Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 172/2014

Urteil vom 4. April 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
Gebro Pharma GmbH,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Marcel Dietrich und Martin Thomann, Homburger AG,

gegen

Wettbewerbskommission.

Gegenstand
Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.
Die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert. Seit rund 30 Jahren ist sie Lizenznehmerin der GABA International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Schweiz. Gaba entwickelt und vertreibt Mund- und Zahnpflegeprodukte - darunter u.a. verschiedene Elmexprodukte. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig.
Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Vertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

"GABI [Gaba International AG]verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste]nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich]herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."

Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Pro-ducts". In Bezug auf den Vertrieb der Gaba-Produkte in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 Fol-

gendes vor:

"The distributor [Gebro]shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte]outside the territory [Österreich]and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The]distributor shall inform [the]principal [Gaba]of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."

B.
Die Denner AG - zwischenzeitlich durch den Migros-Genossenschafts-Bund unter Berücksichtigung der Vorgaben der Verfügung vom 3. September 2007 übernommen (vgl. RPW 2008, S. 129 ff.) - mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Sie reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein, da ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien, und beantragte gleichzeitig die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).
Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG und durch Publikation im Bundesblatt am 13. März 2007 (Art. 28 KG; BBl 2007 1784) eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 KG. Untersucht wurde dabei, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der Denner AG mit Elmex rot als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei. In diesem Zusammenhang hat das Sekretariat die Gebro zu den Gründen der Nichtbelieferung der Denner AG angefragt; die Gebro teilte diesbezüglich mit, dass nur formelle Anfragen beantwortet würden. Im Jahre 2008 wurde schliesslich die Gebro mit entsprechender Information an die Österreichische Bundeswettbewerbsbehörde befragt. Gebro beantwortete diese Fragen.

C.
Nach der Ausweitung des Verfahrens auf die Gebro, der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats und zur Einvernahme der Anzeigerin als Zeugin erliess die WEKO am 30. November 2009 eine Verfügung (RPW 2010, S. 65 ff.; Versand: 7. Dezember 2009; Zustellung: 8. Dezember 2009) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.

2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.– belastet.

4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.– belastet.

5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.– und werden den Parteien wie folgt auferlegt: Gaba International AG CHF 296'215.–. Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.–.

6. [Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung]."

D.

Gebro erhob am 25. Januar 2010 gegen die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei aufzuheben und die Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei ohne Folgen für Gebro Pharma GmbH einzustellen.

2. [Kosten und Entschädigung]."

E.
Am 19. Dezember 2013 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

"1. Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird abgewiesen.

2. Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."

3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 10'000.- festgesetzt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 5'000.- innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. [Mitteilung]."

F.
Vor Bundesgericht beantragt die Gebro:

"1.
a) Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) seien aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 1, 4 und 5 der Verfügung vom 30. November 2009 werden aufgehoben. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziff. 4 der Verfügung vom 30. November 2009 wird aufgehoben "

c) Subeventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, über die Beschwerde vom 25. Januar 2010 neu zu befinden.

2.
a) Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000 wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und über die Kostenregelung neu zu befinden.

3. Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) sei aufzuheben und durch eine Fassung zu ersetzen, gemäss welcher der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen wird.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Im Wesentlichen rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Kartellgesetzes und der Bundesverfassung.

G.
Die WEKO hat sich innert erstreckter Frist am 1. Mai 2014 vernehmen lassen, währenddem das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf eine Stellungnahme verzichtet haben. Mit Stellungnahme vom 27. Juni 2014 hat sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der WEKO geäussert.

Erwägungen:

1.
Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in kartellrechtlichen Angelegenheiten können beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. zuletzt BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1.1).
Auf die Beschwerde ist einzutreten. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdeberechtigt: sie ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides und wird materiellrechtlich durch die Sanktionierung beschwert, weshalb sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids hat (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) erhoben worden.

2.

