der Bonusmelderin an einer von der WEKO festgestellten Wettbewerbsabrede beteiligt sei, sei sie besonders berührt. Die angefochtene Verfügung hätte nach Meinung der Beschwerdeführerin gegenüber sämtlichen Parteien der vorinstanzlichen Untersuchung formell eröffnet werden müssen, sodass auch die Beschwerdeführerin formell beschwert gewesen wäre.

Aufgrund fehlender Abklärungen zu wesentlichen Elementen des Sachverhalts, insbesondere zur Frage der Preisführerschaft und zur Rolle der Bonusmelderin beim Wettbewerbsverstoss, sei nicht klar, ob die einvernehmliche Regelung mit der Bonusmelderin sowie deren Status als Kronzeugin überhaupt gerechtfertigt seien. Dadurch entstehe der Beschwerdeführerin ein folgenreicher Nachteil. Sie werde so hingestellt, als habe sie sich an einem Kartell beteiligt, obwohl die Bonusmelderin nach eigenen Angaben Preisführerin sei.

Bei der angefochtenen Verfügung handle es sich nicht um eine Teilverfügung, sondern um einen Teilentscheid, der die Untersuchung für einen Teil der Adressatinnen und bestimmte Rechtsfragen rechtskräftig erledigen solle. Es liege auf der Hand, dass dies die übrigen Adressatinnen derselben Untersuchung direkt betreffe, weil ein Teil des Sachverhalts für die Untersuchung ausgeklammert und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen separat erledigt worden seien - faktisch vorab, weil die neue Verfügung mit derjenigen vom 8. August 2014 inhaltlich identisch sei.

Für die Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin sei es unerlässlich, dass die Rolle der Selbstanzeigerin beim angeblichen Wettbewerbsverstoss hinreichend untersucht und geklärt werde, insbesondere wegen deren möglicher Preisführerschaft in einem von ihr sowohl auf Stufe [...] als auch auf Stufe [...] mit einem Anteil von gegen [...] % dominierten Markt.

Folglich sei die Beschwerdeführerin stärker als jedermann betroffen und habe ein unmittelbares, schützenswertes Interesse daran, dass die Verfügung aufgehoben werde.

2.2.2 Die Vorinstanz argumentiert, die Beschwerdeführerin sei nicht formell beschwert, denn sie habe im Verfahren betreffend die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung keine Parteistellung gehabt. Auch die materielle Beschwer fehle. Weder in der einvernehmlichen Regelung noch in der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz (materielle oder formelle) Feststellungen gegenüber der Beschwerdeführerin gemacht. Gegenstand der angefochtenen Verfügung sei die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen der Selbstanzeigerin und dem Sekretariat. Daher beeinflusse die angefochtene Verfügung in keiner Weise die rechtliche oder tatsächliche Situation der Beschwerdeführerin.

Ausserdem sei nicht ersichtlich, welchen Einfluss der vollständige Erlass der Sanktion zugunsten der Selbstanzeigerin auf das Beschwerdeverfahren B-7834/2015 und die Beschwerdeführerin haben könnte. Insbesondere impliziere ein solcher keine Verschlechterung der rechtlichen Situation der Beschwerdeführerin. Diese habe aufgrund der angefochtenen Verfügung keinen Nachteil erlitten, welcher durch Gutheissung der Beschwerde beseitigt werden könnte. Ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung fehle daher.

2.2.3 Die Beschwerdegegnerin erklärt, was die Beschwerdeführerin vortrage, beziehe sich fast ausnahmslos auf die Sanktionsverfügung. Es sei im separaten Beschwerdeverfahren gegen diese Verfügung vorzubringen und zu beurteilen. Mit der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 sei die vorinstanzliche Untersuchung [...] gegenüber der Beschwerdeführerin abgeschlossen worden. Ab diesem Zeitpunkt sei die Beschwerdeführerin nicht mehr Partei der Untersuchung gewesen. Durch die später ergangene, angefochtene Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 sei sie deshalb nicht formell beschwert.

Zudem sei die Beschwerdeführerin keine materielle Verfügungsadressatin, bei der a priori eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache bestehe. Die angefochtene Genehmigungsverfügung regle nämlich keine Rechte und Pflichten gegenüber der Beschwerdeführerin. Entsprechend wäre diese nur dann materiell beschwert, wenn sich die Verfügung wesentlich nachteilig auf sie auswirken würde, was aber nicht der Fall sei. In der Verfügung sei die einvernehmliche Regelung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Sekretariat der Vorinstanz genehmigt und auf eine Sanktion verzichtet worden. Schliesslich seien der Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten auferlegt worden. Zur Begründung, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede gegeben sei, habe die Vorinstanz in der Genehmigungsverfügung vollumfänglich auf die Sanktionsverfügung, in welcher auch die Teilnahme der Beschwerdegegnerin festgestellt worden sei, verwiesen. Die Genehmigungsverfügung mache keine Aussagen über das Verhalten der Beschwerdeführerin, habe keinerlei Auswirkungen auf diese und keine Nachteile für sie zur Folge. Daher fehle es ihr auch an einer materiellen Beschwer. Mangels Beschwerdelegitimation sei auf die Beschwerde deshalb nicht einzutreten.

2.3 Kartellrechtliche Untersuchungen werden entweder durch Verfügung oder einvernehmliche Regelung abgeschlossen (Art. 30 Abs. 1 KG). Mittels Verfügung lassen sich Untersuchungen auch einstellen, während die einvernehmliche Regelung nur in Frage kommt, wenn das Sekretariat eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erkennt (BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012). Das Sekretariat ist allein zuständig für den Entscheid darüber, ob, mit wem, wann und wie über eine einvernehmliche Regelung verhandelt wird. Es liegt in seinem Ermessen, diesbezügliche Gespräche in die Wege zu leiten. Überhaupt ist das Verfahren der einvernehmlichen Regelung für alle Beteiligten freiwillig. Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung bildet gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseiti-

gung einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche Regelung ist zukunftsgerichtet; sie zielt darauf ab, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Inhaltlich kann sich eine einvernehmliche Regelung nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken; ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012; Urteile des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6 und 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.2 ff.; Urteile des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.7 und B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1.1 f., je m.H.).

2.4 Im Verfahren zur Genehmigung der einvernehmlichen Regelung behandelte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht als Partei. Sie brachte ihr den Verfügungsantrag des Sekretariats zur Kenntnis, lud sie aber nicht ein, sich dazu vernehmen zu lassen. Ungeachtet dessen äusserte sich die Beschwerdeführerin zum Sekretariatsantrag und stellte entsprechende Rechtsbegehren. Diese wiederum kommentierte die WEKO in ihrem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 23. Juni 2016. Wengleich die Beschwerdeführerin also nicht formell mit Parteistellung in das Genehmigungsverfahren einbezogen wurde, hat sie daran doch teilgenommen. Sie war zudem Partei der Untersuchung, aus welcher dieses Verfahren hervorging. Durch die Rückverweisung der Genehmigungs- auf die Sanktionsverfügung besteht auch eine inhaltliche Verbindung zwischen den beiden Verfahren. Ob sich daraus formelle Beschwer im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG ergibt, kann jedoch offengelassen werden, weil die in Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen und es, wie nachfolgend dargelegt wird, am besonderen Berührtsein bzw. am schutzwürdigen Interesse fehlt (vgl. Urteil des BVGer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 4.3).

2.5 Wie bereits erwähnt, stellt sich des Weiteren die Frage nach dem besonderen Berührtsein gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG. Der Beschwerdeführerin wird vorgeworfen, mit der Bonusmelderin (sowie weiteren Unternehmen) an einer Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen zu sein. Diese hat die WEKO in der Sanktionsverfügung, auf welche die Genehmigungsverfügung verweist, für unzulässig befunden. Als Adressatin der Sanktionsverfügung steht die Beschwerdeführerin folglich in einer gewissen Beziehungsnähe zur vorliegenden Streitsache. Allerdings beschränkt sich die angefochtene Verfügung vom 6. Juni 2016 auf die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und den Verzicht auf eine Sanktion ihr gegenüber.

2.6 Durch die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und den Verzicht auf eine Sanktion dieser gegenüber ist die Beschwerdeführerin nicht besonders berührt, wie es Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG verlangt. Einerseits handelt es sich bei der einvernehmlichen naturgemäss um eine prospektive Regelung, ausschliesslich im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Auch die Beschwerdeführerin hätte die Möglichkeit gehabt, eine entsprechende Vereinbarung mit dem Sekretariat zu treffen. Andererseits erfolgte die rechtliche Würdigung des inkriminierten Sachverhalts mit

der im Zeitpunkt der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung bereits erlassenen Sanktionsverfügung, sowohl hinsichtlich der Beschwerdeführerin als auch der Beschwerdegegnerin. Deswegen würde eine Aufhebung oder Änderung der hier angefochtenen Genehmigungsverfügung der Beschwerdeführerin keinen praktischen Nutzen verschaffen.

Dass im Rahmen der gegenüber der Sanktionsverfügung noch hängigen Beschwerdeverfahren auch eine allfällige anstiftende oder führende Rolle der Bonusmelderin zu prüfen sein wird, vermag daran nichts zu ändern. Selbst wenn sich erweisen sollte, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich eine derartige Rolle ausgeübt hätte, würde damit zwar die für den Sanktionsverzicht gemäss Genehmigungsverfügung massgebende Grundlage entfallen. Inwiefern die Beschwerdeführerin aber dadurch, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen zu Unrecht auf eine Sanktionierung verzichtet hätte, mehr als jedermann betroffen sein könnte, ist jedoch nicht ersichtlich.

Entsprechend fehlt ihr auch ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG an deren Aufhebung oder Änderung. Ein solches bestünde im rechtlichen oder tatsächlichen Nutzen, welcher ihr aus einer Gutheissung ihrer Begehren unmittelbar erwachsen würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 m.H.). Eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung hätte aber lediglich zur Folge, dass die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und der zu ihren Gunsten gesprochene Sanktionsverzicht dahinfielen. Dies würde der Beschwerdeführerin keinen (unmittelbaren) Vorteil verschaffen, weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht. Das kartellrechtswidrige Verhalten, welches ihr vorgeworfen wird, unterliegt im Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung einer Überprüfung mit voller Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht. In jenem Verfahren bietet sich der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, das angestrebte Ziel zu erreichen, was einer Rechtsmittellegitimation in diesem Verfahren ebenfalls entgegensteht (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BVerG B-1161/2013 vom 14. Januar 2014 E. 3.2).

2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels entsprechender Legitimation auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Somit erübrigt es sich auch, auf die weiteren Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin einzugehen.

3.

3.1 Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zu

entnehmen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Der Restbetrag von Fr. 1'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.2 Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Zu berücksichtigen ist dabei, dass ein Grossteil des Aufwandes für die Anfechtung der Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 in gleicher Weise bei zwei Untersuchungsadressatinnen, welche sich durch den selben Anwalt haben vertreten lassen, angefallen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdegegnerin wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdegegnerin innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Beschwerdegegnerin;
- die Vorinstanz;
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	3. Urteil vom 24. Mai 2018 in Sachen A. AG (Bank) gegen Wettbewerbskommission – Zwischenverfügung vom 17. November 2017 betreffend Auskunftspflicht (i.S. Devisenhandelskurse)
-----	---

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Mai 2018 A. AG (Bank), vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Zwischenverfügung vom 17. November 2017 betreffend Auskunftspflicht (i.S. Devisenhandelskurse)

Sachverhalt:

A.

Am 28. März 2014 eröffnete die Vorinstanz eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) gegen die Beschwerdeführerin sowie eine Reihe weiterer Banken wegen Verdachts auf unzulässige Wettbewerbsabreden im Devisenhandel (Art. 5 KG; Verfahren Nr. 22-0428).

B.

B.a Mit Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016 forderte die Vorinstanz von den verfahrensbeteiligten Unternehmen die Bekanntgabe aufbereiteter Umsatzzahlen zum Devisenhandel. In der Folge passte die Vorinstanz das Auskunftsbegehren wiederholt an und hiess mehrere Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdeführerin gut. Am 16. und 24. Januar 2017 übermittelte die Beschwerdeführerin einen Teil der angeforderten Kennzahlen.

Am 14. Juni 2017 forderte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin die Bekanntgabe der ausstehenden Daten in aufbereiteter Form; die angesetzte Frist wurde wiederholt erstreckt, letztmals bis zum 31. Oktober 2017. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie verweigere die Herausgabe der zusätzlichen Daten.

B.b Mit Verfügung vom 17. November 2017 verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin kostenfällig zur Herausgabe der strittigen Daten bis zum 27. November 2017 (Dispositivziffern 1 und 2) und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositivziffer 3).

C.

C.a Gegen diese Verfügung der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin am 22. November 2017 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht mit den folgenden Anträgen:

Die Ziffern 1 und 2 der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. November 2017 seien aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der Wettbewerbskommission.

Die Beschwerdeführerin machte geltend, ihr drohe ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 VwVG; die angefochtene Zwischenverfügung verstosse gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs und setze die Beschwerdeführerin der Gefahr von Reputationsschäden sowie Haftungsrisiken aus (Beschwerde, Rz 14 ff.).

Darüber hinaus stellte die Beschwerdeführerin den Verfahrens Antrag, Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerde sei superprovisorisch für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung zu erteilen; eine Dringlichkeit sei nicht gegeben (Beschwerde, Rz 25 ff., 34 f.).

C.b Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 23. November 2017 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vorinstanz Gelegenheit eingeräumt, zur Dringlichkeit der Auskunftserteilung Stellung zu nehmen.

Die Vorinstanz reichte am 30. November 2017 eine Stellungnahme zu den Gründen des erfolgten Entzugs der aufschiebenden Wirkung ein. Sie trug vor (Rz 10 ff.), das Auskunftsbegehren datiere vom 13. Mai 2016. Die Beschwerdeführerin habe sich im Rahmen anfänglicher Kooperation wiederholt Fristen erstrecken lassen; nach umfangreicher Korrespondenz sowie teilweiser Datenlieferung habe die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2017 überraschend die Erteilung der verbleibenden Auskünfte verweigert. Dadurch werde die bereits 2014 eröffnete komplexe Untersuchung mit mehreren Verfahrensbeteiligten in stossender Weise verzögert.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 5. Dezember 2017 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bestätigt. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, das Beschleunigungsgebot allein genüge zur Begründung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung nicht.

C.c Am 22. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzte Beschwerdebegründung ein. Darin hielt sie im Wesentlichen an ihren bisherigen Vorbringen fest und machte überdies geltend, ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe ihr insbesondere, da der Rechtsschutz bei grenzüberschreitendem Informationsaustausch unvollkommen sei (ergänzte Beschwerdeschrift, Rz 10). Die angefochtene Auskunftsverfügung verletze den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, das Legalitätsprinzip, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz sowie das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht der Beschwerdeführerin (ergänzte Beschwerdeschrift, Rz 21 ff., 25 ff., 49 ff., 54 ff.).

Die Vorinstanz reichte am 23. Februar 2018 eine Vernehmlassung zur ergänzten Beschwerde ein. In der

Sache machte sie geltend, nach Auffassung des Bundesgerichts drohe auch bei einer Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes kein nicht wiedergutzumachender Nachteil, da mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid ein entsprechendes Beweisverwertungsgebot geltend gemacht werden könne (Rz 13 ff.). Im Übrigen würden die von der Auskunftsverfügung erfassten Daten lediglich die Sanktionsberechnung betreffen, welche wiederum mit der Endverfügung angefochten werden könne (Rz 16 ff., 49 ff.). Für ein allfälliges europäisches Kartellverfahren seien die strittigen Daten irrelevant (Rz 18). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs, des Legalitätsprinzips oder des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes liege nicht vor (Rz 27 ff.), die plötzliche Aussage- bzw. Editionsverweigerung durch die Beschwerdeführerin nach anfänglicher Kooperation, ausführlicher Korrespondenz und mehreren Fristerstreckungsgesuchen verstosse gegen Treu und Glauben (Rz 47 f.).

C.d Mit Eingabe vom 21. März 2018 rügte die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Aktenübermittlung ans Bundesverwaltungsgericht als unvollständig und nahm unter Berufung auf ihr Replikrecht zu verschiedenen vorinstanzlichen Vorbringen im vorliegenden Beschwerdeverfahren Stellung.

Die Vorinstanz entgegnete mit Eingabe vom 9. April 2018, das vollständige Aktenverzeichnis sowie sämtliche im Zusammenhang mit der Auskunftsverfügung relevanten Aktenstücke im vorliegenden Beschwerdeverfahren, in teilweise um Geschäftsgeheimnisse bereinigter Form, übermittelt zu haben.

D.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit für das vorliegende Urteil von Bedeutung, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Auskunftsverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2017.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG erlassen wurden und keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt; beides ist vorliegend erfüllt. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Verfügungsadressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und überdies in schützenswerten Interessen betroffen; die Beschwerdelegitimation ist gegeben (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2 Als beschwerdefähige Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten grundsätzlich auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Allerdings ist eine Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung, vorbehaltlich der Anfechtung von Verfügungen über Zuständigkeit und Ausstand (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG), gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur zulässig,

wenn entweder ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Bst. a) oder aber die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b).

1.2.1 Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss praxisgemäss nicht rechtlicher Natur sein; vielmehr genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen (BGE 130 II 149, E. 2.2, „Swatch“; BVGer, B-6513/2015 18. Februar 2016, E. 2.1, „Alluvia“; A-2082/2014 9. Juli 2014, E. 2.1; A-1081/2014 23. April 2014, E. 1.3; vgl. auch Xaver Baumberger, Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesverwaltungs- sowie vor Bundesgericht, Jusletter 18. Dezember 2006, Rz. 24, m.w.H.). Dabei hat im Rahmen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG die drohende Beeinträchtigung durch den angefochtenen Zwischenentscheid nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht zu sein (BVGer, B-6513/2015, 18. Februar 2016, E. 2.1, „Alluvia“; A-3043/2011, 15. März 2012, E. 1.2.3).

1.2.2 Die Beschwerdeführerin führt als nicht wiedergutzumachenden Nachteil eine Verletzung ihres Aussage- und Editionsverweigerungsrechts durch die angefochtene Verfügung an (Beschwerdeschrift vom 22. November 2017, Rz 14 ff.); zudem drohten ihr Nachteile im Falle eines grenzüberschreitenden Informationsaustauschs der Vorinstanz mit den EU-Wettbewerbsbehörden (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 10). Der in der Eingabe vom 22. November 2017 gemachte Verweis auf drohende Reputationsschäden sowie Haftungsrisiken ist in der ergänzten Beschwerdeschrift nicht mehr enthalten.

Die Vorinstanz wendet ein, selbst wenn der Beschwerdeführerin im vorliegenden Kontext ein Aussage- und Editionsverweigerungsrecht zustünde, was bestritten werde, drohe ihr kein nicht wiedergutzumachender Nachteil, da mit Beschwerde gegen den Endentscheid ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht werden könne (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 13 ff.). Im Übrigen würden die strittigen Daten von einem - sich in casu ohnehin nicht abzeichnenden - Informationsaustausch zwischen den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden nicht erfasst (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 18).

1.2.3 Auf die Auskunftspflicht des in eine kartellrechtliche Untersuchung involvierten Unternehmens gemäss Art. 40 KG sowie das aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 und 31 BV hergeleitete Aussage- und Editionsverweigerungsrecht (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz „nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare“) ist im Rahmen der materiellen Prüfung näher einzugehen (s.u., E. 4). Vorab ist im Hinblick auf die Eintretensfrage zu prüfen, ob ein allfälliger Selbstbelastungszwang einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG darstellt, selbst wenn der Mangel nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid gerügt werden kann.

Die Vorinstanz verweist dabei auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. August 2017, wonach in der Regel kein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von

Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG droht bei einem Zwischenentscheid zur Entfernung eines Beweismittels aus den Akten, sofern mit Beschwerde gegen den Endentscheid ein Verwertungsverbot geltend gemacht werden kann (2C_578/2017, E. 2.1, „KIBAG“). Abweichend davon richtet sich die vorliegende Beschwerde nicht gegen die verweigerte Entfernung eines Beweismittels aus den Akten, sondern gegen die Beweiserhebung selbst. Als eigenständiges Recht ist die Auskunfts- und Editionsverweigerung gegenüber der Verwertungseinrede dabei nicht subsidiär. Gegenteiliges lässt sich auch dem zitierten Bundesgerichtsurteil nicht entnehmen. Andernfalls würde das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Ergebnis auf ein blosses Verwertungsverbot reduziert, was sich kaum mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vertrüge (s.u., E. 4). Die drohende Verletzung des Auskunfts- und Editionsverweigerungsrechts ist daher als nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs.1 Bst a VwVG zu qualifizieren.

Dies gilt umso mehr, als die Sanktionierbarkeit einer Widerhandlung gegen die angefochtene Auskunftsverfügung sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (BVGer, B-2157/2006, 3. Oktober 2007, RPW 2007/4, S. 653, E. 4.2.2, „Unique“ zutreffend: angefochtene Verfügung, Rz 57), die Rechtmässigkeit einer Auskunftsverfügung indes bei Anfechtung der gestützt darauf ergangenen Sanktionsverfügung praxismässig nicht mehr überprüft werden kann (vgl. BVGer, B-8115/2008, 2. Februar 2010, E. 3.3, m.w.H., „Züritaxi“). Mangels akzessorischer Prüfung ist folglich eine selbständige Beschwerdemöglichkeit gegen die Auskunftsverfügung zuzugestehen. Ob darüber hinaus auch der mit der Auskunftserteilung verbundene wirtschaftliche Aufwand (vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 63) als nicht wiedergutzumachender Nachteil zu beurteilen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben (vgl. BVGer, B-2390/2008, 6. November 2008, E. 2.1.2, „Orange“; REKO/WEF, 25. November 1998, RPW 1998/5, S. 875 ff., E. 1.3.2, „Swisscom PÜG“; JÜRIG BORER, in: OF-Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2011, Art. 40 KG N 9; STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar KG, 2010, Art. 40 KG N 28, m.w.H.), ebenso, ob der Beschwerdeführerin im Hinblick auf den beschränkten Rechtsschutz im Rahmen des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs im Wettbewerbsbereich (vgl. Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1) allenfalls ein relevanter Nachteil droht. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Vorab einzugehen ist auf die von der Beschwerdeführerin gerügte vorinstanzliche Aktenüberweisung (Eingabe vom 21. März 2018, Rz 3 ff.).

Zuhanden der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren ein um Geschäftsgeheimnisse bereinigtes Aktenverzeichnis sowie verschiedene Dokumente überwiesen, in teilweise geschwärzter Form. Dabei handelt es sich nach Angaben der Vorinstanz um sämtliche aus ihrer Sicht im vorliegenden Verfahren relevanten Beweismittel. Insgesamt

ist festzuhalten, dass das Aktenverzeichnis mehr als neunhundert Positionen umfasst; etwas mehr als achtzig davon wurden im vorliegenden Verfahren übermittelt. Insoweit im Folgenden bei der materiellen Beurteilung zugunsten der Beschwerdeführerin ausschliesslich auf Beweismittel abgestellt wird, welche der Beschwerdeführerin überwiesen wurden, und im Übrigen keine Umstände ersichtlich sind, welche einen von der vorinstanzlichen Interpretation abweichenden Sinn der relevanten Aktenstücke möglich erscheinen lassen, ist das vorinstanzliche Vorgehen aufgrund des auf die Überprüfung der angefochtenen Zwischenverfügung beschränkten Verfahrensgegenstands sowie der vergleichsweise grossen Aktenmenge grundsätzlich nicht zu beanstanden.

3.

Die Beschwerdeführerin erhebt mehrere formelle Rügen. Sie macht geltend, nach Art. 49a Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 KG und Art. 8 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung, SR 251.4) sei für die Sanktionsberechnung bei Finanzintermediären der Bruttoertrag im relevanten Markt massgebend; abweichend davon würden die vorinstanzlich geforderten Auskünfte das gesamte Transaktionsvolumen erfassen (vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 34) und überdies verschiedene nicht devisenhandelsbezogene Dienstleistungen einschliessen (Liquiditätsfinanzierung, Hedging etc.; vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 35). Auch sei das Privatkundengeschäft nicht vom Untersuchungsgegenstand gedeckt (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 37 ff.). Die angefochtene Auskunftsverfügung verstosse damit im Ergebnis gegen das Legalitätsprinzip sowie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und verletze mangels ausreichender Begründung den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin.

3.1 Zur Verletzung des Gehörsanspruchs trägt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz sei eine sachliche Begründung für ihr Beharren auf den strittigen Daten schuldig geblieben (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 21 ff., 23). Die Vorinstanz wendet ein, in der angefochtenen Verfügung werde klargestellt, dass die angeforderten Auskünfte ausschliesslich der Sanktionsberechnung sowie Vergleichszwecken dienten, etwa der Plausibilisierung erhobener Daten; zudem seien anlässlich eines Treffens mit sämtlichen Untersuchungsadressaten die Einzelheiten der Sanktionsberechnung erläutert und dabei dargelegt worden, dass der relevante Markt nach vorinstanzlicher Auffassung sämtliche Devisenkassatransaktionen umfasse, beschränkt auf die sogenannten G-10-Währungspaare (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 32).

Tatsächlich sind aus der angefochtenen Verfügung die einschlägigen Rechtsnormen und massgebenden Tatsachen sowie der Verwendungszweck der angeforderten Daten ersichtlich (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 34 ff.); die vorinstanzlichen Prämissen der Sanktionsberechnung waren der Beschwerdeführerin zudem aus zahlreichen Gesprächen sowie einer ausgedehnten Korrespondenz mit der Vorinstanz in Grundzügen unbestrittenermassen bekannt. Zwar äussert sich die Vorinstanz

weder in der angefochtenen Verfügung noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage, ob zur Sanktionsberechnung im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG auf das Transaktionsvolumen oder auf den Bruttoertrag - als Summe der Kursdifferenzen, zuzüglich Kommissionen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. f und g Fusionskontrollverordnung) - abzustellen sei. Es bleibt der Beschwerdeführerin aber unbenommen, bei Auskunftserteilung den ihrer Auffassung nach nicht massgebenden Nominalhandelsbeträgen die Differenzerträge, zuzüglich Kommissionen und übrige Handelserträge, gegenüberzustellen und allfällige Mehrfachzahlungen gesondert auszuweisen; im Übrigen ist die Sanktionsbemessung in der Sache mit dem Endentscheid anfechtbar. Die Beschwerdeführerin überspannt daher die Begründungsanforderungen, wenn sie einen materiellen Streitpunkt auf formellem Weg zum Gegenstand eines Zwischenentscheids machen will. Eine Gehörsverletzung ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Anforderungen von Art. 35 VwVG sind vorliegend ohne Weiteres erfüllt (vgl. dazu: STEFAN TSAKANAKIS, Formelle und inhaltliche Voraussetzungen von Auskunftsbegehren im Kartellverfahren, sic! 2017/4, S. 201, m.w.H.).

3.2 Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, das Beharren auf Auskünften zu unternehmerischen Tätigkeiten ausserhalb des relevanten Marktes, die vom Untersuchungsgegenstand nicht erfasst würden und von der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG nicht gedeckt seien, verstosse gegen das Legalitätsprinzip (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 25 ff., 29). Die Vorinstanz wendet ein, die Untersuchung richte sich gegen Abreden zu Wechselkursen im Devisenhandel, ohne Einschränkung auf bestimmte Geschäftsbereiche; ausgeschlossen seien lediglich Auskünfte, welche vom Untersuchungszweck offensichtlich nicht gedeckt seien (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 33 ff.).

Tatsächlich verkennt die Beschwerdeführerin die Tragweite des Legalitätsprinzips nach Art. 5 Abs. 1 BV als rechtsstaatliche Verfahrensgarantie. Soweit das vorliegende Verfahren auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und die angefochtene Auskunftsverfügung in einem sachlichen Zusammenhang zum Untersuchungsgegenstand steht, was im Grundsatz unbestritten ist, sind die Marktabgrenzung sowie die Sanktionsberechnung mit einer allfälligen Beschwerde gegen den Endentscheid zu rügen. Eine „nahe liegende Verbindung“ (BORER, a.a.O., Art. 40 KG N 7) der geforderten Auskünfte zu einem hängigen Kartellverfahren wird in Lehre und Rechtsprechung als ausreichend erachtet, zumal eine unzulässige Beweisausforschung („fishing expedition“) vorliegend ausgeschlossen werden kann (vgl. BGE 137 I 218; 5A_56/2017; 4A_688/2011).

3.3 Schliesslich trägt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht vor, die strittigen Daten seien zur Sanktionsberechnung weder geeignet noch erforderlich; die Auskunftsverfügung verstosse daher gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 49 ff.). Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe die Berechnungsmethode im Grundsatz anerkannt; inwiefern die Auskunftsverfügung überschüssend sein soll, sei nicht er-

kennbar (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 43 ff.).

Anzumerken ist, dass Eignung und Erforderlichkeit der strittigen Daten zur Sanktionsberechnung zwar einerseits zumindest teilweise davon abhängen, ob in casu auf den Bruttoertrag oder den Umsatz abzustellen und das Privatkundengeschäft in den relevanten Markt einzubeziehen ist, dass andererseits aber die Sanktionsberechnung vorliegend gemäss unbestritten gebliebener Aussage der Vorinstanz (Vernehmlassung, Rz. 38 ff.) indirekt, gestützt auf einzelne Transaktionen vorzunehmen ist. Im Übrigen ist das konkrete Berechnungsmodell nicht im Rahmen der Datenerhebung, sondern nach dem Gesagten mit einer allfälligen Beschwerde gegen den Endentscheid zu rügen. Ein Verstoss gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist insofern nicht erkennbar.

4.

Damit ist zu prüfen, ob die angefochtene Auskunftsverfügung in der Sache gegen das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht der Beschwerdeführerin verstösst.

4.1

4.1.1 Nach Art. 40 Satz 1 KG haben Beteiligte an einer Wettbewerbsabrede sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; für diese Zwangsmassnahmen sind Art. 45 ff. VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG). Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 39 KG). Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis Fr. 100'000.- belastet. Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, wird mit einer Busse bis Fr. 20'000.- bestraft (Art. 55 KG).

4.1.2 Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich gemäss Art. 40 Satz 2 KG nach Art. 16 und 17 VwVG, wobei Art. 16 VwVG wiederum auf Art. 42 BZP verweist. Aus dieser Bestimmung lässt sich bei weiter Auslegung ein Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht des an einer Abrede beteiligten Unternehmens im Kartellverfahren herleiten (BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, E. 5.3.2, „Nikon“; B-7633/2010, 14. September 2015, Rz 86 ff., „Swisscom ADSL“; B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“; LANG, a.a.O., Rz 16; a.M.: SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 42 KG N 16; STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 40 KG N 17 ff.). Im Übrigen besteht gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gestützt auf Art. 6 EMRK ein Recht des Beschuldigten, in einem Strafverfahren nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen bzw. ein Verbot, im Strafverfahren auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch un-

gebürlichen Druck oder Zwang gegen den Willen des Beschuldigten erlangt wurden (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz „nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare“; vgl. statt vieler: EGMR, 15809/02, 29. Juni 2007, Rz 63, „O’Halloran & Francis“; 19187/91, 19. Dezember 1996, Rz 68, „Saunders“). Der pönale bzw. strafähnliche Charakter der in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren grundsätzlich dieselben Grundrechtsgarantien zu beachten sind wie im Strafprozess (BGE 139 I 72, E. 2.2.2, m.w.H., „Publigroupe“).

4.1.3 Voraussetzungen und Umfang des Aussage- und Editionsverweigerungsrechts werden in der Kartellrechtslehre kontrovers diskutiert; dies gilt unter anderem für die Frage, inwieweit sich juristische Personen als Unternehmensträger auf ein solches Recht berufen können (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40 KG N 4; BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N 16 ff., m.w.H.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz 16 ff., 23 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des „legal privilege“, 2010, S. 166 ff., m.w.H.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 238 ff., 257 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 578 ff., m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013., Rz 2008 ff.). Grundsätzlich sind auch juristische Personen Träger verfahrensbezogener Grundrechte (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 294 ff.). Die schweizerische Praxis geht daher ohne Weiteres von einer Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes (auch) für juristische Personen aus (vgl. BGE 140 II 384, E. 3.3.6, „Spielbank“; BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, E. 5.3.2, „Nikon“; B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 81 ff., 95 ff., „Swisscom ADSL“; B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“).

4.1.4 Zu beachten ist, dass das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht im wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren in mehrerer Hinsicht Relativierungen erfährt. So gelangen die Verfahrensgarantien der EMRK nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausserhalb des Kernstrafrechts nicht in voller Strenge zur Anwendung (EGMR, 73053/01, 23. November 2006, Rz 43, „Jussila“), was namentlich das Kartellsanktionsverfahren betrifft (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, E. 8.2, „Publikationsverfügung Nikon“). Ferner ist zu beachten, dass für juristische Personen Einschränkungen zu beachten sind, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben (BGE 140 II 384, E. 3.3.4, „Spielbank“; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 294 ff.). Weiter gelten die strafprozessualen Verfahrensgarantien nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (BGE 140 II 384, E. 3.3.5, m.w.H., „Spielbank“). Hinzu kommen Ein-

schränkungen aufgrund materieller Offenlegungs- und Dokumentationspflichten (vgl. BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Rz 104, 118 ff., „Swisscom ADSL“). Schliesslich ist der Schutz des Aussage- und Herausgabeverweigerungsrechts auf potenziell belastende Angaben beschränkt; darauf ist nachstehend näher einzugehen.

4.2 Die Vorinstanz macht geltend, sie benötige die strittigen Umsatzzahlen ausschliesslich zur Sanktionsberechnung, welche mit dem Endentscheid zu rügen sei; die geforderten Auskünfte seien daher nicht belastend (angefochtene Verfügung, Rz 41; Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 16 f., 18). Die Beschwerdeführerin wendet ein, eine Unterscheidung zwischen belastenden und nichtbelastenden Angaben halte vor Verfassung und EMRK nicht stand (Beschwerdeschrift vom 22. November 2017, Rz 16 ff.; ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 7 ff., 56 ff.).

4.2.1 Die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden unterscheidet zwischen Angaben „rein tatsächlicher Art“ und Angaben, die das „Eingeständnis einer Zuwiderhandlung“ enthalten; nur für letztere gilt das Verbot des Selbstbelastungszwangs (EuGH, C-407/04 P, 25. Januar 2007, Rn 34, „Dalmine“; C-374/87, 18. Oktober 1989, Rn 34, „Orkem“). Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte formell nicht bindend ist für die gerichtlichen EU-Instanzen; allerdings haben sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union die EMRK unterzeichnet. In der Sache beruht die Unterscheidung darauf, ob sich die fraglichen Auskünfte unmittelbar belastend auswirken (vgl. EuGH, C-407/04 P, 25. Januar 2007, Rn 34, „Dalmine“; C-374/87, 18. Oktober 1989, Rn 34, „Orkem“). Demnach müsste ein Unternehmen etwa angeben, zu welchen Zeiten und an welchen Orten Gespräche mit einem Konkurrenten stattgefunden haben, während es über den Inhalt dieser Gespräche, der es belasten könnte, keine Angaben machen müsste.

4.2.2 Die schweizerische Lehre steht dieser Rechtsprechung teilweise zustimmend (KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 13 VwVG N 89; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 119), teilweise ablehnend gegenüber (NIGGLI/RIEDO, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 49a KG N 260; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004, Rz 21). Im Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008 wird die Unterscheidung unhinterfragt übernommen (S. 86, Rz 302). Das Bundesgericht hat sich im „Spielbank“-Urteil teilweise ebenfalls darauf abgestützt (BGE 140 II 384, E. 3.3.6, 3.4). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat allerdings festgehalten, dass die Ausklammerung nicht unmittelbar belastender Auskünfte vom Geltungsbereich der Schutznorm problematisch erscheint, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Angaben im weiteren Verlauf der Untersuchung zulasten des Beschuldigten doch noch Verwendung finden (Nr. 19187/91, 19. Dezember 1996, Rz 71,

„Saunders“). Daran anknüpfend hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil in Sachen „Swisscom ADSL“ (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 110) erwogen, eine entsprechende Differenzierung sei nur vorzunehmen, wenn ausgeschlossen werden könne, dass die Angaben sich nicht im weiteren Verfahrensverlauf doch noch belastend auswirkten (offen gelassen: B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“).

4.2.3 In casu begründet die Vorinstanz die geforderten Auskünfte mit der Sanktionsberechnung. Betroffen sind mithin Angaben, welche im Hinblick auf die Rechtsfolge des behaupteten Kartellrechtsverstosses relevant sind, nicht aber in tatbestandsmässiger Hinsicht. Eine in Bezug auf die Tatfrage belastende Verwendung durch die Untersuchungsbehörde erscheint damit von vornherein ausgeschlossen. Eine darüber hinausgehende Verwertung wäre ebenso wie ein Abstellen auf daraus abgeleitete Folgeindizien oder Zufallsfunde mit Beschwerde gegen den Endentscheid grundsätzlich anfechtbar. Die Möglichkeit einer belastenden Wirkung in Bezug auf die Tatfrage erscheint damit praktisch ausgeschlossen.

4.3 Allerdings wird dem Beschuldigten im schweizerischen Strafprozess auch in Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse ein generelles Aussageverweigerungsrecht zugestanden (etwa zur Bestimmung der Höhe des Tagessatzes einer Geldstrafe gestützt auf Art. 34 Abs. 2 StGB; vgl. TRECHSEL/KELLER, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar zum StGB, 3. Aufl. 2018, Art. 34 StGB N 20; ANNETTE DOLGE, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum StGB, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 34 StGB N 88; YVAN JEANNERET, in: Roth/Moreillon [Hrsg.], Commentaire Romand, Code pénal I, 2009, Art. 34 N 40, m.w.H.). Es stellt sich daher die Frage, ob es vorliegend gerechtfertigt erscheint, das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht mit Blick auf den kartellrechtlichen Kontext enger zu fassen.

4.3.1 Dagegen liesse sich zunächst die für Kartellverfahren typischerweise hohe Sanktionsandrohung anführen, welche nach einem ausgebauten Rechtsschutz ruft. Hinzu kommt, dass die strittigen Beweise in vielen Fällen alternativ durch Zwangsmassnahmen beschafft werden können (vgl. Art. 42 KG); der Erfolg des Untersuchungsverfahrens ist damit in der Regel nicht von der Kooperation des Unternehmens, gegen welches die Untersuchung geführt wird, allein abhängig. Alternativ kann die Wettbewerbsbehörde die fraglichen Umsätze schätzen (analog zum Strafprozess: DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N 91), wobei der Grundsatz in dubio pro reo gerade nicht gilt (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N 91); es wäre damit am betreffenden Unternehmen, die erfolgte behördliche Schätzung substantiiert zu widerlegen.

4.3.2 Andererseits lässt sich kaum bestreiten, dass sich die Schätzung von Umsätzen eines an einem Kartellverfahren beteiligten Unternehmens in spezifischen Marktsegmenten ungleich schwieriger und aufwendiger gestaltet als die Schätzung der finanziellen Verhältnisse einer natürlichen Person in einem Strafprozess. Auch besteht im Kartellgesetz keine mit Art. 34 Abs. 3 StGB vergleichbare gesetzliche Grundlage für einen Rückgriff auf Informationen von Drittbehörden; vielmehr statuiert Art. 40 KG explizit eine Mitwirkungspflicht für Unterneh-

men, welche sich am Wirtschaftsgeschehen aktiv beteiligen; ein entsprechender Vorbehalt ist auch in Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG explizit vorgesehen. Die Verpflichtung dient dabei letztlich dem Zweck, wirksamen Wettbewerb auf funktionierenden Märkten zu garantieren, eine Voraussetzung für die auf freiem Entschluss basierende gewinnorientierte Unternehmenstätigkeit der Marktteilnehmer. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat denn auch erwogen, dass ein Rechts-subjekt, welches eine Tätigkeit in einem Bereich ausübt, der im öffentlichen Interesse eine gewisse Regulierung erfahren hat, durch die Ausübung der Tätigkeit den damit einhergehenden Verpflichtungen in gewissen Umfang zustimmt (15809/02, Rz 57, „O'Halloran & Francis“). Zwar bezieht sich diese - in der Lehre teilweise kritisierte - Praxis auf den Strassenverkehr, einen Bereich der sich durch hohen Anteil an Bagatelldelikten auszeichnet (vgl. SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo teneatur im Verwaltungsverfahren, in: Jusletter vom 24. November 2014, Rz 27 ff., m.w.H.); doch während die genannte Praxis eine relativ weitgehende Verpflichtung zur Nennung des Lenkers durch den Fahrzeughalter auch für schwere Delikte im Grundsatz als zulässig erachtet, geht es vorliegend lediglich um Auskünfte im Hinblick auf die Sanktionsberechnung.

4.3.3 Konkret zu beurteilen ist in casu die vorinstanzliche Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Bekanntgabe der konzernweiten Devisenkassaumsätze („Total Notional Amounts Traded“ des A.-Konzerns) im Privatkundenbereich (Private Banking) der Jahre 2009 bis 2011 (vgl. Dispositivziffer 1). Soweit die Vorinstanz die Auskunftspflicht ausschliesslich mit der Sanktionsbemessung begründet (Vernehmlassung, Rz 15), ist die Unschuldsvermutung nicht tangiert; im darüber hinausgehenden Umfang bliebe es der Beschwerdeführerin unbenommen, mit Beschwerde gegen den Endentscheid Einrede gegen die Beweisverwertung zu erheben. Auch gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstösst die Vorinstanz nicht, wenn sie im Endstadium der Untersuchung die für die Sanktionsberechnung erforderlichen und von der Beweisführung zum Tatvorwurf ausgeschlossenen Umsatzangaben des Unternehmens in bestimmten Marktsegmenten herausverlangt, zumal die fraglichen Tatsachen bzw. Beweismittel weitgehend unabhängig vom Willen des Auskunftsverpflichteten bestehen und grundsätzlich auch durch Zwangsmassnahmen beschafft werden könnten (was kaum im Interesse der Beschwerdeführerin und weniger rechtsschonend wäre). Die angefochtene Auskunftsverfügung ist daher unter den gegebenen Umständen als mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar zu beurteilen.

5.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Auf den Vorwurf der Vorinstanz, die Beschwerde sei rechtsmissbräuchlich, nachdem die Beschwerdeführerin bis zur Auskunftsverweigerung während Monaten kooperiert und wiederholt um Fristerstreckung ersucht habe (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 28, 47 f.), muss nicht näher eingegangen werden. Ein Verzicht auf das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht (vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 125 ff., m.w.H., „Swisscom ADSL“) ist bezüglich der nicht bekanntgegebenen Daten nicht zu erkennen.

6.

Ausgangsgemäss sind der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE); vorliegend erscheint eine Gebühr von Fr. 5'000.- angemessen. Es ist keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0428; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Arrêt du 29 janvier 2018 – Cartels; publication d'une décision relative au marché du livre en français

Arrêt 2C_499/2017 du 29 janvier 2018 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire X. SA, représentée par [...], recourante, contre la Commission de la concurrence COMCO, intimée. Objet: Cartels; publication d'une décision relative au marché du livre en français, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 25 avril 2017 (B-6547/2014)

Faits:

A.

Par décision du 27 mai 2013, la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) a sanctionné la société X. SA (ci-après: l'intéressée ou la société) au motif que son système de distribution était fondé sur un régime d'exclusivité qui cloisonnait de manière illicite le marché suisse relatif au livre écrit en français (enquête 31-0277). Le 19 août 2013, l'intéressée a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision.

Le 11 juin 2013, la COMCO a invité l'intéressée à se déterminer sur une version de la décision du 27 mai 2013 expurgée des secrets d'affaires, en vue de sa publication dans la revue « Droit et politique de la concurrence, DPC ». Le 11 juillet 2013, l'intéressée s'est déclarée d'accord avec les passages caviardés; elle a toutefois demandé que les passages relatifs à sa structure, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société C. ainsi que les noms de A., B. et C. soient également caviardés car ils constituaient des secrets d'affaires et des éléments relevant de la protection de la personnalité. Le 6 septembre 2013, la COMCO a accepté d'anonymiser les noms de A., B. et C. mais a refusé de caviarder les passages relatifs à la structure de la recourante, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société C., ces informations ne constituant pas des secrets d'affaires ni ne relevant de la protection de la personnalité.

Le 27 septembre 2013, la COMCO a publié sur son site internet la décision du 27 mai 2013 en tenant compte des caviardages demandés par l'intéressée, soit son nom, le nom du groupe C., son appartenance à ce dernier, le passage relatif à l'absence de celle-ci lors de la première audition de la COMCO, les données relatives à ses locaux, à son organisation structurelle ainsi que les dates des contrats cités. Le 5 novembre 2013, cette dernière a renoncé au caviardage de son nom.

Le 1^{er} octobre 2014, la COMCO a décidé que la décision du 27 mai 2013 serait publiée dans la revue DPC/RWP

avec la mention que celle-ci n'est pas entrée en force de chose jugée. La publication laisserait apparaître le nom du groupe C., l'appartenance de l'intéressée à ce dernier, le passage relatif à l'absence de celle-ci lors de la première audition de la COMCO, les données relatives à ses locaux, à son organisation structurelle ainsi que les dates des contrats cités.

B.

Le 7 novembre 2014, la société a demandé au Tribunal administratif fédéral de modifier la décision du 27 mai 2013 relative à l'enquête no 31-0277: marché du livre écrit en français dans la revue DPC dans la version qui se trouve annexée à sa décision du 1er octobre 2014 de manière à ce que le nom du Groupe C., son appartenance à ce dernier, le passage relatif à son absence lors de la première audition de la COMCO (Décision de publication n° 31), les données relatives à ses locaux et à son organisation structurelle ainsi que la date des contrats cités dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013 soient intégralement caviardés, d'annuler les émoluments liés à la décision du 1er octobre 2014 et, à titre subsidiaire, d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond.

Le 23 février 2015, le Tribunal administratif fédéral a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu dans la cause D. c/ COMCO (2C_1065/2014) pendante devant le Tribunal fédéral. La procédure a été reprise le 5 juillet 2016. Les parties ont répliqué et dupliqué.

Par arrêt du 25 avril 2017, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la société X. SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 25 avril 2017 par le Tribunal administratif fédéral dans la cause B-6547/2014, d'annuler la décision rendue le 1er octobre 2014 par la COMCO et de dire et constater que les passages relatifs à ses locaux et à son organisation interne ainsi que les dates de conclusion des contrats cités dans dite décision doivent être intégralement caviardés. A titre subsidiaire, elle demande au Tribunal fédéral d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond. Elle demande l'effet suspensif. Elle se plaint de la violation de l'art. 25 de la loi fédérale du

6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels; LCart, RS 251).

Par ordonnance du 12 juin 2017, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif.

Le Tribunal administratif fédéral renonce à déposer des observations. La COMCO conclut au rejet du recours. La Société a répliqué.

Considérant en droit:

1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes légales (art. 42 al. 2 LTF) contre l'arrêt rendu le 25 avril 2017 par le Tribunal administratif fédéral confirmant la décision rendue le 1er octobre 2014 par la COMCO de publier la décision de sanction en matière droit des cartels du 27 mai 2013 dans la revue DPC/RWP par la recourante destinataire de la décision, qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 89 al. 1 LTF), de sorte qu'il faut lui reconnaître la qualité pour recourir, le présent recours en matière de droit public est en principe recevable (art. 82, 83 et 86 al. 1 let. a et 90 LTF).

2.

Constatant que la recourante avait fait valoir différents griefs sans toutefois remettre en cause le principe même d'une publication et affirmant que le choix de principe de publier la décision sanctionnant la recourante n'était pas contraire au droit, l'instance précédente a limité l'examen du litige à la question de savoir si la publication, telle que proposée par l'autorité intimée, était conforme à l'art. 25 al. 4 LCart. Elle a confirmé que l'appartenance de la recourante au groupe C., les passages donnant des indications sur son organisation interne structurelle (nombres d'employés, de bureaux et localisation de ses activités) et les dates de conclusion des contrats de distributions pouvaient être publiés sans violer l'art. 25 al. 4 LCart.

3.

Formulée à titre subsidiaire, la conclusion demandant au Tribunal fédéral d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond, n'est pas motivée par la recourante. Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur cette conclusion.

Seules sont motivées et partant seront examinées les conclusions relatives aux passages donnant des indications sur l'organisation interne structurelle de la recourante (nombres d'employés, de bureaux et localisation de ses activités) et les dates de conclusion des contrats de distributions. La publication de la participation de la recourante au groupe C. n'est plus litigieuse.

4.

4.1. Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions (art. 48 al. 1 LCart). Les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires (art. 25 al. 4 LCart).

4.2. Selon la jurisprudence, constitue un secret d'affaires, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible,

dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer. L'intérêt au maintien du secret est un critère objectif (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.2.1p. 276 et les nombreuses références citées). En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 p. 279, 109 lb 47 consid. 5c; 103 IV 283 consid. 2b). Il y a dans la règle un intérêt objectif à maintenir secret les parts de marché des entreprises, les chiffres d'affaires, les prix, les rabais et primes, les sources d'approvisionnement, la ATF 142 II 268 consid. 5.2.4 p. 279 et les références citées).

L'art. 25 al. 4 LCart ne prévoit aucune pesée des intérêts en présence entre, d'une part, l'intérêt public à la publication de la décision et, d'autre part, le maintien des secrets d'affaires. L'autorité amenée à se prononcer sur les conditions à la reconnaissance d'un secret d'affaires dispose toutefois d'une certaine latitude de jugement imposant de tenir compte des différents intérêts. Si des secrets d'affaires sont reconnus, ils doivent être protégés et les faits les concernant ne pas être publiés. De tels secrets ne sont toutefois pas dévoilés s'ils sont présentés de manière dissimulée ou peu précise. La communication du contenu essentiel peut dès lors intervenir par des résumés, par le caviardage de certains passages et par le remplacement de chiffres exacts par des approximations; il convient alors de prendre en compte, outre la préservation des secrets, le mandat légal de l'art. 48 LCart de publier des décisions compréhensibles (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 du 26 mai 2016 consid. 5.3.2 non publié aux ATF 142 II 268).

5.

5.1. La recourante est d'avis que le refus de caviarder le nombre d'employés et leur fonction ainsi que l'existence ou non de locaux figurant aux chiffres 96 et 97 de la décision du 27 mai 2013 viole l'art. 25 al. 4 LCart., Le contenu des chiffres 96 et 97 est le suivant: « la société X. SA est une entreprise [...] et un commercial. Elle ne dispose pas de locaux propres, la société étant domiciliée chez une fiduciaire en Suisse qui lui prête les locaux nécessaires ». Elle est d'avis qu'ils donnent des indications sur son organisation interne.

5.2. L'instance précédente a reconnu que la qualification de secret de ces éléments, qui ne sont pas notoirement connus, ne pouvait être niée du seul fait de leur évocation lors d'une audition et de leur transcription dans un procès-verbal; en effet, ils n'étaient connus que des seules parties à la procédure et non accessibles au public, à tout le moins pas sans recherche spécifique (arrêt attaqué, consid. 4.2.2.2).

Elle a en revanche jugé que l'importance accordée par la recourante à la confidentialité de ces informations était toute relative. En effet, elle n'avait pris aucune mesure utile afin de garantir le secret de ces éléments vis-à-vis des autres parties à la procédure, lesquelles représentaient en l'espèce ses principaux concurrents et ses partenaires commerciaux actuels ou potentiels. Cette manière de procéder trahissait une absence d'intérêt

réel et légitime à la préservation des secrets invoqués. Par ailleurs, le passage litigieux ne mentionnait que l'existence de l'emploi d'un commercial, la domiciliation auprès d'une fiduciaire et l'absence de bureau propre. L'instance précédente ne voyait pas en quoi ces indications structurelles révélaient une stratégie économique particulière ou des données économiquement sensibles qui pouvaient avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de la recourante.

5.3. La recourante affirme pour sa part avoir manifesté à de nombreuses reprises et de manière très claire à la COMCO qu'elle entendait garder ces informations confidentielles et secrètes vis-à-vis du public et de tout tiers actifs sur le marché du livre écrit en français. Selon elle, le fait que ces informations avaient été données lors de l'audition du 10 décembre 2012 ne leur attribuait en rien un caractère notoire ni ne les rendait accessibles au public. A cela s'ajoutait que leur caviardage ne nuirait en rien à la bonne compréhension de la décision du 27 mai 2013.

5.4. L'opinion de la recourante ne peut pas être suivie. L'instance précédente n'a en effet nié le caractère secret des éléments en cause ni parce qu'ils seraient de notoriété publique ni parce que la recourante n'aurait pas eu la volonté de les garder secrets, au moins au moment de la publication de la décision. C'est en revanche à bon droit qu'elle a jugé que ces indications structurelles ne révélaient ni une stratégie économique particulière ni des données économiquement sensibles ayant une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de la recourante. A supposer que de telles informations aient à tout le moins une petite incidence sur la capacité concurrentielle de la recourante, il y a lieu d'ajouter, comme l'a jugé à juste titre l'instance précédente, que le mandat légal de l'art. 48 LCart de publier des décisions compréhensibles, ici sur le marché du livre, les tâches de diffusion et de distribution et les besoins logistiques dans ce domaine, l'emporte sur l'intérêt de cette dernière à n'en pas divulguer le contenu.

En refusant de caviarder ces éléments structurels, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral.

6.

6.1. La recourante soutient que la publication de la date de passation des contrats de distributions constitue un secret d'affaires. Elle réitère à cet égard l'argumentation déjà exposée devant l'instance précédente selon laquelle la date des contrats donne à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux des indications quant à la période de négociation et la durée de ceux-ci et, par comparaison avec leurs propres contrats et leurs connaissances du marché, leur permet de connaître la période à laquelle ils seront à renégocier ou renouveler.

6.2. L'instance précédente a jugé à bon droit que les dates exposées dans la décision du 27 mai 2013 déterminent uniquement le jour de la conclusion du contrat. Elles ne fournissent par contre aucune indication quant à son contenu ou sa durée. Le Tribunal fédéral, à l'instar de l'instance précédente, ne voit par conséquent pas quelles informations de nature économique les concurrents de la recourante pourraient retirer de ces dates. A cela s'ajoute que la recourante n'a pas non plus fait savoir durant l'audience devant la COMCO qu'elle entendait ne pas divulguer dites dates. En refusant de caviarder ces dernières, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, la recourante doit supporter les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, ainsi qu'au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 5. März 2018 betreffend Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 19. Dezember 2017
-----	--

Entscheid HG 17 202 des Obergerichts des Kantons Bern, Handelsgericht vom 5. März 2018, A. AG, in Fischingen, vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG Maschinenfabrik in Burgdorf, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Gegenstand: Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 19. Dezember 2017

Erwägungen:

I Prozessgeschichte

1. Die B. AG Maschinenfabrik (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) hat die Belieferung der A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) mit Ersatzteilen für [...]Fahrzeuge eingestellt. Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, dass dabei die zweijährige Kündigungsfrist gemäss der KFZ-Bekanntmachung einzuhalten sei. Dies wird von der Gesuchsgegnerin bestritten.

2. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 reichte die Gesuchstellerin beim Handelsgericht des Kantons Bern ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Gesuchsgegnerin ein und stellte darin folgendes Rechtsbegehren (pag. 4):

„Die Gesuchsgegnerin sei vorsorglich und unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, die Gesuchstellerin bis am 31. Oktober 2019 mit allen im Online-Ersatzteilshop der Gesuchsgegnerin angebotenen Ersatzteilen zu beliefern.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge,„

3. Mit Gesuchsantwort vom 1. Februar 2018 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge (pag. 33):

„1. Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

2. Eventualiter sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.“

4. Mit Eingabe vom 13. Februar 2018 (pag. 47 ff.) nahm die Gesuchstellerin in Ausübung des unbedingten Replikrechts (unaufgefordert) Stellung zur Gesuchsantwort.

5. Mit Verfügung vom 14. Februar 2018 (pag. 52) wurden die Bemerkungen der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

6. Mit Eingabe vom 19. Februar 2018 reichte die Gesuchstellerin aufforderungsgemäss ihre Kostennote zu den Akten (pag. 53 f.).

7. Mit Eingabe vom 20. Februar 2018 (pag. 56 ff.) reichte die Gesuchsgegnerin (unaufgefordert) Bemerkungen zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 13. Februar 2018 ein.

8. Mit Verfügung vom 21. Februar 2018 (pag. 61 f.) wurden die Bemerkungen der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin und die Kostennote der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

9. Mit Eingabe vom 23. Februar 2018 reichte die Gesuchsgegnerin aufforderungsgemäss ihre Kostennote zu den Akten (pag. 63 ff.).

10. Mit Verfügung vom 26. Februar 2018 wurde die Kostennote der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (pag. 68).

11. Bis heute sind keine weiteren Eingaben erfolgt.

II Formelles

12. Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in Burgdorf (Gesuchsbeilage [nachfolgend: GB] 1), womit das angerufene Gericht zur Beurteilung der beantragten vorläufigen Massnahmen örtlich zuständig ist (Art. 13 i.V.m. Art. 36 der Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

13. Sachliche Zuständigkeit

13.1 Die Gesuchsgegnerin bestreitet die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie ist der Auffassung, dass die [...]Geräte nicht in den Anwendungsbereich der KFZ-Bekanntmachung fallen würden und sie damit die Kündigungsfrist von zwei Jahren gemäss der KFZ-Bekanntmachung (Art. 19 Ziff. 2) für die Einstellung der Belieferung mit Ersatzteilen nicht habe einhalten müssen. Damit handle es sich bei der vorliegenden Streitigkeit um keine kartellrechtliche Streitigkeit und damit könne die Zuständigkeit des Handelsgerichts auch nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO begründet werden (Gesuchsantwort Rz 5 f.).

13.2 Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 141 III 294 E. 5.2 mit Hinweisen). Sofern Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eine Tatsache darstellt, der auch materiellrechtlich entscheidende Bedeutung zukommt (doppelrelevante Tatsache), ist darüber nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheides zu befinden (BGE 135 V 373 3.2 mit Hinweisen). Die behaupteten doppelrelevanten Tatsachen sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen und werden erst im Moment der materiellen Prüfung untersucht. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Gegenseite unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3 mit Hinweis).

13.3. Die Anwendbarkeit der KFZ-Bekanntmachung ist nicht allein für die Zuständigkeit relevant, wie dies die Gesuchsgegnerin vorbringt (Eingabe vom 20. Februar 2018 Rz 1 f., pag. 56 f.), sondern insbesondere auch für die Frage, ob ein Verfügungsanspruch besteht. Dass im vorsorglichen Massnahmenverfahren keine abschliessende Beurteilung der Rechtslage vorgenommen wird und das Beweismass auf das Glaubhaftmachen reduziert ist, hat nicht zur Folge, dass die Frage der Anwendbarkeit der KFZ-Bekanntmachung einzig für die Zuständigkeitsprüfung relevant ist und damit bereits in diesem Stadium darüber Beweis geführt werden müsste. Kommt hinzu, dass es sich dabei primär um eine Rechtsfrage handelt. Damit ist über die Frage der Anwendbarkeit der KFZ-Bekanntmachung erst im materiellen Teil des vorsorglichen Massnahmenentscheides zu befinden und für die Eintretensfrage auf den von der Gesuchstellerin behaupteten kartellrechtlichen Anspruch abzustellen.

13.4 Das Handelsgericht ist – unabhängig vom Streitwert – als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtsanhängigkeit in kartellrechtlichen Streitigkeiten (Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung EG ZSJ; BSG 271.1). Damit ist die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu bejahen.

14. Vorsorgliche Massnahmen vor Eintritt der Rechtsanhängigkeit beurteilt der Präsident des Handelsgerichts (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]) und damit auch dessen Vizepräsident.

15. Die Gesuchstellerin hat den mit Verfügung vom 20. Dezember 2017 eingeforderten Kostenvorschuss von CHF 3'000.00 (pag. 23, Ziff. 2) fristgerecht geleistet.

16. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO erfüllt sind, ist auf das Gesuch einzutreten.

III Sachverhalt

17. Unbestrittenermassen ist die Gesuchstellerin eine unabhängige Händlerin von [...]Transportfahrzeugen für die Landwirtschaft, Gemeindebetriebe etc. Gleichzeitig wartet die Gesuchstellerin die Fahrzeuge auch als unabhängiger Werkstattbetrieb. Als frühere Vertragshänd-

lerin der Gesuchsgegnerin ist die Gesuchstellerin auf Nutzfahrzeuge der Marke [...] spezialisiert (Gesuch Rz 13 f., pag. 7).

18. Die Gesuchsgegnerin stellt Fahrzeuge und Anbaugeräte für die Landwirtschaft und für Gemeinden her (Gesuchsantwortbeilage [nachfolgend: GAB] 3).

Weiter betreibt die Gesuchsgegnerin ein Online-Portal, über welches sich die spezialisierten Reparaturbetriebe die benötigten Verschleiss- und Ersatzteile online bestellen können, so dass sie bei Bestellungsabgabe bis um 15:30 Uhr bereits am Folgetag hierüber verfügen können. Dieses Online-Portal ist einzig mittels Login zugänglich (Gesuch Rz 32, pag. 12; Gesuchsantwort Rz 22, pag. 39).

19. Zwischen den Parteien bestand ein mehrjähriger Vertriebsvertrag, welchen die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2014 auf den 30. April 2015 kündigte (GB 8). Nach Auflösung des Vertriebsvertrags sperrte die Gesuchsgegnerin das Login der Gesuchstellerin (Gesuch Rz 33, pag. 13; Gesuchsantwort Rz 22, Pag. 39).

20. Mit E-Mail vom 28. Juni 2017 erkundigte sich die Gesuchstellerin bei Jürg Seewer von der Gesuchsgegnerin, ob sie ab dem 1. Juli 2017 wiederum direkt bei der Gesuchsgegnerin zu Händlerkonditionen Ersatzteile bestellen könne, wie dies am 12. April 2017 mündlich besprochen worden sei (GB 12). In seinem Antwortmail vom 30. Juni 2017 schrieb Jürg Seewer, er sei zurzeit ausser Haus und melde sich anfangs der darauf folgenden Woche (GB 13). Am 3. Juli 2017 bestätigte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin die Bestellung von verschiedenen Ersatzteilen im Umfang von insgesamt CHF 4'885.80 (GB 14). Weiter hat die Gesuchstellerin verschiedene Rechnungen der Gesuchsgegnerin über Ersatzteile aus dem Zeitraum Juli bis Oktober 2017 (GB 15-26) sowie einen Lieferschein vom 31. Oktober 2017 eingereicht (GB 27). Damit ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin im genannten Zeitraum wiederholt (zumindest vierzehn Mal) Ersatzteile bei der Gesuchsgegnerin bestellen konnte, ihr diese geliefert und in Rechnung gestellt worden sind.

21. Weiter ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin die Belieferung der Gesuchstellerin mit Ersatzteilen für [...]Geräte Ende Oktober 2017 ohne Vorankündigung eingestellt hat (Gesuch Rz 39, pag. 14; Gesuchsantwort Rz 5 und 7, pag. 34 f.).

22. In der Folge hat die Gesuchstellerin Ersatzteile über eine andere offizielle Vertragshändlerin bezogen (C. AG), welche mit Schreiben vom 30. Januar 2018 ihr Absicht bekundet hat, die Gesuchstellerin auch weiterhin mit Ersatzteilen zu beliefern (Gesuchsantwort Rz 7, pag. 35; Eingabe vom 13. Februar 2018 Ziff. 3, pag. 49; GAB 2).

IV Rechtliches

23. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

24. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 139 III 86 E. 4.2; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.3).

25. Darüber hinaus kann sich der Richter auf eine summarische Prüfung der Rechtsfragen beschränken (BGE 140 III 175 E. 4.3; 139 III 86 E. 4.2 mit Hinweisen).

26. Eine Leistungsmassnahme, die eine endgültige Wirkung haben kann, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Gegenpartei dar, weshalb eine solche Massnahme nur mit Zurückhaltung anzuordnen ist und daran erhöhte Anforderungen zu stellen sind (BGE 138 III 378 E. 6.4 mit Hinweisen). Bei der vorsorglichen Vollstreckung von Abwehransprüchen (Beseitigungs- und Unterlassungsklage) handelt es sich um Leistungsmassnahmen, an deren Voraussetzungen in der Praxis strengere Anforderungen gestellt werden als bei Sicherungsmassnahmen (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, N. 5 und 9 zu Art. 17 KG).

27. Verfügungsanspruch

27.1 Die Gesuchstellerin muss zunächst glaubhaft machen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung besteht oder droht.

27.2 Die Gesuchstellerin bringt vor, dass im vertikalen Lieferverhältnis betreffend Ersatzteile für Nutzfahrzeuge unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten Anspruch darauf bestehe, dass eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Jahren eingehalten werde.

Die Gesuchstellerin führt aus, dass alle [...]Fahrzeuge strassenzugelassene Nutzfahrzeuge seien und es sich dabei um Transporter und nicht um Zugfahrzeuge (Traktoren) handle (Gesuch Rz 19 f., pag. 8 f.). Der Einsatzbereich solche Transporter sei vielfältig und diese würden insbesondere im Kommunaldienst sehr oft als Lastfahrzeuge eingesetzt (Gesuch Rz 21, pag. 9). Die Landwirtschaft sei wahrscheinlich noch heute der wichtigste Einsatzbereich der [...]Transporter (Gesuch Rz 22, pag. 9). Im Fahrzeugausweis würden die Fahrzeuge vielfach als Lastwagen ausgewiesen (Gesuch Rz 26, pag. 11; GB 6 und 7) und diese gehörten in landwirtschaftlich geprägten Gebieten zum alltäglichen Strassenbild (Gesuch Rz 27, pag. 11).

Die KFZ-Bekanntmachung differenziere in keiner Weise zwischen Benutzung auf öffentlichen Strassen und anderen Einsatzgebieten. Werde ein Lastkraftwagen z.B. ausschliesslich auf einem privaten Firmenareal eingesetzt, so bleibe er trotzdem ein Lastkraftwagen im Sinne der KFZ-Bekanntmachung. Gleiches gelte für landwirtschaftliche Transport- respektive Nutzfahrzeuge, zumal vorliegend auch unbestritten sei, dass dieselben immer auch auf der öffentlichen Strasse zum Einsatz kämen (Eingabe vom 13. Februar 2018 Ziff. 2, pag. 48).

27.3 Die Gesuchsgegnerin ist demgegenüber der Auffassung, dass die [...]Geräte nicht in den Anwendungsbereich der KFZ-Bekanntmachung fallen würden, da diese nicht primär für den Strassenverkehr bestimmt seien und ihr Zweck eben gerade nicht im Transport von Personen oder Gütern von einem Ort zum anderen

durch Benützung der öffentlichen Strassen dienen, sondern in der Bewältigung einer bestimmten Aufgabe (Mähen, Laden, Bearbeiten von Grünflächen) (Gesuchsantwort Rz 20, pag. 38 und Rz 26 f., pag. 40 f.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass ihre Geräte teilweise strassentauglich seien. Die Hang-Geräteträger und Mehrzwecktransporter könnten auf öffentlichen Strassen zugelassen werden (Gesuchsantwort Rz 16, pag. 37 f.). Dies ändere aber nichts daran, dass sie zum Betrieb auf landwirtschaftlichen Flächen bestimmt seien (Gesuchsantwort Rz 18 f., pag. 38). Die gelegentliche Benutzung öffentlicher Strassen sei unumgängliche Voraussetzung, damit die Fahrzeuge später auf unbefestigten landwirtschaftlichen Flächen ihrem Zweck nachkommen könnten (Gesuchsantwort Rz 28, pag. 41). Bereits die maximale Geschwindigkeit von 45 km/h lasse erkennen, dass die Geräte grundsätzlich nicht für den Verkehr auf öffentlichen Strassen vorgesehen und nicht dafür entwickelt worden seien (Gesuchsantwort Rz 28, pag. 41). Neue Einachserkompositionen dürften nicht mehr in den Verkehr gebracht werden (Gesuchsantwort Rz 18, pag. 38).

27.4 Im vorsorglichen Massnahmeverfahren besteht keine Pflicht des Zivilgerichts, Fragen der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Begutachtung vorzulegen (Art. 15 Abs. 1 des Kartellgesetzes [KG; SR 251]). Die zeitliche Dringlichkeit und die Beweismittelbeschränkung des Verfahrens erlauben es nicht, vorgängig ein solches Gutachten einzuholen (JACOBS/GIGER, a.a.O., N. 9 zu Art. 15 KG).

27.5 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).

27.6 Die Wettbewerbskommission hat mit Beschluss vom 29. Juni 2015 die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor erlassen (BBl 2015 6048; nachfolgend: KFZ-Bekanntmachung). Ebenfalls am 29. Juni 2015 veröffentlichte die WEKO Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung (GB 32).

Die KFZ-Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen nicht (einleitende Ziff. VIII der KFZ-Bekanntmachung). Trotzdem ist diese im Sinne der einheitlichen Rechtsauslegung durch das angerufene Zivilgericht als massgebliche Entscheidungsgrundlage zu beachten.

27.7 Gemäss Art. 1 Abs. 1 KFZ-Bekanntmachung sind Kraftfahrzeuge „Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind“.

Nach Art. 1 Abs. 2 sind Kraftfahrzeuge im Sinne der KFZ-Bekanntmachung namentlich:

- „a. Personenkraftwagen, die der Beförderung von Personen dienen und zusätzlich zum Fahrersitz nicht mehr als acht Sitze aufweisen;
- b. Leichte Nutzfahrzeuge, die der Beförderung von Waren oder Personen dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen nicht überschreitet;

- c. Lastkraftwagen, die der Beförderung von Waren dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen überschreitet;
- d. Busse, die der Beförderung von Personen dienen.“

27.8 Vorweg ist die Frage zu klären, ob die Fahrzeuge der Gesuchsgegnerin als Kraftfahrzeuge im Sinne von Art. 1 des KFZ-Bekanntmachung gelten und dabei insbesondere, ob diese „für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind“.

27.8.1 Die vorliegend strittige KFZ-Bekanntmachung basiert auf der KFZ-Bekanntmachung der WEKO vom 21. Oktober 2002, welche sich ihrerseits an der Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 anlehnt (einleitende Ziff. II der KFZ-Bekanntmachung).

27.8.2 Die massgebliche Begriffsbestimmung nach Art. 1 Abs. 1 der FKZ-Bekanntmachung, nach welcher Kraftfahrzeuge Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern sind, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind, entspricht wörtlich der Definition in der vorherigen KFZ-Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002. Auch die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 sowie ihrer Nachfolgerin, die Verordnung (EU) Nr. 461/2010 enthalten in ihren Art. 1 Ziff. 1 Bst. n bzw. Art. 1 Ziff. 1 Bst. g, eine identische Bestimmung des Begriffs „Kraftfahrzeug“ („Kraftfahrzeuge“ sind Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind“; Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 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 im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 129 vom 18.05.2010 S. 52; Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 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 im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 129 vom 28.05.2010, S. 52).

27.8.3 Weiter lässt sich nach dem Gesagten festhalten, dass weder in der KFZ-Bekanntmachung noch in den genannten EU-Normen „Traktoren“ vom Anwendungsbereich der Bestimmungen ausgenommen werden (vgl. Gesuch Rz 55, pag. 18). Diese werden lediglich in den Leitfäden als Beispiele für Fahrzeuge genannt, welche nicht für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind und damit vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. So wird im Leitfaden zur Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 ausgeführt: „Einige Fahrzeuge fallen nicht unter diese Definition, [...] da sie nicht für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind, obwohl sie wie Traktoren oder Erdbewegungsmaschinen gelegentlich öffentliche Strassen befahren“ (S. 17, FN 32; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_de.pdf).

Auch im Leitfaden der Kommission für Kraftfahrzeuge verwendet (Leitfaden zur Verordnung (EG) Nr. 1400/2002, S. 17, FN 32), wird ausgeführt, dass „landwirtschaftliche Fahrzeuge wie z.B. Traktoren, [...] nicht Gegenstand der Verordnung [sind], da sie in erster Linie nicht für den Verkehr auf öffentlichen Wegen vorgesehen sind“ (GAB 10 S. 7).

Damit ist die Diskussion, ob es sich bei den Fahrzeugen der Gesuchsgegnerin um Traktoren, Transporter oder um eine Kombination von Traktor und Anhänger handelt für das vorliegende Verfahren unerheblich. Entscheidend ist dagegen, ob sie für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind oder nicht.

27.8.4 Die Gesuchsgegnerin stellt Hang-Geräteträger, Mehrzweck-Transporter, Motormäher/Einachser, Elektro-Geräteträger und Transporter für Sommerdienst/Kommunaltechnik her (GAB 3).

27.8.5 Hinsichtlich der Motormäher/Einachser (GAB 6), der Hang-Geräteträger (Terratrac; GAB 4), der Elektro-Geräteträger sowie einem Teil der Mehrzweck-Transporter (GAB 5 S. 1-4) erscheint ohne weiteres glaubhaft, dass diese nicht für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind, sondern es sich dabei um landwirtschaftliche Fahrzeuge handelt. So sind die Hang-Geräteträger für sicheres Arbeiten in extremsten Steillagen gebaut (GAB 4 S. 5) und werden auf häufigsten für Mäharbeiten verwendet. Weitere Einsatzgebiete sind: Futterernte, Streuernte, Weidpflege, Düngen, Transportieren und Winterdienst (GAB 4, S. 26 ff.). An die Mehrzweck-Transporter können Ladegeräte für die Futteraufnahme aufgebaut werden (GB 5 S. 1-4; vgl. auch GB 5, S. 10). Weiter werden die soeben genannten Gerätekategorien in der Produkteübersicht unter der Rubrik „Landtechnik“ geführt (GAB 3), was ein weiteres Indiz dafür darstellt, dass die genannten Fahrzeuge primär für den Einsatz in der Landwirtschaft bestimmt sind.

Dass die Fahrzeuge der Gesuchsgegnerin teilweise auf öffentlichen Strassen fahren ist unstrittig. Allerdings kann aus dem Umstand, dass ein Fahrzeug (auch auf öffentlichen Strassen fährt, nicht geschlossen werden, dass es sich deshalb nicht um ein landwirtschaftliches Fahrzeug handelt. Vielmehr müssen auch landwirtschaftliche Fahrzeuge die öffentlichen Strassen benutzen, um ihren Zweck erfüllen zu können. Dies illustriert die Verkehrsregelverordnung, welche bestimmt, welche Fahrten mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen auf öffentlichen Strassen durchgeführt werden dürfen (Art. 86 ff.; SR 741.11).

Weiter ist ebenfalls unstrittig, dass mit einem Teil der genannten Fahrzeuge auch Material transportiert wird. Allerdings lässt sich aus Art. 1 Abs. 2 der KFZ-Bekanntmachung nicht ableiten, dass jedes leichte Nutzfahrzeug und jeder Lastkraftwagen, welcher dem Warentransport dient, in den Anwendungsbereich der KFZ-Bekanntmachung fallen. Bei Abs. 2 handelt es sich um eine exemplarische Auflistung, welche den Grundsatz nach Abs. 1 illustriert, aber nicht abändert. Damit müssen auch leichte Nutzfahrzeuge und Lastkraftwagen, welche der Beförderung von Waren dienen, für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sein, um als Kraftfahrzeug im Sinne der KFZ-Bekanntmachung zu gelten. Weiter ist fraglich, ob es sich bei Heu, Grünschnitt, etc. um Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der KFZ-Bekanntmachung handelt.

Bezüglich der Einachser lässt sich schliesslich festhalten, dass es sich dabei nicht um Fahrzeuge „mit mindestens drei Rädern“ handelt, weshalb diese bereits aus diesem Grund nicht als Kraftfahrzeuge im Sinne der KFZ-Bekanntmachung gelten können.

27.8.6 An einen Teil der Mehrzweck-Transporter (GAB 5 S. 8 ff.) sowie an die Transporter für den Kommunaldienst (GAB 5 S. 6 f.) können verschiedene Geräte an- und aufgebraut werden, wie beispielsweise Schneepflüge, Streuer, Anbaukehrmaschinen, Leitpostenwaschgeräte (GAB 5 S. 9), Kran, Kehrbürste (GAB 5 S. 6), Mähwerke (GAB 5 S. 7), etc. Aus den Anbaugeräten ist zu schliessen, dass diese Fahrzeuge im Unterschied zu den oben genannten Fahrzeugen aufgrund ihrer Zweckbestimmung zwangsläufig vermehrt auf der Strasse zum Einsatz kommen dürften. Sie sind aber insbesondere deshalb auf der Strasse anzutreffen, weil sie zu deren „Pflege“ eingesetzt werden. Weiter können diese Fahrzeuge zweifelsohne auch zum Material-Transport eingesetzt werden. Es erscheint aber glaubhaft, dass sich das Einsatzgebiet dieser Transporter nicht auf den Transport beschränkt, sondern die Eignung zur Ausführung von verschiedenen, spezifischen Arbeiten im Vordergrund steht. Dafür spricht insbesondere auch der unbestritten gebliebene Umstand, dass die Transporter eine maximale Geschwindigkeit von 45 km/h erreichen (Gesuchantwort Rz 28, pag. 41). Aus diesem Grund ist im Rahmen der vorliegend angezeigten summarischen Prüfung davon auszugehen, dass auch diese Fahrzeuge insgesamt nicht zur Beförderung von Waren auf den öffentlichen Strassen bestimmt sind. Bei Fahrzeugen, welche aufgrund der vielen möglichen An- und Aufbauten sehr unterschiedlich aussehen können und damit auch sehr unterschiedlich eingesetzt werden können, erscheint es für die vorliegend interessierende Frage nicht praktikabel zu sein, auf den konkreten Einsatz des einzelnen Nutzers abzustellen.

An dieser Einschätzung ändert nichts, dass die Gesuchstellerin zwei Fahrzeugausweise (wobei einer den Vermerk „ungültig“ trägt) aus dem Jahr 2011 bzw. 2015 beigebracht hat, aus denen hervorgeht, dass zwei Fahrzeuge der Gesuchsgegnerin als „Lastwagen“ eingetragen worden sind (GB 6 und 7), da unklar ist, ob dabei dieselben Begriffsbestimmungen zu Anwendung gelangen.

Kommt hinzu, dass gemäss der Übersichts-Tabelle der Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin in den Jahren 2009-2015 überwiegend Einachser und Terratracs bezogen hat (Gesuchantwort Rz 11, pag. 36). Weiter handelt es sich bei den genannten Transportern (TP48 und TP420) um Modelle, welche für den Einsatz in unwegsamem Gelände und nicht für die Strasse konzipiert scheinen (GAB 3; GAB 5 S. 3). Die Tabelle vermittelt zwar kein umfassendes Bild über die Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin, weil darin die Parallelimporte fehlen und dabei nur die Händlertätigkeit und nicht die Tätigkeit als Werkstatt abgebildet wird, liefert aber dennoch einen Anhaltspunkt zum Tätigkeitsschwerpunkt der Gesuchstellerin, welcher im Bereich der eindeutig landwirtschaftlichen Fahrzeuge zu liegen scheint.

Damit ist im Rahmen der vorliegend angezeigten summarischen Prüfung davon auszugehen, dass die Fahrzeuge der Gesuchsgegnerin nicht in den Anwendungsbereich der KFZ-Bekanntmachung fallen.

27.9 Schliesslich ist fraglich, ob die Vorschriften in Art. 19 KFZ-Bekanntmachung auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt zur Anwendung gelangen. Diese

regeln in erster Linie die Anforderungen an Bestimmungen über Form und Inhalt von Kündigungen in den Vereinbarungen der Krafftfahrzeuganbieter mit den zugelassenen Händlern, zugelassenen Werkstätten und zugelassenen Ersatzteilhändlern (Ziff. 50 der Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung; GB 32). Bei der Gesuchstellerin handelt es sich nach eigenen Angaben um eine unabhängige Händlerin und Werkstatt (Gesuch Rz 13, pag. 7; Eingabe vom 13. Februar 2018 Ziff. 3, pag. 49). Ob es sich bei den konkludent abgeschlossenen Lieferverträgen über Ersatzteile um die (Wieder-)Aufnahme in das Vertriebssystem der Gesuchsgegnerin handelte, erscheint zumindest fraglich, da die Gesuchstellerin selber ausführt, dass es sich bei den R-Händlern nicht um „eigentliche Vertragshändler“ handle (Gesuch Rz 34, pag. 13).

27.10 Damit erscheinen die tatbestandsmässigen Voraussetzungen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG i.V.m. Art. 19 KFZ-Bekanntmachung und damit ein materieller Anspruch nach Art. 261 Abs. 1 Bst. a ZPO nicht glaubhaft.

27.11 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die rechtliche Bedeutung von Art. 19 der KFZ-Bekanntmachung umstritten ist. So führt KLAUS NEFF aus, dass unklar sein, auf welchen Rechtsgrundlagen die WEKO sie sehr weit gehenden Pflichten betreffend Laufzeit und Kündbarkeit von KFZ-Vertriebsverträgen vorschreiben, zumal nicht ersichtlich sei, inwiefern eine reguläre, geschweige denn eine ausserordentliche Kündigung des Lieferanten oder des Händlers wettbewerbsrechtliche Relevanz haben könnten. Daher sei Ziff. 17 (der KFZ-Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002, welche weitgehend Ziff. 19 der aktuellen KFZ-Bekanntmachung entspricht) vorbehaltlich eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gesetzeswidrig und daher unbeachtlich (Klaus Neff, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, N. 1 zu Ziff. 17 Kfz-BM; ebenfalls kritisch hinsichtlich der rechtlichen Grundlage ist OLIVER KAUFMANN, Relative Marktmacht, Diss. ZH 2014, Rz 506 sowie hinsichtlich der mangelnden Wettbewerbsrelevanz MICHAEL SCHÜEPP, Der Automobilvertrieb i europäischen und im schweizerischen Kartellrecht, 2011, S. 145).

Weiter ist fraglich, ob aus Art. 19 Ziff. 2 der KFZ-Bekanntmachung ein zivilrechtlicher Anspruch auf Weiterbelieferung während zweier Jahre abgeleitet werden kann. Dies umso mehr, als die Gesuchstellerin vorliegend ihre Ersatzteile von anderen Anbietern beziehen kann.

28. Verfügungsgrund

28.1 Im Übrigen sind bei Leistungsmassnahmen auch an die Ersetzbarkeit des Nachteils strenge Anforderungen zu stellen. Nicht leicht wieder gut zu machen ist ein Nachteil, der später vermutlich nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann (JACOBS/GIGER, a.a.O., N. 17 zu Art. 17 KG mit Hinweisen).

28.2 Die Gesuchstellerin räumt ein, dass die erforderlichen Ersatzteile zwar alternativ auch über graue Kanäle beschafft werden könnten, dies jedoch mit erheblichen Nachteilen verbunden sei: So verliere sie die bei regelmässigen Bezügen gewährten Rabatte, riskiere Beliefe-

run gslücken und Verzögerungen und schliesslich sei ein solcher Boykott für einen Reparaturspezialisten auch imageschädigend (Gesuch Rz 8, pag. 5). Unter logischen Gesichtspunkten sei es sehr nachteilig, die Ersatzteile nicht direkt beim Hersteller bestellen zu können. Gleichzeitig sei dies auch imageschädlich, weil ohne direkte Bezugsmöglichkeit die Servicequalität gefährdet sei. Bei Widerhandlungen dieser Art sei der rein finanzielle Schaden zudem erfahrungsgemäss nur sehr schwer rechtsgenügend zu substantiieren, was nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil anzuerkennen sei (Gesuch Rz 65, pag. 20).

In der Eingabe vom 13. Februar 2018 wiederholt die Gesuchstellerin, dass der alternative Beschaffungsweg für sie mit erheblichen Nachteilen verbunden sei, weil die Ersatzteile nicht in den Betrieb geliefert würden, sondern bei C abgeholt werden müssten (was eine Stunde beanspruche), weil die von der Herstellerin entsprechend den Branchenusanzen gewährten Rabatte wegfielen und weil die fehlende Direktbelieferung zu wettbewerbsverfälschenden Verzögerungen führten (Eingabe vom 13. Februar 2018 Ziff. 3, pag. 49).

28.3 Rabattekürzungen sind im Regelfall klar bemessbar und daher leicht wieder gut zu machen (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 925). Dass die Solvenz der Gesuchsgegnerin fraglich ist oder die Existenz der Gesuchstellerin gefährdet wäre, wird nicht vorgebracht. Damit ist der allfällige Verlust des Herstellerrabatts für die Anordnung eines Leistungsmassnahme nicht als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu qualifizieren.

Kommt hinzu, dass die Gesuchstellerin ihre Behauptung, dass sie die üblicherweise gewährten Rabatte verliere, weder umfangmässig substantiiert noch mit Rechnungen belegt hat. Die Gesuchsgegnerin hat dies bestritten und ihrerseits behauptet, dass die Gesuchstellerin bei ihren Bestellungen bei den übrigen Vertragshändlerinnen den vollen Rabatt erhalte (Gesuchsantwort Rz 9, pag. 35; Eingabe vom 20. Februar 2018 Rz 6, pag. 58). Bei der dazu eingereichten Rechnung der C. AG vom 15. Januar 2018 (GAB 11) handelt es sich um ein unechtes Novum, für dessen Einreichung erst mit der Eingabe vom 20. Februar 2018 die Gesuchsgegnerin keine Entschuldigungsgründe vorgetragen hat. Im Summarverfahren tritt der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel ein (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 206 vom 15. Juli 2015 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Danach können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Nachdem die Behauptung des Rabattverlusts bereits ihm Gesuch aufgestellt worden ist (Gesuch Rz 8, pag. 5), erscheint die Einreichung der Urkunde namentlich nicht als Reaktion auf eine neue Behauptung in der Eingabe vom 13. Februar 2018 als gerechtfertigt. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchsgegnerin bereits in ihrer Gesuchsantwort einen Antrag auf Edition der Rechnungen bei der C. AG gestellt hat (Gesuch Rz 9, pag. 36).

28.4 Weiter hat die Gesuchsgegnerin noch ein Schreiben vom 19. Februar 2018 der Technik Center Grueb AG, Oberwangen TG, eingereicht, in welchem die Un-

ternehmung bestätigt, dass sie als offizieller [...]Händlerin die Gesuchstellerin jederzeit mit Ersatzteilen beliefern werde (GAB 12). Damit ist glaubhaft, dass sich die Gesuchstellerin auch bei einem näher gelegenen Vertragshändler mit Ersatzteilen eindecken könnte, was den geltend gemachten Fahrweg von einer Stunde zu der C. AG relativiert.

28.5 Nicht glaubhaft erscheint, dass tatsächlich ein Risiko von Belieferungslücken besteht, nachdem zwei Vertragshändlerinnen schriftlich bestätigt haben, die Gesuchstellerin mit Ersatzteilen beliefern zu wollen (GAB 2 und 12) und die Gesuchstellerin keine tatsächlich eingetretenen Belieferungslücken dargetan hat. Überdies hat Gesuchsgegnerin wiederholt vorgebracht, sie habe nichts dagegen einzuwenden, dass die Gesuchstellerin Ersatzteile über andere Händler beziehe (Gesuchsantwort Rz 21 und 23, pag. 39 f.).

28.6 Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Verzögerung wegen der fehlenden Direktbelieferung wird von der Gesuchsgegnerin bestritten, welche ihrerseits ausführt, dass die Gesuchstellerin die Ersatzteile auch direkt zugestellt erhalte, wenn diese bei der Bestellung explizit eine Direktlieferung wünsche (Eingabe vom 20. Februar 2018 Rz 6, pag. 58).

28.7 Hinsichtlich des geltend gemachten Imageschadens ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargetan, inwiefern die Einstellung der Belieferung nach der Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehung für lediglich vier Monate, der Gesuchstellerin einen nicht leicht wieder gutzumachenden Imageschaden zufügt, welcher über den möglichen Reputationsschaden hinausgeht, der durch die Auslösung des mehrjährigen Händlervertrags im Jahr 2015 entstanden war. Inwiefern ohne direkte Bezugsmöglichkeit die Servicequalität gefährdet würde, substantiiert die Gesuchstellerin nicht.

28.8 Damit erscheint ebenfalls nicht glaubhaft, dass der Gesuchstellerin bei Nichtbelieferung durch die Gesuchsgegnerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 261 Abs. 1 Bst. b ZPO droht, welcher die vorsorgliche Vollstreckung eines Abwehrenspruchs rechtfertigen würde. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist damit abzuweisen.

V Kosten

29. Streitwert

29.1 Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

29.2 Die Gesuchstellerin sieht die Nachteile des Belieferungsstopps durch die Gesuchsgegnerin darin, dass sie die Rabatte verliere, Belieferungslücken und Verzögerungen riskiere und sie einen Imageschaden erleide. Der Interessenwert dieser Nachteile schätzt die Gesuchstellerin für die Dauer der Kündigungsfrist auf CHF 50'000.00 (Gesuch Rz 9, pag. 5 f.).

29.3 Die Gesuchsgegnerin geht von einem Streitwert unter CHF 30'000.00 aus. Sie führt aus, dass die C. AG die Gesuchstellerin mit Ersatzteilen beliefern habe und dies auch weiterhin tun werde und bestreitet damit mög-

liche Belieferungslücken sowie Verzögerungen und den damit einhergehenden Imageschaden bei der Gesuchstellerin. Weiter ist sie der Auffassung, dass auch der behauptete Verlust der Rabatte nicht substantiiert worden sei (Gesuchsantwort Rz 9, pag. 35).

29.4 Machen die Parteien unterschiedliche Angaben zum Streitwert wird in der Regel auf die die höhere Angabe abgestellt (JOHANN JAKOB ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! 2002 S. 493, S. 494 Ziff. 2a und 507). Entsprechend wird vorliegend von einem Streitwert von CHF 50'000.00 ausgegangen.

30. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden der Gesuchstellerin als unterliegender Partei die Prozesskosten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

31. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

32. Der Kostenrahmen für die Gerichtsgebühr beträgt bei einem Streitwert von zwischen CHF 50'000 bis 100'000 zwischen CHF 2'000 bis 22'000 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 42 Abs. 1 Bst. b und Art. 4 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage kann die jeweilige Mindestgebühr unterschritten werden (Art. 42 Abs. 2 VKD).

32.1 Innerhalb des Rahmens bemessen sich die Verfahrenskosten nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostenpflichtigen (Art. 5 VKD).

32.2 Im vorliegenden Verfahren ist der Aufwand in rechtlicher Hinsicht eher überdurchschnittlich, während die Streitigkeit vom Sachverhalt her überschaubar ist. Insgesamt ist der Zeit- und Arbeitsaufwand für ein vorsorgliches Massnahmeverfahren (ohne Superprovisorium) als leicht überdurchschnittlich einzustufen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich der Streitwert vorliegend im untersten Bereich des Rahmentarifs bewegt. Damit wird die Entscheidgebühr vorliegend auf CHF 3'000.00 bestimmt. Eine Unterschreitung der Mindestgebühr rechtfertigt sich nicht.

32.3 Die Gerichtskosten werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss von CHF 3'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

33. Parteientschädigung

33.1 Die Gesuchstellerin hat der obsiegenden Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Diese spricht das Gericht nach den Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 ZPO).

33.2 Als Parteientschädigung gilt namentlich der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 Bst. a und b ZPO).

33.3 In seiner Kostennote vom 23. Februar 2018 macht der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 8'016.30 geltend, welche aus folgenden Positionen besteht: Rechtsanwalt CHF 7'527.20, Sekretariat CHF 255.60 und Auslagen CHF 233.50 (3% Barauslagenpauschale) (pag. 64). In

der beigelegten Aufstellung wird ein Studenttotal von 30.58 Stunden ausgewiesen (pag. 65 f.).

33.4 Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin hat seinen Aufwand auf CHF 8'400.00 Honorar und CHF 168.00 Auslagen beziffert (pag. 54).

33.5 Im erstinstanzlichen Verfahren erstreckt sich der Honorarraumen bei einem Streitwert von über CHF 20'000 bis 50'000 von CHF 3'200 bis 15'700 (Art. 5 Abs. 1 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). In summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) beträgt das Honorar 30 bis 60 Prozent des Honorars gemäss den Absätzen 1 und 2 (Art. 5 Abs. 3 PKV) und damit vorliegend zwischen CHF 960.00 und 9'420.00.

33.6 Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

33.7 Das vorliegende Verfahren ist von seinem Umfang her überschaubar. So wurde förmlich ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt und die Gesuchsgegnerin hat eine Gesuchsantwort von 11 Seiten mit 6 Beilagen sowie eine weitere Stellungnahme von 4 Seiten mit 6 Beilagen eingereicht. Die Gegenseite ihrerseits hat ein 20-seitiges Gesuch mit 32 Beilagen und eine weitere Stellungnahme von 4 Seiten eingereicht. Auch vom Sachverhalt her, bietet das vorliegende Verfahren keine besonderen Schwierigkeiten. Hingegen ist in rechtlicher Hinsicht von einem eher überdurchschnittlichen Verfahren auszugehen. Daher ist sowohl beim gebotenen Zeitaufwand sowie auch bei der Schwierigkeit der Sache von einem leicht überdurchschnittlichen vorsorglichen Massnahmenverfahren auszugehen. Schliesslich ist die Bedeutung der Streitsache, wie sie im Streitwert zum Ausdruck kommt, gemessen am anwendbaren Honorarraumen, überdurchschnittlich. Damit erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens von gut 75 % angezeigt. Da sich das von der Gesuchsgegnerin beantragte Anwaltshonorar von CHF 7'527.20 in dieser Grössenordnung bewegt, ist dieses vollumfänglich von der Gesuchstellerin zu ersetzen.

33.8 In den Honoraransätzen der berufsmässigen Vertretung ist der Sekretariatsaufwand bereits mitberücksichtigt, weshalb dieser nicht noch zusätzlich ersetzt wird.

33.9 Dagegen gibt die geltend gemachte Barauslagenpauschale von 3 % zu keinen Bemerkungen Anlass. Diese ist nun selbstverständlich einzig in Bezug zum Anwaltshonorar zu setzen, was (einen leicht reduzierten) Betrag von CHF 225.80 ergibt.

34. Auf der geltend gemachten Parteientschädigung wird keine Mehrwertsteuer verlangt. Diese wäre vorliegend auch nicht zu berücksichtigen, da die ersatzberechtigte Gesuchsgegnerin selber mehrwertsteuerpflichtig ist (<https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=CHE-102.581.896>).

35. Damit hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'753.00 (bestehend aus CHF 7'527.20 Honorar + CHF 225.80 Auslagen) zu bezahlen.

Der Vizepräsident entscheidet:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 3'000.00, werden der Gesuchstellerin zur Bezahlung auferlegt und dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss von CHF 3'000.00 entnommen.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'753.00 zu bezahlen.

4. Zu eröffnen (Einschreiben):

- den Parteien

Mitzuteilen (A-Post):

- Dem Sekretariat der WEKO (Art. 48 Abs. 2 KG)

[Rechtsmittelbelehrung]

C 1	2. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018
-----	--

Entscheid HG 18 19 des Obergerichts des Kantons Bern, Handelsgericht vom 26. März 2018, A. AG, in Thun, vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG in Dielsdorf, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Gegenstand: Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) Gesuch vom 16. Februar 2018

Erwägungen:

I Prozessgeschichte

1.

1.1 Die B. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist exklusive Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken [...] und [...]. Sie hat hierfür in der Schweiz ein selektives Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet.

1.2 Die A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist seit knapp 20 Jahren autorisierte [...] bzw. [...] -Händlerin und betreibt eine Autogarage mit Werkstatt in Thun.

1.3 Am 23. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Geschäftsbeziehung mit der Gesuchstellerin per 31. Januar 2015. Nach mehrfacher Verlängerung der Kündigungsfrist endeten die Händlerverträge per 31. Dezember 2017. Die im Verlauf ausgekoppelten bzw. separat vereinbarten Serviceverträge laufen Ende März 2018 aus.

1.4 Die Gesuchstellerin verlangte von der Gesuchsgegnerin mehrfach die Weiterführung der Geschäftsbeziehung, später insbesondere den Abschluss mehrjähriger Serviceverträge. Die Gesuchsgegnerin beharrte jedoch auf dem Vertragsende.

2.

2.1 Am 2. Februar 2018 (Eingang: 6. Februar 2018) deponierte die Gesuchsgegnerin beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Schutzschrift und stellte darin folgende Anträge:

1. Es sei ein allfälliges Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.
2. **Eventualiter** sei ein allfälliges Gesuch um superprovisorische Massnahmen abzuweisen und es sei der [Gesuchsgegnerin] eine Frist zur Stellungnahme zu den beantragten Massnahmen anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der [Gesuchstellerin].

2.2 Mit Klage und gleichzeitigem Gesuch vom 16. Februar 2018 (Eingang: 20. Februar 2018) gelangte die Gesuchstellerin an das Handelsgericht des Kantons Bern. Sie stellte folgende Anträge:

1. Die [Gesuchsgegnerin] sei zu verpflichten, mit der [Gesuchstellerin] einen Servicevertrag für die Marken [...] (inkl. [...] und [...]) zu marktüblichen Konditionen mit Be-

ginn 1. April 2018 abzuschliessen. Die [Gesuchsgegnerin] sei namentlich zu verpflichten,

- a) den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
 - b) die [Gesuchstellerin] mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;
 - c) der [Gesuchstellerin] sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;
 - d) der [Gesuchstellerin] weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen [...] - und [...] -Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;
 - e) der [Gesuchstellerin] die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der [Gesuchsgegnerin].
 3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.
 4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der [Gesuchsgegnerin] anzuordnen.
 5. Es sei nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die kartellrechtlich relevanten Fragen einzuholen, namentlich (i) zur Bestimmung des relevanten Marktes, (ii) zur marktbeherrschenden Stellung der [Gesuchsgegnerin] auf dem relevanten Markt (Art. 4 Abs. 3 KG) sowie (iii) zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 KG) infolge der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Ziff. 1.

2.3 Der Instruktionsrichter wies den Antrag auf superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 21. Februar 2018 ab und forderte die Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme innert nicht erstreckbarer Frist auf. Er gab der Gesuchsgegnerin gleichzeitig Kenntnis von der Schutzschrift und zog diese zum Verfahren bei. Betreffend Schutzschrift wurde ausdrücklich kein Schriftenwechsel angeordnet.

2.4 Ohne die Zulässigkeit dieses Vorgehens darzulegen, reichte die Gesuchstellerin am 2. März 2018 eine „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Urkunden ein. Sie hielt an den gestellten Anträgen fest.

2.5 In ihrer Stellungnahme vom 12. März 2018 (Eingang: 14. März 2018) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

1. Es sei auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten.
2. **Eventualiter** sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Prozessualer Antrag: Es sei die unaufgeforderte „Stellungnahme Schutzschrift“ der Gesuchstellerin vom 2. März 2018 vollumfänglich, eventualiter insoweit als sie neue Behauptungen und Beweismittel enthält, die bereits im Massnahmege-such hätten vorgebracht werden können und die der An-spruchs begründung dienen, aus dem Recht zu weisen.

In der Begründung ihrer Rechtsschrift beantragte die Gesuchsgegnerin zudem eventualiter die Einforderung einer Sicherheitsleistung bei der Gesuchstellerin (Rz 147; Art. 264 Abs. 1 ZPO).

2.6 Mit Verfügung vom 14. März 2018 gab der Instruktionsrichter der Gesuchstellerin Kenntnis von der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 12. März 2018. Er teilte den Parteien zudem mit, dass das Gericht die Entscheidbe-ratung im Massnahmeverfahren am 20. März 2018 be-ginnen werde.

2.7 Auf Ersuchen des Gerichts reichten die Parteien in der Folge ihre Kostennoten ein.

2.8 Am 23. März 2018 tätigte die Gesuchstellerin eine weitere unaufgeforderte Eingabe (Eingang: 26. März 2018). Gemäss referenzierter Verfahrensnummer auf dem Deckblatt und der Parteibezeichnung „Kläge-rin/Beklagte“ bezieht sich diese Eingabe indessen auf das Klageverfahren (Nummer HG 18 18), d.h. nicht auf das vorliegende Massnahmeverfahren.

II Formelles

3.

3.1 Die örtliche Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 13 der Schweizerischen Zivilpro-zessordnung (ZPO; SR 272) geregelt: Zwingend zustän-dig ist entweder das Gericht am Ort, an dem die Zustän-digkeit für die Hauptsache gegeben ist (Bst. a) oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (Bst. b). Abweichende gesetzliche Vorschriften bleiben vorbehalten.

3.2 Bei der Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit ist auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 141 III 294 E. 5.2 S. 298 f. mit Hinweisen). Sofern Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eine Tatsache darstellt, der auch materiell-rechtlich entscheidende Bedeutung zukommt (doppelrelevante Tatsache), ist darüber nicht im Rah-men der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheides zu befinden. Die behaupteten doppelrelevanten Tatsa-chen sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen und werden erst im Moment der materiel-len Prüfung untersucht. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Gegenseite unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3 mit Hinweisen; vgl. auch MARIO MARTI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivil-prozessordnung, 2012, N. 16 zu Art. 36 ZPO).

3.3 Streitgegenstand gemäss Darstellung im Gesuch ist ein Anspruch aus Kartellrecht, welcher durch eine uner-laubte Handlung (Beschränkung des Wettbewerbs) be-gründet worden sei. Für solche Fälle zuständig sind vorab die Gerichte am Sitz der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort (Art. 36 ZPO; MARTI, a.a.O., N. 6 zu Art. 36 ZPO; CHEVALIER/HEDINGER, in: Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 36 ZPO; HEINRICH HEMPEL, Basler Kom-mentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 36 ZPO). Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Anordnung ist dieser Gerichtsstand (Art. 36 ZPO) aber nicht zwingend (Art. 9 Abs. 1 ZPO). Die Par-teien können vertraglich davon abweichen.

3.4 Die Gesuchsgegnerin erhebt die Unzuständigkeits-einrede. Sie beruft sich auf die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge und die dortigen Gerichts-standsvereinbarungen.

3.4.1 In tatsächlicher Hinsicht ist hierzu Folgendes fest-zustellen:

- Die im Jahr 2005 abgeschlossenen Händlerver-träge (Gesuchsbeilagen [GB] 6 und 7) enthalten beide folgende Vereinbarung:

„Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand ist Dielsdorf. Sachlich zuständig ist das Bezirksge-richt Dielsdorf. [Die Gesuchsgegnerin] ist berech-tigt, gegen [die Gesuchstellerin] auch vor jedem anderen zuständigen Gericht vorzugehen.“

Der im Jahr 2013 abgeschlossene [...] (GB 12) enthält folgende Gerichtsstandsvereinbarung:

„Ausschliesslicher Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Ver-trages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ist Dielsdorf.“

3.4.2 Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem Recht, das zur Zeit ihres Ab-schlusses gegolten hat (Art. 406 ZPO).

- Für die Händlerverträge ist nicht die ZPO, sondern das (zwischenzeitlich ausser Kraft getretene) Ge-richtsstandsgesetz (GestG; ehem. SR 272) ein-schlägig. Dieses sah in Art. 9 vor, dass die Partei-en für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimm-ten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand verein-baren konnten. Dabei konnte die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden, sofern nichts anderes aus der Vereinbarung her-vorging (Abs. 1). Die Vereinbarung musste schrift-lich oder in einer gleichgestellten Form erfolgen (Abs. 2).
- Für den [...] gelten die Regeln der ZPO, insb. deren Art. 17. Demnach können die Parteien für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechts-verhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden (Abs. 1). Die Vereinbarung muss

schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht.

Die Gerichtsstandsvereinbarungen wurden grundsätzlich gültig abgeschlossen.

3.4.3 Die Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung (Prozessvertrag) ergibt sich zunächst aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien; ist ein solcher nicht nachgewiesen, ist die Klausel nach den üblichen Regeln auszulegen (BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274; Urteil des Bundesgerichts 4A_4/2015 vom 9. März 2015 E. 2). Da vorliegend keine Seite behauptet, die Parteien hätten bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich auch Kartellrechtliche Ansprüche regeln wollen, sind die Klauseln auszulegen.

3.4.4 Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159 mit Hinweisen). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind im Weiteren etwa die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste.

Zu den hier abgeschlossenen Klauseln ergibt sich bei summarischer Prüfung Folgendes:

- Der Wortlaut der Klauseln ist restriktiv gefasst („Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand“ bzw. „Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag“). Die häufig anzutreffende Ergänzung, wonach auch Streitigkeiten „im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfasst seien, wurde nicht verwendet.
- Kartellrechtliche Ansprüche beruhen auf einer Spezialgesetzgebung. Die Implikationen sind der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt. Dass das Kartellgesetz insbesondere Anspruch auf Abschluss von Verträgen gibt, dürften die Beteiligten im Normalfall erst durch ihre Anwälte erfahren und entsprechend überraschen. Solche Ansprüche gehören nicht zum Kreise der Rechtsfragen, mit denen die Parteien – selbst im Geschäftsverkehr – üblicherweise rechnen.
- In der Lehre wird vertreten, dass „konkurrierende“ deliktische Ansprüche bzw. deliktische Ansprüche, die „gleichzeitig eine Vertragsverletzung“ darstellen, ebenfalls von Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst würden (vgl. etwa MARKUS WIRTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2001, N. 68 f. zu Art. 9 GestG; BERNHARD BERGER, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 29 zu Art. 17 ZPO). Dies lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesagten vereinen: Dass im Zuge der Zusammenarbeit auch Sachenersatzansprüche nach Art. 41 ff. entstehen oder der Bereicherungstatbestand nach Art. 63 ff. OR erfüllt sein könnte,

leuchtet ein. Der Kreis dieser zweifellos ebenfalls von der Klausel erfassten Rechtsverhältnisse lässt sich aber nicht ex post, auf dem Weg der (hier überraschenden) Vertragsauslegung, erweitern (vgl. bereits oben). Vorliegend ist das Kartellrecht sodann alleinige (und nicht konkurrierende) Anspruchsgrundlage.

- Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass kartellrechtliche Ansprüche nur mittels Auslegung zu den deliktischen Ansprüchen gezählt werden, was eine noch weitergehende Zurückhaltung gebietet.

Aus diesen Gründen fallen kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die vorliegend getroffenen Gerichtsstandsklauseln.

3.4.5 Die Argumente der Gesuchsgegnerin ändern daran nichts:

- Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass das Gesuch (und die Klage) wirtschaftlich auf die Weiterführung des bestehenden Werkstattverhältnisses abziele. In der Rechtsschrift sei sodann verschiedentlich die Rede davon, dass die Kündigung der Werkstattverträge widerrechtlich erfolgt sei. Aus beidem folge, dass eine vertragliche Streitigkeit vorliege.

Diese Argumentation vermischt den Prozessgegenstand mit dem (vorliegend umfassender dargestellten) Sachverhalt. Der Streitgegenstand des Summarverfahrens wurde durch das Rechtsbegehren und die dazu gegebene Begründung fixiert. Thema ist nur, ob (1.) der Gestuchstellerin gestützt auf das Kartellgesetz ein (Verfügungs-)Anspruch auf Abschluss eines neuen Servicevertrages per 1. April 2018 zusteht, und ob (2.) ein dringlicher (Verfügungs-)Grund besteht, diesen Anspruch vorsorglich zu schützen. In der Begründung beruft sich die Gestuchstellerin ausschliesslich auf das Verhalten der angeblich marktbeherrschenden Gegenseite und stützt ihre Ansprüche auf das Kartellgesetz. Dieser Streitgegenstand ist somit von der bisherigen Geschäftsbeziehung unabhängig. Dass zusätzlich eine Vereinbarung bestehen würde, aus welcher ein konkurrierender vertraglicher Anspruch entweder auf Weiterführung der bisherigen Verträge oder auf Neuabschluss bestünde, trägt die Gesuchsgegnerin, wie gesagt, nirgends vor; bei summarischer Prüfung ist ein solcher vertraglicher Anspruch auch nicht ersichtlich.

- Die Gesuchsgegnerin ist sodann der Ansicht, dass ein blosser sachlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang zu einem Vertrag genüge, um die Zuständigkeit des prorogierten Vertragsgerichts auch für ausservertragliche Ansprüche auszulösen.

Soweit sie sich hierfür auf die Lehrmeinung von DANIEL FÜLLEMANN stützt (in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 13 zu Art. 17 ZPO), ist ihr entgegenzuhalten, dass die dort diskutierte Klausel („sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit diesem

Vertrag“) wesentlich weiter gefasst ist, als hier. Die Lehrmeinung ist nicht einschlägig.

Die Gesuchsgegnerin stützt sich weiter auf das Bundesgericht, welches im Entscheid 4C.142/2006 vom 25. September 2006 auch kartellrechtliche Ansprüche unter die dort getroffene Gerichtsstandsklausel (*«Le for exclusif pour tous les litiges afférents au présent contrat est à Zurich [...]»*) subsumiert habe. Ausschlaggebend sei der Sachzusammenhang gewesen. Dies mag auf den ersten Blick zutreffen. Genau besehen war die Ausgangslage aber eine andere. Aus der Begründung ergibt sich, dass im Diskutierten Entscheid (anders als hier) vertragliche Ansprüche im Zentrum standen. Gegenstand des Prozesses waren *«le refus d'exécuter le contrat du 10 octobre 2003, [...] l'exécution défectueuse de ce contrat, [...] la résiliation et [...] la modification des conditions générales [...]»*. Deshalb erwog das Bundesgericht: *«Dans cette situation, il s'impose d'admettre la connexité entre les illicites et l'objet du contrat, avec cette conséquence que l'action de la demanderesse est soumise à la convention d'élection de for [...]»*. Die dortigen Aussagen des Bundesgerichts lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Hier endet das Vertragsverhältnis am 31. März 2018 und es werden hieraus keinerlei Ansprüche geltend gemacht. Der beantragte Vertrag ist ein neuer und bezieht sich nicht auf die alten.

Der Konnex zwischen Kartellrechtlichem Anspruch und auslaufenden Verträgen ist vorliegend bloss zeitlicher Natur (Anschluss). Darüber hinaus besteht kein ausreichender sachlicher Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch, welcher hier ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens voraussetzt, und der Vertragshistorie.

3.5 Die Unzuständigkeitseinrede erweist sich somit als unbegründet. Es besteht keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, welche die vorliegende Streitsache mitumfassen würde. Damit bleibt es bei der Anwendbarkeit von Art. 13 Bst. a i.V.m. Art. 36 ZPO.

3.6 Die (behauptete) Kartellrechtswidrigkeit wirkt sich am Sitz der Gesuchstellerin aus (Thun), wo diese in ihrer rechtlichen und finanziellen Situation betroffen ist. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern als Gericht am Erfolgsort ist somit gegeben.

4. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist als einzige kantonale Instanz für kartellrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO; Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).

5. Der Kostenvorschuss von CHF 9'000.00 wurde fristgerecht bezahlt.

6. Vorsorgliche Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit beurteilt der Präsident des Handelsgerichts (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der

Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]) und damit auch dessen Vizepräsident.

7. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Gesuch ist demnach einzutreten.

8.

8.1 Im vorsorglichen Massnahmeverfahren besteht keine Pflicht des Zivilgerichts, Fragen nach der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Begutachtung vorzulegen (Art. 15 Abs. 1 des Kartellgesetzes [KG; SR 251]; JAKOBS/GIGER, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 9 zu Art. 15 KG).

8.2 Von der Natur der Streitsache her (summarisches Verfahren) zeichnet sich das Verfahren durch seine Schriftlichkeit aus; auf die Durchführung einer Verhandlung kann verzichtet werden (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Beweis ist durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn (a.) sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, (b.) es der Verfahrenszweck erfordert oder (c.) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO). Vorliegend steht bereits die zeitliche Dringlichkeit der Einholung eines Gutachtens und auch der beantragten Parteibefragung entgegen.

9.

9.1 Im Summarverfahren hat ein Gesuchsteller seinen Standpunkt (Tatsachenbehauptungen und Beweismittel) vollständig mit seiner ersten Rechtsschrift (Gesuch) in den Prozess einzuführen (Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.1). Dies gilt insbesondere auch bezüglich voraussehbarer Einreden und Einwendungen der Gegenseite (vgl. Oger/BE ZK 2015 206, abrufbar unter <http://www.zsg-entscheide.apps.be.ch/tribunapublikation/>). Vorbehalten bleibt das Novenrecht nach Art. 229 Abs. 1 ZPO. Im Falle von unechten Noven ist allerdings detailliert zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon früher hat vorgebracht werden können (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43 m.w.H.).

9.2 Die Gesuchstellerin reichte am 2. März 2018 eine unverlangte „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Beilagen ein. Ob diese – insbesondere Gestützt auf das allgemeine Replikrecht – zulässig ist, kann offen bleiben. Die neuen Behauptungen und neuen Beweismittel beziehen sich auf die Themenkreise „Kündigungsgründe“ und „Einvernehmliche Beendigung durch Vereinbarung“. Weder das eine noch das andere ist vorliegend entscheiderelevant.

9.3 Was die Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. März 2018 anbelangt, so bleibt diese im Massnahmeverfahren aus zwei Gründen unbeachtlich:

Erstens bezieht sich diese gemäss Referenz auf dem Deckblatt (HG 18 18) und der dortigen Parteibezeichnung „Klägerin/Beklagte“ - wie bereits vorne unter I.2.8 ausgeführt – auf das Hauptverfahren.

Zweitens teilte das Handelsgericht den Parteien mit, dass es am 20. März 2018 zur Urteilsberatung überge-

he. Daraus folgt, dass spätere Eingaben unberücksichtigt bleiben müssen.

Eventualiter gilt Folgendes: Das Kriterium der wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeit, als freie Werkstätte Arbeiten an Markenfahrzeugen ausführen zu können, ist nicht neu. Das Argument findet sich bereits im BGH-Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „Jaguar“ (KZR 41/14 = GB 43). Die Gesuchstellerin hätte Ausführungen hierzu und zum Verhalten bzw. den Präferenzen von Eigentümern der Marken [...] und [...] bereits früher vortragen können und müssen. Sie legt nicht dar, warum ihr dies nicht möglich gewesen sein sollte. Die neuen Behauptungen und Beweisanträge wären im Massnahmeverfahren auch deswegen nicht zu hören.

III Sachverhalt

10. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens stellt das Handelsgericht folgenden Sachverhalt fest:

10.1 Die Gesuchsgegnerin bezweckt den Import von Automobilen und Motorrädern, deren Teilen und Zubehör und anderen Erzeugnissen insbesondere der Marke [...] sowie deren Vertrieb in der Schweiz und die Erbringung von Service-, Reparatur- und sonstigen Dienstleistungen (GB 3). Sie ist die Schweizer Generalimporteurin der Marken [...] und [...].

10.2 Die Gesuchstellerin bezweckt den Handel mit und die Wartung von Automobilen, Ersatzteilen und Accessoires aller Art (GB 2). Sie betreibt in Thun eine Autogarage mit rund 23 Mitarbeitenden. Seit 1999 ist sie als zugelassene Händlerin und Servicewerkstätte für Fahrzeuge der Marken [...] und [...] tätig (Gesuch Rz 60 ff.).

10.3 Die Vertragsbeziehung war während langer Zeit durch sog. Händlerverträge geregelt, je gesondert für die Marken [...] und [...] (GB 6+7). Die Händlerverträge, datierend aus dem Jahr 2005, regelten auch die Tätigkeit als Servicewerkstätte (Gesuch Rz 65).

10.4 Am 25. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Händlerverträge per 31. Januar 2015. Sie Begründete dies mit der Neuausrichtung der Vertriebsorganisation und der Anpassung der Standards. Sie stellte der Gesuchstellerin jedoch den Neuabschluss der Händlerverträge in Aussicht (GB 10). Am 24. Juni 2013 informierte die Gesuchsgegnerin, dass sich die Ausstellung der neuen Verträge verzögere (GB 11).

10.5 Am 16. August 2013 schlossen die Parteien einen zusätzlichen Vertrag über den Service von Elektrofahrzeugen ab ([...] i Service Vertrag, GB 12).

10.6 Mit Brief vom 28. Januar 2015 erinnerte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin daran, dass der Händlervertrag am 31. Januar 2015 enden werde. Sie bot an, die Kündigungsfrist bis am 31. Dezember 2015 zu verlängern, um der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung für die Zukunft zu geben. Sie verlangte die Vorlage eines entsprechenden Konzepts (inkl. Eigentümer- und Finanzverhältnisse) bis am 31. März 2015 (GB 18).

10.7 In der Folge bemühte sich die Gesuchstellerin um Klärung der Situation. Die Gesuchsgegnerin lehnte eine Verlängerung der Verträge jedoch ab; sie verweis auf

einen bei ihr anstehenden Führungswechsel (Gesuch Rz 79).

10.8 Am 18. Dezember 2015 bot die Gesuchsgegnerin die Verlängerung der Kündigungsfrist des [...] Händlervertrages bis zum 31. Dezember 2016 an. Damit sollte ein vertragsloser Zustand verhindert und der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung eingeräumt werden (Antwortbeilage [AB] 10). Die Gesuchstellerin akzeptierte dieses Angebot am 21. Dezember 2015.

10.9 Mit Schreiben vom 26. September 2016 kündigte die Gesuchsgegnerin alle abgeschlossenen Verträge, insbesondere den [...] i Service und den [...] Service Vertrag per 30. September 2018 (GB 20).

10.10 Am 27. Dezember 2016 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass der aktuelle [...] Händlervertrag am 31. Dezember 2016, der [...] i Service Vertrag und der [...] Service Vertrag am 30. September 2018 enden würden. Sie bot an, die Laufzeiten zu harmonisieren und als Enddatum für alle Verträge den 31. Dezember 2017 festzusetzen (GB 21). Die Gesuchsgegnerin unterzeichnete die entsprechende Vereinbarung am 17. Januar 2017.

10.11 Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 bat die Gesuchstellerin um Abschluss von neuen Service-Verträgen für [...], [...] und [...] i (GB 24).

10.12 Am 7. August 2017 bekräftigte die Gesuchsgegnerin, dass die Händlerverträge am 31. Dezember 2017 enden. Sie bot jedoch an, die Kündigungsfristen der Service-Verträge bis am 31. März 2018 zu verlängern (GB 26).

10.13 Nach erneutem Briefwechsel (GB 27 und 28) akzeptierte die Gesuchstellerin das Angebot „vorübergehend“. Sie teilte mit, über die weitere Zukunft verhandeln zu wollen (Brief vom 8. September 2017, GB 29).

10.14 Am 14. September 2017 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass zukünftig die C. AG das Aftersales-Potential im Raum Thun vollumfänglich abdecken werde. Eine weitere Verlängerung der Service-Verträge sei nicht möglich. Mit zusätzlichen Service-Partnern würde die vertragliche maximale Anzahl Werkstattarbeitsplätze in Thun überschritten (GB 30).

10.15 In der Folge kommunizierte die Gesuchsgegnerin den Neueintritt von C. AG als offizielle Partnerin von [...] Schweiz sowohl gegenüber den Kunden (GB 32) als auch gegenüber der Öffentlichkeit (GB 33 und 34).

IV Rechtliches

11. Allgemeines zu den vorsorglichen Massnahmen

11.1 Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

Demnach hat die Gesuchstellerin vier Voraussetzungen glaubhaft zu machen (LUCIUS HUBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-

Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 261 ZPO m.w.H.):

- das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur;
- dessen Gefährdung oder Verletzung;
- einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil;
- zeitliche Dringlichkeit.

11.2 Glaubhaft machen („rendre vraisemblable“) bedeutet die Darlegung der Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts und umfasst mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach der Rechtsprechung ist eine Tatsache schon dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_921/2015 vom 11. März 2015 E. 3.1; ausführlich THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N. 50 ff. zu Art. 261 ZPO).

11.3 Vorsorgliche Massnahmen stehen unter der Schranke des Verhältnismässigkeitsgebots. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Massnahmen, die die Rechtsstellung der gesuchsgegnerischen Partei in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigen, nur unter restriktiven Voraussetzungen zuzusprechen; sie müssen sehr viel strengeren Anforderungen genügen (BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 ff. betr. Realvollstreckung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots). Diese erhöhten Anforderungen betreffen die Gesamtheit der Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes, insbesondere die Prognose des Streitausgangs und die jeweiligen Nachteile für die Parteien bei Zuspruch bzw. Verweigerung von Massnahmen. In solchen Fällen darf einstweiliger Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn das Begehren in Anbetracht des glaubhaft gemachten Sachverhalts relativ klar begründet erscheint (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381 f.; zu den erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen vgl. auch den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 13 67 vom 11. Juni 2013, publiziert auf der Entscheidplattform der Berner Justiz).

Dier erhöhten Anforderungen geltend auch hier: Das Gesuch zielt ab auf die vorsorgliche Vollstreckung eines kartellrechtlichen Abwehranspruchs durch Verurteilung zum Vertragsschluss, d.h. eine Leistungsmassnahme (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, N. 5 und 9 zu Art. 17 KG).

11.4 Anwendbar ist das summarische Verfahren (Art. 248 Bst.d ZPO). Die (bloss) summarische Prüfung betrifft nicht nur den Sachverhalt, welcher glaubhaft zu machen ist (vgl. E. 11.2 oben), sondern auch die Rechtsfragen (BGE 139 III 86 E. 4.2 S. 91 mit Hinweisen; BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476).

12. Verfügungsanspruch

12.1 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Dieses missbrauche seine Position,

indem es die Gesuchstellerin ohne Rechtfertigungsgrund von weiteren Geschäftsbeziehungen ausschliesse und ihr insbesondere den Zugang zum Werkstattnetz verweigere. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 13, Bst. b KG stehe ihr ein Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages zu (vgl. dazu E. 12.2 bis E. 12.6 hiernach). Der gleiche Anspruch ergebe sich zudem auch aus Art. 5 KG, wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission (kurz: WEKO) enthalten sei (vgl. dazu E. 12.7 hiernach).

12.2 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).

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG).

Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe (Art. 13 Bst. b KG).

12.3 Die Anwendung von Art. 7. Abs. 1 KG setzt kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale voraus (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 527):

- ein marktbeherrschendes Unternehmen, das
- Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, und zwar
- durch Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung.

12.4 Wettbewerb findet immer in einem bestimmten Marktsegment statt (dem sog. „relevanten Markt“), welches vor der Beurteilung der Marktbeherrschung im Einzelfall ermittelt werden muss.

Nach der üblichen Definition umfasst der relevante Markt jene Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig anzusehen sind (sog. Substituierbarkeit, „smallest market principle“; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]).

Vereinfacht ausgedrückt sind Waren und Dienstleistungen dann substituierbar, wenn die Marktgegenseite auch Produkt B wählen würde, falls Produkt A nicht mehr oder nur noch zu unattraktiven Konditionen erhältlich ist. Bestehen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten, liegt die Annahme der Marktbeherrschung nahe (PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz 1457 und Rz 1621).

12.4.1 Die Gesuchstellerin plädiert für eine markenspezifische Marktabgrenzung. Relevant sei vorliegend der Schweizer After-Sales-Markt (Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen [inkl. Garantiarbeiten] sowie Vertrieb von Ersatzteilen) für Fahrzeuge der Marken [...] und [...] (Gesuch Rz 109). Die Gesuchsgegnerin sei die

exklusive Generalimporteurin für diese Marken und alleinige Anbieterin der nötigen Service-Verträge, welche Voraussetzung für die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen an den relevanten Fahrzeugen sei (Gesuch Rz 105 f.). Nur die Gesuchsgegnerin sei in der Lage, die notwendigen Informationen, Ersatzteile und Gerätschaften zeitnah und in der erforderlichen Anzahl zur Verfügung zu stellen. Auf Produkte und Dienstleistungen anderer Automarken könne nicht ausgewichen werden, da diese nicht kompatibel seien. Zudem sei auch die technische Infrastruktur (Informationen/Geräte/Ausbildung) markenspezifisch und ausschliesslich bei der Generalimporteurin erhältlich. Zur Abwicklung von Garantiearbeiten (welche für die Kunden unentgeltlich seine und welche die Werkstätten direkt mit der Gesuchsgegnerin abrechnen würden) sei ebenfalls nur die Gesuchsgegnerin berechtigt, in Kooperation mit dem Werk (Gesuch Rz 111 f.). In rechtlicher Hinsicht verweist die Gesuchstellerin auf Praxis und Rechtsprechung in Österreich und Deutschland (insb. Das Urteil des BGH vom 16. Januar 2016, KZR 41/14 = GB 43) und ergänzt, dass die Halter von [...] und [...] ihr Fahrzeuge in aller Regel zu zugelassenen, offiziellen Werkstätten (Status aufgrund des Service-Vertrages) bringen würden (Gesuch Rz 114). Für Garantiearbeiten komme sodann nicht einmal theoretisch ein anderer Anbieter in Betracht (Gesuch Rz 115).

12.4.2 Die Gesuchsgegnerin entgegnet, im Servicebereich sei der Markt nicht markenbezogen/markenspezifisch, sondern markenübergreifend zu definieren. Sie verweist hierfür primär auf die Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Zürich (Schutzschrift Rz 31 ff.; Stellungnahme Rz 103 ff.). Selbst wenn dies (praxiswidrig) anders gesehen würde, so obläge der Gesuchstellerin der Nachweis, dass ihr als vertragslose (sog. Freie) Werkstätte keine wirtschaftliche sinnvolle Möglichkeit offenstehe, weiterhin Arbeiten an den Fahrzeugen der relevanten Marken durchzuführen. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden (Stellungnahme Rz 111 ff.). Vielmehr sei es so, dass freie Werkstätten auf Anfrage Werkzeuge und Ausrüstungen, aus- und Weiterbildungen und Zugriff auf das offizielle „Aftersales Online System“ von [...] / [...] zur Verfügung gestellt erhielten. Ersatzteile könnten zudem entweder bei Vertragshändlern oder bei europaweit tätigen Bestellplattformen wie „ESA“ oder „normauto“ günstig bezogen werden (Schutzschrift Rz 45 ff.; AB 21+22).

12.4.3 Das Handelsgericht Zürich hat sich in zwei jüngeren Präjudizien ausführlich mit der Definition des relevanten Marktes im Kfz-Aftersales-Bereich auseinandergesetzt (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4 S. 825 ff. betr. Jaguar Land Rover; Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 S. 724 ff.). Es diskutierte drei Ansätze:

- Das übergreifende Systemmarkt-Konzept, welches auf die Sicht der Konsumenten abstellt und hier den Markt für Auto-Verkäufe (Sales) mit jenem für Wartung, Reparatur etc (Aftersales) als systemisch verbundene Komplementärgüter zusammenfasst. Gemäss dieser Theorie ist ein Systemmarkt anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt (Sales) auf die nachgelagerten Sekundärmärkte (After-

Sales) ausgeht. Die WEKO habe sich in der Vorabklärung „Tintenstrahldrucker und Tintenstrahlpatronen“ (RPW 2003/4 S. 732 ff.) und MINOLTA (RPW 1999/2 S. 247 ff.; RPW 2000/4 S. 7156 ff.) an diesem Konzept orientiert. Die Lehre stehe diesem Konzept teils positiv, teils kritisch gegenüber.

- Das Konzept „Marke als Markt“ (Markenbezogenheit), welches vorliegend auch von der Gesuchstellerin mit dem Hinweis auf das selektive Vertriebssystem der Gesuchsgegnerin propagiert wird. Das Handelsgericht Zürich verwies hier insbesondere auf den Aufsatz von DIETRICH/SAURER (Ist eine Marke ein Markt? In: sic! 2001, S. 593 ff.). Gemäss diesen Autoren sei entscheidend, ob ein funktionierender Interbrandwettbewerb bestehe und den Hersteller/Importeur im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung bzw. zur Kostensteigerung zwingt.
- Die Praxis des Deutschen Bundesgerichtshofs im Entscheid MAN (BGH, KZR 6/09, Urteil vom 30. März 2011). Die Praxis betreffe Nutzfahrzeuge und gehe davon aus, dass eine Auto-Werkstatt als Anbieterin von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Dritten vorgelagerte Leistungen beziehe, was den Zutritt in den Endkundenmarkt erleichtere. Relevant sei dieser vorgelagerte Markt, und nicht der Endkundenmarkt. Der Status als Vertragswerkstatt sei indessen keine unverzichtbare Ressource, die es rechtfertigen würde, den vorgelagerten Markt markenspezifisch abzugrenzen. Das Zürcher Handelsgericht nahm an, dass der BGH bei Personenwagen gleich entscheiden würde wie bei Nutzfahrzeugen.

Das Handelsgericht Zürich gelangte zur Erkenntnis, dass sowohl das „Systemmarktkonzept“ als auch die „Lösung des BGH“ zu einer markenübergreifenden Marktdefinition führen würden. Beide Ansichten seien mit Präjudizien und gewichtigen Literaturstellen untermauert. Demgegenüber gebe es kein bekanntes Präjudiz oder Arbeitsergebnis der WEKO, welches den relevanten Markt auf ein Markenprodukt bzw. Leistungen im Zusammenhang mit einem Markenprodukt eingrenze. Marken hätten mehr oder weniger grosse Marktgeltung, aber sie würden den Markt nicht bilden. Dass sich die betroffene Werkstätte auf dieses Konzept stütze, sei zwar verständlich. Die Argumentation sei aber subjektiv ergebnisorientiert, denn: je enger der Markt, desto eher werde er beherrscht. Bei Lichte besehen sei für die Marktdefinition auf die Ware oder Dienstleistung abzustellen, und diese blieben objektiv immer gleich substituierbar, mit oder ohne (bekannte oder berühmte) Marke. Gesamthaft spreche mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4, E. 7.2.4. S. 829). Fazit: Der relevante Markt sei der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht bloss der markenbezogene (Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 E. 4.3 S. 727).

12.4.4 Anders als vom Zürcher Handelsgericht mit Blick auf den Entscheid „MAN“ (BGH, KZR 6/09, Urteil vom

30. März 2011) prophezeit, sah der Bundesgerichtshof davon ab, seine Praxis betr. Nutzfahrzeuge voraussetzungslos auf Personenfahrzeuge zu übertragen (Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „Jaguar“, KZR, 41/4 = GB 43).

Nach wie vor ausgehend von der Abgrenzung von vorgelagertem und Endkundenmarkt stellte sich der BGH die Frage, ob eine bestimmte Leistung auf der vorgelagerten Stufe (hier: Status als Vertragswerkstatt) nicht austauschbar sei, weil sie für eine Teilnahme auf der nachgelagerten Stufe (Endkundenmarkt) schlechthin unentbehrlich sei. Hierfür sei entscheidend, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenkraftwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status als Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben. Sei dies nicht der Fall, so sei der Hersteller marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen. Bei der Beantwortung der gestellten Frage würden die Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer eine zentrale Rolle spielen: Privateigentümer der hochpreisigen Marke Jaguar könnten allenfalls gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer Jaguar-Vertragswerkstatt warten und instand halten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise zahlen müssten als in einer freien Werkstatt. Dies im Gegensatz zu Nutzfahrzeugen, die zum Teil im Flotten gehalten würden und bei denen der Kostenaspekt für die gewebemässigen Eigentümer möglicherweise eine grössere Rolle spiele. Entsprechende Feststellungen habe die Vorinstanz nicht getroffen, weshalb der BGH das Urteil aufhob und die Sache an die Vorinstanz zurückwies.

12.4.5 Die Aufgabe, den relevanten Markt abzugrenzen, ist rechtlich und ökonomisch anspruchsvoll. Im Hauptverfahren wird hierzu voraussichtlich ein Gutachten bei der WEKO einzuholen sein (Art. 15 KG). Im vorliegenden Massnahmenverfahren kann sie dagegen nur summarisch gelöst werden (E. 11.4 oben). Dies vorausgeschickt, spricht im konkreten Fall mehr für die markenübergreifende Marktdefinition, als für die „Marke als Markt“:

- Die beiden erwähnten einschlägigen und aktuellen Urteile des Handelsgerichts Zürich stellen gewichtige Präjudizien dar. Prima facie trüben die darin enthaltenen umfassenden Erwägungen, welche das angerufene Berner Handelsgericht zurzeit als überzeugend erachtet, die Aussichten der Gesuchstellerin erheblich, den relevanten Markt in ihrem Sinne definieren zu können.
- Die Bedeutung des hiervor zitierten BGH-Urteils „Jaguar“ (E. 12.4.4 oben) für die Schweiz lässt sich nicht abschliessend abschätzen. Jedenfalls ist den Erwägungen nicht zu entnehmen, dass der KFZ-After-sales-Markt in jedem Fall markenspezifisch abzugrenzen wäre. Vielmehr steht auch hier die Einzelfallbetrachtung im Vordergrund. Eine markenspezifische Abgrenzung sei (nur) dort angezeigt, wo es wirtschaftlich nicht sinnvoll möglich sei, die fraglichen Marken (in casu: Jaguar) nach Ablauf der Garantiefrist auch als freie Werkstätte

zu bedienen. Hierfür seien mitunter die Gepflogenheiten der Endkunden zu eruieren (insbesondere: bestehen klare Präferenzen, nur zugelassene Werkstätten zu berücksichtigen?). Die Vorinstanz hatte zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen, weshalb der BGH das Verfahren zurückwies.

Im hiesigen Zivilverfahren verhält es sich indessen anders. Gestützt auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin erscheint zunächst glaubhaft, dass sie (1.) freie Werkstätten auf Anfrage hin mit Ausrüstung, Schulung und Informationen (Zugang zum Online-System) bedient und dass (2.) Ersatzteile zu vernünftigen Konditionen auch über andere Kanäle bezogen werden können. Was die Gepflogenheiten von [...] und [...] -Kunden anbelangt, so hat sich die Gesuchstellerin mit einer blossen Behauptung begnügt (Gesuch Rz 114) und es damit versäumt, die Gepflogenheiten durch rechtzeitige und substantiierte Behauptungen zu beschreiben und zu belegen (auf die Garantearbeiten kommt es gerade nicht an; Rz 24 des BHG-Urteils). Die Folgen der Beweislosigkeit gehen zu ihren Lasten.

Ohnehin erscheint nicht abwegig, dass sie die vom BGH erwähnten Kunden der Marke Jaguar (Hochpreissegment) nicht zwangsläufig gleich verhalten wie Kunden der Marken [...] und [...], deren finanziellen Möglichkeiten breiter segmentiert sind und in einer (gerichtsnotorisch) – über beide Marken hinweg – breiten Fahrzeugpalette münden. Die Preissensibilität und damit die Akzeptanz von freien Werkstätten dürften deutlich höher sein.

Zwischenergebnis: Sollte es denn überhaupt hierauf ankommen, erscheint eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit als freie Werkstätte für die genannten Marken nicht als ausgeschlossen.

- Dem Ansatz von DIETRICH/SAURER (Ist eine Marke ein Markt? In: sic! 2001 S. 593), wonach auf das Vorliegen von Interbrandwettbewerb abzustellen sei, ist prima facie einiges abzugewinnen (ebenso: REINERT/BLOCH, Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 197 zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Marken der Gesuchgegnerin haben im Neuwagen-Geschäft einen Marktanteil von 7.8% (Gesuch Rz. 58). Wie hoch der aktuelle Anteil an allen zugelassenen Fahrzeugen in der Schweiz ist, ist unbekannt (vgl. immerhin GB 4, woraus sich ergibt, dass verschiedene Hersteller aktiv sind). Jedenfalls behauptet die Gesuchstellerin nicht, dass der Wettbewerb zwischen den Marken (interbrand) nicht funktionieren würde. Sie legt auch nicht das, weshalb ihr ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre.

Fazit: für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmenverfahrens wird der After-Sales-Markt im KFZ-Bereich nicht markenspezifisch abgegrenzt. OB darüber hinaus dem Systemmarktkonzept zu folgen ist, brauch vorderhand nicht geklärt zu werden.

12.5 Als nächstes ist zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin auf dem soeben definierten Markt als marktbeherrschend i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

12.5.1 Als marktbeherrschend geltend Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt in der Lage sind, sich von den anderen Teilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in diesem Markt in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. KG). Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BGE 139 I 72 E. 9.3.1 S. 97). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt (vgl. etwa DUCREY, a.a.O. Rz 1626 ff.): Nebst dem nach wie vor wichtigen Marktanteil sind die Marktstruktur, die Finanzkraft der Wettbewerber, das Vertriebsnetz, der technologische Vorsprung und die Offenheit des Marktes zu beachten.

12.5.2 Die Gesuchstellerin geht *erstens* von klassischer Marktbeherrschung aus. Sie macht geltend, als exklusive Generalimporteurin sei die Gesuchsgegnerin auch exklusiv für den After-Sales-Bereich zuständig. Nur sie könne die notwendige Ausrüstung und die zugehörigen Informationen zeitnah liefern (Gesuch Rz 130 f.). Die Gesuchsgegnerin könne sich auf dem After-Sales-Markt für [...] und [...] gegenüber den Werkstätten völlig unabhängig verhalten; sie verfüge auf dem relevanten Markt über ein faktisches Monopol (Gesuch Rz 132). *Zweitens* sei die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin unverschuldet wirtschaftlich abhängig. Mit dem System kostenloser Service- und Garantieleistungen (bis max. 10 Jahre oder 100'000 km, Gesuch Rz 170) seien die Kunden an das Netz der zugelassenen Werkstätten gebunden. Mit Garantiarbeiten habe sie – die Gesuchstellerin – in der Vergangenheit 40 % ihrer Umsätze aus dem Werkstattbetrieb erzielt (Gesuch Rz 98; GB 39). Ohne Servicevertrag werde sie einen Grossteil ihrer bisherigen Kunden verlieren. Sie verfüge weder über Verhandlungsmacht oder über ausreichende und zumutbare Alternativen zu dieser Geschäftsbeziehung.

12.5.3 Dass der relevante Markt vorliegend nicht markenspezifisch abgegrenzt wird (E. 12.4 oben), schlägt auch auf die Beurteilung der Marktbeherrschung durch. Der Anteil der Marken [...] und [...] auf dem gesamten Kfz-After-Sales-Markt ist weder behauptet noch bewiesen. Zu Lasten der Gesuchstellerin muss deshalb angenommen werden, dass er die Schwelle von 20 % nicht erreicht. Dies führt zufolge der allgemeinen Faustregel (DUCREY, a.a.O. Rz 1627) zur Verneinung klassischer Marktbeherrschung. Gründe, weshalb es sich hier anders verhalten sollte, sind nicht ersichtlich.

12.5.4 Die Gesuchstellerin beruft sich sodann auf eine unverschuldete wirtschaftliche Abhängigkeit (Gesuch Rz 131 f. und 136 ff.). Ob und gegebenenfalls wie die Abhängigkeit bei der Beurteilung von Art. 7 Abs. 1 KG zu beachten ist, ist in der Lehre strittig (kritisch z.B. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 23 ff. und N. 416 ff.; DUCREY, a.a.O., Rz 1625; befürwortend z.B. ZÄCH, a.a.O., Rz 580

[insb. Für den Automobilhandel]; HEIZMANN, Relative Marktmacht, in: Recht 20010, S. 176; zudem WEKO, „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., betr. Nachfragemacht).

Die Frage kann offen bleiben. Denn vorliegen sind die Voraussetzungen eines relevanten Abhängigkeitsverhältnisses (vgl. etwa den Entscheid „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., Rz 98) nicht glaubhaft gemacht. Dies aus folgenden Gründen:

- Erstens legt die Gesuchstellerin nirgends dar, weshalb ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre (Kriterium der Ausweichmöglichkeit). Der Hinweis auf die langjährige Geschäftsbeziehung und den drohenden Kundenverlust genügt hierzu nicht. Von juristischen Personen ist im Markt eine gewisse Flexibilität zu verlangen. Dies hat auch die Gesuchstellerin erkannt, was sich in der zwischenzeitlich erfolgten Kooperation mit Maserati zeigt (vgl. AB 23).
- Zweitens ist nicht nachgewiesen, dass die Gesuchstellerin ihre Bauten, Einrichtungen und Abläufe derart auf die Anforderungen der Gesuchstellerin ausgerichtet hätte, dass sie nicht mit einem ökonomisch vertretbaren Aufwand zu einer anderen Marke wechseln könnte (Kriterium der „spezifischen Aktiva“ bzw. der „Umstellungskosten“). Ins Gewicht fällt hier auch, dass die Gesuchstellerin von der Umsetzung der Servicestandards 2013+ entbunden wurde, welche – so die Gesuchsgegnerin – erhebliche Investitionen in Werkzeug und Personal erst erforderlich gemacht hätten; die Gesuchstellerin betreibt ihre Werkstatt auf Basis der Standards von 2009 (Stellungnahme Rz 158 ff.).
- Drittens ist die Altersstruktur der in der relevanten Region vorhandenen Fahrzeuge (Verhältnis „garantieberechtigt“ zu „älter als 10 Jahre bzw.“ > 100'000 km) weder behauptet noch glaubhaft gemacht. Es erscheint vorderhand nicht ausgeschlossen, dass der Umsatzverlust aufgrund wegfallender Garantiarbeiten bei geschicktem Wechsel des Fokus ganz oder zumindest in akzeptablem Umfang kompensiert werden kann.

Fazit: Das Vorliegen einer relevanten Abhängigkeit ist zu verneinen. Damit braucht nicht näher erörtert zu werden, ob die angebliche Abhängigkeit allenfalls selbstverschuldet ist (Folge einer strategischen Option, die sich nachträglich als unvorteilhaft erweist; Klumpenrisiko).

12.6 Nach dem Gesagten gebricht es bereits am ersten Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 1 KG, der Marktbeherrschung. Die weiteren Voraussetzungen (Benachteiligung der Marktgegenseite oder Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; vgl. E. 12.3 oben) brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden.

Vollständigkeitshalber sei trotzdem auf Folgendes hingewiesen: Unter dem Tatbestandsmerkmal des „Missbrauchs“ wird geprüft, ob das kritisierte Verhalten allenfalls von sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründen geleitet war (sog. „legitimate business reasons“). Missbrauch ist zu verneinen, wenn sich betriebswirtschaftlich sinnvolle Handlungen eines marktbeherr-

schenden Unternehmens nachteilig auf Dritte auswirken (DUCREY, a.a.O., Rz 1643). Vorliegend wären vor allem die angeblich „unterdurchschnittlichen Leistungen“ der Gesuchstellerin zu betrachten gewesen (Schutzschrift Rz 10 ff.). Dabei hätte sich durchaus die Frage gestellt, ob es denn nicht legitim ist, einen (wenn auch langjährigen) Vertragspartner zu ersetzen, wenn dieser in den aktuellen Rankings im unteren Bereich (angeblich Nr. 76 von 79 im Jahr 2016; AB 6) rangiert.

12.7 Einzugehen ist schliesslich auf die zweite behauptete Anspruchsgrundlage: Zu Beginn ihres Gesuchs weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass sich der angebliche Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages auch aus Art. 5 KG ergeben, „wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO“ enthalten sei (Rz 9). Dazu Folgendes:

12.7.1 Die Gesuchstellerin belässt es bei einer pauschalen Erwähnung dieser Anspruchsgrundlage. Sie führt nicht konkret aus, worin sie eine Abrede sieht, die entweder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt (Art. 5 Abs. 1 KG). Auch den Hinweis auf die Vertikal-Bekanntmachung konkretisiert sie nicht. Damit ist der Anspruch von vornherein nicht glaubhaft gemacht, vor allem wenn damit eine Leistungsmassnahme begründet werden soll.

12.7.2 Selbst wenn – was weder behauptet noch glaubhaft gemacht ist – eine Wettbewerbsabrede bestünde, so wäre diese von vornherein unerheblich. Es ist nicht dargetan, dass der Marktanteil der Gesuchsgegnerin 15% überschreitet (vgl. aber Ziff. 13 der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO).

12.7.3 Hinzuweisen bleibt auf Ziff. 22 der Erläuterungen der WEKO zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor.

Diese Ziffer steht unter dem Titel „Selektive Vertriebssysteme für zugelassene Werkstätten (zu Art. 4 KFZ-Bek)“. Sie besagt, dass all jene Werkstätten, die in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit hätten, als zugelassene Händler ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden. Dies umfasse insbesondere die zugelassenen Händler, deren Händlervertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollten. Immerhin seien die Kraftfahrzeuganbieter vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt, zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

Dazu Folgendes:

- Der Anspruch ist nur in den Erläuterungen beschrieben. Eine Begründung fehlt. Eine rechtliche oder argumentative Stütze findet sich weder in der zugehörigen Bekanntmachung noch in Art. 5 KG (vgl. hierzu auch Ziff. 7.3.4 des Urteils des Handelsgerichts Zürich vom 17. Dezember 2014, in: RPW 2014/4, S. 825 ff., S. 830). Die Aussagekraft ist daher stark zu relativieren.

- Ohnehin führt die Gesuchstellerin in tatsächlicher Hinsicht nicht aus, dass sie in der Lage wäre, die aktuellen qualitativen Kriterien der Gesuchsgegnerin zu erfüllen bzw. die nötigen Anpassungen bis am 1. April 2018 vornehmen zu können. Demgegenüber legt die Gesuchsgegnerin glaubhaft dar, dass die Gesuchstellerin die geltenden Servicestandards gerade nicht erfüllt, weil ihr die diesbezüglichen (teuren) Investitionen im Hinblick auf die (aus ihrer Sicht einvernehmlich vereinbarte) Trennung abgenommen worden seien (Stellungnahme Rz 124 und 158).
- Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das Gegenargument einzugehen, wonach die Durchführbarkeit und die sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung weiterer Werkstätten gefährdet wären (Argument der maximalen Anzahl wirtschaftlich verträglicher Werkstätten; vgl. etwa Schutzschrift Rz 17 und 36, wobei hier den Besonderheiten des Berner Oberlands Rechnung zu tragen wäre).
- Auch hier gilt der Vorbehalt der Erheblichkeit der Abrede (E. 12.7.2 oben).

12.8 Ergebnis: Die Begehren der Gesuchstellerin lassen sich bei summarischer Prüfung und mit Blick auf die erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen nicht auf Art. 7 oder Art. 5 KG abstützen. Folglich gebietet es am Verfügungsanspruch (Art. 261 Abs. 1 Bst. a ZPO).

13. Verfügungsgrund, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit

13.1 Nachdem bereits der Verfügungsanspruch verneint wurde, brauchen die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr geprüft zu werden.

13.2 Trotzdem sei angemerkt, dass (1.) der Gesuchstellerin primär finanzielle Nachteile drohen, wobei die Gegenpartei als zahlungskräftig einzustufen ist, und dass (2.) lange Zeit zugewartet wurde, bevor vorsorglicher Rechtsschutz beantragt wurde. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier aber letztlich offenbleiben.

14. Das Massnahmegesuch ist abzuweisen. Der Antrag auf Sicherheitsleistung (Stellungnahme Rz 147 f.) wird dadurch gegenstandslos.

15. Abschliessend wird der guten Ordnung halber Vermerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin ausführt (und damit gleichzeitig zusichert), die Gesuchstellerin könne die im Gesuch beantragten Leistungen wie IT-Zugang, Ersatzteile und Werkzeuge ohne Weiteres als sog. freie Werkstätte bei ihr beziehen (Stellungnahme Rz 34, 108, 125 und 152).

V Kosten

16. Als unterliegende Partei trägt die Gesuchstellerin die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 ZPO).

16.1 Auszugehen ist vom unbestritten gebliebenen Streitwert von CHF 500'000.00 (Gesuch Rz 53; Stellungnahme Rz 11).

16.2 Bei einem Streitwert von CHF 5000'000.00 bis CHF 1 Mio. beträgt der Gebührenrahmen von Handelsgericht CHF 9'000.00 bis CHF 70'000.00 (Art. 42 Abs. 1 Bst. e des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Der Reduktionsgrund von Art. 42 Abs. 2 VKD kommt nicht zum Tragen, da die Hauptsache bereits rechtshängig ist. Unter Berücksichtigung des summarischen Verfahrens, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin wird die Gebühr auf das Minimum, d.h. CHF 9'000.00, festgesetzt (vgl. Art. 5 VKD). Die Gebühr wird mit dem gleichhohen Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

16.3 Antragsgemäss hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). In ordentliche Verfahren gilt beim genannten Streitwert ein Honorarrahmen CHF 11'800.00 bis CHF 49'200.00 (Art. 5 Abs. 1 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). In summarischen Verfahren reduziert sich dieser Rahmen auf 30 bis 60 Prozent hiervon (Art. 5 Abs. 2 PKV), d.h. CHF 3'540.00 bis CHF 29'520.00. Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich das Honorar nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

In ihrer Kostennote vom 23. bzw. 26. März 2018 machen die Rechtsanwälte der Gesuchsgegnerin ein Anwaltshonorar von CHF 15'956.00, Auslagen von CHF 478.65 sowie die Mehrwertsteuer von CHF 1'265.50 geltend.

Das geltend gemachte Anwaltshonorar entspricht einer Ausschöpfung des Tarifrahmens von knapp 48% ($[29'520 - 3'540] * 0.478 + 3'540$), was den konkreten Verhältnissen ohne Weiteres angemessen ist.

Ebenfalls zu keinen Bemerkungen Anlass geben die geltend gemachten Auslagen von CHF 478.65.

Nicht zu entschädigen ist indessen die Mehrwertsteuer. Da selber mehrwertsteuerpflichtig, kann die Gesuchsgegnerin die ihrer Rechtsvertretung geschuldeten Steuerkosten in ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung als Vorsteuer zum Abzug bringen. Es fällt ihr kein tatsächlicher Aufwand an. Eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme deshalb einer mit Art. 95 Abs. 2 ZPO unvereinbaren Überentschädigung gleich. Daher ist die MWSt nicht zu entschädigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3).

Die Parteientschädigung wird somit auf insgesamt CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00; Auslagen: CHF 478.65) festgesetzt.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens werden bestimmt auf CHF 9'000.00. Sie werden der Gesuchstellerin zur Zahlung auferlegt und mit dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00, Auslagen: CHF 478.65; keine Entschädigung der MWSt) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (Einschreiben):
 - den Parteien
 - Mitzuteilen (A-Post):
 - dem Sekretariat der WEKO (Art. 48 Abs. 2 KG)

[Rechtsmittelbelehrung]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BB Bundesbeschluss
 BBI Bundesblatt
 BG Bundesgesetz
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
 BGer Bundesgericht
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
 BR Bundesrat
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
 BV Bundesverfassung
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne
 CE Conseil des Etats
 CF Conseil fédéral
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
 CO Code des obligations
 Cost. Costituzione federale
 CPC Code (cantonal) de procédure civile
 CPS Code pénal suisse
 cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
 DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
 FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
 HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
 JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
 LF Loi fédérale / Legge federale
 LL Legge federale sul lavoro
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

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 -
 - abgestimmte Verhaltensweise 240, 350, 365
 - Abrede 237 ff., 250, 254, 346 f., 349 ff., 376 f., 382 ff., 390, 419 ff., 425 ff., 533 f., 437 ff., 444, 446, 455, 457 ff., 461 f., 464, 467, 476, 491
 - Acquiring -
 - Anhörung 425, 450 ff., 458, 460, 482
 - Apotheker/innen 386 ff., 392 ff., 497 ff.
 - Ärzte(-Verband) 387 ff., 392 ff., 425, 437, 466
- B**
- Banken 386 f., 422, 436, 464
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 354, 356, 367 ff.
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 349, 354 f., 361 f., 364 f., 368 f., 371, 373, 457, 459, 461 f.
 - Erheblichkeit 242, 244, 354, 363, 367, 491
 - Exklusivvertrieb 241 f.
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee -
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 404 f., 407, 409 f.
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 352, 366, 374, 381, 390, 415, 466, 487
 - Koppelungsgeschäft -
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer 399
 - Kreditkarten -
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 490
- M**
- Marktaufteilung 361 f.
 - marktbeherrschende Stellung 378, 382, 384, 391, 393, 404, 408, 414, 418, 490
 - Marktgegenseite 351 f., 366 f., 378, 393 ff., 397 f., 403, 405, 408 ff., 412, 487, 490
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 402 ff., 409, 490
 - Marktzutrittsschranken 402 f.
 - Meldepflicht 377 f., 381, 390 f., 393, 414 f.
 - Missbrauch 408, 423, 436, 478, 482, 487, 490
- N**
- Netzwerk 386, 414
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 409
 - potenzieller Wettbewerb 353
 - Preisabrede 352, 358
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 478 ff.
 - Reduktion der Sanktion 349, 369 ff., 431
- S**
- Sanktionen 250, 348, 354, 368, 370, 419, 426, 429, 433, 440, 444, 448 f., 455, 457, 468
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission 239, 419, 424 ff., 429 f., 433, 440 f., 451 ff., 455
 - Submissionskartell 453
- T**

Tarife 480	Verschulden 356 f., 370 f.
Tarifvertrag -	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 239, 350, 378, 390
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
U	
Umstossung der Vermutung -	W
Untersuchung 237 ff., 244, 254, 347 ff., 351 ff., 355, 358 ff., 362 ff., 366 ff., 371 ff., 407, 419, 421 f., 426 ff., 433 f., 438, 440 f., 444 ff., 453, 455, 457 ff., 464 ff.	Wettbewerb um den Markt -
unzulässige Wettbewerbsabrede 238, 347, 350, 363, 365, 420, 429, 433, 440, 442 f., 458, 462, 464	X
	Y
	Z
V	
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel -
Veröffentlichung -	zweiseitige Märkte -