

Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung

NICOLAS BIRKHÄUSER*/MANI REINERT**

Schlagwörter: absoluter Gebietsschutz, Auswirkungsprinzip, bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, Erheblichkeit, europarechtskonforme Auslegung, Gaba-Entscheid, Kartellgesetz, Kartellrecht, Missbrauchsprinzip, ökonomische Analyse, Parallelimporte, Verbotsprinzip, Wettbewerbsabreden

A. Einleitung

Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) («Colgate-Palmolive») hatte mit Gebro Pharma GmbH («Gebro») (Österreich) 1982 einen Lizenzvertrag zur Herstellung und zum Vertrieb von Elmex-Produkten abgeschlossen. Der Lizenzvertrag untersagte Gebro, Elmex ausserhalb Österreichs zu verkaufen. Die Wettbewerbskommission kam zum Schluss, dass dieser Vertrag unter Art. 5 Abs. 4 KG falle, der Vertrag eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, die nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könne, und deshalb unzulässig sei. Die Beschwerden von Colgate-Palmolive und Gebro gegen diese Verfügung wurden sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch vom Bundesgericht¹ abgewiesen.

Die rechtliche Würdigung des Falls war innerhalb des Bundesgerichts sehr umstritten. Das Urteil erging an einer öffentlichen Urteilsberatung mit drei zu zwei Stimmen, und dem unbeteiligten Leser drängt sich der Eindruck auf, dass diese internen Differenzen der Ausgewogenheit der Begründung nicht förderlich waren. Das Urteil steht im unerklärten Widerspruch mit der eigenen Praxis und lässt offen, wie weit die im Grundsatz gegebenen Antworten gehen. Anwendungsschwierigkeiten bereitet dabei auch der Umstand, dass

* Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG.

** Dr. Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG.

¹ BGE 143 II 297; Urteil des BGer vom 4. April 2017, 2C_172/2014.

das Bundesgericht nur klare Fälle von Hardcore-Beschränkungen vor Augen hatte.

Nachfolgend werden ausgewählte Aspekte des Urteils kritisch gewürdigt und wird gezeigt, wie das Urteil in der Rechtspraxis umzusetzen ist. Behandelt werden dabei der räumliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes (B.), die Erheblichkeit (C.), die Beeinträchtigung des Wettbewerbs (D.) und der Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG (E.).

B. Räumlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

I. Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht weist das Argument der Parteien zurück, dass das Exportverbot nicht die nach Art. 2 Abs. 2 KG erforderliche Intensität gehabt habe. Das Bundesgericht argumentiert, dass vorliegend der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt worden sei. Damit sei möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden worden und insofern seien «mögliche Auswirkungen» auf dem Schweizer Markt gegeben, was ausreichend sei.² Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen sei im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.³ «Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken können», würden vom Kartellgesetz erfasst.⁴

II. Kritische Würdigung

Mit seiner Auslegung des Auswirkungsprinzips setzt sich das Bundesgericht in Widerspruch zur herrschenden Lehre, zur Botschaft, aber auch zur eigenen Rechtsprechung.

Die Lehre verlangt unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen in der Schweiz.⁵ Auch die Botschaft 1994 verlangt ausdrücklich «gewisse

Wirkungen im Inland»⁶ und stellt fest, dass sich die «erforderliche Binnenbeziehung [...] im Wettbewerbsrecht durch eine erhebliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf den inländischen Markt»⁷ ergebe. Aus diesem Grund geht auch das Argument des Bundesgerichts fehl, dass eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich sei, da es sonst bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung bedürfte und Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren würde⁸ (abgesehen davon, dass das Bundesgericht das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Inlandauswirkung mit demjenigen der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vermischt).

Auch das Bundesgericht selbst hat in BGE 127 III 219 (*Rhône-Poulenc/Merck*) festgehalten, dass Art. 2 Abs. 2 KG verlange, dass die Auswirkungen auf dem Schweizer Markt unmittelbar vorhersehbar sein müssten («effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée»)⁹.

Auch im Recht der EU gilt, dass die Auswirkungen unmittelbar, wesentlich (bzw. beträchtlich oder zumindest spürbar) und vorhersehbar sein müssen¹⁰ und in den USA wurde mit dem Foreign Trade Antitrust Improvements Act von 1982 (15 U.S. Code § 6a) gesetzlich verankert, dass die Anwendung des Sherman Act einen «direct, substantial and reasonable foreseeable effect» in den USA erfordere.

In Anbetracht des Umstands, dass mittlerweile über 130 Länder Kartellgesetzgebungen haben, wäre es völkerrechtlich unzulässig, das Kartellgesetz auf jeden Fall anzuwenden, der möglicher- oder hypothetischerweise eine Auswirkung in der Schweiz hat. Das Bundesgericht hat zwar Recht, wenn es darauf hinweist, dass es kein Ziel des Völkerrechts sei, eine Exklusivität der Zuständigkeitsbereiche zu schaffen. Allerdings ist jeder Staat völkerrechtlich verpflichtet, hinsichtlich der Zuständigkeit, die seine Gerichte in Fällen mit einem Auslandselement für sich beanspruchen, Mässigung und Zurückhaltung zu

mentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 1 N. 29, Art. 2 N 91, die zumindest eine unmittelbare Auswirkung verlangen.

6 Botschaft 1994, BBl 1995 I 526 FN 88.

7 Botschaft 1994 (Fn. 6), 535 f.

8 BGE 143 II 297, E. 3.3.

9 BGE 127 III 219, E. 3.a).

10 EuGH, 6.9.2017, C-413/14 P, Intel/Kommission, Rz. 40 ff.; EuG, 12.6.2014, T-286/09, Intel/Kommission, Rz. 233 mit Verweis auf EuG, 25.3.1999, T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753, Rz. 90. Grundlegend: Schlussanträge des GA Darmon, 89, 104, 114, 116, 117 und 125–129/85, Ahlström u.a./Kommission, Slg. 1988 5224–5227 Rz. 47–58; FLORIAN WAGNER-VON PAPP/WOLFGANG WURMNEST, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015, Einl. 1558; JONATHAN FAULL/LARS KJØLBYE/HENNING LEUPOLD/ALI NIKPAY in: Faull/Nikpay (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3. Aufl., Oxford 2014, 3.438; ECKARD REHBINDER, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012, IntWBR Rz. 21 f.

2 BGE 143 II 297, E. 3.4.

3 BGE 143 II 297, E. 3.7.

4 BGE 143 II 297, E. 3.7.

5 Vgl. JENS LEHNE, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 2 N 51–53; JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 2 N 21; GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 112 (2016) 321 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 126 Rz. 268; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, 27 Rz. 173; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2014, 31 f. sowie BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, Art. 2 N 32; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Com-

üben und eine übermässige Beeinträchtigung der Zuständigkeit eines anderen Staats zu vermeiden, wenn diese sachgerechter oder geeigneter ist.¹¹

III. Fazit

Sofern man mit dem Bundesgericht mögliche Auswirkungen genügen lassen will, müssen die Auswirkungen in der Schweiz zumindest *konkret* und *nicht hypothetisch* sein. Die blosser Möglichkeit, dass ein Verhalten vielleicht Auswirkungen in der Schweiz zeigen könnte, reicht nicht aus. Vielmehr ist im Einzelfall darzutun, weshalb das Verhalten tatsächlich eine konkrete Auswirkung in der Schweiz haben kann. In dieselbe Richtung geht übrigens das BMW-Urteil des Bundesgerichts, welches erkennen lässt, dass die im Gaba-Urteil gewählten Formulierungen zu weitgehend sind.¹²

C. Erheblichkeit

I. Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht weist das Argument der Beschwerdeführerin, dass das Exportverbot das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Beeinträchtigung nicht erfülle, gestützt auf grammatikalische, historische, systematische und teleologische Argumente zurück und gelangt zum Schluss, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 3 KG grundsätzlich erheblich seien. Nachfolgend wird dargelegt, weshalb diese Argumentation des Bundesgerichts unrichtig und widersprüchlich ist.

1. Grammatikalisches Element

In grammatikalischer Hinsicht argumentiert das Bundesgericht, dass der Wortlaut der Begriffe «erheblich», «notable» und «notevole» für sich genommen ihre Bedeutung nicht erschliesse, sich aus ihnen aber folgern liesse, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend sei. Das ist unrichtig und widersprüchlich.

Gemäss Duden bedeutet «erheblich» «beträchtlich», «ins Gewicht fallend». Auch die im Duden genannten Synonyme lassen keinen anderen Schluss zu.¹³ Dass sich aus dem französischen und italienischen Begriff «notable» bzw. «notevole» folgern liesse, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit ge-

nügend sei, ist ebenso unrichtig. Anders als das Bundesgericht dies vertritt, stimmt es auch nicht, dass die Synonyme von «notable»¹⁴ bzw. «notevole»¹⁵ weniger weit vom Begriff «spürbar» entfernt sind als im Deutschen.¹⁶ In jedem Fall bezeichnen die Begriffe «notable» bzw. «notevole» eine deutlich höhere Schwelle als der Begriff «spürbar». Zu Recht wird in der Lehre deshalb auch darauf hingewiesen, dass der Ausdruck «spürbar» (des Rechts der EU) eine geringere Intensität voraussetzt als der Ausdruck «erheblich».¹⁷

Das Bundesgericht argumentiert zudem widersprüchlich, weil es zunächst sagt, der Begriff der Erheblichkeit sei offen, dann aber argumentiert, dass der Wortlaut erkennen lasse, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend sei.¹⁸

Das grammatikalische Argument spricht damit entgegen der Meinung des Bundesgerichts für eine gewichtige Wettbewerbsbeeinträchtigung.¹⁹

2. Historisches Element

Was die historische Argumentation des Bundesgerichts anbelangt, ist seine Aussage, dass sich die Botschaft 1994 auf den Spürbarkeitsbegriff der EU beziehe, zumindest ungenau. Die Botschaft 1994 erwähnt bloss, dass «*die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien*»²⁰ kennen. Es ist keine Rede davon, dass die Erheblichkeit als Spürbarkeitskriterium zu verstehen ist. Vielmehr unterscheidet die Botschaft 1994 zwischen beiden Begriffen.

Aus der Botschaft 1994 geht zwar hervor, dass der Schweizer Gesetzgeber das Recht der EU berücksichtigt hat. Dies darf aber nicht als *Europaidentität* verstanden werden.²¹ Die Ausrichtung am europäischen Wettbewerbsrecht fin-

11 Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 5. Februar 1970 in der Sache Barcelona Traction, Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Sammlung der Urteile, Gutachten und Beschlüsse 1970 Rz. 70, S. 106.

12 Urteil des BGer vom 24. 10. 2017, 2C_63/2016, E. 3.

13 <http://www.duden.de/rechtschreibung/erheblich>.

14 Siehe hierzu <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/notable/55041/synonyme> und PATRICIA M. HAGER/ANGELIKA S. MURER, Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 203.

15 Siehe <http://dict.leo.org/italienisch-deutsch/notevole>.

16 A.M. ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 10.

17 HAGER/MURER (Fn. 13), 203 f.; HEINEMANN (Fn. 16), Rz. 10.

18 MANI REINERT, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts – Eine kritische Analyse, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Zürich 2018, Ziffer III.B.1.b).

19 G.L.M. HAGER/MURER (Fn. 13), 203 f.

20 Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 554.

21 Bereits im Vernehmlassungsbericht wird darauf hingewiesen, dass es sich beim Vorentwurf trotz Europakompatibilität um einen helvetisch-eigenständigen Entwurf handle (Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für eine Totalrevision des Kartellgesetzes vom 3. September 1993, 13). Im Rahmen der Ausführungen zur Grundsatzbestimmung des Vorentwurfs (Art. 19 des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 3. September 1993) wurde auch festgehalten, dass es auf die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung ankomme (Erläuternder Bericht 1993, 22).

det u.a. im Missbrauchsprinzip ihre Grenzen.²² Der Gesetzgeber hat denn auch bewusst und ausdrücklich gewisse *sachliche und systematische Grenzen* gesetzt, welche im Wissen um das Bestreben nach Rechtsgleichheit für Schweizer Unternehmen mit Nachdruck in der Botschaft 1994 mehrfach wiederholt werden.²³ Diese Grenzen wurden auch vom Bundesgericht bereits mehrfach ausdrücklich anerkannt.²⁴ In diesem Sinne hat sich der Schweizer Gesetzgeber beim Erlass des Kartellgesetzes insbesondere bewusst gegen eine Verbotsgesetzgebung entschieden. Auch der Wortlaut und die Systematik von Art. 5 Abs. 1 KG (die sich deutlich von Art. 101 Abs. 1 AEUV unterscheiden) verbieten eine unbesehene Übernahme des Rechts der EU.²⁵ Andernfalls würde man einen dynamischen Verweis auf das Recht der EU in das Kartellgesetz hineininterpretieren, welcher mit der Botschaft 1994 unvereinbar ist.²⁶ Auch in der Botschaft 2001 findet sich keine Stütze für eine Angleichung an das Recht der EU, sondern im Gegenteil nur die erneute Erwähnung «*bestehender Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- anstatt Missbrauchsprinzip)*».²⁷ Der Gesetzgeber hat sich somit auch 2003 dahin entschieden, die in der Botschaft 1994 hervorgehobenen bewussten Abweichungen beizubehalten.²⁸ Diese Tatsache kann auch nicht mit Verweis auf die Voten aus der parlamentarischen Debatte zu Art. 5 Abs. 4 KG negiert werden. Aus den parlamentarischen Beratungen lässt sich (ungeachtet der unklaren Äusserungen des Bundesgerichts²⁹) nur ableiten, dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht über das im Recht der EU Zulässige hinausgehen sollte. Bezüglich Erheblichkeit lässt sich den parlamentarischen Beratungen kein Wille zur Übernahme des Spürbarkeitsbegriffs entnehmen. Die Anlehnung von Art. 5 Abs. 4 KG an das Recht der EU ist somit keine ausreichende Begründung für eine grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.³⁰

22 BGE 137 II 199, E. 4.3.2.

23 Vgl. etwa Botschaft 1994 (Fn. 6), 471, 495, 530 ff., 563, 584 f., 632 ff.

24 BGE 137 II 199, E. 4.3.2; 124 III 495, E. 2a mit Verweis auf die Botschaft 1994 (Fn. 6), 471, 632 ff.; Auch im Gaba-Urteil bezieht sich das Bundesgericht auf diese Grenzen (vgl. u.a. E. 6.2.3: «ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen» und «Bei aller geforderten Parallelität darf nicht vergessen werden» und E. 6.4.4: «EU-Kartellrecht [...] in der Schweiz nicht [gilt]»), ohne aber daraus den Schluss zu ziehen, den es in bisherigen Urteilen zog.

25 Vgl. hierzu weiterführend NICOLAS BIRKHÄUSER/ALESSANDRO STANCHIERI, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 20 ff.

26 Vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, sic! 2004, 922; dass es keinen dynamischen Verweis gibt, anerkennt auch das Bundesgericht (BGE 143 II 297, E. 6.2.3).

27 Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001, 2022 ff., 2051.

28 Vgl. RAASS (Fn. 26), 922; vgl. BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E. 4.3.2; MONIQUE STURNY, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012 (ZSR Beiheft 50), 107 ff., 116.

29 Vgl. BGE 143 II 297, E. 5.3.4.

30 Vgl. auch REINERT (Fn. 18), Ziffer III.B.2.e) und IV.B.1.a); unklar BGE 143 II 297, E. 5.3.4.

Das Bundesgericht lässt zudem – im Gegensatz zu BGE 129 II 18 (*Sammelrevers*) – einen entscheidenden Hinweis in der Botschaft 1994 unerwähnt. Die Botschaft 1994 führt aus, dass da «*bereits das geltende Kartellgesetz [sc. von 1985] die Erheblichkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der materiellen Kartellbestimmung nenn[e], [...] auf die entsprechende Praxis verwiesen werden [können], in welcher versucht [werde], dem Begriff der Erheblichkeit Kontur zu verleihen*»³¹. Wie das Bundesgericht in BGE 129 II 18 festhielt wurde eine Behinderung unter dem Kartellgesetz von 1985 als erheblich erachtet, wenn sie eine gewisse Intensität aufwies und vom Betroffenen als solche empfunden wurde.³² Dies stellt eine höhere Aufgreifschwelle als diejenige der Spürbarkeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

Gegen eine grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG spricht auch die 2014 gescheiterte Einführung des Teilkartellverbots (bzw. die 2012 vom Bundesrat vorgeschlagene Abschaffung der Erheblichkeitsprüfung für Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG).³³ Der hiergegen gemachte Einwand, das Scheitern der Revision habe verschiedene Gründe,³⁴ überzeugt nicht.³⁵ Es ist nicht entscheidend, *weshalb* die Revision 2012 gescheitert ist, sondern vielmehr *dass* sie gescheitert ist. Der Umstand, dass Teilkartellverbote nicht eingeführt wurden, zeigt, dass sie *de lege lata* nicht bestehen können.³⁶ Auch das Argument, die Verfassung stünde dem Erlass selektiver Kartellverbote nicht entgegen,³⁷ ist nicht stichhaltig. Die *Einführung* von Kartellverboten obliegt allein dem Gesetzgeber. Solche hat der Gesetzgeber aber nicht erlassen, was für die Rechtsanwendung massgebend ist.

3. Systematisches Element

In systematischer Hinsicht argumentiert das Bundesgericht, dass sich aus Art. 96 BV in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine

31 Botschaft 1994 (Fn. 6), 554 unter Verweis auf LEO SCHÜRMAN, in: Schürmann/Schluop, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, 66 f.

32 BGE 112 II 268, E. 2b.

33 Vgl. BBl 2012, 3989 f.; die Revision scheiterte am 17. September 2014 am definitiven Nichteintreten des Nationalrates (vgl. AmtBull NR 2014 N 1563).

34 So ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR I 2016, 431 ff., 453.

35 Ebenfalls nicht überzeugend ist das teilweise im Rahmen der Teilrevision 2012 vorgebrachte Argument, es bestehe kein Bedarf für eine Revision, weil das Bundesverwaltungsgericht in seiner – uneinheitlichen und widersprüchlichen – Praxis bereits Teilkartellverbote eingeführt habe. Auch kann nicht von einer Rückkehr zur ursprünglichen Intention des Kartellgesetzes gesprochen werden: Neben dem ausdrücklichen Wortlaut des Kartellgesetzes und den Materialien sprechen schon nur die bisherige andere Praxis des Bundesgerichts und der Wettbewerbskommission gegen dieses Argument (vgl. auch unten Ziffer 4).

36 GLM. BLAISE CARRON/PATRICK L. KRAUSKOPE, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 7.

37 HAGER/MURER (Fn. 13), 198 f.

Schlüsse ziehen liessen, da der Verfassung nicht das Kriterium der Erheblichkeit genügen müsse, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG.³⁸ Das ist unrichtig. Das Kartellgesetz und die Verfassung (Art. 96 BV) verfolgen einen wirkungsorientierten Ansatz (*effects based approach*): Nur Abreden, welche sich tatsächlich negativ auf den wirksamen Wettbewerb *auswirken*, können volkswirtschaftlich oder sozial schädlich im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG sein.³⁹ Es ist deshalb notwendig, im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse auch die quantitative Erheblichkeit zu prüfen. Auch eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG muss zulässig sein, wenn sie sich nicht auf den Wettbewerb auswirkt.⁴⁰

Ebenfalls unrichtig ist es, wenn das Bundesgericht anführt, eine Einzelfallprüfung werde durch die grundsätzliche Erheblichkeit nicht verunmöglicht, sondern erfolge im Rahmen der Effizienzprüfung.⁴¹ Art. 5 Abs. 1 KG sieht eine *zweistufige Prüfung* vor: In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob ein Verhalten den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Erst in einem zweiten, *separaten* Schritt ist zu prüfen, ob das betreffende Verhalten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist.⁴² Beide Prüfungsschritte müssen durchlaufen werden und der zweite ersetzt den ersten nicht.⁴³ Die Prüfung der (quantitativen) Erheblichkeit kann somit nicht mit dem Hinweis auf die Effizienzprüfung unterlassen werden.⁴⁴

Unrichtig ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass die Unterlassung der Auswirkungsanalyse aufgrund von Effizienzgewinnen bei der Sachverhaltsermittlung, Verfahrensbeschleunigung sowie der sinnvolleren Ressourcen-

38 BGE 143 II 297, E. 5.1.5.

39 RETO JACOBS, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 96 N. 16; MARTENET/TERCIER (Fn 5), Art. 1 LCart N 29; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 20 Rz. 24; DANIEL ZIMMERLI, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge», dRSK vom 10. April 2015, Rz. 18 f.

40 Siehe zum Konzept des wirksamen Wettbewerbs, zum wirkungsorientierten Ansatz des Kartellgesetzes, zur Pflicht zum Nachweis der Erheblichkeit im Einzelfall und zur Notwendigkeit der Erheblichkeitsprüfung mit zahlreichen weiteren Hinweisen BIRKHÄUSER/STANCHIERI (Fn. 25), Rz. 9 ff.

41 In BGE 143 II 297, E. 5.3.2. In E. 5.1.3 führt das Bundesgericht dann aber (richtig) aus: «Art. 5 Abs. 1 und 2 KG unterscheiden sodann klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. Insofern kann in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein [...]»

42 GL.M. JACOBS (Fn. 39), Art. 96 N. 24; DANIEL ZIMMERLI, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «BMW», dRSK vom 11. Januar 2016, Rz. 13; vgl. auch EU-Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz. 29.

43 So aber (zumindest implizit) das Bundesverwaltungsgericht in BVGer B-506/2010 vom 19. September 2013, E. 11.3.4; ebenso HAGER/MURER (Fn. 13), 199.

44 Dies ergibt sich auch aus der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. etwa RPW 2013, 313 f., Rz. 208 ff. – Harley-Davidson; 2014, 211 ff. Rz. 229 ff. – Kosmetikprodukte; 2015, 308 ff. Rz. 366 ff., 389 ff. – Türprodukte).

verwendung geboten sei.⁴⁵ Die Erheblichkeitsprüfung hat Verfahren der Wettbewerbskommission nicht massgeblich verzögert. Zum einen waren die Ausführungen der Wettbewerbskommission zur Erheblichkeit in der Regel kurz und zum anderen fussten sie auf denselben Tatsachen, die im Rahmen der Vermutungswiderlegung relevant waren. Ausserdem werden, wenn eine Analyse der Marktwirkungen unterlassen wird, die rechtliche Qualifikation der untersuchten Verhaltensweisen und die daraus resultierenden Konsequenzen nicht inhaltlich reflektiert.⁴⁶ Dies ist in Anbetracht der teilweise sehr hohen Sanktionen nicht gerechtfertigt.

Fehl geht auch die Argumentation des Bundesgerichts, wonach Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der Vermutung «*notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich*» blieben, weshalb die «*vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben*» solle.⁴⁷ Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen falsch:

Sie setzt (in Widerspruch zu BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*) unzulässigerweise die Vermutungsbasis mit der Vermutungsfolge gleich.⁴⁸ Wie das Bundesgericht in BGE 129 II 18 festhielt, zeichnet sich die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG im Unterschied zur Fiktion dadurch aus, dass sie widerlegt werden kann.⁴⁹ Die Argumentation des Bundesgerichts im Gaba-Urteil würde aber eine Fiktion bzw. unwiderlegbare Vermutung voraussetzen. Eine unwiderlegbare Vermutung ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut noch den Materialien.

Die Argumentation des Bundesgerichts ist auch gesetzessystematisch unrichtig, weil der Gesetzgeber nicht vermutet, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.⁵⁰ Hätte der Gesetzgeber eine solche Vermutung aufstellen wollen, dann hätte er einen Vermutungstatbestand auf der Ebene der Erheblichkeit und nicht auf der Ebene der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eingeführt.

Das Gaba-Urteil steht überdies im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. In BGE 129 II 18 (*Sammelrevers*) hielt das Bundesgericht fest, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, «*sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil*» betreffe. Anschliessend hielt es fest: «*Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% [...] ist deshalb davon auszugehen, dass der Wettbewerb hier erheblich beeinträchtigt*

45 Vgl. HAGER/MURER (Fn. 13), 201.

46 Ähnlich bereits RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch/Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 93 ff., 129, bei der Beurteilung der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

47 BGE 143 II 297, E. 5.2.4.

48 BREI (Fn. 5), 327.

49 BGE 129 II 18, E. 8.3.1.

50 GL.M. BREI (Fn. 5), 327; BIRKHÄUSER/STANCHIERI (Fn. 25), Rz. 15.

ist.»⁵¹ Diese Formulierungen zeigen, dass das Bundesgericht vom kumulativen Erfordernis der qualitativen und quantitativen Erheblichkeit ausging.⁵² Das Bundesgericht hat zudem in BGE 129 II 18 (*Sammelrevers*) und BGE 135 II 60 (*DMIF*) mehrfach festgehalten, dass aufgrund von Art. 96 BV und Art. 1 KG tatsächliche schädliche Auswirkungen notwendig sind:

«Die Wirkung einer Abrede ist immer im Kontext der übrigen rechtlichen und tatsächlichen Marktzutrittschranken zu würdigen [...]; massgeblich ist, ob im Ergebnis die Marktfunktionen des Wettbewerbs beeinträchtigt werden oder nicht [...]. Zu diesem Zweck hat deshalb auch bei den Vermutungstatbeständen eine entsprechende Marktanalyse zu erfolgen [...]»⁵³

«Verboten sind nicht Wettbewerbsabreden schlechthin, sondern allenfalls damit verbundene konkrete volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt; deren Erhebung und Gewichtung setzt voraus, dass die Absprache – zumindest vorübergehend – umgesetzt worden ist.»⁵⁴

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass die vom Bundesgericht im Gaba-Urteil vorgebrachten systematischen Argumente unzutreffend sind. Eine systematische (und verfassungskonforme) Auslegung führt im Gegenteil zum Schluss, dass quantitative Kriterien in jedem Fall zu berücksichtigen sind. Auch das Bundesgericht selbst hat mehrfach festgehalten, dass die Schädlichkeit jeder Abrede im Einzelfall festgestellt werden muss, d.h. die tatsächlichen schädlichen Auswirkungen massgebend sind.

4. Teleologisches Element

Im Hinblick auf das teleologische Argument argumentiert das Bundesgericht unter Verweis auf die Botschaft 1994, der Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 1 KG bestehe zunächst in der Aussonderung unerheblicher Fälle, um die Verwaltung zu entlasten, wobei dies nur bei einem einfach zu handhabenden Abgrenzungskriterium praktikabel sei. Das Bundesgericht schliesst daraus, dass die Vornahme einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall anhand des Erheblichkeitsmerkmals vom Gesetzgeber insofern nicht vorgesehen sein könne.⁵⁵ Diese Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren:

Erstens äussert sich die Botschaft 1994 lediglich dahingehend, dass sich die Verwaltung nicht mit unerheblichen Fällen beschäftigen soll, nicht aber, wie differenziert die Beurteilung zu erfolgen hat. Die vom Bundesgericht propagierte Ablehnung einer «*umfassenden und differenzierten Beurteilung*» ist

51 Beide Zitate aus BGE 129 II 18, E. 5.2.2.

52 G.L.M. WEBER/VOLZ (Fn. 5), Rz. 2.319.

53 BGE 129 II 18, E. 8.1.

54 BGE 135 II 60, E. 3.3.1., vgl. auch BGE 135 II 60, E. 3.4 und BGE 135 II 60, E. 3.1.1.

55 BGE 143 II 297, E. 5.1.4.

auch deshalb unzulässig, weil es im Kartellrecht um die tendenziell höchsten Strafen geht, die die Schweizer Rechtsordnung kennt.

Zweitens wird die Verwaltung eben gerade nicht entlastet, wenn jede noch so unbedeutende Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich betrachtet würde und eine Effizienzprüfung durchzuführen wäre.⁵⁶

Drittens besteht bei einer derart tiefen Aufgreifschwelle die Gefahr einer willkürlichen Rechtsanwendung. Denn es ist dann der Behörde überlassen, eine Abrede im Einzelfall aufgrund des Opportunitätsprinzips nicht aufzugreifen. Das Opportunitätsprinzip ist kein Ersatz für klare und wirksame Kriterien zur Einschränkung der staatlichen Interventionsmacht.⁵⁷

Viertens vermischt das Bundesgericht die Begriffe der Volkswirtschaftslehre mit denen der Industrieökonomik, wenn es argumentiert, dass bei der Erheblichkeit die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus stehe.⁵⁸ Soweit ersichtlich verlangt niemand, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung volkswirtschaftlich ins Gewicht fallen müsse (dann wäre eine Abrede fast nie erheblich). Was indessen gefordert wird, ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im betreffenden Markt.⁵⁹

Auch die vom Bundesgericht im Gaba-Urteil vorgebrachten teleologischen Argumente überzeugen nicht. Zieht man in Betracht, dass Wettbewerbsabreden nur bei Vorliegen von Marktmacht schädlich sein können, dann führt eine teleologische Auslegung vielmehr zum Ergebnis, dass auch bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in jedem Fall qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind.⁶⁰

III. Fazit

Das Gaba-Urteil steht im undeckelten und unerklärten Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Wie oben gezeigt wurde lässt sich der vom Bundesgericht im Gaba-Urteil vertretene Erheblichkeitsbegriff weder mit einer wörtlichen noch historischen noch systematischen noch mit einer teleologischen Auslegung überzeugend begründen. Vielmehr sprechen diese Auslegungselemente dafür, dass die Erheblichkeitsschwelle höher als die Spürbarkeitsschwelle im Recht der EU liegt und dass quantitative Kriterien in

56 Vgl. zum teleologischen Element weiterführend auch REINERT (Fn. 18), Ziffer III.B.4; dazu weiterführend auch BIRKHÄUSER/STANCHIERI (Fn. 25), Rz. 15 ff.

57 Vgl. generell zur Einschränkung der staatlichen Interventionsmöglichkeiten MARTENET/TERCIER (Fn. 5), Art. 1 N. 27.

58 BGE 143 II 297, E. 5.1.4.

59 Vgl. hierzu mit weiteren Hinweisen REINERT (Fn. 18), Ziffer III.B.4.

60 Vgl. hierzu mit weiteren Hinweisen REINERT (Fn. 18), Ziffer III.B.4.

jedem Fall zu untersuchen sind, weil der Gesetzgeber die schädlichen Auswirkungen im Einzelfall untersucht haben wollte.

Ungeachtet der Unrichtigkeit des Gaba-Urteils, fragt sich, wann eine Abrede nun «grundsätzlich» erheblich ist und wann nicht. Zu beachten ist, dass das Bundesgericht den Begriff «grundsätzlich» und nicht etwa «in aller Regel» gewählt hat. Zu beachten ist auch, dass das Bundesgericht im Gaba-Fall nur einen Lehrbuchfall eines absoluten Gebietsschutzes vor Augen hatte. Nach hier vertretener Auffassung sind deshalb zumindest zwei Kategorien von Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht grundsätzlich erheblich: (i) Abreden ohne klaren Hardcore-Charakter und Abreden, die im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, sowie (ii) Fälle, in denen die fehlende Erheblichkeit als Korrektiv notwendig ist. Im Hinblick auf die erste Fallgruppe ist daran zu erinnern, dass die Wettbewerbskommission Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (zu Unrecht)⁶¹ auch auf Tatbestände angewendet, die keine Hardcore-Abreden darstellen und im Recht der EU auch nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden. Sofern man die Vermutungstatbestände so weit auslegt, muss in Fällen, die keinen klaren Hardcore-Charakter haben oder die im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, eine vollständige Erheblichkeitsprüfung durchgeführt werden, die sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien umfasst. Zudem sind quantitative Kriterien auch dann massgebend, wenn eine fehlende Erheblichkeit als Korrektiv notwendig ist, weil z.B. zu Unrecht eine Abrede angenommen wird⁶² oder die Parteien über sehr geringe Marktanteile verfügen.

D. Beeinträchtigung des Wettbewerbs

I. Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bejahte zudem eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.⁶³ Die Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, es liege keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, da tatsächliche Auswirkungen fehlten und die Abrede nicht umgesetzt worden sei.

Das Bundesgericht widersprach diesen Ausführungen. Es führte aus, dass die Lehre im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 KG mehrheitlich den Standpunkt vertritt, dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht an-

komme, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreiche. Da Art. 4 Abs. 1 KG den Sprachgebrauch für den ganzen Erlass regelt, werde damit auch für Art. 5 Abs. 1 KG klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden solle. Dies stütze auch eine systematische und verfassungskonforme Auslegung: Denn mit Vereinbarungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht erst mit deren Praktizierung werde ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das «*volkswirtschaftlich oder sozial schädlich*» für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei. Aus diesem Grund seien solche Vereinbarungen im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG näher zu prüfen. Es genüge somit, dass Vereinbarungen den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen könnten.⁶⁴

II. Kritische Würdigung

Die Ausführungen des Bundesgerichts sind insoweit missverständlich, als sie in dem Sinne missinterpretiert werden könnten, dass es auf die tatsächlichen Wirkungen einer Vereinbarung nicht ankomme, sondern grundsätzlich das blosses Potenzial zur Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreiche. Dies wäre indessen eine falsche Interpretation des Gaba-Urteils. Das Bundesgericht entschied nur, dass eine Vereinbarung auch dann eine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen könne, wenn sie nicht umgesetzt worden sei.⁶⁵ Hintergrund dieser Auffassung ist das Anliegen, Vereinbarungen auch dann verbieten zu können, wenn sie noch nicht umgesetzt worden sind.⁶⁶ Dies zeigen auch die vom Bundesgericht angerufenen Literaturstellen.⁶⁷

Wie auch das Bundesverwaltungsgericht kürzlich systematisch und zutreffend festgestellt hat, ist beim Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ferner zwischen *Vereinbarungen* einerseits und *abgestimmten Verhaltensweisen* andererseits zu unterscheiden. Dem Gaba-Urteil lag eine schriftliche Vereinbarung zugrunde. Die Frage, ob ein *blosses Bezwecken erheblicher Wirkungen* genügen kann, stellt sich von vornherein nur bei einer Vereinbarung, während eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG begriffsnotwendig eine Koordination des Verhaltens, ein Parallelverhalten und einen Kausalzusammenhang zwischen Koordination und Parallelverhalten voraussetzt. Dies gilt auch in der europäischen Praxis.⁶⁸ Schliesslich hat diese Aussage nur Gültigkeit im Hinblick auf Vereinbarungen, die eine *Wettbewerbs-*

61 Siehe hierzu die Kritik von AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 5), Art. 5 LCart N 388 ff.

62 Vgl. den Fall Dermalogica, wo der Wortlaut des Vertrags zwar ein Verbot von Verkäufen ausserhalb des EWR enthielt, aus dem Umstand, dass der Schweizer Händler nicht ausserhalb des EWR verkaufen durfte, indessen klar hervorging, dass der Hersteller mit dem Begriff «EWR» auch die Schweiz miteinfassend sah (RPW 2014/1, 191 Rz. 66 ff, Kosmetikprodukte [Dermalogica]; ähnlich schon RPW 2000/2, 209 Rz. 50, Volkswagen-Vertriebssystem).

63 BGE 143 II 297, E. 5.4.

64 BGE 143 II 297, E. 5.4.2.

65 So wie hier auch DAVID BRUCH, Entwicklung der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 509.

66 Siehe hierzu auch BVGer, RPW 2016/4, 1137 Rz. 330, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

67 BORER (Fn. 5), Art. 4 N 4; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 5), Art. 5 N 3 und 5.

68 BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschläge, E. 4.1 in fine, E. 4.2, E. 4.3, E. 4.4, E. 4.5.

beschränkung bezwecken. Auch im Recht der EU sind bei Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, die Auswirkungen (und damit auch die Umsetzung) im Einzelfall zu untersuchen.

1. Tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkung erforderlichlich

Unabhängig hiervon reicht ein Potenzial zur Beschränkung des Wettbewerbs zur Erfüllung von Art. 4 Abs. 1 KG nicht aus. Aufgrund des Missbrauchsprinzips ist es gemäss der bisherigen Rechtsprechung notwendig, dass sich die Abrede *tatsächlich* wettbewerbsbeschränkend auswirkt.⁶⁹

Hiergegen könnte auch nicht vorgebracht werden, dass im Recht der EU eine blossige Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ausreiche (einmal ganz abgesehen vom Umstand, dass dies aufgrund des Missbrauchsprinzips unzulässig wäre). Denn erstens hat der EuGH eine Eignung nur vereinzelt bei sog. bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen genügen lassen⁷⁰ und zweitens ist im Recht der EU in jedem Fall zu prüfen und zu begründen, weshalb eine Vereinbarung so schädlich ist, dass sie als «bezweckte» Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist.⁷¹ Bei dieser Prüfung sind insbesondere der *Inhalt der Vereinbarung* und die mit ihr *verfolgten Ziele* sowie der *rechtl. und wirtschaftl. Zusammenhang*, in dem die Vereinbarung steht, zu untersuchen.⁷² Im Rahmen der Beurteilung dieses wirtschaftlichen Zusammenhangs sind u.a. auch die *Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen*, die auf dem *betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen* und die *Struktur dieses Marktes* zu berücksichtigen.⁷³ Es genügt deshalb nicht, einfach ein Potenzial zur Wettbewerbsbeschränkung zu behaupten.⁷⁴ Zudem ist das Tatbestandsmerkmal der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung *eng auszulegen*.⁷⁵ Denn sonst würde «die [Europäische] Kommission von der Verpflichtung entbunden

69 BGE 129 II 18, E. 8.1.; BGE 135 II 60, E. 3.1.1., E. 3.3.1. und E. 3.4.; BVGer, RPW 2016/4, 1137 Rz. 331 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; RPW 1999/3, 518 f. E. 4.4 und 4.5, Clima Suisse/Weko; BVGer, RPW 2016/3, 849, E. 7.2.1, Nikon AG/Weko; BVGer, RPW 2010/2, 368 ff., E. 7, 9.2.2.4, Implenia SA/Weko; RPW 1999/3, 518 f., E. 4.4 und 4.5, Clima Suisse/Weko, wo die REKO/WEF es explizit ablehnte, die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügen zu lassen bzw. Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG als Gefährdungstatbestand zu lesen.

70 EuGH, 4.6.2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands u.a., Rz. 31.

71 Siehe etwa EuGH, 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, Rz. 21; EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 69.

72 EuGH, 6.10.2009, GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission u.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Slg. 2009 I, 9291, Rz. 58; EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 53; EuGH, 8.11.1983, IAZ International Belgium u.a./Kommission, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, Slg. 1983, 3369, Rz. 25; EuGH, 30.6.1966, 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Slg. 1966, 303 f.

73 Siehe etwa EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 53.

74 So sehr deutlich EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 69.

75 EuGH, 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, Rz. 18; EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 58.

[...], die konkreten Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Markt zu beweisen»^{76,77}

2. Soziale Schädlichkeit

Unrichtig ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass schon mit Vereinbarungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht erst mit deren Praktizierung ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen werde, das «*volkswirtschaftlich oder sozial schädlich*» für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei.

Das Bundesgericht beruft sich hier auf eine Lehrmeinung, die für das Auswirkungspostulat von Art. 96 BV eine neue Wendung fordert.⁷⁸ Das Bundesgericht macht dabei aber zu wenig klar, dass diese Lehrmeinung dies auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss der *Cartes Bancaires*-Rechtsprechung des EuGH beschränkt wissen will.⁷⁹

Nach hier vertretener Ansicht ist das Konzept der sozialen Schädlichkeit bzw. des Klimas der Wettbewerbsfeindlichkeit, wie es das Bundesgericht verwendet, unabhängig hiervon aus folgenden Gründen abzulehnen: Erstens ist nicht jede Vereinbarung, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fällt, auch wettbewerbsfeindlich (selbst wenn sie umgesetzt wird).⁸⁰ Zweitens vermischt das Bundesgericht wiederum Vermutungsbasis und -folge. Drittens ist das Kriterium des Klimas der Wettbewerbsfeindlichkeit aus sich selbst heraus nicht zu operationalisieren. Viertens schafft eine Vereinbarung für sich alleine noch kein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit (z.B. wenn die an einen unzulässigen Vertriebsvertrag Beteiligten dessen Existenz vergessen haben). Ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit wird durch wettbewerbsbeschränkendes Handeln geschaffen und nicht durch Verträge, die niemand einhält.⁸¹

III. Fazit

Folgt man dem Gaba-Urteil, so besagt dieses nur, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht davon abhängig ist, ob die Vereinbarung nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (betreffend eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung) umgesetzt wurde (die fehlende Umsetzung einer Vereinbarung ist allerdings nach hier vertretener Auffassung zumindest im Rahmen der Erheblichkeit zu berücksichtigen). Aus dem Gaba-Urteil kann insbesondere nicht abgeleitet werden, dass

76 EuGH, 11.09.2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Rz. 58

77 Vgl. zur Thematik des Bezweckens und des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung BIRKHÄUSER/STANCHIERI (Fn. 25), Rz. 34 ff. und Rz. 39 ff.

78 HEINEMANN (Fn. 16), Rz. 44 ff.

79 HEINEMANN (Fn. 16), Rz. 47 f.

80 Siehe dazu oben.

81 Vgl. hierzu auch BIRKHÄUSER/STANCHIERI (Fn. 25), Rz. 7, 13 f.; REINERT (Fn. 18), Ziffer III. B.3.

das blossе Potenzial zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichen würde. Denn dies ginge auch weit über das Recht der EU hinaus.

E. Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG

I. Argumentation des Bundesgerichts

Was die Reichweite von Art. 5 Abs. 4 KG anbelangt macht das Bundesgericht zunächst ein paar einleitende Bemerkungen. Es hält zunächst fest, Art. 5 Abs. 4 KG müsse autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung, ausgelegt werden.⁸² Zudem hält es fest, dass die Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs problematisch sein könne.⁸³ Schliesslich hält es fest, dass sich aus der parlamentarischen Debatte «unzweifelhaft» ergebe, «dass die Schweizerische Regelung in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein» solle. Der Gesetzgeber habe, «ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine *materiell identische Regelung* zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis» vornehmen wollen.⁸⁴

Danach führt das Bundesgericht u.a. aus, dass auch Vertriebsklauseln in Technologietransfervereinbarungen unter Art. 5 Abs. 4 KG fielen. Ausserdem stellt das Bundesgericht klar, dass nur Verkaufsbeschränkungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden.

II. Kritische Würdigung

Den Ausführungen des Bundesgerichts ist über weite Strecken zuzustimmen. Zu kritisieren sind sie aber v.a. im Hinblick auf die Subsumption von Technologietransfervereinbarungen.

1. Relevanz des EU-Rechts für Vermutungstatbestand

Das Bundesgericht stellt mit seinen einleitenden Bemerkungen zu Art. 5 Abs. 4 KG zutreffend klar, dass die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG nicht über das Recht der EU hinausgeht. Relevant für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist, ob in einem EWR-/Schweizer Vertriebsvertrag eine Preisbindung der zweiten Hand oder ein Verbot von passiven Verkäufen durch den Händler (im Sinne von Art. 4 Bst. a und b 1. Lemma der Verordnung (EG)

Nr. 2790/1999 der Europäischen Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen [«VO 2790/1999»]) vereinbart wird. Die Relevanz von Art. 4 Bst. a und b 1. Lemma VO 2790/1999 geht aus den Materialien hervor: Ein für die WAK SR erstelltes externes Gutachten, welches Grundlage der Diskussion und Annahme von Art. 5 Abs. 4 KG war, verwies ausdrücklich auf Art. 4 Bst. b GVO 2790/1999⁸⁵. Ausserdem verwies SR Schiesser auf die VO 2790/1999.⁸⁶ Bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG ist zudem zu beachten, dass Beschränkungen von Importen in die EU im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen sind.⁸⁷ Darum fällt die Beschränkung passiver Verkäufe aus Gebieten ausserhalb des EWR und der Schweiz nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG.

Die Relevanz von Art. 4 Bst. b 1. Lemma VO 2790/1999 impliziert auch, dass Art. 5 Abs. 4 KG – wie dies das Bundesgericht ebenfalls festhält – nur die Beschränkung passiver *Verkäufe* eines EWR/CH-Händlers erfasst.⁸⁸ Anders gewendet werden *Bezugsbeschränkungen* – entgegen einer von der Wettbewerbskommission und dem Bundesverwaltungsgericht im Fall *Nikon*⁸⁹ vertretenen unrichtigen Auffassung – von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Denn Art. 4 Bst. b 1. Lemma VO 2790/1999 erfasst Bezugsbeschränkungen, wie z.B. Alleinbezugspflichten, nach herrschender Lehre nicht.⁹⁰ Denn andernfalls würden auch Wettbewerbsverbote und Koppelungsgeschäfte von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, obwohl die Materialien dies nicht einmal andeuten. Vertreter der Wettbewerbskommission und des Bundesverwaltungsgerichts rechtfertigen die *Nikon*-Praxis z.T. mit dem Argument, dass im *Nikon*-Fall Verkaufsverbote mit Bezugspflich-

85 S. 10 des Gutachtens.

86 AB 2003 S 330, wenn auch untechnisch: «Wenn Sie der Mehrheit folgen, folgen Sie auch dem Stand der Regelung in der Europäischen Union, und man kann im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurückgreifen, was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden abgeschlossen bzw. zugelassen hat». Zudem zeigt auch Ziff. 3 des Beispiels von SR Schiesser («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»), dass es um Art. 4 Bst. b GVO 2790/1999 ging.

87 Vgl. EuG, 27.9.2006, T-204/03, Rz. 51 ff., insbesondere Rz. 58 f., Haladjian Frères/Kommission, Slg. 2006, II-3779; EuG, 16.12.1999, T-198/98, Rz. 34, Micro Leader/Kommission, Slg. 1999, II 3992; EuGH, 28.4.1998, C-306/96, Rz. 14 (der ausdrücklich auf Parallelimporte innerhalb der EU beschränkt ist) sowie Rz. 17 ff. und 26, Javico, Slg. 1998, I-1997; Rose/Bailey (Hrsg.), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, 7. Aufl., Oxford 2013, 80 Rz. 1.145.

88 BGE 143 II 297, E. 6.3.4. f.

89 RPW 2016/2, 471 Rz. 252 und 468 f. Rz. 226, Nikon AG; RPW 2016/3, 853, E. 7.3.2, Nikon AG/Weko.

90 ELLGER (Fn. 5), Art. 4 Vertikal-GVO N 38; JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE WAGENER, *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxis-kommentar*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2011, Art. 4 lit. b Rz. 600; JESTAEDT/ZÖTTL (Fn. 5), GVO Nr. 330/2010 Art. 4 N 59.

82 BGE 143 II 297, E. 6.2.1.

83 BGE 143 II 297, E. 6.2.2.

84 BGE 143 II 297, E. 5.3.2.

ten verbunden worden seien.⁹¹ Dieses Argument geht indessen fehl, weil die Unterstellung einer Abrede (hier Bezugspflichten) unter Art. 5 Abs. 4 KG nicht damit begründet werden kann, dass eine andere Abrede (hier Verkaufsbeschränkungen) von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würde. Die von Vertretern des Sekretariats diesbezüglich angerufenen Stellen in den Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen⁹² sind irrelevant. Denn diese befassen sich nicht mit Art. 4 Bst. b der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen («VO 330/2010») sondern mit der individuellen Freistellungsmöglichkeit gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV (d.h. ausserhalb der Gruppenfreistellung). Ähnliches gilt für den Verweis auf die im Fall *JCB* für unzulässig erklärten Bezugsbeschränkungen. Einmal abgesehen davon, dass im *JCB*-Fall eine Gruppenfreistellung schon aufgrund des hohen Marktanteils nicht möglich war,⁹³ begründete die Europäische Kommission den Hardcore-Charakter der Bezugsbeschränkungen verschiedener Händler im *JCB*-Fall damit, dass diese eine Beschränkung von Querlieferungen gemäss Art. 4 Bst. d (und nicht Bst. b) VO 2790/1999 darstellten.⁹⁴ Denn beim von *JCB* gewählten Vertriebssystem handelte es sich um ein Quasi-Selektivvertriebssystem.⁹⁵ Art. 4 Bst. d VO 2790/1999 war indessen wie gezeigt nicht Regelungsvorbild von Art. 5 Abs. 4 KG.

2. Vertriebsvertrag

Nach Kritik ruft indessen die Auffassung des Bundesgerichts, dass der zweite Teil von Art. 5 Abs. 4 KG auch Lizenzverträge erfasse. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend zu verstehen sei und auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen beinhalten würde.⁹⁶ Das Bundesgericht argumentiert zudem, dass SR Büttiker festgehalten habe, dass Technologietransfer- und Lizenzverträge, die einen absoluten Gebietsschutz vorsähen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würden. Die Begründung des Bundesgerichts ist in wörtlicher, historischer und rechtsvergleichender Hinsicht falsch.

Erstens spricht Art. 5 Abs. 4 KG zweiter Teil von «Vertriebsverträgen» und nicht von «Vertriebsklauseln».

Zweitens zeigen die Materialien, dass mit dem Ausdruck «Vertriebsverträge» Technologietransferverträge (einschliesslich deren Bestimmungen über den Vertrieb der Vertragsprodukte) vom Vermutungstatbestand ausgenommen werden sollten. In den WAK-Protokollen wird ausdrücklich festgehalten, dass Art. 5 Abs. 4 KG keine Technologietransfervereinbarungen bzw. Lizenzvereinbarungen erfassen solle.⁹⁷ Zudem ergibt sich dies aus dem Votum von SR Büttiker, der zur Unterstützung des heutigen Art. 5 Abs. 4 KG gegenüber einer alternativen Formulierung von Art. 5 Abs. 4 KG (die von SR David verteidigt wurde) Folgendes ausführte: «Damit sind selektive Vertriebsverträge, sofern sie keinen absoluten Gebietsschutz vorsehen, zulässig, was auch der EU-Praxis entspricht – dazu kommen auch noch die Technologie- und die Lizenzverträge; Herr David, das müssen Sie auch noch berücksichtigen, für die Schweiz ist das sehr wichtig.»⁹⁸ Entgegen der Meinung des Bundesgerichts sagte SR Büttiker somit nicht, dass Technologie- und Lizenzverträge unter Art. 5 Abs. 4 fallen sollten, sondern im Gegenteil, dass diese nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen sollten.

Drittens ist die Ansicht des Bundesgerichts auch rechtsvergleichend falsch. Dies ist umso unverständlicher, als das Bundesgericht selbst sagt, dass sich aus der parlamentarischen Debatte ergebe, dass «Art. 5 Abs. 4 KG eine gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein» solle. Nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Europäischen Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen («VO 772/2004») waren Vertriebsvereinbarungen gruppenfreigestellt, wenn sie nicht den eigentlichen Gegenstand der Technologietransfervereinbarung bildeten.⁹⁹ Neu stellt Art. 2 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Europäischen Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen («VO 316/2014») noch weitergehend Bestimmungen frei, die unmittelbar mit der Produktion oder dem Vertrieb von Vertragsprodukten verbunden sind.¹⁰⁰ Dies ist nur folgerichtig. Denn wären Vertriebsklauseln von Technologietransfervereinbarungen nicht gruppenfreigestellt, bedürfte es Art. 4 Abs. 2 VO 772/2004 und VO 316/2014 gar nicht, die das Verbot passiver Verkäufe in dem Lizenzgeber vorbehaltene Gebiete gruppenfreustellen. Gemäss

91 Vgl. auch ANDREA GRABER CARDINAUX, Die aktualisierte Vertikalbekenntmachung 2010 und ihre Erläuterungen im Lichte des «Gaba»-Urteils des Bundesgerichts, sic! 2017, 583 unter Hinweis auf Rz. 8 der Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12. Juni 2017.

92 GRABER CARDINAUX (Fn. 91), 583 FN 32.

93 KOMM, 21.12.2000, COMP.F.1/35.918 – JCB, ABl. 2002 L 69/1 ff. Rz. 198.

94 KOMM, 21.12.2000, COMP.F.1/35.918 – JCB, ABl. 2002 L 69/1 ff. Rz. 199.

95 Vgl. auch EuG, 13.1.2004, T-67/01, JCB Service/Kommission, Slg. 2004, II-56, Rz. 132.

96 BGE 143 II 297, E. 6.4.1., 6.4.4. und 6.3.1.

97 Protokoll der WAK SR vom 29.1.2003, 32, Externes Expertengutachten, S. 10; Protokoll der WAK SR vom 26.2.2003, S. 20; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Die Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Genf 2004, 70 ff., 99.

98 AB 2003 S 330 f.

99 Siehe auch JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE WAGENER, Die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen – Praxiskommentar, Frankfurt a.M. 2005, Art. 2 – 1. Unterabs. 279 ff.

100 RÖHLING/NAGEL (Fn. 5), GVO Nr. 316/2014, Art. 2 N 24 f.

Art. 2 Abs. 5 VO 2790/1999 gehen die VO 772/2004 bzw. VO 316/2014 der VO 2790/1999 vor.

Die vom Bundesgericht vertretene unrichtige Ansicht widerspricht viertens auch dem vom Bundesgericht selbst angeführten¹⁰¹ Anliegen der Rechtssicherheit. Rechtssicherheit wird nicht gefördert, wenn zunächst einer EU-konformen Auslegung das Wort geredet und dann davon ohne einsichtige Begründung abgewichen wird.

III. Fazit

Nach dem oben Gesagten erfasst Art. 5 Abs. 4 KG nur Abreden im Sinne von Art. 4 Bst. a und b 1. Lemma der VO 2790/1999 bzw. Art. 4 Bst. a und b Ziff. (i) der VO 330/2010 in EWR-/Schweizer Vertriebsverträgen. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst insbesondere keine Bezugsbeschränkungen.

Zusammenfassung

Die im Gaba-Urteil entwickelte wörtliche, historische, systematische und teleologische Argumentation ist unrichtig. Das Gaba-Urteil steht ausserdem in unerklärtem Widerspruch zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts. Zu nennen sind insbesondere die Urteile in den Sachen *Merial*¹⁰², *Sammelrevers*¹⁰³ und *DMIF*¹⁰⁴.

In Anbetracht dessen, dass das Bundesgericht nur klare Fälle von Hardcore-Beschränkungen vor Augen hatte, ist die Bedeutung des Urteils für die Rechtsanwendung schwer abzuschätzen. Nach hier vertretener Auffassung muss im Hinblick auf die oben diskutierten Fragen Folgendes gelten:

Was das Auswirkungsprinzip anbelangt, muss ein Sachverhalt in der Schweiz konkrete mögliche Auswirkungen haben. Hypothetische oder denkbare Auswirkungen reichen nicht.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Erheblichkeit gilt, dass Abreden nur dann unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu subsumieren sind, wenn es sich um Hardcore-Beschränkungen handelt. Abreden, die nicht klar Hardcore-Charakter haben, und Abreden, die im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, sind nicht unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu subsumieren. Werden sie trotzdem unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumiert, liegt keine grundsätzliche Erheblichkeit vor und es ist zwingend neben der qualitativen

auch eine quantitative Erheblichkeit notwendig. Zudem sind quantitative Kriterien auch dann massgebend, wenn eine fehlende Erheblichkeit als Korrektiv notwendig ist, weil z.B. zu Unrecht eine Abrede angenommen wird.

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gilt nach wie vor, dass eine Abrede den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen muss. Folgt man dem Gaba-Urteil, so besagt dieses nur, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht davon abhängig ist, ob die Abrede umgesetzt wurde (die fehlende Umsetzung einer Abrede ist allerdings im Rahmen der Erheblichkeit zu berücksichtigen). Mehr kann nicht aus dem Gaba-Urteil abgeleitet werden. Insbesondere kann aus dem Gaba-Urteil nicht abgeleitet werden, dass das blosses Potenzial zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichen würde. Denn dies ginge über das Recht der EU hinaus. Ferner ist beim Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Vereinbarungen einerseits und abgestimmten Verhaltensweisen andererseits zu unterscheiden. Die Frage, ob ein blosses Bezwecken erheblicher Wirkungen genügen kann, stellt sich von vornherein nur bei einer Vereinbarung, während eine abgestimmte Verhaltensweise begriffsnotwendig eine Koordination des Verhaltens, ein Parallelverhalten und einen Kausalzusammenhang zwischen Koordination und Parallelverhalten voraussetzt.

Vom Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden nur Abreden in einem EWR-/Schweizer Vertriebsvertrag, die von Art. 4 Bst. a und b Ziff. (i) VO 330/2010 erfasst werden. Bezugsbeschränkungen werden von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen einer von Wettbewerbskommission und Bundesverwaltungsgericht im Fall *Nikon* geäusserten Auffassung nicht erfasst.

Résumé

L'argumentation littérale, historique, systématique et téléologique développée dans l'arrêt Gaba est erronée. Ledit jugement va de plus sans explications à l'encontre de la pratique antérieure du Tribunal fédéral. Les arrêts concernant les affaires *Merial*¹⁰⁵, *Sammelrevers*¹⁰⁶ et *DMIF*¹⁰⁷ méritent en particulier d'être mentionnés.

Compte tenu du fait que le Tribunal fédéral n'examinait de toute évidence que des cas clairs de restrictions dites «hardcore», l'importance de l'arrêt pour l'application du droit est difficile à évaluer. Selon l'avis soutenu ici, il convient de répondre aux questions discutées ci-dessus comme suit:

101 BGE 143 II 297, E. 6.2.3.

102 BGE 127 II 219.

103 BGE 129 II 18.

104 BGE 135 II 60.

105 BGE 127 II 219.

106 BGE 129 II 18.

107 BGE 135 II 60.

En ce qui concerne le principe des effets, un état de fait doit avoir de possibles effets concrets en Suisse. Des effets hypothétiques ou concevables ne suffisent pas.

Concernant la notabilité de principe, des accords ne doivent entrer dans le champ d'application de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que lorsqu'il s'agit de restrictions dites «hardcore». Les accords qui n'ont pas un caractère hardcore clair, ainsi que les accords qui ne constituent selon le droit de l'UE pas de restrictions de la concurrence par objet, ne doivent pas entrer dans le champ d'application de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Si les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart sont malgré tout appliqués à ces cas de figure, la notabilité de principe fait défaut et la notabilité quantitative est en outre impérativement nécessaire, en sus de la notabilité qualitative. Les critères quantitatifs sont par ailleurs également déterminants lorsque l'absence de notabilité est nécessaire à titre de correctif, par exemple quand l'existence d'un accord est admise à tort.

Concernant l'élément de fait de l'atteinte à la concurrence, un accord doit toujours concrètement affecter la concurrence, comme par le passé. Si l'on considère l'arrêt Gaba, celui-ci dit uniquement que l'atteinte à la concurrence ne dépend pas de la question de savoir si l'accord a été mis en œuvre (l'absence de mise en œuvre d'un accord doit toutefois être prise en compte dans la cadre de la notabilité). On ne peut rien déduire de plus de l'arrêt Gaba. On ne peut en particulier pas déduire de l'arrêt Gaba qu'une simple atteinte potentielle à la concurrence pourrait être suffisante. Cela irait en effet au-delà du droit de l'UE. En outre, dans le cas d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut effectuer une distinction entre d'un côté les conventions et d'un autre côté les pratiques concertées. La question de savoir si le simple fait d'avoir pour objet des effets notables peut suffire se pose a priori seulement dans le cadre d'une convention, tandis qu'une pratique concertée suppose nécessairement une coordination du comportement, un comportement parallèle et un lien de causalité entre la coordination et le comportement parallèle.

Seul les accords d'un contrat de distribution dans l'EEE ou en Suisse, auxquels l'art. 4 lit. a et b ch. (i) du Règlement (UE) n° 330/2010 est applicable, sont concernés par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Les restrictions aux achats n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, contrairement à l'avis exprimé par la COMCO et par le Tribunal administratif fédéral dans l'affaire *Nikon*.