2.1. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Art. 7 unzulässig verhält, sanktioniert. Im Parallelverfahren BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 (E. 9 mit Hinweisen), in welchem die hier strittige Abrede ebenfalls Gegenstand bildete, hat das Bundesgericht festgehalten, dass mit Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auf den Abredetyp, d.h. auf die dort aufgeführten Abreden, Bezug genommen wird. Handelt es sich somit um horizontale Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern oder um vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise oder in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, ist das Tatbestandselement erfüllt. Diese Abreden müssen sodann unzulässig sein. Sie sind nach Art. 5 Abs. 1 dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen
lassen, sowie wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

2.2. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorliegt: Im bereits erwähnten Parallelverfahren 2C 180/2014 hat das Bundesgericht (E. 6) ausgeführt, dass Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 eine Abrede darstellt und der Beschwerdeführerin Passivverkäufe in ein ihr nicht zugeteiltes Gebiet untersagt; nicht anders ist hier zu entscheiden. Ob dies der Vertragswirklichkeit entsprach, ist im Rahmen der Prüfung der Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht relevant. Massgebend ist lediglich der Abschluss solcher Abreden (vgl. BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.4; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, 2004, S. 69 ff., 102 f.;

ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 449; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 210; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 333, 363). Erst bei der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist die Vertragswirklichkeit einzubeziehen;
diese Widerlegung ist in casu allerdings von Anfang an unbestritten.

2.3. Zu prüfen ist nunmehr, ob die strittige Abrede unzulässig ist. Da die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG bereits vor der WEKO erfolgreich war und demzufolge die Abrede zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führte (Art. 5 Abs. 1 zweiter Teil KG), stellt sich die Frage, ob sie allenfalls den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und ob sie, falls solches zutreffen würde, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG).
Im Parallelverfahren (2C 180/2014) hat das Bundesgericht verschiedene Fragen zur Passage "erheblich beeinträchtigen" geklärt (BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016) und festgehalten, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen (E. 5).
In Bezug auf die auch hier strittige Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese eine vertikale Abrede darstellt, die einen absoluten Gebietsschutz vorsieht und eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung mit potenziellen Auswirkungen bildet (E.6), die mangels entsprechender Rügen nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (E.7). Nicht anders verhält es sich auch hier. Die Rügen der Beschwerdeführerin betreffen nur die Fragen, die das Bundesgericht in BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 geklärt hat. Es kann darauf verwiesen werden. Eine Auseinandersetzung mit den Effizienzkriterien hat die Beschwerdeführerin zudem unterlassen.

2.4. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass keine Sanktion zulässig sei, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt worden sei. Dies trifft entsprechend BGE 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 (E. 9) nicht zu (siehe oben E. 2.1); die Rügen zielen deshalb nunmehr an der Sache vorbei.

2.5. Warum die vorinstanzlichen Verfahrenskosten und die nicht zugesprochene Parteientschädigung unabhängig vom Resultat in der Hauptsache zu korrigieren wären, wird mit keinem Wort ausgeführt. Eine Auseinandersetzung damit kann infolgedessen unterbleiben.

3.
Nach Art. 49a Abs. 1 KG besteht die Sanktion in einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Insofern kommt den Behörden ein grosser Ermessensspielraum zu.
Die Beschwerdeführerin ist mit Fr. 10'000.– sanktioniert worden. Es fällt dabei auf, dass diese Sanktion gegenüber derjenigen ihrer Abredepartnerin (vgl. Verfahren 2C 180/2014) sehr gering ist. Die WEKO hat diesbezüglich ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin bei den Vertragsverhandlungen in einer schwächeren Position gewesen sei, da die Abredepartnerin ein anderes Unternehmen hätte betrauen oder ein Tochterunternehmen hätte gründen können, wie sie es in allen anderen umliegenden Ländern der Schweiz getan hat. Die Durchsetzung der Gebietsabrede sei vor allem der Abredepartnerin der Beschwerdeführerin zugute gekommen, weil diese sich nur auf Österreich fokussiert hätte, weshalb jene in der Schweiz keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt gewesen sei, was auch wegen der eigenen Tochterunternehmen in den umliegenden Ländern begünstigt werde. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin während der 25-jährigen Vertragsdauer investiert, weshalb sie kaum eine Vertragskündigung hätte riskieren wollen. Diese Argumentation überzeugt und die WEKO hat deshalb mit der Auferlegung einer - zwar sehr - tiefen Sanktion ihr Ermessen nicht missbraucht. Insofern liegt auch zum Parallelverfahren 2C 180/2014 keine Rechtsungleichheit vor, da in den rechtlich
relevanten tatsächlichen Elementen eben keine Übereinstimmung vorliegt.

4.
Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. April 2017

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass