

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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission  
CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Commission de la con-  
currence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Commissione della con-  
correnza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Vertrieb:  
BBL/EDMZ  
CH-3003 Bern

Vente:  
OFCL/EDMZ  
CH-3003 Berne

Vendita:  
UFCL/EDMZ  
CH-3003 Berna

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

Preis Einzelnummer:  
CHF 25.--

Prix au numéro:  
CHF 25.--

Prezzo per esemplare:  
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:  
CHF 80.--

Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 80.--

Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 80.--

(Form: 701.000.01/1)

---

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

2001 / 1

**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.

April / avril / aprile 2001

<b>Systematik</b>	<p><b>A Tätigkeitsberichte</b>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B Verwaltungsrechtliche Praxis</b>  B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission  1 Vorabklärungen  2 Empfehlungen  3 Stellungnahmen  4 Beratungen  B 2 Wettbewerbskommission  1 Vorsorgliche Massnahmen  2 Untersuchungen  3 Unternehmenszusammenschlüsse  4 Sanktionen  5 Andere Entscheide  6 Empfehlungen  7 Stellungnahmen  8 Diverses  B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  B 4 Bundesgericht  B 5 Bundesrat  B 6 Preisüberwacher  B 7 Kantonale Gerichte</p> <p><b>C Zivilrechtliche Praxis</b>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D Entwicklungen</b>  D 1 Erlasse, Bekanntmachungen  D 2 Bibliografie</p> <p><b>E Diverses</b></p>
<b>Systematique</b>	<p><b>A Rapports d'activité</b>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B Pratique administrative</b>  B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence  1 Enquêtes préalables  2 Recommandations  3 Préavis  4 Conseils  B 2 Commission de la concurrence  1 Mesures provisionnelles  2 Enquêtes  3 Concentrations d'entreprises  4 Sanctions  5 Autres décisions  6 Recommandations  7 Préavis  8 Divers  B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence  B 4 Tribunal fédéral  B 5 Conseil fédéral  B 6 Surveillant des prix  B 7 Tribunaux cantonaux</p> <p><b>C Pratique des tribunaux civils</b>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D Développements</b>  D 1 Actes législatifs, communications  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Divers</b></p>

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
8	Diversi	
B 3	Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

## **A Tätigkeitsberichte** **Rapports d'activité** **Rapporti d'attività**

### **A 1 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

- |    |                                                           |    |
|----|-----------------------------------------------------------|----|
| 1. | Jahresbericht 2000 der Wettbewerbskommission              | 1  |
| 2. | Rapport annuel 2000 de la Commission de la concurrence    | 20 |
| 3. | Rapporto annuale 2000 della Commissione della concorrenza | 39 |

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

### **B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence  
Segreteria della Commissione della concorrenza

#### **1. Vorabklärungen** **Enquêtes préalables** **Inchieste preliminari**

- |    |                                                           |    |
|----|-----------------------------------------------------------|----|
| 1. | Terminaux de paiement                                     | 59 |
| 2. | Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien | 64 |
| 3. | xDSL-Dienste der Swisscom                                 | 73 |
| 4. | Watt/Migros - SIE                                         | 81 |

### **B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

#### **2. Untersuchungen** **Enquêtes** **Inchieste**

- |    |                                                            |     |
|----|------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Kaladent AG                                                | 88  |
| 2. | Intensiv SA, Grancia                                       | 95  |
| 3. | Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE) | 110 |

#### **3. Unternehmenszusammenschlüsse** **Concentrations d'entreprises** **Concentrazioni di imprese**

- |    |                                                                            |     |
|----|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | BertelsmannSpringer, Business to Business (Schweiz) AG/<br>Schück Söhne AG | 115 |
|----|----------------------------------------------------------------------------|-----|

2.	Hypo- und Vereinsbank AG München und Bank Austria AG Wien	118
3.	Gemeinschaftsunternehmen der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) und der Securitas AG	121
4.	The Chase Manhattan Corporation et J.P. Morgan & Co. corporated	125
5.	Presse Publications SR SA/Senger Media AG	128
6.	Bombardier/Adtranz	129
7.	Vivendi/Vivendi Environnement/EDF	132
8.	Siemens/Atecs Mannesmann AG; Kontrolle über Dematic AG, Demag Krauss-Maffei AG, Sachs AG und VDO AG	134
9.	Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG	136
10.	DyStar - BASF	141
11.	Weitere	143

**4. Sanktionen**  
**Sanctions**  
**Sanzioni**

1.	Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas	144
----	-----------------------------------------	-----

**6. Empfehlungen**  
**Recommandations**  
**Raccomandazioni**

1.	Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG	155
2.	Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)	167
3.	Esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere all'attenzione dei cantoni di Friborgo, Ginevra, Giura, Neuchâtel e Ticino nonché della Fondazione REG (traduzione italiana della versione originale in francese)	181

**7. Stellungnahmen**  
**Préavis**  
**Preavvisi**

1.	Revision Kartellgesetz	193
2.	Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG)	196

**B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

Commission de recours pour les questions de concurrence  
 Commissione di ricorso in materia di concorrenza

1.	Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)	200
----	------------------------------------------------------------	-----

**B 4 Bundesgericht**

Tribunal fédéral

Tribunale federale

1. Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA)

210

**D Entwicklungen  
Développements  
Sviluppi****D 2 Bibliografie**

Bibliographie

Bibliografia

224

**Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)****227****Index (deutsch, français e italiano)****230**

---

## A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività

### A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

#### A 1 1. Jahresbericht 2000 der Wettbewerbskommission

### A Einleitung

Im Bereich der **privat verursachten Wettbewerbsbeschränkungen** hat die Praxis der Wettbewerbskommission (Weko) im vergangenen Jahr erneut gezeigt: harte Kartelle sind volkswirtschaftlich schädlich. Die Bekämpfung von **Abreden** über Preise, Mengen und Gebiete zwischen direkten Konkurrenten wird somit zur Daueraufgabe mit erster Priorität. Die Weko hat im Jahr 2000 sechs Untersuchungen zu Preisabreden abgeschlossen und deren sieben neu eröffnet. Ebenfalls eine hohe Priorität genießt auch das Vorgehen gegen den **Missbrauch marktbeherrschender Stellungen**. In diesem Bereich wurden drei Untersuchungen abgeschlossen und deren fünf neu eröffnet. Die **Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen** verursachte mit 54 Meldungen zwar einen nicht zu unterschätzenden Arbeitsaufwand. Spektakuläre Entscheide sind aber keine zu vermelden.

Die Weko und ihr Sekretariat haben auch den gesetzlichen Auftrag, staatliche Regulierungen aus wettbewerbspolitischer Sicht zu beurteilen. Dabei geht es nicht darum, Rahmenbedingungen in Frage zu stellen, die vom Gesetzgeber aus übergeordneten öffentlichen Interessen festgelegt wurden. Die Wettbewerbsbehörden wachen vielmehr darüber, dass gerechtfertigte wirtschaftsrechtliche Vorschriften nicht dazu missbraucht werden, um den erwünschten Wettbewerb über Gebühr einzuschränken.

In diesem Sinne richteten die Weko und ihr Sekretariat ihr Augenmerk auch auf staatliche Regulierungen, insbesondere auf den Gesundheitsmarkt sowie den Elektrizitätsmarkt (vgl. nachstehend D). Beiden Märkten ist gemeinsam, dass sie einer einschneidenden staatlichen Regulierung unterliegen.

**Staatliche Regulierungen** sind nicht in jedem Fall wettbewerbswidrig. Sie können in bestimmten Situationen durchaus notwendig sein, etwa wenn es um die Regulierung der Preise bei der Durchleitung von Elektrizität geht. Elektrizitätsnetze stellen in aller Regel natürliche Monopole dar, in denen eine staatliche Regulierung den fehlenden

Wettbewerb ersetzen kann und garantieren soll, dass die Konsumenten faire Preise zu bezahlen haben.

Staatliche Regulierungen sind auch sinnvoll, wenn es zum Beispiel um die Sicherheit von Medikamenten geht, wenn eine missbräuchliche Verwendung von Medikamenten zu verhindern ist oder wenn die Verbreitung von neuen Technologien in Frage steht. So hätte sich die Elektrizität Ende des 19. Jahrhunderts in der Schweiz kaum so rasch und nachhaltig durchgesetzt, wenn sie nicht staatlich gefördert und reguliert gewesen wäre.

Staatliche Regulierungen können im Laufe der Zeit überflüssig werden oder der Anpassung bedürfen. Im Elektrizitätsmarkt ist Letzteres der Fall. Die Produktion oder der Handel mit Elektrizität wird liberalisiert; reguliert bleiben die Bereiche Transport und Verteilung. Im Gesundheitswesen ist eine schwierige Gratwanderung fortzuführen: Einerseits erhofft man sich vom neuen KVG von 1995 mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen. Andererseits schränken aber neue Regulierungen wie das Apothekerabgeltungsmodell den Wettbewerb ein.

## **B Zwischenbilanz der Tätigkeiten**

Im Vorfeld der Arbeiten an der laufenden Revision des Kartellgesetzes liess das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) ein Gutachten über verfahrensrechtliche Problemstellungen sowie eine Expertise zur ökonomischen Sachkompetenz der Wettbewerbsbehörden erstellen.

Das Gutachten zu verfahrensrechtlichen Fragen wurde von Prof. Dr. Yvo HANGARTNER, Em. Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, erstellt (siehe RPW 2000/3, S. 532 ff.). Dem Gutachter dienten sämtliche Verfügungen der Weko und die Entscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) als Beurteilungsgrundlage. Bei der Frage, weshalb bisher eine relativ hohe Zahl von Beschwerden von der Reko gutgeheissen worden ist, kam er zu folgenden Schlüssen:

(i) Unklarheiten im Verhältnis zwischen den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KG und des Verwaltungsverfahrensgesetzes waren zu klären, was jedoch ein normaler Vorgang sei. (ii) Anfängliche Defizite in den Bereichen rechtliches Gehör und Akteneinsicht sowie Sachverhaltsfeststellungen und Begründung der Verfügungen seien inzwischen behoben worden. (iii) Die Reko stelle an die Einhaltung der Verfahrensvorschriften relativ strenge Anforderungen, die aber erst anhand von Entscheiden konkretisiert worden seien.

Die Weko und ihr Sekretariat haben die Kritik der Reko aufgenommen und die verfahrensrechtlichen Defizite beseitigt. Diese Anpassungen tragen Früchte. In den neuesten Entscheiden der Reko werden keine Verfahrensfehler mehr gerügt; die Streitfragen beziehen sich auf die materielle Rechtsanwendung. Nach Behebung der verfahrensrechtli-

---

chen Defizite hat die Reko in den letzten drei Entscheiden des Jahres 2000 die Beschwerden jeweils abgewiesen und die Verfügungen der Weko bestätigt. In der materiellen Rechtsanwendung gesteht die Reko der Weko einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum ein.

Das Gutachten zur ökonomischen Sachkompetenz der Wettbewerbsbehörden hat Prof. Dr. C. Christian VON WEIZSÄCKER, Universität zu Köln, ehemals Präsident der Monopolkommission, erstellt (siehe RPW 2000/3, S. 510 ff.). Der Gutachter hatte zu klären, ob die ökonomische und empirische Analyse der kartellrechtlichen Untersuchungen internationalen Standards entspricht.

Der Gutachter arbeitete sämtliche Verfügungen und Empfehlungen der Weko durch. Er kam in seiner Analyse zum Ergebnis, dass (i) die ökonomische Sachkompetenz des Mitarbeiterstabes im Sekretariat der Weko gut sei. (ii) Der Arbeitseinsatz und die Qualität der Arbeit könne sich im internationalen Vergleich ohne weiteres sehen lassen und hebe sich beispielsweise gegenüber der Qualität der Arbeit bei der EU-Kommission positiv ab. (iii) Der Ausbildungsstand und die Weiterbildung der Ökonominen und Ökonomen im Sekretariat entspreche internationalen Standards. (iv) Als Problem ortete er die Gefahr des Abwanderns der besten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in die privatwirtschaftliche Praxis, weil das Economic Consulting eine rasch wachsende Branche darstelle.

Das Fazit von Prof. C. C. VON WEIZSÄCKER ist keinesfalls Anlass zum Ausruhen. Die Wettbewerbsbehörden versuchen vielmehr, die ökonomische Sachkompetenz weiter zu verbessern und zu verstärken. So wurde etwa Ende 2000 eine Ökonometrikerstelle ausgeschrieben. Diese Massnahme zielt darauf ab, die quantitativen Analysemethoden und damit die Begründungen der Entscheide weiter zu verbessern. Ebenso wurden Massnahmen gegen die Gefahr der Abwanderung von Sekretariatspersonal in die Privatwirtschaft eingeleitet (vgl. E.1).

Die positive Zwischenbilanz der Arbeit der Wettbewerbsbehörden wurde auch international bestätigt. Die Law Business Research Ltd., London, führte 1999 eine internationale Studie durch und verglich darin die verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden. Anhand von Rückmeldungen von Praktikern (Anwälte, Unternehmen, Wissenschaftler usw.) erstellte sie ein Rating für die Wettbewerbsbehörden. Die Studie ist unter dem Titel "Rating the Regulators" veröffentlicht (<http://www.global-competition.com/rating/rating.htm>). Die Studie beurteilte die einzelnen Wettbewerbsbehörden anhand verschiedener Kriterien wie Handhabung der Fusionskontrolle, Vorgehen bei Kartellen und Marktbeherrschung, Verfahrensablauf, Unabhängigkeit und so weiter. Maximal konnten fünf Sterne erreicht werden. Das deutsche Bundeskartellamt erhielt die Maximalnote. Die Schweiz erhielt (wie auch die US Antitrust Division des Departement of Justice) vier Sterne.

---

Die Schweiz lag damit vor der EU-Wettbewerbsbehörde (drei Sterne) oder dem englischen Office of Fair Trading (zwei Sterne).

## **C Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen**

### **1. Produktemärkte**

Im Dienst Produktemärkte bildete im vergangenen Jahr das **Bauwesen** einen der Schwerpunkte. Die Weko erklärte die Alleinvertriebsvereinbarung zwischen Nordostschweizer und Süddeutschen Strassenbelagsmischwerken für unzulässig. Mit den Abreden legten die direkten Konkurrenten Preise und die zu liefernden Mengen fest. Im Januar 2000 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung wegen möglicher Abreden bei den Offerten für die Sanierung der Schweizerischen Landesbibliothek. Als Folge der Untersuchung wurde die laufende Ausschreibung abgebrochen und der Auftrag in einem neuen Submissionsverfahren einem an der Abrede nicht beteiligten Unternehmen erteilt. Ebenfalls im Januar 2000 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen acht Genfer Bauunternehmen wegen Verdacht auf Preisabreden bei Abdichtungs- und Asphaltierungsarbeiten. Des Weiteren prüft es in einer Vorabklärung das Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV). Dieses Reglement verpflichtet die SBV-Mitglieder, dem Verband zu melden, wenn es bei einer Ausschreibung plant, eine Offerte einzureichen. Unter den bietenden Firmen könnten daraufhin Treffen organisiert und die Angebote "koordiniert" werden.

Im Bereich **Landwirtschaft** stehen vor allem verschiedene Branchenorganisationen im Blickfeld. So hat das Sekretariat im Juli eine Vorabklärung gegen Käse-Sortenorganisationen eröffnet. Branchenorganisationen können - beispielsweise durch Schaffung einheitlicher Label oder konzentrierte Werbeauftritte - für die effizientere Nutzung der Mittel sorgen und ein Gegengewicht zum Detailhandel aufbauen. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass solche Branchenorganisationen wettbewerbswidrigen Praktiken Vorschub leisten und so den Wettbewerb beeinträchtigen. Im Übrigen wurden auch Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen in den der Produktion vor- und nachgelagerten Märkten durchgeführt. Im Bereich Landwirtschaft hat die Weko erneut zu verschiedenen Verordnungsentwürfen Stellungnahmen abgegeben und sich dabei für weitergehende Liberalisierungen ausgesprochen.

Im April beendete die Weko ihre Untersuchung über das **Vitaminkartell** von Hoffmann-La Roche, BASF und Rhône-Poulenc, welches nach der Aufdeckung durch US-amerikanische Wettbewerbsbehörden weltweit Aufsehen erregt hatte. Die Weko stellte dabei fest, dass sich das Vitaminkartell auch in der Schweiz negativ ausgewirkt hatte. Die Unmöglichkeit, in diesem Fall direkte Sanktionen auszusprechen, löste bereits 1999 eine öffentliche Diskussion aus, welche in die aktuelle Revision des Kartellgesetzes mündete.

---

Im **Benzinmarkt** eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung wegen möglicher Preisabreden unter den Mineralölgesellschaften. Hingegen wurde im Bereich **Automobilmarkt** die Untersuchung gegen Volkswagen, welche klären sollte, ob der Automobilhersteller Schweizer Kunden beim Autokauf im Ausland behindert, eingestellt. Dies, weil die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem Ausland kontinuierlich gesunken sind und die Attraktivität von Parallelimporten dadurch stark vermindert ist. Die Weko kam immerhin zum Schluss, dass eine Wettbewerbsabrede, die ein Verbot von Passivverkäufen in die Schweiz vorsieht, als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG zu qualifizieren ist. Weiterhin untersucht wird dagegen in einem ähnlich gelagerten Fall gegen Citroën.

## 2. Dienstleistungen

Neben den Aktivitäten im Bereich des Gesundheitswesens haben sich die Weko und ihr Sekretariat verschiedener wettbewerbsrechtlicher Probleme bei den freien Berufen sowie in den Banken- und Versicherungsmärkten angenommen.

Die **freien Berufe** sind durch zwei wesentliche Arten von Wettbewerbsbehinderungen gekennzeichnet. Erstens gibt es in diesen Bereichen keine oder kaum **Werbung**, die Wettbewerb eigentlich fördern würde. In einigen Berufen wie zum Beispiel den Ärzten ist die Werbung durch kantonale Gesetze untersagt. In anderen Berufen ist sie grundsätzlich zulässig, wird aber von den Standesorganisationen abgelehnt. Die Wettbewerbsbehörden prüfen die betroffenen Märkte in jedem einzelnen Kanton, um anschliessend mit den Mitteln des KG zu intervenieren: Sei es mittels Empfehlungen dort, wo die Werbung von Gesetzes wegen untersagt ist, sei es mittels Untersuchungen, wo der Wettbewerb durch private Beschränkungen behindert ist. Der Kanton Waadt hat in Folge einer Empfehlung der Weko dem Grossen Rat vor kurzem den Entwurf zu einem neuen Gesundheitsgesetz vorgelegt, der die Werbung bei medizinischen Berufen liberalisieren soll. Ähnliche Empfehlungen hat die Weko an den Kanton Freiburg gerichtet. Zweitens kennen freie Berufe häufig **Tarife**, die von den Berufsorganisationen erlassen werden. Diese Tarife, seien sie nur empfohlen oder verpflichtend erlassen, können schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen verursachen. So hat die Weko die Tarife der Freiburger Fahrlehrer mit Verfügung vom 8. Mai 2000 untersagt. Daraufhin hat sie alle kantonalen Fahrlehrerverbände aufgefordert, allfällige Verbandstarife unverzüglich aufzuheben. In diesem Sinne kann ein Entscheid, der eigentlich nur einen Kanton betrifft, disziplinierend auf das Verhalten der entsprechenden Verbände in allen anderen Kantonen wirken.

Auf den Märkten der **Finanzdienstleistungen** hat die Weko verschiedene Zusammenschlussvorhaben beurteilt und die Erfüllung der Auflagen aus der UBS-Fusion überprüft. Zudem hat das Sekretariat die

---

Untersuchung über die Nichtdiskriminierungsklauseln bei den Zahlungen mit Kreditkarten weitergeführt. Im **Versicherungsbereich** hat das Sekretariat eine Vorabklärung über Motorfahrzeughaftpflichtversicherungen eröffnet.

### 3. Infrastruktur

Neben einer intensiven Tätigkeit im Bereich Elektrizität (siehe hinten D.2) hat der Dienst Infrastruktur zu Beginn des Jahres zwei Untersuchungen zu horizontalen Preisabreden mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen. Die drei **Tessiner Tageszeitungen** verpflichteten sich, inskünftig auf jegliche Abrede bei der Festsetzung der Abonnements- und Kioskverkaufspreise zu verzichten. Die **West-schweizer Gastroverbände** verpflichteten sich, künftige auf Preisempfehlungen an die Restaurants zu verzichten.

Im Bereich **Telekommunikation** stehen zwei Verfahren im Vordergrund. Die Untersuchung zum Mobilfunkmarkt soll aufzeigen, ob die drei Anbieter von Mobilfunkdiensten kollektiv marktbeherrschend sind und sich die Preise aufgrund ihres kollusiven Verhaltens nicht nach unten entwickeln, wie es in einer Situation wirksamen Wettbewerbs zu erwarten wäre. Weiter führt das Sekretariat eine Vorabklärung zu den ADSL-Angeboten von Swisscom. Diese neue Breitbandtechnik für den Datenverkehr wurde im Herbst 2000 neu eingeführt. Offen ist, ob sich die Swisscom bei der Neueinführung gegenüber allen Interessenten an einem Wholesale-Angebot diskriminierungsfrei verhalten hat.

Bei den **Medien** war eine grosse Zahl von Unternehmenszusammenschlüssen zu beurteilen (14). Ausser dem Zusammenschluss Berner Oberland Medien AG (BOM) konnten alle in der Vorprüfung als unbedenklich erklärt werden. Bei BOM hat die Weko eine regionale Pressekonzentration gutgeheissen, weil die Herausgabe einer Komplettzeitung eine gewisse Grösse der Auflage bedingt und weil ein erheblicher Druck aus den Anzeigenmärkten disziplinierend auf die stark konzentrierten Lesermärkte wirkt. Die Weko empfahl zudem dem Bundesrat, die wettbewerbsverzerrende Regulierung bei der Verbilligung der Zeitungstransporte durch die Post aufzuheben und wettbewerbsneutral auszugestalten. Ein Verleger kommt heute nämlich nur in den Genuss der Verbilligung, wenn er den gesamten oder einen bestimmten Teil seiner Auflage der Post zum Transport übergibt. Organisiert er die Zustellung selbst (z.B. Frühzustellung), verliert der Verleger die Verbilligung. Der Verleger ist somit in der Organisation der Zustellung nicht frei und private Zustellorganisationen sind gegenüber der Post benachteiligt.

Eine Marktbeobachtung mit einer Befragung verschiedener Marktteilnehmer im Bereich **Tourismus/Hotellerie** hat ergeben, dass im Moment keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsbeschränkungen in der

---

Hotelbranche bestehen. Ein wettbewerbsrechtlicher Handlungsbedarf konnte damit verneint werden.

#### **4. Binnenmarktgesetz**

Das Binnenmarktgesetz (BGBM) war Gegenstand einer Untersuchung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates. In ihrem Bericht stellt die Kommission fest, dass das BGBM die vom Gesetzgeber erwünschten Wirkungen noch nicht entfalten konnte und dass immer noch wichtige Marktzutrittsschranken beim interkantonalen Verkehr die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz verhindern. Gründe dafür sind unter anderem eine allzu "föderalistische" Auslegung des BGBM durch das Bundesgericht und die schwachen Kompetenzen der Weko bei der Durchsetzung des BGBM, die sich auf nicht verpflichtende Empfehlungen beschränken. Im Nachgang zu diesem Bericht hat sich der Bundesrat bereit erklärt, bestimmte Massnahmen zur besseren Anwendung des BGBM zu prüfen.

Im gleichen Bericht geht die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats auf verschiedene Berufe ein, in denen Handelsschranken zwischen den Kantonen bestehen (Anwälte, Taxis, Optiker, Sanitärinstallateure usw.). Die Weko beabsichtigt, nächstens eine vertiefende Studie zu den Wirkungen des BGBM in einem dieser Bereiche zu erstellen.

Im Übrigen hat die Weko im April 2000 eine Empfehlung gestützt auf Artikel 8 BGBM betreffend die Anpassung der interkantonalen Vereinbarung über öffentliche Beschaffungen an die bilateralen Verträge mit der EU an die kantonalen Baudirektoren gerichtet. Die Harmonisierung der Schwellenwerte sollte zu einer grösseren Öffnung der kantonalen und kommunalen Märkte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen führen. In diesem Bereich hat die Weko empfohlen, dass Massnahmen getroffen werden, um über die Daten für eine angemessene Festsetzung der Schwellenwerte zu verfügen.

#### **5. Internationale Kontakte**

Neben den regelmässigen Kontakten mit den Wettbewerbsbehörden der EU und der USA haben die Weko und ihr Sekretariat die Kontakte zu den Wettbewerbsbehörden der Nachbarländer verstärkt. Verschiedene Gespräche mit den Behörden aus Frankreich, Italien, Grossbritannien und Deutschland haben zu einem fruchtbaren Erfahrungsaustausch geführt.

Die Weko und ihr Sekretariat haben mit Blick auf die Schwerpunkte für das Jahr 2000 an einer Präsentation von Vertretern der EU-Wettbewerbsbehörde über die Ermittlungsmethoden und die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf harte Kartelle teilgenommen. Diese Erfahrungen haben die Weko in ihrer Überzeugung bestärkt, dass nur eine Gesetzgebung mit unmittelbaren Sanktionen einen wirksamen Kampf gegen harte Kartelle ermöglicht.

---

Schliesslich haben die schweizerischen Wettbewerbsbehörden aktiv an den Arbeiten der verschiedenen internationalen Organisationen mitgewirkt. Dies betrifft vor allem die Teilnahme an den Sitzungen des "Comité du droit et de la politique de la concurrence" der OECD, der Arbeitsgruppe "Wettbewerb und Handel" der WTO, an den Überprüfungen der Handelspolitik der Schweiz durch die WTO sowie an den Arbeiten im Bereich Wettbewerb des IWF, der Weltbank und der UNCTAD.

## **6. Ausblick**

Die Weko wird im Jahr 2001 die hängigen Untersuchungen (siehe E.3) soweit wie möglich abschliessen. Der Fokus ist klar auf die Untersuchungen über horizontale Wettbewerbsabreden zwischen direkten Konkurrenten und Missbräuche marktbeherrschender Stellungen gerichtet. Daneben werden auch die Verfahren im Rahmen von Liberalisierungen einen erheblichen Teil der Ressourcen absorbieren.

Im Jahr 2001 steht auch die **Teilrevision des Kartellgesetzes** auf der Agenda. Die Weko hat sich im Vernehmlassungsverfahren, das Ende 2000 abgeschlossen worden ist, klar für eine Einführung direkter Sanktionen bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten und bei Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen ausgesprochen. Sie ist der Meinung, dass die besonders tiefen Umsatzschwellen für die Meldung von Medienzusammenschlüssen aufgehoben werden können. Die tiefen Schwellen haben bisher die (aus Sicht der Weko in der Regel positiv zu wertende) Medienkonzentration nicht beeinflusst. Vielmehr haben sie dem Sekretariat und den betroffenen Unternehmen einen erheblichen Arbeitsaufwand verursacht. Die grossen Zusammenschlüsse im Medienbereich werden mit den allgemeinen Umsatzschwellen ohnehin erfasst. Deshalb ist es nicht nötig, die Konzentrationen im lokalen und regionalen Bereich der Weko zu melden.

## **D Schwerpunkte der Tätigkeit 2000**

### **1. Gesundheitsmarkt**

Der Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt wird von verschiedenen staatlichen Regulierungen beeinflusst. Es ist eine heikle Gratwanderung, angemessene Massnahmen im Interesse der Gesundheitspolitik zu treffen und gleichzeitig Rahmenbedingungen zu schaffen, welche den Wettbewerb nicht verfälschen. In diesem Zusammenhang nehmen die Wettbewerbsbehörden in Gesetzgebungsverfahren Stellung und schlagen Bestimmungen vor, welche im Rahmen des Möglichen Wettbewerb zulassen.

Die Weko hat sich zudem verschiedener Bereiche des Gesundheitswesens angenommen, in denen die gesetzlichen Rahmenbedingungen zwar Wettbewerb zulassen würden, den aber die Marktteilnehmer zu beschränken versuchen. Hier war das Jahr in erster Linie vom Entscheid

---

der Weko zum Vertriebskartell im Medikamentenhandel geprägt. Es wurden aber auch Untersuchungen zu anderen Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitsbereich geführt (Vertrieb von Tierarzneimitteln, Ärztetarife, Dentalhandel und -industrie).

### 1.1. Staatliche Regulierungen in den Gesundheitsmärkten

Im Jahr 2000 wurde einerseits das Krankenversicherungsgesetz (KVG) revidiert, dessen Änderungen teilweise im Januar 2001 in Kraft treten. Andererseits wurde das Heilmittelgesetz (HMG) im Parlament verabschiedet. Diese beiden Gesetze regeln das Inverkehrbringen und den Vertrieb von Medikamenten, wie auch das System der Entschädigungen für medizinische Leistungen.

#### 1.1.1. Vertrieb von Medikamenten

Eine grosse Neuerung im KVG wird ab 2001 den Wettbewerb im Vertrieb von Medikamenten massgebend beeinflussen. Es handelt sich um das neue **Apothekerabgeltungsmodell**. Dieses soll zwar zu einer Senkung der Medikamentenkosten beitragen, ist jedoch nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet. Die Wettbewerbsbehörden haben sich grundsätzlich gegen das Modell ausgesprochen, weil es den Bereich der administrierten Preise ausdehnt und die alte kartellistische Marktordnung mit fixen Margen de facto auf Gesetzesstufe schützt. Um einen wirksamen Wettbewerb im Vertrieb von Medikamenten zu garantieren, ohne jedoch die gesundheitspolitischen Interessen zu vernachlässigen, hätte man den freien Wettbewerb auf jeder Stufe des Vertriebs - von der Produktion bis zum Konsumenten - spielen lassen sollen. Allgemeiner gesagt, spricht sich die Weko für die Aufhebung des Inlandbeschaffungsprinzips aus, welches das Verhalten der Versicherer immer noch massgebend prägt. Im Gegensatz dazu sind staatliche Behörden bei der Beschaffung an die WTO-Grundsätze gebunden.

Im Vernehmlassungsverfahren ist es den Wettbewerbsbehörden gelungen, gewisse Bestimmungen vorzuschlagen, die ein Minimum an Wettbewerb garantieren. So wurde erreicht, dass die einfache Medikamentenverteilung keine Entschädigung auslöst. Eine Entschädigung gibt es nur, wenn ein Originalpräparat durch ein Generikum ersetzt wird. Schlussendlich werden die Konsumenten nicht verpflichtet sein, die Leistungen des Apothekers zu akzeptieren. Somit konnte verhindert werden, dass mit staatlichen Mitteln ein System errichtet wird, das auf privater Seite erst vor kurzem aufgelöst werden konnte (siehe nachstehend den Fall Sanphar).

Zudem haben die Wettbewerbsbehörden jene Bestimmungen im HMG unterstützt, welche mindestens **Parallelimporte von Medikamenten** zulassen sollen, die nicht mehr patentgeschützt sind. Das Parlament hat in der endgültigen Fassung des HMG - nach einer ausführlichen politischen Debatte - der Aufnahme einer Bestimmung über zulässige Parallelimporte zugestimmt.

---

Im Bereich des **Versandhandels mit Medikamenten** hat das Bundesgericht 1999, gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM), einen positiven Grundsatzentscheid in Richtung mehr Wettbewerb getroffen. Im Verlaufe des Jahres 2001 wird mit dem HMG der Versandhandel mit Medikamenten ermöglicht werden. Dieser Schritt bedeutet einen grossen Erfolg zu Gunsten des Wettbewerbs.

Schliesslich hat sich die Weko bei den Beratungen des HMG dafür stark gemacht, dass für rezeptpflichtige Medikamente **Werbung** betrieben werden kann. Die Weko ist mit diesem Anliegen nicht durchgedrungen. Die Kritiker haben im Wesentlichen auf die Gefahr einer erheblichen Ausweitung des Medikamentenkonsums hingewiesen. Dieses Argument sticht nach Ansicht der Weko nicht. Erstens besteht kein Grund für eine Ausweitung des Medikamentenkonsums, weil der Arzt über die Tauglichkeit eines rezeptpflichtigen Medikaments für die Patienten entscheidet. Die Erfahrungen bei nicht rezeptpflichtigen Medikamenten haben im Übrigen gezeigt, dass der Konsum nach Einführung der Werbemöglichkeit nicht zugenommen hat. Zweitens wird durch das Werbeverbot für rezeptpflichtige Medikamente eine Asymmetrie bei der Information an Patienten geschaffen und auf ein wichtiges Element zu Gunsten von mehr Wettbewerb verzichtet.

### 1.1.2. Medizinische Leistungen

Das bestehende schweizerische Gesundheitssystem ist nicht in der Lage, das Problem der Anreize der verschiedenen Marktteilnehmer so zu lösen, dass mit wirksamem Wettbewerb die Kostensteigerungen gebremst werden und gleichzeitig die Qualität der Leistungen erhalten bleibt.

Wegen der weiterhin bestehenden Vertragspflicht zwischen Versicherungen und **Leistungserbringern** (Ärzte, Spitäler) haben Letztere keine Anreize, sich zu konkurrenzieren. Die Erbringung von qualitativ höher stehenden Leistungen zu einem tieferen Preis kann nicht mit Vorzugsverträgen einzelner Leistungserbringer mit den Versicherungen belohnt werden. Die Weko wird sich weiterhin für die Aufhebung der Vertragspflicht einsetzen. Zudem fördert die Festlegung der Tarife für medizinische Leistungen durch die Kantone in keiner Weise eine Preissenkung bei den Leistungserbringern.

Im heutigen System des Risikoausgleichs, welches das Prinzip der Solidarität zwischen den verschiedenen Kategorien von Versicherten garantiert, bezahlen jene Krankenkassen, die ihre Kosten im Griff haben und die Prämien senken könnten, für die Misserfolge der anderen Versicherungen. Die Weko unterstützt zwar den Risikoausgleich, plädiert aber für eine Diskussion von Massnahmen, mit denen die Versicherungen belohnt werden können, welche ihre Leistungen gemäss den heutigen Anforderungen effizienter erbringen. Ohne eine solche Belohnung wird sich die Ineffizienz von gewissen Versicherungen weiterhin auf die Prämien der effizienten Versicherungen niederschlagen.

---

Die **Kantone** spielen im Bereich der medizinischen Leistungen eine Doppelrolle. Einerseits sind sie verantwortlich für die Festsetzung der Tarife für die Leistungen gemäss KVG und für die Spitalplanung. Andererseits sind sie direkt an der Entwicklung der Kantonsspitäler interessiert, die ihnen unterstehen. Eine solche Aufgabenteilung setzt wenig Anreize zur Eliminierung der Überkapazitäten im Spitalbereich. Sie schafft vielmehr eine staatliche - kantonale - Marktzutrittsschranke für Spitäler und fördert das Risiko einer bevorzugten Behandlung der öffentlichen Spitäler.

Die Wettbewerbsbehörden werden sich weiterhin für eine Deregulierung derjenigen Bereiche des Gesundheitsmarktes einsetzen, in denen ineffiziente oder überflüssige Regulierungen bestehen, um einen angemessenen Wettbewerb im Gesundheitsmarkt zu ermöglichen.

### 1.1.3. Vergütung von im Ausland bezogenen medizinischen Produkten

Die Weko hat eine Empfehlung an den Bundesrat betreffend den Kauf von medizinischen Produkten im Ausland gerichtet, damit die Versicherten von ausländischer Konkurrenz profitieren können. Die Empfehlung ist auf eine Anpassung der heutigen Gesetzgebung im Sozialversicherungsbereich gerichtet. Die Versicherungen sollen verpflichtet werden, die Kosten der im Ausland bezogenen medizinischen Produkte (inklusive Medikamente) zu vergüten, sofern sie im Ausland billiger sind als in der Schweiz. Diese Massnahme soll dazu beitragen, die hohen Medikamentenpreise in der Schweiz unter Druck zu setzen.

### 1.2. Privat verursachte Wettbewerbsbeschränkungen

Wo im Gesundheitsbereich Wettbewerb möglich wäre, versuchen die Marktteilnehmer, den Wettbewerb mittels kartellistischer Abreden zu beschränken.

Die Weko hat mit Verfügung vom 7. Juni 2000 die Margen- und Rabattordnung sowie die Grossistenbedingungen des Vereins **Sanphar** untersagt. Diese Ordnung regelte in kartellistischer Weise den **Vertrieb von Medikamenten** auf allen Stufen, von den Herstellern über Importeure, Grossisten, Apotheken und Drogerien bis zu den selbstdispensierenden Ärzten. Der Verein Sanphar hat sich am 21. Juni 2000 aufgelöst. Dies heisst aber nicht, dass damit alle Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt sind. Die Weko und ihr Sekretariat werden dafür sorgen, dass die Wirkungen dieses Kartells endgültig beseitigt werden.

Im Vertrieb von **Tierarzneimitteln** hat die Weko ebenfalls eine Untersuchung eröffnet. Diese soll aufzeigen, ob der Markt mittels kartellistischer Abreden zwischen den Herstellern und Tierärzten abgeschottet wird und die Apotheken in unzulässiger Weise vom Vertrieb solcher Medikamente ausgeschlossen werden.

---

Hinsichtlich der **Tarife** für Leistungen aus dem **Zusatzversicherungsbereich** und für Leistungen der **Privatärzte** führt die Weko zurzeit verschiedene Untersuchungen über Wettbewerbsabreden auf kantonaler Stufe (im Kanton Aargau im Zusatzversicherungsbereich, in den Kantonen Genf und Zürich in Bezug auf Privatärztetarife). Es handelt sich durchwegs um Fälle, in denen die Preisfestsetzungsmechanismen des KVG auf Bereiche übertragen worden sind, die eigentlich freien Wettbewerb und individuelle Vereinbarungen zulassen sollten. In diesen Bereichen, die grundsätzlich dem Wettbewerb ausgesetzt sind, findet man die Ineffizienzen des auf das KVG gestützten Regulierungssystems wieder.

Schliesslich hat die Weko zwei Untersuchungen zum **Dentalhandel** durchgeführt. In einer der beiden Untersuchungen wurde die marktbeherrschende Intensiv SA verpflichtet, andere Händler mit ihren Dentalprodukten ebenfalls zu beliefern.

Die Wettbewerbsbehörden werden die Entwicklungen in allen Bereichen des Gesundheitswesens, die liberalisiert worden sind und in denen wirksamer Wettbewerb möglich ist, aufmerksam weiter verfolgen.

## 2. Elektrizitätsmarkt

Im Vorfeld des **Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG)** und angesichts der laufenden Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte in der EU haben die Unternehmen der schweizerischen Elektrizitätsbranche begonnen, sich neu zu positionieren. Durch diese Umwälzungen sind die Weko und ihr Sekretariat stark gefordert.

### 2.1. Aktivitäten im Jahr 2000

Im vergangenen Jahr war das Sekretariat betreffend Elektrizität vor allem in zwei Gebieten tätig: Beurteilung von Verweigerung der Stromdurchleitung und Mitarbeit bei der Vorbereitung der EMG-Einführung.

Die Weko hat im Jahr 2000 Untersuchungen gegen die Freiburger Elektrizitätswerke (FEW), die Elektra Baselland Liestal (EBL) und die Service intercommunal d'électricité (SIE) wegen **Verweigerung der Stromdurchleitung** eröffnet. Alle drei Untersuchungen beruhen auf einer Klage des Migros-Genossenschafts-Bundes und der Watt Suisse, welche einen Vertrag zur Versorgung von 26 Migros-Betriebsstätten abgeschlossen haben.

Die Untersuchungen sollen klären, ob die Durchleitungsverweigerung ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt. Im Rahmen der Vorabklärungen ist das Sekretariat dabei ausführlich der Frage nachgegangen, ob Vorschriften vorliegen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG). Es konnte jedoch in keinem der Fälle entsprechende Bestimmungen finden.

---

Daneben eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen das Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau (EKT). Eingestellt werden konnte hingegen die Untersuchung gegen die BKW Energie AG. Als Folge der Untersuchung der Weko machte die BKW erhebliche Preiszugeständnisse, worauf die klagende Swissmetall auf die Versorgung durch einen Konkurrenten verzichtete. Das Verfahren wegen verweigerter Durchleitung war dadurch gegenstandslos geworden.

Das Sekretariat nahm in die vom Bundesamt für Energie (BFE) ins Leben gerufene Arbeitsgruppe Einsitz, welche das BFE bei der **Umsetzung des EMG** berät. In diesem Rahmen sprach es sich für eine diskriminierungsfreie Durchleitungsvergütung aus, um bei der Stromversorgung möglichst intensiven Wettbewerb zu schaffen. Des Weiteren machte es sich in der Arbeitsgruppe für eine Regulierungsmethode stark, welche die Netzbetreiber zu Kostensenkungen anspornt. Das Sekretariat verfolgte damit jene Linie weiter, für welche sich die Weko bereits in der Vernehmlassung des EMG ausgesprochen hatte.

## 2.2. Künftige Aufgaben

Durch die fortschreitende Liberalisierung werden die Aufgaben für und die Anforderungen an die Weko und das Sekretariat im Bereich Elektrizität weiter zunehmen. Es ist jedoch ein Wandel der Aufgabenverteilung zu erwarten.

Zum einen sieht das EMG die Schaffung einer Schiedskommission vor. Diese hat die Durchleitungspflicht und die Durchleitungsvergütung zu beurteilen. In diesem Bereich werden die Aufgaben, die bisher von der Weko wahrgenommen wurden, an die neu geschaffene Schiedskommission delegiert werden können.

Zum anderen werden die Aufgaben der Weko in anderen Bereichen stark ansteigen:

**Fusionskontrolle:** In der Schweiz bestehen zurzeit über 1'000 Elektrizitätswerke. Als Folge des einsetzenden Wettbewerbsdrucks wird in den nächsten Jahren ein **Konzentrationsprozess** erwartet, welcher zu Werken mit effizienteren Unternehmensgrösse führen wird. Die Aufgabe der Weko und des Sekretariates wird darin bestehen, den Prozess derart zu begleiten, dass effiziente Strukturbereinigungen nicht behindert, Konzentrationen aber, welche den Wettbewerb beseitigen würden, unterbunden werden.

**Absprachen:** Es besteht die Möglichkeit, dass Elektrizitätsunternehmen den steigenden Wettbewerbsdruck abzuschwächen versuchen, indem sie untereinander Abreden treffen. Hier wird es ebenfalls an Weko und Sekretariat sein, effiziente Kooperationen von wettbewerbsbehindernden Absprachen abzugrenzen.

**Missbrauch von Marktbeherrschung:** Elektrizitätswerke stellen üblicherweise natürliche Monopole dar. Die meisten Netzbetreiber sind

---

zudem in vor- und/oder nachgelagerten Märkten tätig, in welchen Wettbewerb herrschen könnte. Diese Konstellation birgt zusätzliches Missbrauchspotenzial, da die betreffenden Unternehmen versucht sein können, durch ihre Monopolstellung im Netzbereich den Wettbewerb in anderen Märkten zu behindern. Dabei beschränkt sich der mögliche Missbrauch nicht ausschliesslich auf die Bereiche Durchleitungspflicht und -vergütung, auf welche die Aufgaben der Schiedskommission begrenzt sind. Die Weko und auch die Preisüberwachung werden deshalb gefordert sein, Missbrauch in Gebieten Einhalt zu gebieten, welche ausserhalb der Reichweite der Schiedskommission liegen.

Zu erwähnen sind überhöhte Gebühren beim Wechsel eines Stromkunden zur Konkurrenz, wie sie in Deutschland zu beobachten sind. Diese Gebühren stellen keine Durchleitungsvergütung dar und entziehen sich daher der Kontrolle der Schiedskommission. Ebenfalls als problematisch kann sich die Weigerung eines Netzbetreibers, der auch als Stromverkäufer tätig ist, entpuppen, Verträge zwecks Durchleitung von Drittstrom statt mit Endverbrauchern mit dem Stromlieferanten abzuschliessen. Dadurch erleidet der Lieferant von Drittstrom möglicherweise einen Wettbewerbsnachteil, da seine Kunden mit zweifacher Rechnungsstellung (Stromlieferung und -durchleitung) belastet werden.

## **E Organisation und Statistik**

### **1. Weko und Sekretariat**

Die **Weko** hat sich im Jahr 2000 zu 14 Plenarsitzungen zusammgefunden. Die Zusammensetzung der Weko blieb im Jahr 2000 unverändert.

Im **Sekretariat** hat sich die Verknappung auf dem Arbeitsmarkt in einer überdurchschnittlich hohen Fluktuationsrate ausgewirkt. Obwohl das Arbeitsklima als sehr gut bezeichnet wird und ein strukturiertes Personalentwicklungskonzept besteht, waren im Jahr 2000 (wie bereits in 1999) viele Abgänge zu verzeichnen. Der Grund liegt offenbar darin, dass Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen mit mehrjähriger Berufserfahrung auf dem Arbeitsmarkt sehr gesucht sind. Dies zeigt sich in entsprechend attraktiven Angeboten an die Abgänger. Die Weko hat das Problem erkannt und wird im laufenden Jahr entsprechende Massnahmen zur Eindämmung der hohen Fluktuation treffen.

Markus Saurer, Vizedirektor und Leiter des Dienstes Produktemärkte, hat das Sekretariat Ende 2000 verlassen. An seine Stelle hat der Bundesrat Dr. iur. Patrick Krauskopf zum neuen Vizedirektor gewählt. Er hat die Leitung des Dienstes Produktemärkte am 1. Januar 2001 angetreten.

Ende des Jahres beschäftigte das Sekretariat 47 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Voll- und Teilzeit).

---

## 2. Statistik

### a) Vorabklärungen und Untersuchungen

<b>Untersuchungen</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Während des Jahres geführt	<b>28</b>	23	+5
Übernahmen vom Vorjahr	<b>16</b>	12	+4
Eröffnungen	<b>12</b>	11	+1
Endentscheide	<b>11</b>	8	+3
davon einvernehmliche Regelungen	<b>2</b>	0	+2
davon behördliche Anordnungen	<b>5</b>	4	+1
Vorsorgliche Massnahmen	<b>0</b>	2	-2
Sanktionen	<b>0</b>	2	-2
<b>Vorabklärungen</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Während des Jahres geführt	<b>36</b>	39	-3
Übernahmen vom Vorjahr	<b>16</b>	17	-1
Eröffnungen	<b>20</b>	22	-2
Abschlüsse	<b>20</b>	24	-4
davon mit Untersuchungseröffnung	<b>9</b>	10	-1

### b) Unternehmenszusammenschlüsse

<b>Zusammenschlüsse</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Meldungen	<b>54</b>	33	+21
Kein Einwand nach Vorprüfung	<b>52</b>	31	+21
Prüfungen	<b>1</b>	0	+1
Entscheide der Weko	<b>1</b>	0	+1
Vorzeitiger Vollzug	<b>0</b>	0	0
Sanktionen	<b>2</b>	1	+1

### c) Andere Aktivitäten

<b>Tätigkeiten</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
<b>Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen</b>			
Gutachten (Art. 15 KG)	<b>1</b>	4	-3

Empfehlungen (Art. 45 KG)	<b>3</b>	3	0
Stellungnahmen (Art. 46 KG)	<b>64</b>	24	+40
Gutachten (Art. 47 KG)	<b>1</b>	1	0
Stellungnahmen zu Konzessions- gesuchen RTVG	<b>22</b>	14	+8
Gutachten (Art. 11 FMG)	<b>3</b>	1	+2
<b>BGBM</b>			
Empfehlungen (Art. 8 BGBM)	<b>2</b>	1	+1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	<b>0</b>	0	0
Gutachten (Art. 10 II BGBM)	<b>0</b>	0	0
Erläuterungen (Sekretariat)	<b>2</b>	2	0
<b>Verschiedenes</b>			
Nachkontrollen	<b>0</b>	5	-5
Feststellungsverfügungen	<b>1</b>	2	-1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	<b>0</b>	0	0

### 3. Untersuchungen 2000

Unter- suchung	Untersuchung eröffnet wegen Anhalts- punkten für:	Eröffnung	Ge- schlossen	Resultat
Volkswagen	Unzulässige Wettbewerbsab- reden; Vertrieb von Fahrzeugen der Marke Volkswagen	06.10.1997	08.05.2000	Verfahren eingestellt wegen ver- änderter Marktsitua- tion
Detailhandel	Einkaufsabspra- chen im Detail- handel	03.11.1997	08.06.2000	Verfahren eingestellt, weil keine Anhalts- punkte für unzulässige Wettbe- werbsab- reden

Sanphar	Margenordnung beim Arzneimittelvertrieb	20.04.1998	07.06.2000	Unzulässige Preisabreden festgestellt*
Citroën	Unzulässige Wettbewerbsabreden; Vertrieb von Fahrzeugen der Marke Citroën	02.11.1998	hängig	
Preiseempfehlung für Getränke im Gastgewerbe	Kartellgesetzwidrige Wettbewerbsabreden	18.05.1999	07.02.2000	Einvernehmliche Regelung; Verzicht auf Preiseempfehlungen
Vitamine: Roche	Vitaminkartell	21.06.1999	17.04.2000	Unzulässige Preisabreden festgestellt
Teleclub/ Cablecom	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	21.06.1999	hängig	
Tessiner Zeitungen	Preisabsprachen bei Abonnementspreisen	12.07.1999	07.02.2000	Einvernehmliche Regelung; Verzicht auf Preisabreden
BKW FMB Energie AG	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	13.07.1999	07.02.2000	Verfahren eingestellt, weil BKW Verhalten angepasst hat*
Fahrlehrer	Preiseempfehlungen für die Fahrstunden: Preisabreden	13.07.1999	08.05.2000	Unzulässige Preisabreden festgestellt*

\* Ein Rekurs ist hängig

Strassenbe- läge Nord- ostschweiz	Unzulässige Preis-, Mengen- und Gebietsab- reden	20.07.1999	04.12.2000	Unzulässi- ge Preis-, Mengen- und Ge- bietsabre- den festge- stellt
SUMRA	Marktordnung im Uhrenbereich: Unzulässige Wettbewerbsab- reden	23.08.1999	hängig	
Kreditkarten	Missbrauch Marktbeherr- schender Stel- lung: Gleichbe- handlung Kre- ditkarten-/Bar- zahlung	10.09.1999	hängig	
Kaladent SA	Missbrauch marktbeherr- schender Stel- lung in Vertrieb von Zahnärzte- Verbrauchspro- dukten	23.09.1999	18.12.2000	Verfahren eingestellt, weil marktbe- herrschende Stellung erodierte
Intensiv SA	Missbrauch Marktbeherr- schender Stel- lung in der Her- stellung von Dentalprodukten	23.09.1999	18.12.2000	Unzulässi- ge Verhal- tensweise eines marktbe- herrschenden Unter- nehmens
JC Decaux/ Affichage	Unzulässige Wettbewerbsab- reden	07.10.1999	hängig	
Genfer Ab- dichtungs- und Asphal- tierungskar- tell	Unzulässige Preisabreden	17.01.2000	hängig	

Berner Submissionskartell	Unzulässige Preisabreden	17.01.2000	hängig	
SBB	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Schienengüterverkehr	23.02.2000	hängig	
Ärzte Kanton Zürich	Unzulässige Preisabreden (Privatärztetariife)	03.05.2000	hängig	
Benzinmarkt	Unzulässige Preisabreden, evtl. unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	03.05.2000	hängig	
Zusatzversicherungen Kanton Aargau	Unzulässige Preisabreden zwischen Krankenkassen	15.05.2000	hängig	
Mobilfunkmarkt	Unzulässiges kollusives Verhalten	15.05.2000	hängig	
Vertrieb von Tierarzneimitteln	Unzulässige exklusive Vertriebsabreden	25.05.2000	hängig	
Freiburger Elektrizitätswerke	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	14.06.2000	hängig	
Elektra Baselland	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	hängig	
Service intercommunal d'électricité de Renens	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	07.09.2000	hängig	

Feldschlösschen/Coca Cola	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Getränkevertrieb	20.11.2000	hängig	
---------------------------	-------------------------------------------------------------	------------	--------	--

A 1

## 2. Rapport annuel 2000 de la Commission de la concurrence

### A Introduction

Dans le domaine des **restrictions privées à la concurrence**, la pratique de la Commission de la concurrence (Comco) a montré que les cartels rigides sont économiquement nuisibles. La lutte contre les **accords** sur les prix, les quantités et la répartition territoriale entre concurrents directs est devenue ainsi la première priorité à long terme. En 2000, la Comco a clos six enquêtes portant sur des accords de prix et en a ouvert sept autres. Une grande priorité est également accordée à la lutte contre les **abus de positions dominantes**. Dans ce domaine, trois enquêtes ont été closes et cinq autres ouvertes. Le **contrôle des concentrations** d'entreprises, avec cinquante-quatre notifications, a occasionné un travail non négligeable. Cependant, il n'y a pas eu de décision spectaculaire à ce sujet.

La Comco et son secrétariat ont également pour mission d'analyser les réglementations sous l'angle de la politique de la concurrence. Cette tâche ne consiste pas à remettre en question les conditions-cadres fixées par le législateur dans l'intérêt public. Au contraire, les autorités de la concurrence veillent à ce que des prescriptions de droit économique ne soient pas utilisées dans le but de restreindre la concurrence de manière excessive.

C'est dans ce cadre précis que la Comco et son secrétariat ont porté leur attention sur les réglementations étatiques, en particulier sur le marché de la santé et celui de l'électricité (voir ci-après le chapitre D). Ces deux marchés sont soumis, en effet, à d'importantes réglementations étatiques.

Les **réglementations étatiques** ne sont pas toujours contraires à la concurrence. Elles peuvent être nécessaires dans certaines situations, par exemple lorsqu'il s'agit de réglementer les prix du transport de l'électricité. Les réseaux électriques sont en principe des monopoles naturels dans lesquels une réglementation étatique peut combler le manque de concurrence et garantir aux consommateurs des prix équitables.

Les réglementations étatiques sont également utiles lorsqu'il est question, par exemple, de sécurité des médicaments, afin d'éviter une utilisation abusive de ces derniers ou lorsqu'il s'agit de la propagation de nouvelles technologies. Par exemple, l'électricité n'aurait jamais réussi à s'imposer en Suisse aussi rapidement et durablement à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle si elle n'avait pas été encouragée et réglementée par l'Etat.

Les réglementations étatiques peuvent devenir superflues au fil du temps ou nécessiter une adaptation. Tel est le cas dans le domaine de l'électricité. La production et la vente de l'électricité seront libéralisées; seuls resteront réglementés le transport et la distribution. Dans le domaine de la santé, il reste beaucoup de travail. D'un côté, on espère que la nouvelle loi sur l'assurance maladie de 1995 (LAMal) va accroître la concurrence, et d'un autre côté, de nouvelles réglementations, telles que le modèle de rémunération des pharmaciens, restreignent la concurrence.

## **B Bilan intermédiaire des activités**

En vue des travaux concernant la révision de la loi sur les cartels, le département a fait établir un avis sur les problèmes procéduraux ainsi qu'une expertise sur les compétences économiques des autorités de la concurrence.

L'avis sur les questions procédurales a été fait par le Professeur Yvo HANGARTNER, Em. Ordinarius de droit public à l'Université de St. Gall (cf. DPC 2000/3, p. 532 ss.). Il a utilisé comme base de travail l'ensemble des décisions de la Comco ainsi que celles de la Commission de recours pour des questions de concurrence (Reko). Il a tiré les conclusions suivantes sur les raisons pour lesquelles la Reko avait admis jusqu'ici un nombre relativement élevé de recours:

(i) Il règne une confusion entre les dispositions procédurales de la loi sur les cartels et celles de la loi fédérale sur la procédure administrative qui devait être clarifiées, ce qui est cependant un processus normal. (ii) Les lacunes initiales concernant le droit d'être entendu, le droit de consulter le dossier ainsi que l'établissement de l'état de faits et la motivation des décisions ont été comblées entre-temps. (iii) La Reko pose des exigences relativement sévères en ce qui concerne l'observation des dispositions procédurales, celles-ci ne peuvent cependant pas être concrétisées au moyen de décisions.

La Comco et son secrétariat ont pris note des critiques provenant de la Reko et ont éliminé les lacunes sur le plan procédural. Ces adaptations portent leurs fruits. Dans les dernières décisions, il n'y a plus eu d'allégations concernant les vices de procédure, les différends portant sur l'application matérielle du droit. Depuis la suppression des lacunes sur le plan procédural, la Reko a rejeté les recours contre les trois dernières décisions de l'an 2000 et a confirmé les décisions de la

---

Comco. Dans le domaine de l'application matérielle du droit, la Reko donne à la Comco un pouvoir d'appréciation et de jugement considérable.

L'avis sur la compétence économique des autorités de la concurrence a été rédigé par le professeur C. Christian VON WEIZSÄCKER, Université de Cologne, ancien Président de la Commission des monopoles (cf. DPC 2000/3, p. 510 ss.). Il s'agissait de clarifier si l'analyse économique et empirique des enquêtes de droit de la concurrence correspondait aux standards internationaux.

L'auteur de l'avis a étudié l'ensemble des décisions et recommandations de la Comco. Son analyse l'a amené aux conclusions suivantes: (i) la compétence économique des collaborateurs scientifiques du secrétariat de la Comco est bonne. (ii) L'engagement et la qualité de travail en comparaison internationale se tiennent et ressortent même positivement par rapport à la qualité de travail de la Commission européenne. (iii) Le niveau de formation et la formation complémentaire des économistes du secrétariat correspondent aux standards internationaux. (iv) Le danger de l'émigration des meilleurs collaboratrices et collaborateurs vers l'économie privée, étant donné la croissance rapide dans la branche du consulting économique, peut s'avérer problématique.

Le bilan du Professeur C. C. VON WEIZSÄCKER n'est en aucun cas une invitation à se reposer sur ses lauriers. Au contraire, les autorités de la concurrence essaient plutôt d'améliorer et de renforcer continuellement la compétence économique. Ainsi, une place d'économètre a été mise au concours à la fin de l'année 2000. Cette mesure est destinée à poursuivre l'amélioration des méthodes d'analyse quantitative, et par là, des motivations des décisions. De même, les autorités de la concurrence ont instauré des mesures contre le danger de l'émigration du personnel du secrétariat (cf. E.1).

Le bilan intermédiaire positif sur le travail des autorités de la concurrence a aussi été reconnu internationalement. La "Law Business Research Ltd." à Londres a procédé en 1999 à une étude internationale dans laquelle elle comparait les diverses autorités nationales de la concurrence. A partir d'informations venant de praticiens (avocats, entreprises, scientifiques etc.), elle a établi une classification des autorités de la concurrence. L'étude a été publiée sous le titre "Rating the Regulators" (<http://www.global-competition.com/rating/rating.htm>).

L'étude portait sur l'analyse des différentes autorités en s'appuyant sur des critères tels que le traitement des contrôles des fusions, l'appréhension des cartels et des positions dominantes, la procédure, l'indépendance etc. L'appréciation maximale correspondait à cinq étoiles. Le Bundeskartellamt allemand a reçu la meilleure note. La Suisse (tout comme la US Antitrust Division du Department of Justice)

---

a obtenu quatre étoiles. Avec ce résultat, la Suisse a précédé la Commission européenne de la concurrence (trois étoiles) ou l'Office of Fair Trading anglais (deux étoiles).

## **C Activités par domaine**

### **1. Industrie et production**

Dans le service "Industrie et production", les marchés de la **construction** ont occupé une place centrale durant l'année 2000. La Comco a déclaré illicite l'accord de distribution exclusive entre plusieurs sociétés d'asphaltage de la Suisse orientale et du Sud de l'Allemagne. L'accord en question, conclu par des concurrents directs, réglait les prix et les quantités livrées. En janvier 2000, le secrétariat a ouvert une enquête au sujet d'accords éventuels sur les offres concernant l'assainissement de la Bibliothèque nationale suisse. A la suite de l'enquête, la procédure de mise au concours a été interrompue. Dans le cadre d'une nouvelle mise au concours, le mandat a été confié à une entreprise externe à l'éventuel accord. C'est aussi en janvier 2000 que le secrétariat a ouvert une enquête contre huit entreprises de construction genevoises pour cause d'un accord éventuel sur les prix des travaux d'étanchéité et d'asphaltage. Enfin, dans le cadre d'une enquête préalable, le secrétariat a examiné le Règlement de concurrence de la Société suisse des Entrepreneurs (SSE). Ce règlement oblige les membres de l'association à annoncer les offres qu'ils comptent faire lors de mises au concours. Cela pourrait permettre aux entreprises concernées de se rencontrer et de "coordonner" leurs offres.

Dans le domaine de **l'agriculture**, ce sont, avant tout, les organisations professionnelles qui font l'objet des investigations du secrétariat. Ainsi, une enquête préalable a été ouverte en juillet contre les interprofessions du fromage. En créant, par exemple, des labels unifiés ou en concentrant les actions publicitaires, les organisations professionnelles peuvent contribuer à une utilisation plus efficace des ressources et représenter un contrepoids face au commerce de détail. Cependant, elles risquent également de favoriser des comportements anticoncurrentiels et restreindre ainsi la concurrence. Par ailleurs, des procédures ont été menées sur les marchés situés en amont et en aval de la production fromagère. Dans le domaine de l'agriculture en général, la Comco a de nouveau eu l'occasion de prendre position sur divers projets d'ordonnances et s'est prononcée en faveur d'une libéralisation plus poussée.

En avril, la Comco a terminé son enquête sur le **cartel des vitamines**, auquel ont participé les entreprises Hoffmann-La Roche, BASF et Rhône-Poulenc. Ce cartel, après avoir été découvert par les autorités américaines de la concurrence, a fait l'objet d'un écho mondial. La Comco a constaté qu'il déployait des effets négatifs également en Suisse. Cependant, l'impossibilité de le sanctionner de manière directe

---

a déclenché, déjà en 1999, un vaste débat public qui a débouché sur l'actuelle révision de la loi sur les cartels.

Sur le marché de **l'essence**, le secrétariat a ouvert une enquête contre les sociétés productrices de carburant pour cause d'éventuels accords sur les prix. Par contre, sur le marché des **automobiles**, l'enquête menée contre Volkswagen a été suspendue parce que les différences de prix entre la Suisse et les pays étrangers ont constamment diminué, ce qui a affaibli fortement l'attractivité des importations parallèles. L'enquête devait clarifier si le constructeur empêchait les clients suisses d'acheter des voitures à l'étranger. La Comco a toutefois abouti à la conclusion qu'un accord en matière de concurrence prévoyant l'interdiction de ventes passives en Suisse affectait de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart. Dans un cas similaire, une autre enquête est menée contre Citroën.

## 2. Services

En plus d'une activité dans le marché de la santé, la Comco et son secrétariat se sont penchés sur différents problèmes de concurrence dans les marchés des professions libérales, des banques et des assurances.

Les **professions libérales** sont marquées par deux principaux types de freins à la concurrence. Premièrement, elles ne connaissent que peu ou pas du tout la **publicité**, qui favorise la concurrence. Dans certaines professions, par exemple chez les médecins, la publicité est souvent interdite par des lois cantonales; dans d'autres, elle est en principe permise, mais déconseillée par les associations professionnelles. Les autorités de la concurrence examinent les marchés concernés dans chaque canton en vue d'intervenir conformément au droit cartellaire dans la mesure où elles constatent des restrictions à la concurrence. Elles le feront soit par voie de recommandations, si la publicité est interdite par des lois, soit par voie d'enquêtes, dans les cas de restrictions privées. Suite aux recommandations de la Comco, le canton de Vaud vient de présenter au Grand Conseil un projet de loi visant à libéraliser la publicité des professionnels de la santé grâce à sa nouvelle loi sur la santé publique. Des recommandations analogues ont également été adressées au canton de Fribourg. Deuxièmement, les professions libérales connaissent souvent des **tarifs** émis par les associations professionnelles. Qu'il s'agisse de tarifs conseillés ou contraignants, ils peuvent provoquer de graves entraves à la concurrence. C'est ainsi que la Comco a interdit, par décision du 8 mai 2000, les tarifs des moniteurs d'auto-écoles fribourgeois. Elle a ensuite invité les associations des moniteurs d'auto-écoles des autres cantons à adapter leur comportement en conséquence. Ainsi, une décision portant sur un seul canton peut avoir un effet disciplinant sur d'autres cantons et servir de leçon à d'autres corps de métiers.

---

Sur les marchés des **services financiers**, les activités de la Comco ont été marquées par plusieurs opérations de concentration dans le domaine bancaire, de même que par le suivi et le contrôle des charges imposées à l'UBS lors de sa fusion. Par ailleurs, les autorités de la concurrence ont poursuivi une enquête sur les clauses de non-discrimination liées aux paiements par cartes de crédit. Enfin, une enquête préalable a été ouverte dans le domaine des **assurances** en responsabilité civile pour les véhicules à moteur.

### 3. Infrastructure

En plus d'une intense activité dans le domaine de l'électricité (voir plus loin sous D.2), le service "Infrastructure" a clos en début d'année deux enquêtes portant sur des accords horizontaux sur les prix en concluant des accords à l'amiable. Il s'agit d'une part des trois **quotidiens tessinois**, qui se sont engagés à renoncer dorénavant à toute entente lors de la fixation des prix des abonnements et des prix de vente aux kiosques et d'autre part, des **associations romandes de cafetiers**, qui se sont engagées à renoncer dorénavant à toute recommandation de prix aux restaurants.

Dans le domaine des **télécommunications**, deux procédures occupent une place centrale. L'enquête sur la téléphonie mobile devrait montrer si les trois opérateurs actifs sur le marché suisse jouissent

d'une position dominante collective et si cette position dominante a entraîné un comportement collusif empêchant les prix d'évoluer à la baisse, comme on aurait pu s'y attendre dans une situation de concurrence efficace. En outre, le secrétariat mène une enquête préalable sur les offres de Swisscom en matière d'ASDL. Cette nouvelle technique de trafic des données a été introduite en automne 2000. Il s'agit de déterminer si Swisscom a adopté un comportement discriminatoire vis-à-vis de tous les intéressés lors de l'introduction de cette nouvelle technologie.

Dans le domaine des **médias**, un grand nombre de concentrations d'entreprises - quatorze en tout - a été notifié au secrétariat. A part la concentration des médias dans l'Oberland bernois (Berner Oberland Medien AG; BOM), toutes les opérations de concentration ont obtenu le feu vert à la suite d'un examen préliminaire. Dans le cas de BOM, la Comco a jugé finalement positive la concentration régionale de la presse, étant donné que l'édition d'un journal complet implique un tirage relativement élevé et que la forte pression venant des marchés des annonces déploie un effet disciplinatoire sur les marchés des lecteurs fortement concentrés. La Comco a aussi recommandé au Conseil fédéral de supprimer la réglementation sur les réductions des prix du transport de journaux par la Poste, qui entraîne une distorsion de la concurrence, et de la rendre neutre du point de vue de la

---

concurrence. En effet, avec la réglementation actuelle, un éditeur ne peut profiter des réductions que s'il confie à la Poste le transport de la totalité ou d'une partie déterminée de son tirage. S'il organise lui-même l'acheminement (p.ex. les livraisons matinales), il perd le droit à la réduction. Ainsi, l'éditeur n'est pas libre pour organiser la livraison des journaux, ce qui désavantage les sociétés privées de livraison par rapport à la Poste.

Enfin, le secrétariat a observé le marché du **tourisme** et de **l'hôtellerie** à l'aide d'un sondage auprès de divers acteurs sur ce marché. Il a conclu à aucun indice de restriction à la concurrence dans la branche. Une intervention des autorités de la concurrence n'est donc pas nécessaire.

#### **4. Loi sur le marché intérieur**

La loi sur le marché intérieur (LMI) a fait l'objet d'un rapport de la Commission de gestion du Conseil national. Dans ce rapport, elle constate que la LMI n'a pas déployé tout l'effet souhaité par le législateur et qu'il subsiste encore d'importantes barrières aux échanges intercantonaux et à la réalisation d'un marché intérieur suisse. Cela provient, entre autres, de l'interprétation "fédéraliste" de la LMI par le Tribunal fédéral et du fait que la Comco ne peut faire que des recommandations non contraignantes dans l'application de cette loi. Suite à ce rapport, le Conseil fédéral se propose d'étudier certaines mesures à même de renforcer l'application de la LMI.

Dans ce même rapport, la Commission de gestion du Conseil national passe en revue différents marchés dans lesquels il existe des barrières au commerce entre les cantons (avocats, taxis, opticiens, installateurs sanitaires etc.). La Comco entend mener prochainement une étude approfondie sur l'effet de la LMI dans l'un de ces marchés.

Par ailleurs, la Comco a émis en avril 2000 des recommandations selon l'article 8 LMI à l'attention des directeurs cantonaux des travaux publics visant à adapter l'accord intercantonal sur les marchés publics aux accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne. Relevons notamment que l'harmonisation des valeurs seuils devrait contribuer à une plus grande ouverture des marchés cantonaux et communaux lors de l'adjudication de travaux publics. Dans ce domaine, la Comco a recommandé de prendre des mesures afin de disposer des données nécessaires à une détermination adéquate des valeurs seuils.

#### **5. Relations internationales**

En plus de leurs contacts réguliers avec les autorités européennes et américaines de la concurrence, la Comco et son secrétariat se sont appliqués à intensifier leurs relations avec les autorités de la concurrence des pays européens voisins. Des rapports suivis, entretenus notamment avec leurs homologues français, italiens, britanniques et

---

allemands ont permis aux autorités suisses de la concurrence de profiter d'échanges fructueux.

Dans le cadre des priorités qui ont marqué l'an 2000, la Comco et son secrétariat ont également assisté à une présentation des autorités de la concurrence de l'Union européenne sur les méthodes d'investigation et d'application du droit de la concurrence dans le domaine de la lutte contre les cartels rigides. Ces échanges ont confirmé la conviction de la Comco que seule une législation dotée de sanctions directes serait à même de lutter efficacement contre des cartels rigides.

Enfin, les autorités suisses de la concurrence ont participé activement aux travaux de différentes organisations internationales, en particulier aux discussions du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE et du groupe de travail de l'OMC "commerce et concurrence", aux examens de la politique commerciale suisse de l'OMC, ainsi qu'aux travaux sur la concurrence du FMI de la banque mondiale et de la CNUCED.

## 6. Perspectives

En 2001, la Comco terminera dans la mesure du possible toutes les enquêtes en cours (voir E.3). La priorité est clairement fixée sur les enquêtes concernant des accords horizontaux entre concurrents directs et les abus de positions dominantes. Par ailleurs, une importante partie des ressources sera absorbée dans les procédures concernant les libéralisations en cours.

L'agenda de l'année 2001 est également marqué par la **révision partielle de la loi sur les cartels**. Dans le cadre de la procédure de consultation, la Comco s'est clairement exprimée en faveur de l'introduction de sanctions directes pour les accords horizontaux entre concurrents directs portant sur les prix, les quantités et la répartition territoriale, de même que dans les cas d'abus de positions dominantes. Elle est également d'avis que les seuils particulièrement bas prévus spécialement pour la notification des concentrations dans le domaine des médias peuvent être supprimés. Ces seuils, très bas, n'ont jusqu'ici aucunement influencé la concentration des médias, jugée en règle générale positive du point de vue de la Comco. Au contraire, ils ont occasionné, aussi bien pour le secrétariat que pour les entreprises concernées, un travail non négligeable. Les grosses fusions dans le domaine des médias tomberont de toute façon dans le champ d'application de la LCart avec les seuils habituels. Il n'est dès lors pas nécessaire de notifier à la Comco les concentrations locales et régionales.

---

## **D Activités principales de l'année 2000**

### **1. Marché de la santé**

Différentes réglementations étatiques interviennent dans le jeu de la concurrence du marché de la santé. Il est particulièrement délicat de trouver les mesures appropriées pour servir les intérêts politiques liés à la santé publique, tout en créant des conditions cadres qui ne faussent pas la concurrence. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence apportent leur soutien dans le cadre de procédures de consultation et proposent des dispositions légales propres à préserver dans la mesure du possible la concurrence efficace. Par ailleurs, la Comco s'est penchée durant l'année 2000 sur divers domaines de la santé dans lesquels le cadre législatif permet une certaine concurrence, mais les acteurs du marché tentent de la restreindre. A ce sujet, l'année a été marquée en premier lieu par la clôture de l'enquête sur le cartel dans la distribution des médicaments, mais aussi par d'autres procédures portant sur diverses restrictions à la concurrence (distribution de médicaments vétérinaires, tarifs médicaux, fournitures dentaires).

#### **1.1. Réglementations étatiques dans les marchés de la santé**

L'année 2000 a connu d'une part la révision de la loi sur l'assurance maladie (LAMal), dont une partie entrera en vigueur en janvier 2001, et d'autre part, l'adoption de la loi sur les produits thérapeutiques (LPT). Ces deux lois règlent la mise en vente sur le marché et la distribution de médicaments, de même que le système de rémunération des prestations médicales.

##### **1.1.1. Distribution des médicaments**

La grande nouveauté introduite dans la LAMal influencera, dès 2001, la concurrence dans la distribution de médicaments. Il s'agit de **la rémunération des prestations des pharmaciens**, mesure qui vise à endiguer les coûts des médicaments, mais ne parvient pas à rester neutre du point de vue de la concurrence. Les autorités de la concurrence étaient en principe opposées à un tel système, qui élargit le domaine des prix administrés et risque d'étatiser de facto l'ancien système cartellaire de réglementation privée des marges. Pour garantir une concurrence efficace dans la distribution, sans pour autant nuire aux intérêts publics liés à la santé, il aurait en effet été préférable de laisser jouer la concurrence à tous les autres échelons de la distribution jusqu'au consommateur. Plus généralement, la Comco est pour l'abolition du principe des achats limités au territoire suisse, principe appliqué par les assureurs, à la différence des autorités étatiques qui sont liées par les règles de l'OMC.

Dans le cadre des procédures de consultation, les autorités de la concurrence ont réussi à proposer certaines conditions garantissant un minimum de concurrence. Ainsi, la simple distribution de médicaments ne fera pas l'objet d'une rémunération; celle-ci n'aura lieu que

---

lorsqu'une préparation originale est substituée par un produit générique; enfin, le patient n'aura aucune obligation d'accepter les prestations des pharmaciens. De cette manière, on évite d'instituer au niveau étatique un système qui vient d'être démantelé au niveau privé (voir la décision Sanphar, ci-dessous).

Par ailleurs, les autorités de la concurrence ont soutenu les dispositions du projet de la LPT visant à autoriser les **importations parallèles** de médicaments, au moins pour ceux qui ne sont plus protégés par un brevet. Après un débat politique ardu, le Parlement a approuvé l'introduction des importations parallèles dans la version définitive de la LPT.

Dans le domaine de la **vente de médicaments par correspondance**, le Tribunal fédéral, se fondant sur la loi sur le marché intérieur (LMI), a rendu en 1999 un arrêt qui représente un premier pas important vers une plus grande concurrence. Dans le courant de l'année 2001, l'autorisation de la distribution de médicaments par correspondance sera également introduite par la LPT. Cela représente un grand succès pour la concurrence.

Enfin, la Comco s'est engagée en faveur de l'introduction dans la LPT de la possibilité de faire de la **publicité** pour les médicaments délivrés sur ordonnance médicale, mais elle n'a pas réussi à imposer cette idée. Les critiques invoquent le risque de voir la consommation de médicaments augmenter de façon importante. Or, d'une part, il n'y a pas de raison que la consommation de médicaments prescrits par un médecin augmente, puisque c'est le médecin qui décide de l'utilité de tels médicaments pour le patient. L'expérience a d'ailleurs montré que la consommation des médicaments en vente libre ne s'est pas non plus accrue suite à l'introduction de la publicité. D'autre part, le refus d'autoriser la publicité pour les médicaments délivrés sur ordonnance crée une asymétrie d'information pour le patient et exclut un élément supplémentaire favorable à la concurrence.

### **1.1.2. Prestations médicales**

L'ensemble du système suisse de la santé ne parvient pas à régler le problème d'incitations des différents acteurs, à savoir freiner l'évolution des coûts tout en garantissant par une concurrence efficace des prestations de meilleure qualité.

Par le maintien de l'obligation de contracter entre assureurs et **fournisseurs de prestations** (médecins, hôpitaux), ces derniers ne sont pas incités à se concurrencer. En effet, le fait de fournir des prestations de meilleure qualité à un prix plus abordable ne peut pas être récompensé par des contrats préférentiels avec les assureurs. La Comco continuera à soutenir cette mesure. Par ailleurs, la fixation cantonale des tarifs pour les prestations médicales ne stimule

---

aucunement une baisse des tarifs auprès des fournisseurs de prestations.

Avec le système actuel de compensation des risques, qui garantit le principe de la solidarité entre les différentes catégories d'assurés, les **assurances** qui réussissent à contrôler leurs coûts et à faire baisser leurs primes doivent payer pour celles qui n'y parviennent pas. Même si la Comco soutient un système de compensation des risques, il est nécessaire d'étudier les mesures plus à même de motiver les assurances à fournir des prestations plus efficaces tout en satisfaisant les exigences sociales actuelles, faute de quoi l'inefficacité de certaines assurances continuera à se répercuter sur les primes sans engendrer de sanctions.

Les **cantons** jouent enfin un double rôle. D'une part, ils ont la responsabilité de la fixation des tarifs des prestations selon la LAMal et de la planification hospitalière. D'autre part, ils sont directement intéressés au développement des hôpitaux cantonaux qui sont sous leur direction. Une telle organisation comporte peu d'incitations à réduire les surcapacités des hôpitaux, entraîne une barrière à l'entrée - cantonale - étatique et engendre le risque d'un traitement préférentiel des hôpitaux publics.

D'une manière générale, les autorités de la concurrence continueront à agir dans le sens d'une déréglementation partout où le marché de la santé fait l'objet de réglementations inefficaces ou superflues afin de rendre possible une concurrence convenable sur le marché de la santé.

### **1.1.3. Remboursement des produits achetés à l'étranger**

La Comco a adressé au Conseil fédéral une recommandation concernant l'achat de produits médicaux afin que les assurés puissent profiter de la concurrence étrangère. La recommandation vise à adapter la législation actuelle de manière à obliger les assureurs à rembourser les produits médicaux (y compris les médicaments) achetés à l'étranger, pour autant qu'ils soient meilleur marché qu'en Suisse. Cette mesure devrait contribuer à faire baisser les prix des médicaments en Suisse.

## **1.2. Restrictions à la concurrence d'origine privée**

Dans les domaines de la santé qui permettent une libre concurrence, des acteurs privés s'emploient à restreindre le jeu de la concurrence par des accords cartellaires.

Par décision du 7 juin 2000, la Comco a interdit l'ordre des marges et des rabais, de même que les conditions pour les grossistes de l'association **Sanphar**, réglant de manière cartellaire la **distribution des médicaments** à tous les échelons du marché - au niveau des producteurs et importateurs, des grossistes, des pharmaciens et droguistes, jusqu'aux médecins dispensant des médicaments.

---

L'association Sanphar a été dissoute le 21 juin 2000, ce qui ne signifie pourtant pas que les restrictions à la concurrence ont été supprimées. La Comco et son secrétariat s'engageront donc pour que les effets de ce cartel soient définitivement éliminés.

Toujours dans la distribution de médicaments, mais s'agissant de produits **vétérinaires**, la Comco a ouvert une enquête pour établir si ce marché se caractérise par des accords cartellaires illicites excluant les pharmaciens de la distribution de tels produits.

Concernant les **tarifs** des prestations liées à **l'assurance complémentaire**, de même que ceux des **médecins privés**, la Comco mène actuellement plusieurs enquêtes portant sur d'éventuels accords en matière de concurrence conclus à des niveaux cantonaux (en Argovie pour les assurances complémentaires, à Genève et Zurich pour les tarifs des médecins privés). Il s'agit de cas dans lesquels les mécanismes de fixation des tarifs selon la LAMal sont transposés à des domaines qui permettent en principe une libre concurrence et des négociations individuelles. Ainsi, on retrouve dans des domaines potentiellement compétitifs, certaines des inefficacités inhérentes au système réglementé par la LAMal.

Enfin, sur le marché des fournitures **dentaires**, la Comco a mené deux enquêtes portant sur d'éventuels abus de positions dominantes.

Dans tous les domaines de la santé nouvellement libéralisés et permettant en principe à la concurrence de s'exercer librement, les autorités de la concurrence observeront de près les évolutions.

## **2. Marché de l'électricité**

En prélude à la nouvelle **loi sur le marché de l'électricité (LME)** et au vu des libéralisations actuelles des marchés de l'électricité en UE, les entreprises actives sur le marché suisse ont commencé à se repositionner. Ces changements mettent la Comco et son secrétariat à forte contribution.

### **2.1. Activités durant l'année 2000**

Durant l'année, le secrétariat a été actif avant tout dans deux domaines: l'appréciation du refus de faire transiter du courant électrique d'une part, et la collaboration aux travaux préparatoires de la nouvelle loi sur le marché de l'électricité d'autre part.

En 2000, la Comco a ouvert des enquêtes contre les Entreprises électriques fribourgeoises (EEF), Elektra Baselland Liestal (EBL) et le Service intercommunal d'électricité de Renens (SIE) pour **avoir refusé de faire transiter du courant électrique sur leur réseau**. Les trois enquêtes font suite à des plaintes de la coopérative Migros et de Watt Suisse, qui ont conclu un contrat pour l'approvisionnement en électricité de 26 sites de production de Migros.

---

Les enquêtes devraient montrer si ces refus représentent des comportements abusifs d'entreprises en position dominante. Dans le cadre des enquêtes préalables correspondantes, le secrétariat s'est penché de manière approfondie sur la question d'éventuelles prescriptions légales qui excluraient l'application de la loi sur les cartels (art. 3 al. 1 LCart). Il n'a toutefois pas pu établir l'existence d'une prescription de telle nature.

Par ailleurs, le secrétariat a ouvert une enquête préalable contre l'entreprise électrique du canton de Thurgovie (EKT). Par contre, l'enquête contre les Forces motrices bernoises (FMB) a pu être close: à la suite de l'enquête de la Comco, les FMB ont fait d'importantes concessions sur les prix, de telle manière que la plaignante, Swissmetal, a renoncé à l'approvisionnement par un concurrent. La procédure était ainsi devenue sans objet.

Le secrétariat a participé au groupe de travail créé par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) afin de conseiller ce dernier au sujet de **la mise en application de la loi sur le marché de l'électricité**. Dans ce contexte, le secrétariat s'est engagé en faveur d'une rémunération du transit de courant électrique non discriminatoire, afin que l'approvisionnement en électricité soit caractérisé par une concurrence aussi intense que possible. Par ailleurs, il a soutenu une méthode de réglementation qui pousse les exploitants de réseaux à baisser leurs coûts. Ainsi, le secrétariat a suivi la ligne que la Comco avait déjà tracée dans le cadre de la procédure de consultation pour la loi sur le marché de l'électricité.

## 2.2. Tâches futures

Avec la progression de la libéralisation, la Comco et son secrétariat seront de plus en plus mis à contribution dans le domaine de l'électricité. Il faut toutefois s'attendre à un changement dans la répartition des tâches.

D'une part, la nouvelle loi sur le marché de l'électricité prévoit la création d'une commission d'arbitrage. Celle-ci sera chargée d'apprécier l'obligation de faire transiter le courant et la rémunération du transit. Dans ce domaine, les tâches assumées jusqu'ici par la Comco pourront être déléguées à cette commission d'arbitrage.

D'autre part, les tâches de la Comco vont fortement s'accroître dans d'autres domaines:

**Contrôle des concentrations:** Actuellement, la Suisse compte plus de 1'000 entreprises électriques. A la suite de la nouvelle pression concurrentielle, on peut s'attendre dans les années à venir à un **processus de concentration** dans la branche. La Comco et son secrétariat devront accompagner ce processus de manière à favoriser les assainissements structurels efficaces, tout en interdisant les concentrations qui supprimeraient la concurrence.

---

**Accords:** Il existe un risque que les entreprises électriques tentent de diminuer la pression concurrentielle en concluant des accords. Là encore, la Comco et son secrétariat devront distinguer les coopérations efficaces des ententes restreignant la concurrence.

**Abus de position dominante:** Les centrales électriques représentent habituellement des monopoles naturels. De plus, la majorité des exploitants de réseaux sont actifs sur les marchés situés en amont et/ou en aval, sur lesquels la concurrence pourrait jouer. Cette constellation comporte un potentiel d'abus supplémentaire, puisque les entreprises concernées pourraient être tentées, de par leur position dominante sur le réseau, d'entraver la concurrence sur les autres marchés. De plus, les abus potentiels ne se manifesteraient pas uniquement dans les domaines du transit de courant et de sa rémunération, réservés à la commission d'arbitrage. La Comco et la Surveillance des prix vont dès lors être appelées à statuer sur des cas d'abus qui vont au-delà des compétences de la commission d'arbitrage.

A ce titre, il faut mentionner les frais surfacts lorsqu'un client change de fournisseur d'électricité pour un concurrent, comme cela a été observé en Allemagne. Ces frais ne représentent pas une rémunération du transit et se soustraient dès lors au contrôle de la commission d'arbitrage. Par ailleurs, il peut s'avérer problématique qu'un exploitant de réseau, qui est aussi actif en tant que vendeur d'électricité, refuse de conclure des contrats de transit de courant électrique produit par un tiers avec le fournisseur d'électricité et non avec le client final. Dans un tel cas, le fournisseur d'électricité produite par un tiers pourrait subir un désavantage concurrentiel, puisque ses clients seraient chargés de payer une double facture (livraison et transit d'électricité).

## **E Organisation des autorités de la concurrence et statistiques**

### **1. La Comco et le secrétariat**

La **Comco** s'est réunie 14 fois au cours de l'an 2000. Sa composition est restée inchangée.

Pour le **secrétariat**, la pénurie sur le marché du travail a entraîné un taux de fluctuation extrêmement élevé. Malgré une ambiance de travail très appréciée et un concept de développement du personnel structuré, l'année 2000 (tout comme 1999) a été marquée par de nombreux départs. La raison apparente serait que les collaboratrices et collaborateurs avec une expérience professionnelle de plusieurs années sont très recherchés sur le marché du travail, comme le montrent les offres attractives faites aux personnes qui partent. La Comco a reconnu ce problème et prendra au cours de l'année des mesures adéquates pour maîtriser ces fluctuations élevées.

---

Markus Saurer, vice-directeur et chef du service "Industrie et production" a quitté le secrétariat pour la fin 2000. Le Conseil fédéral a nommé Patrick Krauskopf, Dr.iur., à sa succession. Le nouveau vice-directeur a repris la direction du service "Industrie et production" le 1er janvier 2001.

A la fin de l'année, le secrétariat occupait 47 collaboratrices et collaborateurs (temps plein et temps partiel).

## 2. Statistiques

### a) Enquêtes et enquêtes préalables

<b>Enquêtes</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Menées durant l'année	<b>28</b>	23	+5
Reprises de l'année précédente	<b>16</b>	12	+4
Ouvertures	<b>12</b>	11	+1
Décisions finales	<b>11</b>	8	+3
Dont accords à l'amiable	<b>2</b>	0	+2
Dont Arrêts	<b>5</b>	4	+1
Mesures provisionnelles	<b>0</b>	2	-2
Sanctions	<b>0</b>	2	-2
<b>Enquêtes préalables</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Menées durant l'année	<b>36</b>	39	-3
Reprises de l'année précédente	<b>16</b>	17	-1
Ouvertures	<b>20</b>	22	-2
Clôtures	<b>20</b>	24	-4
Dont suivies d'une enquête	<b>9</b>	10	-1

### b) Concentrations d'entreprises

<b>Concentrations</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
Notifications	<b>54</b>	33	+21
Autorisations suite à l'examen préliminaire	<b>52</b>	31	+21
Examens approfondis	<b>1</b>	0	+1
Décisions de la Comco	<b>1</b>	0	+1
Réalisation anticipée	<b>0</b>	0	0
Sanctions	<b>2</b>	1	+1

c) **Autres activités**

<b>Activités</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variation</b>
<b>Avis, recommandations et prises de position</b>			
Avis (art. 15 LCart)	<b>1</b>	4	-3
Recommandations (art. 45 LCart)	<b>3</b>	3	0
Prises de position (art. 46 LCart)	<b>64</b>	24	+40
Avis (art. 47 LCart)	<b>1</b>	1	0
Prises de position sur demandes de concession LRTV	<b>22</b>	14	+8
Avis (art. 11 LTC)	<b>3</b>	1	+2
<b>LMI</b>			
Recommandations (art. 8 LMI)	<b>2</b>	1	+1
Avis. (art. 10 I LMI)	<b>0</b>	0	0
Avis (art. 10 II LMI)	<b>0</b>	0	0
Conseils (secrétariat)	<b>2</b>	2	0
<b>Divers</b>			
Suivi des affaires	<b>0</b>	5	-5
Décisions constatatoires	<b>1</b>	2	-1
Communications (art. 6 LCart)	<b>0</b>	0	0

**3. Enquêtes 1999**

<b>Enquête</b>	<b>Enquête ouverte suite à des indices de:</b>	<b>Ouverture</b>	<b>Clôture</b>	<b>Résultat</b>
Volkswagen	Accord illicite sur la distribution de voitures de la marque VW	06.10.1997	08.05.2000	Enquête close suite au changement de la situation sur le marché

Commerce de détail	Accords sur les achats dans le commerce de détail	03.11.1997	08.06.2000	Enquête close à défaut d'indices d'une restriction illicite à la concurrence
Sanphar	Ordre de marges dans la distribution de médicaments	20.04.1998	07.06.2000	Décision*: accords illicites sur les prix (art. 5 LCart)
Citroën	Accord illicite sur la distribution de voitures de la marque Citroën	02.11.1998	pendant	
Recommandations de prix dans la restauration	Accord horizontal sur les prix des boissons dans la restauration romande	18.05.1999	07.02.2000	Accord à l'amiable: les parties renoncent à émettre des recommandations de prix
Vitamines: Roche	Cartel des vitamines	juin 1999	17.04.2000	Décision: accords illicites sur les prix (art. 5 LCart)
Teleclub/ Cablecom	Abus de position dominante: refus d'octroyer un accès au réseau câblé	21.06.1999	pendant	

\* Un recours est pendant

Journaux tessinois	Accord sur le prix des abonnements	12.07.1999	07.02.2000	Accord à l'amiable: les parties renoncent à s'entendre sur les prix
BKW/FMG Energie	Abus de position dominante: refus d'octroyer un accès au réseau électrique	13.07.1999	07.02.2000	Enquête close suite à l'adaptation du comportement de FMB*
Moniteurs d'auto-écoles	Recommandations de prix pour les leçons de conduite: accords sur les prix	13.07.1999	08.05.2000	Décision*: accords illicites sur les prix (art. 5 LCart)
Revêtements de chaussées	Accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition territoriale	20.07.1999	04.12.2000	Décision: accords illicites sur les prix, les quantités et la répartition territoriale (art. 5 LCart)
SUMRA	Ordre de marché dans la distribution horlogère	23.08.1999	pendant	
Cartes de crédit	Abus de position dominante: clauses sur le paiement en liquide	10.09.1999	pendant	

\* Un recours est pendant

Kaladent SA	Abus de position dominante sur le marché des fournitures dentaires	23.09.1999	18.12.2000	Enquête close suite à l'érosion de la position dominante
Intensiv SA	Abus de position dominante sur le marché des fournitures dentaires	23.09.1999	18.12.2000	Décision: abus de position dominante (art. 7 LCart)
JC Decaux/ Affichage	Accords en matière de concurrence sur le marché suisse de l'affichage publicitaire	7.10.1999	pendant	
Cartel genevois d'étanchéité et d'asphaltage	Accords illicites sur les prix	17.01.2000	pendant	
Cartel bernois de soumission	Accords illicites sur les prix	17.01.2000	pendant	
CFF	Abus de position dominante dans le trafic de marchandises	23.02.2000	pendant	
Médecins du canton de Zurich	Accords illicites sur les prix (tarifs des médecins privés)	03.05.2000	pendant	
Marché de l'essence	Accords illicites sur les prix, éventuellement abus de position dominante	03.05.2000	pendant	

Assurances complémentaires dans le canton d'Argovie	Accords illicites sur les prix entre les caisses-maladie	15.05.2000	pendant	
Marché de la téléphonie mobile	Comportement collusoire illicite	15.05.2000	pendant	
Distribution de médicaments vétérinaires	Accords illicites de distribution exclusive	25.05.2000	pendant	
Entreprises électriques fribourgeoises	Refus illicite de transit de courant électrique	14.06.2000	pendant	
Elektra Baselland	Refus illicite de transit de courant électrique	04.08.2000	pendant	
Service inter-communal d'électricité de Renens	Refus illicite de transit de courant électrique	07.09.2000	pendant	
Feldschlöschchen/Coca Cola	Abus de position dominante dans la distribution de boissons	20.11.2000	pendant	

A 1

### 3. Rapporto annuale 2000 della Commissione della concorrenza

#### A Introduzione

Nel settore delle **limitazioni private della concorrenza**, la prassi della Commissione della concorrenza (Comco) lo ha dimostrato anche l'anno scorso: i cartelli rigidi sono economicamente nocivi. La lotta contro gli **accordi** sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione territoriale tra concorrenti diretti è diventata pertanto prioritaria a lungo termine. Nel 2000, la Comco ha concluso sei inchieste relative ad accordi sui prezzi e ne ha aperte altre sette. Una priorità altrettanto

importante è accordata alla lotta contro gli **abusi nelle posizioni dominanti sul mercato**. In questo settore sono state concluse tre inchieste e ne sono state aperte altre cinque. Il **controllo delle concentrazioni d'impresa** ha comportato, con 54 notifiche, un lavoro non trascurabile. Tuttavia, non vi sono state decisioni spettacolari a tale proposito.

La Comco e la sua segreteria hanno anche il mandato legale di esaminare dal profilo della concorrenza le regolamentazioni statali. Non si tratta però di rimettere in discussione le condizioni quadro che il legislatore ha fissato per motivi d'interesse pubblico. Le autorità della concorrenza vigilano affinché le disposizioni economico-giuridiche che s'impongono, non ostacolino oltre misura la concorrenza desiderata.

In questo senso, la Comco e la sua segreteria hanno concentrato l'attenzione sulle regolamentazioni statali, in particolare sul mercato della salute e su quello dell'energia elettrica (cfr. lettera D). Entrambi i mercati sono soggetti ad un'importante regolamentazione statale.

**Le regolamentazioni statali** non sono sempre contrarie alla concorrenza, ma possono essere assolutamente necessarie in determinate situazioni, ad esempio quando si tratta di disciplinare i prezzi del trasporto dell'elettricità. Le reti elettriche costituiscono di regola monopoli naturali in cui una regolamentazione statale può colmare la mancanza di concorrenza e garantire ai consumatori prezzi equi.

Le regolamentazioni statali sono pure utili quando si tratta, ad esempio, della sicurezza dei medicinali al fine di evitare un uso abusivo degli stessi o quando s'intende diffondere nuove tecnologie. L'elettricità in Svizzera non si sarebbe infatti mai imposta così rapidamente e durevolmente alla fine del 19° secolo, se non fosse stata incentivata e disciplinata dallo Stato.

Le regolamentazioni statali possono, nel corso del tempo, diventare superflue o abbisognare di un adattamento. Ciò è il caso nel settore dell'energia elettrica. La produzione o la vendita d'elettricità saranno liberalizzate, mentre il trasporto e la distribuzione rimarranno regolati. Nel settore della sanità, si sta' assistendo ad un difficile e contraddittorio esercizio: da un lato, si cerca grazie alla nuova LAMal del 1995 di portare più concorrenza in questo settore; dall'altro nuove regolamentazioni, come il modello di remunerazione dei farmacisti, limitano la concorrenza.

## **B Bilancio intermedio delle attività**

In previsione dei lavori per la revisione della Legge sui cartelli, il Dipartimento federale dell'economia ha richiesto un parere sulle problematiche in relazione alle procedure amministrative e una perizia relativa alle competenze economiche delle autorità della concorrenza.

---

Il parere relativo alle questioni di procedura è stato preparato dal Prof. Dr. Yvo HANGARTNER, Em. Ordinarius per il diritto pubblico presso l'Università di San Gallo (cfr. DPC 2000/3, p. 532 ss.). Le decisioni della Comco e quelle della Commissione di ricorso in materia di concorrenza (Reko) sono servite come base per l'analisi. Alla domanda, perché fino ad ora la Reko ha approvato un numero relativamente alto di ricorsi, l'esperto è giunto alle seguenti conclusioni.

(i) Determinate confusioni fra le disposizioni di procedura della LCart e quelle previste dalla legge sulla procedura amministrativa dovevano essere chiarite, ciò che è da considerare normale. (ii) Le lacune iniziali in ambito del diritto d'essere sentiti e della consultazione degli atti così come nella determinazione dei fatti e nella motivazione delle decisioni sono state nel frattempo eliminate. (iii) La Reko fissa delle regole relativamente strette per quel che concerne il rispetto delle disposizioni di procedura, che comunque si possono concretare unicamente attraverso le decisioni.

La Comco e la sua segreteria hanno fatto tesoro delle critiche della Reko ed hanno eliminato le lacune nella procedura. Le modifiche hanno già dato i loro frutti. Nelle decisioni più recenti della Reko, non vi sono più stati rimproveri in relazione ad errori di procedura. Le questioni controverse si riferiscono all'applicazione materiale del diritto. Dopo aver eliminato i problemi di procedura, nelle ultime tre decisioni del 2000, la Reko ha respinto i ricorsi, confermando la decisione della Comco. Nell'applicazione materiale del diritto, la Reko riconosce un'importante margine di giudizio e di valutazione alla Comco.

La perizia relativa alla competenza economica delle autorità della concorrenza è stato preparato dal Prof. Dr. C. Christian VON WEIZSÄCKER, Università di Colonia, già Presidente della Monopolkommission (cfr. DPC 2000/3, p. 510 ss.). L'esperto aveva come compito di chiarire se le analisi economiche ed empiriche delle inchieste cartellistiche equivalgono ai livelli internazionali.

L'esperto ha lavorato sulla base di tutte le decisioni e delle raccomandazioni della Comco tirando le seguenti conclusioni: (i) la competenza economica del gruppo di collaboratori della segreteria della Comco è buona; (ii) l'impegno e la qualità del lavoro reggono senza dubbio il confronto internazionale e si posizionano in modo positivo, per esempio, rispetto alla qualità del lavoro presso la Commissione dell'UE. (iii) Il livello di formazione e di perfezionamento degli economisti della segreteria equivalgono ai livelli internazionali. (iv) Fra i problemi, egli ha rilevato il rischio del passaggio di competenti collaboratrici e collaboratori all'economia privata, visto che l'Economic Consulting è un settore in piena espansione.

Le conclusioni del Prof. C. C. VON WEIZSÄCKER non devono comunque portare la Comco a rilassarsi. Le autorità della concorrenza vogliono

---

migliorare e rafforzare sempre più le competenze economiche. A questo scopo, alla fine del 2000, è stato indetto un concorso per l'assunzione di un economista. Questa misura ha come obiettivo di migliorare i metodi quantitativi d'analisi e, pertanto, il fondamento delle decisioni. Nel frattempo, sono state prese delle misure contro il rischio di un esodo del personale della segreteria verso l'economia privata (cfr. E.1).

Il bilancio intermedio positivo delle autorità della concorrenza è confermato anche a livello internazionale. La "Law Business Research Ltd." a Londra ha condotto uno studio internazionale con l'intento di confrontare le diverse autorità internazionali della concorrenza. Sulla base delle risposte avute da persone che esercitano in quest'ambito (avvocati, società, scienziati, ecc.) questa società ha classificato le autorità della concorrenza. Lo studio è stato pubblicato sotto il titolo di "Rating the Regulators" (<http://www.global-competition.com/rating/rating.htm>). Questo studio ha giudicato le singole autorità della concorrenza attraverso una serie di criteri quali la pratica nel controllo delle fusioni, le procedure in caso di cartelli e posizioni dominanti, lo svolgimento delle procedure, l'indipendenza ecc. Il punteggio massimo ottenibile era di cinque stelle. Il Bundeskartellamt tedesco ha totalizzato il massimo. La Svizzera ha ottenuto quattro stelle alla stregua dell'US Antitrust Division del Department of Justice. Con questo risultato, la Svizzera si è posizionata davanti all'autorità della concorrenza dell'UE (tre stelle) e dell'inglese Office of Fair Trade (due stelle).

## **C Attività nei diversi rami economici**

### **1. Industria e produzione**

L'anno scorso il mercato dell'**edilizia** ha occupato un posto centrale nel servizio "industria e produzione". La Comco ha dichiarato illecito l'accordo di distribuzione esclusivo tra diverse società asfaltatrici della Svizzera orientale e della Germania meridionale. L'accordo in questione, concluso da concorrenti diretti, stabiliva i prezzi e le quantità fornite. Nel gennaio 2000 la segreteria ha avviato un'inchiesta in merito ad eventuali accordi sulle offerte concernenti il riattamento della Biblioteca nazionale svizzera. In seguito all'inchiesta, la procedura d'appalto è stata interrotta ed è stata indetta una nuova gara d'appalto nell'ambito della quale il mandato è stato conferito ad un'impresa estranea a detto accordo. Sempre nel gennaio 2000, la segreteria ha aperto un'inchiesta nei confronti di otto imprese di costruzione ginevrine sospettate di aver concluso accordi sui prezzi inerenti all'asfaltatura e all'impermeabilizzazione delle strade. Infine, nell'ambito di un'inchiesta preliminare la segreteria ha esaminato il regolamento di concorrenza della Società Svizzera Impresari-Costruttori (SSIC). Tale regolamento obbliga i membri della SSIC ad annunciare le offerte che intendono presentare ad una gara

---

d'appalto. Ciò potrebbe permettere alle imprese interessate di incontrarsi e di "coordinare" le loro offerte.

Nel settore **agricolo**, diverse associazioni di categoria sono state al centro dell'attenzione. La segreteria ha aperto in luglio un'inchiesta preliminare contro le "Organizzazioni interprofessionali del formaggio". Le associazioni di categoria possono, creando per esempio un marchio unificato o concentrando campagne pubblicitarie, contribuire ad un uso più efficiente delle risorse e controbilanciare quindi il commercio al dettaglio. Tuttavia vi è il rischio che queste organizzazioni favoriscano pratiche anticoncorrenziali e danneggino in questo modo la concorrenza. Sono state inoltre condotte procedure contro limitazioni della concorrenza nei mercati di produzione a monte e a valle. Nel settore agricolo la Comco ha potuto nuovamente prendere posizione in merito a diversi progetti di ordinanza schierandosi a favore di un'ulteriore liberalizzazione.

In aprile la Comco ha concluso l'inchiesta sul **cartello delle vitamine** cui hanno partecipato Hoffmann-La Roche, BASF e Rhône-Poulenc, e che, dopo essere stato scoperto dalle autorità americane della concorrenza, ha suscitato un'eco mondiale. La Comco è giunta alla conclusione che il cartello delle vitamine ha avuto effetti negativi anche in Svizzera. L'impossibilità di comminare in questo caso sanzioni dirette ha dato adito, già nel 1999, ad un dibattito pubblico che ha condotto alla revisione della legge sui cartelli attualmente in corso.

Nell'ambito del **mercato della benzina**, la segreteria ha avviato un'inchiesta nei confronti delle società produttrici di carburante a causa di eventuali accordi sui prezzi. Per contro, sul mercato **automobilistico**, è stata chiusa l'inchiesta contro la Volkswagen volta a stabilire se il produttore impediva ai clienti svizzeri di acquistare vetture all'estero. Questo è avvenuto perché le differenze dei prezzi fra la Svizzera e l'estero si sono continuamente ridotte, rendendo meno attrattive le importazioni parallele. La Comco è giunta, tuttavia, alla conclusione che un accordo in materia di concorrenza che vieta le vendite passive in Svizzera è da considerarsi una grave limitazione della concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart. Per un caso analogo è stata aperta un'inchiesta anche nei confronti della Citroën.

## 2. Servizi

Oltre ad un'attività nel mercato della salute, la Comco e la sua segreteria si sono occupate di diverse problematiche in materia di concorrenza nell'ambito dei mercati delle libere professioni, delle banche e delle assicurazioni.

Le **libere professioni** si caratterizzano principalmente per due tipi di ostacoli alla concorrenza. Da una parte esse ignorano quasi totalmente la **pubblicità**, che di fatto favorisce la concorrenza. In alcune professioni, ad esempio per quanto riguarda i medici, la pubblicità è

---

spesso vietata in base a leggi cantonali; in altre, essa è in linea di principio permessa ma fortemente sconsigliata dalle associazioni professionali. Le autorità in materia di concorrenza esaminano i mercati interessati nei singoli Cantoni allo scopo d'intervenire in nome della legge sui cartelli, sia mediante raccomandazioni, laddove la pubblicità è vietata dalle leggi, oppure mediante inchieste in caso di restrizioni private della concorrenza. Il Canton Vaud, in seguito alle raccomandazioni della Comco, ha appena presentato al Gran Consiglio un progetto di legge inteso a liberalizzare la pubblicità delle professioni in ambito sanitario attraverso la sua nuova legge sulla sanità pubblica. Raccomandazioni analoghe sono state rivolte anche al Cantone di Friburgo. D'altra parte, le libere professioni praticano spesso **tariffe** che sono state emanate dalle associazioni professionali. Sia le tariffe raccomandate che quelle vincolanti possono costituire ostacoli gravi alla concorrenza. Per tale motivo la Comco ha vietato, con decisione dell'8 maggio 2000, le tariffe dei maestri conducenti friborghesi. Essa ha in seguito invitato le associazioni dei maestri conducenti degli altri Cantoni ad adeguare di conseguenza il proprio atteggiamento sopprimendo le loro tariffe. In tal modo una decisione riguardante un solo Cantone può avere un effetto disciplinante su altri Cantoni e serve da esempio per le rispettive associazioni di altri cantoni.

Sui mercati dei **servizi finanziari**, l'attività della Comco è stata caratterizzata da diversi progetti di concentrazione nel settore bancario come pure dalla supervisione degli oneri imposti nel caso della fusione dell'UBS. Inoltre, le autorità in materia di concorrenza hanno condotto un'inchiesta sulle clausole della non-discriminazione legate ai pagamenti mediante carte di credito. Infine è stata aperta un'inchiesta preliminare nel settore delle **assicurazioni** in merito alla responsabilità civile per i veicoli a motore.

### 3. Infrastruttura

Oltre ad un'intensa attività nel settore dell'energia elettrica (si veda il punto D.2), all'inizio del 2000 il servizio "Infrastruttura" ha concluso con una conciliazione due inchieste concernenti accordi orizzontali sui prezzi. I tre **quotidiani ticinesi** si sono impegnati a rinunciare in futuro a qualsiasi accordo per quanto riguarda la fissazione dei prezzi degli abbonamenti e i prezzi di vendita ai chioschi. Le **associazioni gastronomiche romande** si sono impegnate a rinunciare d'ora innanzi a qualsiasi raccomandazione dei prezzi ai ristoranti.

Nel settore delle **telecomunicazioni**, due procedure occupano un posto centrale. L'inchiesta nell'ambito del mercato della telefonia mobile dovrebbe chiarire se i tre operatori attivi sul mercato svizzero hanno una posizione dominante collettiva e se tale posizione determina un comportamento collusivo che impedisce l'evoluzione dei prezzi verso il basso, come ci si dovrebbe aspettare in una situazione di concorrenza efficace. Inoltre la segreteria sta conducendo un'inchiesta

---

preliminare nei confronti delle offerte di Swisscom in materia d'ASDL. Questa nuova tecnica di trasmissione dei dati a larga banda è stata introdotta nell'autunno del 2000. Si tratta di stabilire se la Swisscom, adottando questa nuova tecnologia, ha tenuto un comportamento non discriminante nei confronti di tutti gli interessati.

Nel settore dei **media** è stato notificato alla segreteria un gran numero (14 in tutto) di concentrazioni di imprese. A parte la concentrazione dei media nell'Oberland bernese (Berner Oberland Medien AG; BOM), tutte le operazioni di concentrazione sono state autorizzate in seguito ad un esame preliminare. Nel caso di BOM, la Comco ha giudicato positivamente la concentrazione regionale della stampa, visto che l'edizione di un giornale completo implica una tiratura di una certa consistenza e considerato che la forte pressione proveniente dai mercati degli annunci esplica un effetto regolatore sui mercati dei lettori fortemente concentrati. La Comco inoltre ha raccomandato al Consiglio federale di sopprimere, da un lato, la regolamentazione relativa alle riduzioni dei prezzi del trasporto dei giornali mediante la posta in quanto implica una distorsione della concorrenza e, dall'altro, di assicurare la neutralità di tale regolamentazione sotto il profilo della concorrenza. Infatti, con l'attuale regolamentazione, un editore può approfittare delle riduzioni solo se affida il trasporto di tutta la sua tiratura o di buona parte di essa alla posta. Se organizza egli stesso la distribuzione (per es. la consegna mattutina), non ha diritto alla riduzione. L'editore dunque non è libero di organizzare la distribuzione, sicché le società di distribuzione private sono svantaggiate nei confronti della posta.

Un'indagine di mercato condotta mediante un sondaggio nell'ambito del settore **turistico/alberghiero** presso diversi operatori di questo mercato, ha dimostrato che attualmente in questo ramo non vi è alcun indizio di limitazioni della concorrenza. Un intervento in nome del diritto della concorrenza non è dunque necessario.

#### 4. Legge sul mercato interno

La legge sul mercato interno (LMI) ha costituito l'oggetto di un rapporto della Commissione della gestione del Consiglio nazionale. In detto rapporto, la commissione constata che la LMI non ha ottenuto completamente l'effetto voluto dal legislatore e rileva che esistono ancora notevoli ostacoli agli scambi intercantionali e alla realizzazione di un mercato interno svizzero. Ciò va ricondotto, tra l'altro, all'interpretazione "federalista" della LMI da parte del Tribunale federale e alle competenze limitate a raccomandazioni non vincolanti di cui dispone la Comco nell'applicazione di questa legge. In seguito a questo rapporto il Consiglio federale si ripromette di studiare determinate misure in grado di rafforzare l'applicazione della LMI.

Nello stesso rapporto, la Commissione della gestione del Consiglio nazionale passa in rassegna diversi mercati nei quali esistono barriere

---

al commercio tra i Cantoni (avvocati, taxi, ottici, impianti sanitari, ecc.). La Comco intende effettuare prossimamente uno studio approfondito sull'effetto della LMI in uno di questi mercati.

La Comco ha inoltre emanato, nell'aprile 2000, raccomandazioni ai sensi dell'articolo 8 LMI all'attenzione dei direttori cantonali dei lavori pubblici volte ad adattare l'accordo intercantonale sugli appalti pubblici agli accordi bilaterali tra la Svizzera e l'Unione Europea. Occorre segnatamente precisare che l'armonizzazione dei valori soglia dovrebbe contribuire ad una maggiore apertura dei mercati cantonali e comunali al momento dell'aggiudicazione di lavori pubblici. A tale proposito la Comco ha raccomandato di prendere misure adeguate al fine di disporre dei dati necessari per determinare adeguatamente i valori soglia.

## 5. Relazioni internazionali

Oltre ai rapporti regolari con le autorità europee e americane in materia di concorrenza, la Comco e la sua segreteria si sono impegnate ad intensificare le loro relazioni con le autorità in materia di concorrenza nei paesi europei limitrofi. Diversi colloqui soprattutto con le autorità omologhe francesi, italiane, britanniche e tedesche hanno condotto ad uno scambio fruttuoso di esperienze.

Nell'ambito delle priorità che hanno caratterizzato l'anno 2000, la Comco e la sua segreteria hanno parimenti assistito ad una presentazione delle autorità in materia di concorrenza dell'Unione europea sui metodi d'investigazione e d'applicazione del diritto della concorrenza nel campo della lotta contro i cartelli rigidi. Tali scambi hanno confermato la convinzione della Comco che solo una legislazione che può disporre di sanzioni dirette consente di lottare efficacemente contro i cartelli rigidi.

Infine, le autorità svizzere della concorrenza hanno partecipato attivamente ai lavori di diverse organizzazioni internazionali in particolare ai dibattiti del "Comité du droit et de la politique de la concurrence" dell'OCSE e del gruppo di lavoro dell'OMC "commercio e concorrenza", all'esame della politica commerciale svizzera da parte dell'OMC e ai lavori sulla concorrenza condotti dal FMI e dalla CNUCED.

## 6. Prospettive

Nel 2001, la Comco concluderà per quanto possibile, tutte le inchieste in corso (si veda E.3). La priorità è chiaramente prevista per le inchieste concernenti gli accordi orizzontali tra concorrenti diretti e gli abusi di posizioni dominanti sul mercato. Inoltre, una parte importante delle risorse sarà assorbita dalle liberalizzazioni in corso.

Nel 2001 è anche prevista la **revisione parziale della legge sui cartelli**. Nell'ambito della procedura di consultazione, che si è

---

conclusa alla fine del 2000, la Comco si è chiaramente espressa in favore dell'introduzione di sanzioni dirette nei casi di accordi orizzontali tra concorrenti diretti relativi ai prezzi, ai quantitativi e alla ripartizione territoriale, come pure in quelli di abusi di posizioni dominanti sul mercato. Essa ritiene che i valori soglia particolarmente bassi previsti soprattutto per la notifica di concentrazioni nel settore dei massmedia possano essere eliminati. Finora tali valori soglia non hanno infatti inciso in alcun modo sulla concentrazione dei massmedia, valutata generalmente in maniera positiva dalla Comco. Al contrario, essi hanno causato, sia alla segreteria sia alle imprese interessate, un lavoro non indifferente. Le grandi concentrazioni nel settore dei media rientreranno in ogni caso nel campo di applicazione della LCart con i valori soglia usuali. Di conseguenza, non è necessario annunciare alla Comco le concentrazioni a livello locale e regionale.

## **D Punti centrali dell'attività del 2000**

### **1. Mercato della salute**

Diverse regolamentazioni statali esercitano un influsso sulla concorrenza nel mercato della salute. È particolarmente difficile trovare i provvedimenti appropriati per soddisfare gli interessi politici legati alla sanità pubblica, creando le condizioni quadro che non distorcano la concorrenza. In tale contesto, le autorità in materia di concorrenza forniscono il loro sostegno nell'ambito delle procedure di consultazione e propongono disposizioni legali atte a preservare la concorrenza efficace.

Inoltre, nel corso del 2000, la Comco si è occupata di determinati settori della sanità nei quali il quadro legislativo permette una certa concorrenza, anche se gli operatori del mercato tentano di limitarla. A questo proposito, il 2000 è stato contraddistinto in primo luogo dalla conclusione dell'inchiesta relativa al cartello nel campo della distribuzione dei medicinali, come anche da altre procedure concernenti diverse limitazioni della concorrenza (distribuzione di medicinali veterinari, tariffe mediche, commercio e industria odontoiatrica).

#### **1.1. Regolamentazioni statali nei mercati della salute**

Nel 2000 si è proceduto, da un lato, alla revisione della legge federale sull'assicurazione malattie (LAMal), di cui una parte entrerà in vigore nel mese di gennaio 2001, e, dall'altro, al varo della legge sugli agenti terapeutici (LATer). Queste due leggi disciplinano la messa in commercio e la distribuzione di medicinali nonché il sistema di remunerazione delle prestazioni mediche.

---

### 1.1.1. Distribuzione dei medicinali

La grande novità introdotta nella LAMal influenzerà dal 2001 la concorrenza nella distribuzione di medicinali. Si tratta della **rimunerazione delle prestazioni dei farmacisti**, provvedimento che mira a contenere i costi dei medicinali, ma che non consente la neutralità dal punto di vista della concorrenza. Le autorità in materia di concorrenza si opponevano in linea di massima ad un tale sistema, che estende praticamente il settore dei prezzi amministrati e rischia di statalizzare di fatto il vecchio sistema cartellistico della regolamentazione privata dei margini. Per garantire una concorrenza efficace nella distribuzione, senza comunque nuocere agli interessi pubblici legati alla salute, sarebbe effettivamente stato preferibile lasciare libera la concorrenza a tutti gli altri livelli della distribuzione fino al consumatore. Più in generale, la Comco è favorevole all'abolizione del principio degli acquisti limitati al territorio svizzero, che caratterizza sempre il comportamento degli assicuratori, a differenza delle autorità statali, vincolate dalle norme dell'OMC.

Nell'ambito delle procedure di consultazione, le autorità in materia di concorrenza sono riuscite ad imporre determinate condizioni che garantiscono un minimo di concorrenza. In tal modo, la semplice distribuzione di medicinali non sarà oggetto di una remunerazione; quest'ultima avverrà soltanto se un preparato originale è sostituito da un prodotto generico; infine, il paziente non sarà affatto soggetto all'obbligo di accettare le prestazioni dei farmacisti. In questo modo è stato possibile evitare di istituire a livello statale un sistema che era appena stato smantellato a livello privato (si veda Sanphar, più avanti).

Le autorità in materia di concorrenza hanno sostenuto l'introduzione di disposizioni intese ad autorizzare le **importazioni parallele** di medicinali, almeno per quelli che non sono più protetti da un brevetto. Il Parlamento ha approvato, dopo un intenso dibattito politico, l'introduzione delle importazioni parallele nella versione definitiva della LATer.

Nel settore della **vendita di medicinali per corrispondenza**, il Tribunale federale, basandosi sulla legge sul mercato interno (LMI), ha emanato nel 1999 una decisione che rappresenta un primo passo importante verso una maggiore concorrenza. Nel corso del 2001, l'autorizzazione della distribuzione di medicinali per corrispondenza sarà pure introdotta dalla LATer. Ciò costituisce un grande successo in favore della concorrenza.

Infine, la Comco si è adoperata in favore dell'introduzione nella LATer della possibilità di fare **pubblicità** per i medicinali venduti dietro prescrizione medica, ma non è riuscita ad imporre questa idea. Chi la criticava ha attirato l'attenzione sul rischio di un incremento considerevole del consumo di medicinali. Orbene, secondo l'opinione della Comco non vi è alcun motivo di pensare che il consumo di medica-

---

menti prescritti da un medico aumenti, in quanto, innanzitutto, è il medico che decide circa l'utilità di tali medicinali per il paziente. L'esperienza ha del resto dimostrato che, anche dopo l'introduzione della pubblicità, il consumo di medicinali non soggetti a prescrizione medica non è aumentato. Inoltre il rifiuto di autorizzare la pubblicità per i medicinali che richiedono una ricetta medica crea per il paziente un'asimmetria dell'informazione ed esclude un elemento supplementare favorevole alla concorrenza.

### 1.1.2. Prestazioni mediche

L'attuale sistema svizzero della sanità non è in grado di disciplinare il problema delle motivazioni dei diversi operatori di mercato, in modo da frenare l'evoluzione dei costi garantendo prestazioni di migliore qualità mediante una concorrenza efficace.

Mantenendo l'obbligo contrattuale tra gli assicuratori e i **fornitori di prestazioni** (medici, ospedali), questi ultimi non sono stimolati a farsi concorrenza. Il fatto di fornire prestazioni di migliore qualità ad un prezzo più abbordabile non può essere in effetti ricompensato da contratti preferenziali con gli assicuratori. La Comco ribadirà il proprio sostegno a questa misura. Inoltre, la determinazione delle tariffe delle prestazioni mediche per Cantone non stimola affatto una riduzione delle tariffe presso i fornitori di prestazioni.

Con l'attuale sistema di compensazione dei rischi, che garantisce il principio della solidarietà tra le diverse categorie di assicurati, le **casse-malati** che riescono a controllare i loro costi e a diminuire i loro premi devono pagare per gli insuccessi delle altre assicurazioni. Anche se la Comco sostiene un sistema di compensazione dei rischi, è necessario esaminare le misure intese a motivare maggiormente le assicurazioni a fornire prestazioni più efficaci soddisfacendo le esigenze sociali attuali. In mancanza di ciò, l'inefficacia di certe assicurazioni continuerà a ripercuotersi sui premi delle assicurazioni efficienti.

I **Cantoni** svolgono una doppia funzione nell'ambito delle prestazioni mediche. Da un lato, essi hanno la responsabilità della determinazione delle tariffe delle prestazioni secondo la LAMal e della pianificazione ospedaliera. Dall'altro sono direttamente interessati allo sviluppo degli ospedali cantonali che dipendono da loro. Una tale organizzazione comporta un magro incentivo a favore della riduzione delle sovracapacità degli ospedali, provoca un ostacolo statale - a livello cantonale - all'entrata sul mercato e genera il rischio di un trattamento preferenziale degli ospedali pubblici.

In generale, le autorità in materia di concorrenza continueranno ad agire nel senso di una deregolamentazione ovunque il mercato della salute sia oggetto di regolamentazioni inefficaci o superflue al fine di permettere una concorrenza equilibrata sul mercato della salute.

---

### 1.1.3. Rimborso dei prodotti acquistati all'estero

La Comco ha rivolto al Consiglio federale una raccomandazione concernente l'acquisto di prodotti medici affinché gli assicurati possano approfittare della concorrenza estera. La raccomandazione mira ad adattare la legislazione attuale in modo da obbligare gli assicuratori a rimborsare i prodotti medici (compresi i medicinali) acquistati all'estero, nella misura in cui sono più a buon mercato che in Svizzera. Si tratta di un provvedimento che dovrebbe contribuire a mettere sotto pressione gli elevati prezzi dei medicinali in Svizzera.

### 1.2. Limitazioni della concorrenza di origine privata

Nei settori della sanità che consentono una libera concorrenza, gli operatori privati si adoperano a limitare il gioco della concorrenza mediante accordi cartellistici.

Con decisione del 7 giugno 2000, la Comco ha vietato la regolamentazione dei margini e dei ribassi nonché le condizioni per i grossisti dell'associazione **Sanphar**, che disciplinano in modo cartellistico la **distribuzione dei medicinali** a tutti i livelli del mercato, vale a dire a livello dei produttori e degli importatori, dei grossisti, dei farmacisti e dei droghieri fino ai medici che distribuiscono medicinali. L'associazione Sanphar è stata sciolta il 21 giugno 2000: ciò non significa tuttavia che le limitazioni della concorrenza siano state soppresse. La Comco e la sua segreteria si impegneranno pertanto affinché gli effetti di questo cartello vengano definitivamente eliminati.

Sempre nell'ambito della distribuzione di medicinali, ma per quanto riguarda i prodotti **veterinari**, la Comco ha aperto un'inchiesta per stabilire se questo mercato è caratterizzato da accordi cartellistici illeciti che escludono i farmacisti dalla distribuzione di tali prodotti.

Per quanto concerne le **tariffe** delle prestazioni legate all'**assicurazione complementare** come pure quelle dei **medici privati**, la Comco sta attualmente effettuando numerose inchieste relative a eventuali accordi in materia di concorrenza conclusi a livello cantonale (nel Cantone di Argovia per le assicurazioni complementari, a Ginevra e a Zurigo per le tariffe dei medici privati). Si tratta di casi in cui i meccanismi di determinazione delle tariffe secondo la LAMal sono trasferiti a settori che permettono in linea di massima una libera concorrenza e negoziati individuali. In questi settori potenzialmente competitivi si ritrovano pertanto determinate inefficienze inerenti al sistema disciplinato dalla LAMal.

Infine, sul mercato del **commercio odontoiatrico**, la Comco ha effettuato due inchieste concernenti eventuali abusi dovuti a posizioni dominanti.

---

In tutti i settori della sanità liberalizzati di recente e che consentono di norma alla concorrenza di esplicitare liberamente i suoi effetti, le autorità in materia di concorrenza osserveranno da vicino le varie evoluzioni.

## **2. Mercato dell'energia elettrica**

In previsione dell'entrata in vigore della **legge sul mercato dell'energia elettrica (LMEE)** e considerata la liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica in corso nell'Unione europea, le aziende attive sul mercato svizzero hanno cominciato a riposizionarsi. Questi cambiamenti mettono a dura prova la Comco e la sua segreteria.

### **2.1. Attività nel 2000**

L'anno scorso, la segreteria è stata attiva soprattutto in due settori: la valutazione del rifiuto di far transitare la corrente elettrica, da un lato, e la collaborazione ai lavori preparatori della nuova legge sul mercato dell'energia elettrica, dall'altro.

Nel 2000, la Comco ha aperto inchieste contro le Aziende elettriche friborghesi (EEF), la Elektra Baselland Liestal (EBL) e il Servizio intercomunale di elettricità (SIE) a causa del loro **rifiuto di far transitare la corrente elettrica**. Le tre inchieste fanno seguito a una querela della cooperativa Migros e della Watt Suisse, che hanno stipulato un contratto per l'approvvigionamento di elettricità di 26 stabilimenti della Migros.

Le inchieste dovrebbero chiarire se tali rifiuti rappresentano comportamenti abusivi da parte di imprese che dominano il mercato. Nell'ambito delle rispettive inchieste preliminari, la Segreteria si è occupata in modo approfondito della questione delle eventuali prescrizioni legali che escluderebbero l'applicazione della legge sui cartelli (art. 3 cpv. 1 LCart). Tuttavia essa non ha potuto appurare l'esistenza di prescrizioni di questo genere.

Inoltre, la segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare contro l'Azienda elettrica del Cantone di Turgovia (EKT). Per contro, l'inchiesta contro le Forze motrici bernesi (FMB) ha potuto essere chiusa: in seguito all'inchiesta della Comco, le FMB hanno fatto importanti concessioni sui prezzi, di modo che la Swissmetall, querelante, ha rinunciato all'approvvigionamento da parte di un concorrente. La procedura aperta a causa del rifiuto di far transitare la corrente elettrica è pertanto divenuta priva di oggetto.

La segreteria ha partecipato al gruppo di lavoro istituito dall'Ufficio federale dell'energia (UFE) al fine di consigliare quest'ultimo in merito all'**applicazione della legge sul mercato dell'energia elettrica**. In questo ambito, la segreteria si è adoperata in favore di una retribuzione non discriminatoria del transito di corrente elettrica, affinché l'approvvigionamento in elettricità sia caratterizzato da una

---

concorrenza il più possibile intensa. Inoltre esso ha sostenuto un metodo di regolamentazione che incita i gestori di reti a ridurre i loro costi. In tal modo la segreteria ha proseguito sulla linea già tracciata dalla Comco nel corso della procedura di consultazione relativa alla legge sul mercato dell'energia elettrica.

## 2.2. Compiti futuri

Con il progredire della liberalizzazione, i compiti della Comco e della sua segreteria e le esigenze poste loro continueranno ad aumentare nel settore dell'elettricità. Occorre tuttavia attendersi un cambiamento nella ripartizione dei compiti.

Da un lato, la nuova legge sul mercato dell'energia elettrica prevede l'istituzione di una commissione d'arbitrato, che sarà incaricata di valutare l'obbligo e la retribuzione del transito. In questo settore, i compiti svolti finora dalla Comco potranno essere delegati a questa commissione d'arbitrato.

D'altro lato, i compiti della Comco in altri settori aumenteranno in misura notevole:

**Controllo delle concentrazioni:** attualmente esistono in Svizzera più di 1000 aziende elettriche. In seguito alla nuova pressione concorrenziale, nel corso dei prossimi anni è possibile attendersi un **processo di concentrazione** in questo ramo economico. La Comco e la sua segreteria dovranno accompagnare tale processo in modo da evitare gli ostacoli posti ai risanamenti strutturali efficaci, vietando nel contempo le concentrazioni che eliminerebbero la concorrenza.

**Accordi:** esiste il rischio che le aziende elettriche tentino di diminuire la pressione concorrenziale concludendo accordi. Anche in questo caso, la Comco e la sua segreteria dovranno distinguere le forme di cooperazione efficaci dagli accordi che limitano la concorrenza.

**Abuso della posizione dominante sul mercato:** le centrali elettriche rappresentano abitualmente monopoli naturali. Inoltre, la maggioranza dei gestori di reti è attiva sui mercati situati a monte e a valle, sui quali la concorrenza potrebbe esercitare un certo influsso. Questa situazione comporta un potenziale supplementare di abusi, in quanto le imprese interessate potrebbero essere tentate, vista la loro posizione dominante sulla rete, di impedire la concorrenza sugli altri mercati. A tale proposito, i potenziali abusi non si manifesteranno soltanto nei settori del transito di corrente elettrica e della sua retribuzione, settori ai quali si limitano i compiti della commissione d'arbitrato. Di conseguenza, la Comco e la Sorveglianza dei prezzi saranno chiamate a decidere in merito a casi di abusi che oltrepassano le competenze della commissione d'arbitrato.

Occorre menzionare gli emolumenti eccessivi allorché un cliente cambia il fornitore di elettricità in favore di un concorrente, come è

---

stato osservato in Germania. Questi emolumenti non rappresentano una retribuzione del transito di corrente elettrica e si sottraggono pertanto al controllo della commissione d'arbitrato. Inoltre può rivelarsi problematico il fatto che un gestore di rete, che è anche attivo quale venditore di elettricità, rifiuta di concludere contratti di transito di corrente elettrica prodotta da un terzo con il fornitore di elettricità e non con il cliente finale. In tal caso, il fornitore di elettricità prodotta da un terzo potrebbe subire uno svantaggio concorrenziale, in quanto i suoi clienti sarebbero tenuti a pagare una doppia fattura (fornitura e transito di corrente elettrica)

## **E Organizzazione e statistiche**

### **1. La Comco e la sua segreteria**

La **Comco** si è riunita 14 volte durante il 2000. La sua composizione è rimasta invariata.

Per la **segreteria**, la penuria sul mercato del lavoro ha comportato un tasso di fluttuazione estremamente elevato. Sebbene l'ambiente di lavoro sia molto apprezzato ed esista un concetto di sviluppo del personale, il 2000 (come già il 1999) è stato caratterizzato da numerose partenze. La ragione risiede manifestamente nel fatto che collaboratori/trici con diversi anni di esperienza professionale sono molto ricercati sul mercato del lavoro, come mostrano le proposte interessanti fatte alle persone che presentano le loro dimissioni. La Comco ha riconosciuto il problema e prenderà nel corso dell'anno le misure opportune per frenare la forte fluttuazione.

Markus Saurer, vicedirettore e capo del servizio "Industria e produzione" ha lasciato la segreteria alla fine del 2000. Al suo posto il Consiglio federale ha nominato Patrick Krauskopf, dottore in legge, che ha assunto la direzione di tale servizio il 1° gennaio 2001.

Alla fine dell'anno la segreteria comprendeva 47 collaboratori/trici (tempo pieno e tempo parziale).

### **2. Statistiche**

#### **a) Inchieste preliminari e inchieste**

<b>Inchieste</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variante</b>
Condotte durante il 2000	<b>28</b>	23	+5
Procedure riprese dal 1999	<b>16</b>	12	+4
Aperture	<b>12</b>	11	+1
Decisioni finali	<b>11</b>	8	+3
di cui conciliazioni	<b>2</b>	0	+2
di cui decisioni dell'autorità	<b>5</b>	4	+1

Misure cautelari	0	2	-2
Sanzioni	0	2	-2
<b>Inchieste preliminari</b>	<b>2000</b>	<b>1999</b>	<b>Variante</b>
Condotte durante il 2000	36	39	-3
Procedure riprese dal 1999	16	17	-1
Aperture	20	22	-2
Conclusioni	20	24	-4
di cui conclusesi con l'apertura di un'inchiesta	9	10	-1

### b) Concentrazioni di imprese

Concentrazioni	2000	1999	Variante
Comunicazioni	54	33	+21
Autorizzazioni dopo l'esame preliminare	52	31	+21
Esami approfonditi	1	0	+1
Decisioni della Commissione	1	0	+1
Esecuzione anticipata	0	0	0
Sanzioni	2	1	+1

### c) Altre attività

Attività	2000	1999	Variante
<b>Pareri, raccomandazioni e prese di posizione</b>			
Pareri (art. 15 LCart)	1	4	-3
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	3	3	0
Prese di posizione (art. 46 LCart)	64	24	+40
Pareri (art. 47 LCart)	1	1	0
Prese di posizione su domande di concessione (LRTV)	22	14	+8
Pareri (art. 11 LTC)	3	1	+2
<b>LMI</b>			
Raccomandazioni (art. 8 LMI)	2	1	+1

Pareri (art. 10 I LMI)	<b>0</b>	0	0
Pareri (art. 10 II LMI)	<b>0</b>	0	0
Commenti (segreteria)	<b>2</b>	2	0
<b>Diversi</b>			
Verifiche	<b>0</b>	5	-5
Decisioni d'accertamento	<b>1</b>	2	-1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	<b>0</b>	0	0

### 3. Inchieste 2000

Inchieste	Inchiesta aperta per sospetto di:	Aperta	Conclusa	Risultato
Volkswagen	Accordo illecito sulla vendita di automobili della marca VW	06.10.1997	08.05.2000	Inchiesta conclusa in seguito al cambiamento della situazione sul mercato
Commercio al dettaglio	Accordi sugli acquisti nel commercio al dettaglio	03.11.1997	08.06.2000	Inchiesta conclusa per mancanza di indizi di un accordo illecito della concorrenza
Sanphar	Regolamentazione dei margini nella distribuzione dei medicinali	20.04.1998	07.06.2000	Decisione*: accordi illeciti sui prezzi
Citroën	Accordo illeciti sulla vendita di automobili della marca Citroën	02.11.1998	pendente	

\* E' pendente un ricorso

Raccomandazione dei prezzi per le bevande nel settore della ristorazione	Accordo orizzontale sui prezzi delle bevande nella ristorazione romanda	18.05.1999	07.02.2000	Conciliazione: le parti rinunciano ad emanare raccomandazioni di prezzo
Vitamine: Roche	Cartello delle vitamine	21.06.1999	17.04.2000	Decisione: accordi illeciti sui prezzi
Teleclub/Cablecom	Abuso di posizione dominante	21.06.1999	pendente	
Quotidiani ticinesi	Accordo sui prezzi degli abbonamenti	12.07.1999	07.02.2000	Conciliazione: le parti rinunciano ad un accordo sui prezzi
BKW FMB Energie AG	Abuso di posizione dominante: rifiuto di concedere un accesso alle rete elettrica	13.07.1999	07.02.2000	Inchiesta conclusa in quanto FMB ha adeguato il suo comportamento*
Maestri conducenti	Raccomandazioni dei prezzi per le lezioni di guida: accordi sui prezzi	13.07.1999	08.05.2000	Decisione*: accordi illeciti sui prezzi
Rivestimento stradale	Accordi orizzontale sui prezzi, i quantitativi e la ripartizione territoriale	20.07.1999	04.12.2000	Decisione: accordi illeciti sui prezzi, i quantitativi e la ripartizione territoriale

\* E' pendente un ricorso

SUMRA	Organizzazione di mercato nel settore orologiero: accordi illeciti in materia di concorrenza	23.08.1999	pendente	
Carte di credito	Abuso di posizione dominante: parità di trattamento dei pagamenti con carte di credito e in contanti	10.09.1999	pendente	
Kaladent SA	Abuso di posizione dominante sul mercato delle forniture odontoiatriche	23.09.1999	18.12.2000	Inchiesta conclusa in seguito all'estinzione della posizione dominante
Intensiv SA	Abuso di posizione dominante nella produzione di materiale odontoiatrico	23.09.1999	18.12.2000	Decisione: abuso di posizione dominante
JC Decaux/ Affichage	Accordi illeciti in materia di concorrenza sul mercato delle affissioni pubblicitarie	07.10.1999	pendente	
Cartello ginevrino di asfaltatura e impermeabilizzazione	Accordi illeciti sui prezzi	17.01.2000	pendente	
Cartello bernese di appalto	Accordi illeciti sui prezzi	17.01.2000	pendente	

FFS	Abuso di posizione dominante nel traffico di merci	23.02.2000	pendente	
Medici del Canton Zurigo	Accordi illeciti sui prezzi (tariffe dei medici privati)	03.05.2000	pendente	
Mercato della benzina	Accordi illeciti sui prezzi, eventualmente abuso di posizione dominante	03.05.2000	pendente	
Assicurazioni complementari nel Cantone di Argovia	Accordi illeciti sui prezzi tra le casse malati	15.05.2000	pendente	
Mercato della telefonia mobile	Comportamento collusivo illecito	15.05.2000	pendente	
Vendita di medicinali veterinari	Accordi illeciti di vendita esclusiva	25.05.2000	pendente	
Aziende elettriche friborghesi	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	14.06.2000	pendente	
Elektra Baselland	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	04.08.2000	pendente	
Service intercommunal d'électricité de Renens	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	07.09.2000	pendente	
Feldschlöschchen/Coca Cola	Abuso di posizione dominante nella vendita di bevande	20.11.2000	pendente	

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

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

B 1	<b>1.   Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari</b>
-----	------------------------------------------------------------------------------

B 1.1	<b>1.   Terminaux de paiement</b>
-------	-----------------------------------

*Vorabklärung gemäss Art. 26 KG*

*Enquête préalable selon l'art. 26 LCart*

*Inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart*

Rapport final du 18 décembre 2000 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart relatif à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'article 7 LCart

#### **A.   En fait**

##### **A.1   Objet de l'enquête**

1.   Le 22 octobre 1999, l'entreprise Widmer Computer Technology a déposé une plainte auprès du Surveillant des prix en invoquant, d'une part, que des fournisseurs de terminaux de paiement auraient passé un accord sur les prix et, d'autre part, que ces prix seraient beaucoup plus élevés qu'aux Etats-Unis. Cette plainte a été transmise au secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) le 28 octobre 1999.

2.   Le secrétariat a entrepris une étude de marché pour déterminer quels étaient les concurrents actifs sur le marché des terminaux de paiement qui auraient pu participer à l'éventuel accord au sens de l'article 5 de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (ci-après: LCart).

3.   Il existe deux entreprises qui sont puissantes sur le marché et qui sont actives dans la production et la distribution des terminaux de paiement pour cartes de crédit et de débit. Il s'agit de la société 3C System AG (ci-après: 3C) qui a son siège à Urdorf dans le canton de Zurich et de la société Epsys AG (ci-après: Epsys) sise à Geroldswil dans le canton de Zurich également.

4. La société ICP Paysys GmbH (ci-après: ICP), dont le siège est à Oberglatt (ZH) vend des terminaux de paiement pour cartes de crédit et de débit mais n'en produit pas. La société Which, sise à Acacias dans le canton de Genève, commercialise également des terminaux de paiement, sans les fabriquer, et uniquement pour les cartes de crédit.

5. Le groupe Olivetti ne vend plus de terminaux de paiement depuis 7 ans. L'entreprise Ascom s'est également retirée du marché.

6. Le 15 décembre 1999, 3C a acquis 80% du capital de la société Epsys. Cette fusion a fortement modifié la structure du marché puisque ce sont les deux entreprises les plus importantes de ce secteur qui ont fusionné. La fusion n'a pas été notifiée à la Commission de la concurrence étant donné que les seuils de notification de l'article 9 LCart n'ont pas été atteints.

7. La question d'un éventuel accord sur les prix entre les entreprises est devenu presque sans objet puisque la quasi totalité du marché est entre les mains de la nouvelle entité. Ces constatations ont alors amené le secrétariat à se demander si cette nouvelle entité pouvait avoir une position dominante au sens de l'article 7 LCart et en abuser.

## **A. 2 Étapes de la procédure**

8. Le 12 novembre 1999, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart. Les sociétés 3C, Epsys et Ascom ont été invitées à répondre à des questions ponctuelles.

9. Le 12 janvier 2000, les entreprises Olivetti, Which SA et ICP ont été informées qu'une enquête préalable avait été ouverte en date du 12 novembre 1999. Un questionnaire leur a été adressé en cette même date.

10. Le 8 août 2000, le secrétariat a interrogé des clients de 3C et Epsys pour qu'ils se déterminent sur ce problème.

## **B. En droit**

### **B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart**

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

#### **B.1.1 Entreprise**

12. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. La nouvelle entité fusionnée (ci-après: 3C-Epsys) est une entreprise au sens de cette définition.

---

### **B.1.2 Prescriptions réservées**

13. Selon l'article 3 alinéa 1 LCart, sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

14. Dans le cas d'espèce, il n'existe aucune prescription légale pouvant exclure les terminaux de paiement de la concurrence.

### **B.1.3 Entreprise en position dominante**

15. Par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

16. L'établissement en position dominante suppose que l'on délimite préalablement le marché de référence.

#### **I. Marchés de référence**

17. Le marché des 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 (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

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

##### **a. Marché des produits**

19. Les entreprises concernées par cette enquête préalable sont actives dans le domaine des terminaux de paiement. Ce produit est un appareil de paiement électronique qui accepte les cartes (magnétiques et à puce) de crédit et/ou de débit.

20. Dans la majorité des commerces et des grandes surfaces commerciales, le paiement par carte de débit et par carte de crédit est largement répandu. Au cours de l'année 1999 par exemple, il y a eu, dans les magasins Coop, 20 millions de transactions par carte de débit et 3 millions par carte de crédit. Les commerçants ont donc besoin d'un appareil acceptant à la fois les cartes de débit et de crédit. Du côté de la demande, les appareils fonctionnant exclusivement pour des cartes de crédit ou de débit ne sont pas substituables à des appareils acceptant les deux moyens de paiement.

21. Ces appareils se caractérisent également par les différentes options qu'ils offrent. Il y a des terminaux indépendants utilisés dans des petits commerces et des terminaux qui sont reliés entre eux,

---

permettant par exemple une journalisation centrale des données (utilisés dans les grands commerces). Cependant, ces caractéristiques ne suffisent pas à définir des marchés différents du fait de la substituabilité du côté de l'offre, à savoir qu'il est possible pour les producteurs de mettre sur le marché les appareils avec les différentes options.

22. Par conséquent, le marché des produits pertinent est celui des terminaux de paiement, simples ou interconnectés, acceptant à la fois les cartes de crédit et les cartes de débit.

### **b. Marché géographique**

23. Afin de pouvoir accepter les cartes de paiement, ces appareils sont munis de logiciels (software) qui répondent à des spécifications techniques, propre à chaque pays, formulées par les "acquirers" qui sont des entreprises offrant aux commerçants l'accès au système de paiement par cartes de crédit/débit (pour les cartes de crédit, il s'agit de Europay AG, UBS Card center AG, Corner Banca SA, Swisscard AECS AG et Diners; pour les cartes de débit, il s'agit de Europay, Banque Migros et la Poste). Il faut souligner que les standards dans le domaine des cartes de crédit sont largement influencés par les standards internationaux, alors que les standards pour les cartes de débit sont essentiellement spécifiques à la Suisse.

24. Pour qu'un appareil puisse être mis en service, il doit être adapté pour répondre aux exigences techniques et doit ensuite être homologué par les acquirers. Ces appareils, une fois adaptés, ne sont utilisables qu'en Suisse.

Ainsi, le marché géographique pertinent est la Suisse.

## **II. Position sur le marché**

25. Afin de déterminer la position de 3C-Epsys sur le marché des terminaux de paiement, il faut examiner l'état de la concurrence actuelle. Si celle-ci s'avère peu intense, il faudra également s'interroger sur la concurrence potentielle.

### **a. Concurrence actuelle**

26. Il existe actuellement deux entreprises sur le marché des produits pertinent. Ces deux entreprises estiment leur part de marché à environ 95% pour 3C-Epsys et 5% pour ICP. Ainsi, la position de 3C-Epsys est très forte et suggère qu'elle détient une position dominante, hypothèse que nous discutons ci-après.

27. Que se passerait-il si 3C-Epsys venait à augmenter ses prix de façon significative? La question est de savoir si ICP peut fournir les clients de 3C-Epsys. Pour de gros consommateurs de terminaux tels que Migros et Coop, ICP ne fournit pas exactement les terminaux recherchés. En effet, les appareils offrent des caractéristiques

---

techniques différentes et ceux d'ICP n'ont, par exemple, pas de système de journalisation centrale des données. Or, Migros ou Coop exigent cette option technique, ce qui limite la substituabilité des produits des deux marques. De plus, les coûts pour changer de terminaux peuvent être élevés en raison de la complexité de l'installation de ces produits.

28. Il s'ensuit que la nouvelle entité 3C-Epsys peut potentiellement se comporter de manière indépendante par rapport aux autres participants au marché. La concurrence actuelle étant peu intense sur ce marché, il s'agit de s'interroger sur la concurrence potentielle.

#### **b. Concurrence potentielle**

29. Les barrières à l'entrée sont importantes pour les concurrents potentiels étrangers en ce qui concerne les cartes de débit (c.f. chiff. 23). Si un concurrent étranger décide d'entrer sur le marché suisse, il devra adapter son logiciel aux standards suisses, ce qui est coûteux. Or, vu la petite taille du marché suisse des terminaux de paiement, il sera difficile pour le producteur d'être rentable. De plus, une fois les appareils adaptés pour le marché suisse, ces derniers ne peuvent être vendus qu'en Suisse. Finalement, il faut aussi s'attendre à une réaction concurrentielle forte de la part de 3C-Epsys si un nouveau concurrent devait entrer sur le marché. Par conséquent, les risques financiers associés à une entrée sur le marché pertinent dissuaderont probablement la concurrence étrangère d'entrer sur ce marché.

30. En ce qui concerne les concurrents potentiels suisses, ICP pourrait techniquement se lancer dans la production de terminaux de paiement interconnectés. Cette possibilité serait d'autant plus probable si 3C-Epsys augmentait ses prix de façon significative. Ainsi, la concurrence potentielle semble se réduire à ICP et il est difficile de connaître l'effet disciplinaire sur le comportement de 3C-Epsys.

31. En conclusion, au vu de la structure du marché et des barrières à l'entrée, il existe de forts indices d'une position dominante de la nouvelle entité 3C-Epsys.

### **B. 2 Pratiques illicites (art. 7 LCart)**

32. La politique de la concurrence n'a pas à interdire le recours à la puissance économique. Dans une économie libérale, le succès et la croissance interne peuvent mettre une entreprise en position forte, voire en position dominante. Par contre, il doit être possible d'intervenir lorsque les entreprises dominant le marché se comportent de manière abusive (Message fédéral p. 75).

33. Dans le cas d'espèce, le secrétariat a constaté en examinant le catalogue de prix que ces derniers n'ont pas augmenté depuis la fusion entre 3C et Epsys.

---

34. Migros, lors de l'entretien téléphonique du 7 septembre 2000, a expliqué qu'elle était tout d'abord cliente d'Ascom, mais que lorsque 3C est entrée sur le marché, en proposant des appareils plus modernes à moitié prix, elle a alors équipé tous ses points de vente par des terminaux de 3C. Cela indique que l'entrée de 3C a amélioré les conditions concurrentielles sur ce marché, puisque les prix ont baissé de manière significative et sont restés à ce niveau depuis 5 ans.

35. Les différents clients de 3C-Epsys, interrogés par le secrétariat, se sont dit tout à fait satisfaits des appareils fournis et des conditions commerciales. Europay a également confirmé que 3C-Epsys offrait des prestations d'excellentes qualités et était très fiable.

36. Ainsi, au vu des conditions de concurrence actuelle et potentielle sur le marché relevant, le secrétariat considère qu'il existe des indices selon lesquels 3C-Epsys détient une position dominante au sens de l'article 7 de la LCart mais ne paraît pas en abuser.

### C. Conclusions

38. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. Constate qu'il n'existe pas d'indices d'une restriction illicite à la concurrence au sens de l'article 7 LCart.
2. Décide de ne pas ouvrir d'enquête au sens de l'article 27 LCart.
3. Décide de continuer à surveiller ce marché en raison de son obligation de surveillance des marchés.

B 1.1	<b>2. Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien</b>
-------	---------------------------------------------------------------------

*Vorabklärung gemäss Art. 26 KG*

*Enquête préalable selon l'art. 26 LCart*

*Inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart*

*Schlussbericht vom 16. Januar 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

### A. Sachverhalt

1. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, ob bei der Werbung in Printmedien der Wettbewerb durch die so genannten Jahres-Umsatz-Prämien und den so genannten Konzernabschluss in unzulässiger Weise beschränkt wird.

2. Ein Unternehmen beklagte sich beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat"), dass es bei der Zulassung zum Konzernabschluss diskriminiert werde. Das Sekretariat eröffnete am 25. Januar 2000 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG). Das Sekretariat überprüfte dabei auch die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Jahres-Umsatz-Prämien. In einer ersten Fragerunde wurden die Verbände befragt, welche die in Frage stehenden Regelungen abgeschlossen haben. In einer zweiten Runde wurden einige Verlage/Zeitungen, Werbe-/Medienagenturen, Werbeauftraggeber/Unternehmen und die involvierte Treuhandstelle befragt.

### **A.1.1 Jahres-Umsatz-Prämien-Vereinbarung**

3. Die Jahres-Umsatz-Prämien-Vereinbarung ("JUP-Vereinbarung") wurde zwischen dem Verband Schweizer Werbe-Auftraggeber ("SWA"), dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ("VSW") und dem Verband Schweizer Presse abgeschlossen. Die aktuelle Version datiert vom 1. Januar 1996.

4. Der VSW sowie die Mitglieder des Verbandes Schweizer Presse gewähren den Inserenten abgestuft nach deren Jahresumsatztotal eine JUP zwischen 2% und 5% auf allen Aufträgen, das heisst, titelübergreifend (vgl. Ziff. 1.1 der JUP-Vereinbarung).

5. Die definitive Abrechnung der JUP erfolgt durch eine unabhängige Treuhandstelle. Diese erhält für jedes Jahr die prämiensberechtigten Umsätze der Inserenten der jeweiligen Verlagstitel. Die Treuhandstelle überprüft die von den Verlagstiteln angewandten Prämiensätze. Entspricht der angewandte Prämiensatz nicht der JUP, werden die notwendigen Rückvergütungen eingeleitet. Diese Umsatzzahlen sind für die Verlage mitentscheidend für die spätere Festlegung der Anzeigenpreise. Da diese Umsatzzahlen Geschäftsgeheimnisse darstellen, erfolgt die Abrechnung (und die dadurch bedingte Offenlegung der Umsätze) durch eine unabhängige Treuhandstelle.

6. Gemäss Ziffer 1.4 (2. Absatz) der JUP-Vereinbarung ist die Kumulierung der Umsätze von juristisch unabhängigen Tochtergesellschaften möglich, wenn diese mehrheitlich im Besitz einer Finanz- oder Handelsgesellschaft (z.B. Holding) und auf der offiziellen, jährlich von der Schweizerischen Treuhandgesellschaft erstellten Liste der Konzernabschlussberechtigten Firmen aufgeführt sind. Zwischen der JUP-Vereinbarung und dem Konzernabschluss besteht also insofern ein Zusammenhang, als dass die rechtlichen Kriterien zur Kumulierung der Umsätze von Tochtergesellschaften dieselben sind. Auf die eigenständige Bedeutung des Konzernabschlusses ist im folgenden Titel zurückzukommen.

---

7. Die JUP-Vereinbarung wurde abgeschlossen, um Vorleistungen (z.B. Herstellung und Übermittlung druckreifer Anzeigen) der direkt inserierenden Unternehmen zu honorieren. Die Unternehmen, die ihre Anzeigen selbst disponieren, sollten gegenüber Medienagenturen nicht benachteiligt werden. Medienagenturen erhalten für die Abwicklung eines Auftrages eine Beraterkommission ("BK") von bis zu 15% vom Medienunternehmen, bei dem inseriert wird. Die BK wird danach von der Medienagentur an den Werbeauftraggeber weitergeleitet.

### **A.1.2 Richtlinien Konzernabschlüsse**

8. Die Richtlinien betreffend die Zulassung und die Abwicklung von Konzernabschlüssen in Zeitungen und Zeitschriften ("Richtlinien Konzernabschlüsse") wurden vom Verband Schweizer Presse, von der Presse Romande und vom VSW abgeschlossen. Die aktuelle Version datiert vom 1. Januar 2000.

9. Printmedien gewähren für Werbetreibende unter anderem Mengenrabatte gemäss verlagseigenen Rabattskalen. Um für Grosskunden wie zum Beispiel Konzerne einen Anreiz zu schaffen, höhere Umsätze in einem Titel zu generieren, werden bei der Anwendung der verlagseigenen Rabattskalen die Umsätze von Tochterunternehmen eines Konzerns kumuliert. Die Richtlinien Konzernabschlüsse legen fest, unter welchen Voraussetzungen die Umsätze von Tochtergesellschaften eines Konzerns zur Erlangung von Rabatten bei einzelnen Verlagstiteln kumuliert werden können.

10. In den Richtlinien Konzernabschlüsse werden die Voraussetzungen für die Zulassung zu einem Konzernabschluss definiert. Ein Konzern muss sich bei der Schweizerischen Treuhandgesellschaft (STG) anmelden, um in die Liste der berechtigten Konzerne aufgenommen zu werden. STG überprüft, ob die Voraussetzungen für die Zulassung erfüllt sind. Beispielsweise sind Firmen zum Konzernabschluss berechtigt, an denen die Muttergesellschaft einen Kapitalanteil besitzt, der 50% übersteigt (vgl. Art. 4 Abs. 1 Richtlinien Konzernabschlüsse). Der Konzernabschluss gemäss diesen Richtlinien ist also nicht deckungsgleich mit dem Konzernbegriff im Sinne von Artikel 663e Obligationenrecht. Die Liste der zum Konzernabschluss berechtigten Unternehmen wird anschliessend an die an den Richtlinien angeschlossenen Verbände weitergegeben.

11. Der so genannte Konzernabschluss dient also dem einzelnen Verlagstitel zur Beurteilung, ob es sich bei inserierenden Unternehmen um zum gleichen Konzern gehörende Gesellschaften handelt. Motivation für die Überprüfung dieser Angaben durch eine neutrale Treuhandstelle sind einerseits die Tatsache, dass zum Beispiel Holdinggesellschaften ihre echten Besitzverhältnisse gegenüber Dritten nicht offenlegen wollen, und andererseits eine Vereinfachung aufgrund des Entfallens dieser Überprüfung durch die einzelnen Verlage.

## **B. Erwägungen**

### **B.1.1 Geltungsbereich**

12. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

13. Unternehmen sind Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsprozess beteiligen (vgl. u.a. Botschaft zu einem KG, BBl 1995 I 533). Sowohl die an der JUP-Vereinbarung/den Richtlinien Konzernabschlüsse beteiligten Verbände als auch die Mitglieder dieser Verbände sind als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

### **B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften**

14. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Ein Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG liegt somit nicht vor.

### **B.1.3. Wettbewerbsabrede**

15. 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).

16. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. u.a. RPW 2000/2, S. 219). Die JUP-Vereinbarung und die Richtlinien Konzernabschlüsse gehen auf eine gemeinsame Übereinkunft der beteiligten Unternehmen zurück und könnten zur Vereinheitlichung von Rabatten führen. Beide sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG anzusehen.

## **B.2 Beurteilung der JUP-Vereinbarung und Richtlinien Konzernabschlüsse als Wettbewerbsabreden**

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

---

18. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **B.2.1 Relevanter Markt**

#### **B.2.1.a Sachlich relevanter Markt**

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

20. Die in Frage stehenden Abreden betreffen den Anzeigenbereich in Printmedien. Eine aus der bisherigen Praxis bekannte Unterscheidung in Märkte für nationale oder regionale Werbung erscheint vorliegend nicht notwendig, da die Abreden beide Bereiche umfassen. Inwiefern andere Werbeträger wie Fernsehen oder Plakate wenigstens zum Teil als Substitute in Frage kommen, ist an dieser Stelle nicht weiter zu erläutern (vgl. dazu Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG ("BOM"), RPW 2000/3, S. 422 ff.) Ausgegangen wird von einem sachlich relevanten Markt für Anzeigen in Printmedien.

#### **B.2.1.b Räumlich relevanter Markt**

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

22. Die in Frage stehenden Abreden betreffen den Markt für Anzeigen in Printmedien in der Schweiz. Eine Aufteilung in regionale Märkte erscheint nicht notwendig, da die Abreden die ganze Schweiz umfassen. Ausgegangen wird vom einem räumlich relevanten Markt, der die Schweiz umfasst.

### **B.2.2 Zwischenbemerkung zur Beurteilung der Wettbewerbsabreden**

23. Die JUP-Vereinbarung und die Richtlinien Konzernabschlüsse betreffen den Erhalt von möglichen Reduktionen bei Anzeigen in Printmedien, also nur eine Komponente des Preises. Vorab soll kurz auf die Anzeigenpreise im Allgemeinen eingegangen werden.

24. Unter der Website des VSW können die Anzeigenpreise (mm und 1 Seite schwarz/weiss, 2-farbig und 4-farbig) abgerufen werden. Die Höhe dieser Preise ist aufgrund der unterschiedlichen Grössen der Zeitungen und der Vielzahl möglicher Anzeigenkombinationen (sog. Pools) sehr unterschiedlich.

25. Aussagekräftiger ist die Höhe des so genannten Tausend-Leserpreises (TLP), der angibt, wie viele Franken aufgewendet werden müs-

sen, um 1'000 Leser (aus einer Zielgruppe) zu erreichen. Die TLP einzelner Anzeigenkombinationen und Titel können zum Beispiel im media Trend Journal (Trends 2001, Dezember 2000, S. 26 ff.) verglichen werden. Auch hier lässt sich feststellen, dass die Höhe der TLP unterschiedlich ist. Das ist ein mögliches Indiz für das Spielen des Wettbewerbs im Bereich der Festlegung der Anzeigenpreise in Printmedien.

### **B.2.3 Beurteilung der JUP-Vereinbarung als Wettbewerbsabrede**

26. Der VSW und die Mitglieder des Verbandes Schweizer Presse gewähren den Inserenten abgestuft nach deren Jahresumsatztotal titelübergreifend eine JUP zwischen 2% und 5% auf allen Aufträgen.

27. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Die dem VSW und dem Verband Schweizer Presse angeschlossenen Mitglieder stehen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb.

28. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten (vgl. Botschaft zu einem KG, BBl 1995 I 567). Darunter fallen auch Rabatte, Reduktionen oder Nachlässe anderer Art. Von den befragten Verbänden wurde betont, dass es sich bei JUP nicht um ein Rabattsystem handle, sondern dass dadurch Vorleistungen der Unternehmen für die Abwicklung der Anzeigen abgegolten würden. Dies ist irrelevant, da auch die Vereinheitlichung der Preise von Vorleistungen aus kartellrechtlicher Sicht problematisch sein könnte. Zudem stellt die JUP aus Sicht der inserierenden Unternehmen einen Bestandteil von möglichen Preisnachlässen dar.

29. Die JUP wird von den Verlagen titelübergreifend gewährt. Das heisst, dass sie die Preisrelationen zwischen den Anzeigentarifen zwischen den einzelnen Titeln (oder Titelkombinationen) nicht verändert. Das Verhältnis zwischen dem Anzeigentarif von verschiedenen Titeln bleibt sich gleich. Weil die JUP die relativen Preise unverändert belässt, hat sie dementsprechend auch keinen Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse.

30. Zudem stellt die JUP nur einen kleinen Bestandteil von möglichen Preisnachlässen dar, die inserierenden Unternehmen gewährt werden. Den grössten Anteil machen die Kundenrabatte, die jeder Verlag gemäss seiner eigenen, von Verlag zu Verlag unterschiedlichen Rabattskaleten gewährt. Weiter sind Gratiswiederholungen oder höhere Rabatte für einzelne Kunden die Regel. Zudem besteht die Möglichkeit, mittels Belegung von einzelnen Anzeigenkombinationen Rabatte zu erlangen. Alsdann hat beispielsweise eine der grössten Schweizer Zei-

tungen eine eigene JUP. Die befragten Unternehmen schätzten denn auch den Anteil der JUP an der Gesamtheit der gewährten Preisnachlässe auf 1-10%. Die JUP stellt also nur einen geringen Anteil an der Gesamtheit möglicher Preisnachlässe dar.

31. Insbesondere von Werbeagenturen wurde wiederholt kritisiert, dass die Vielfalt der Preisbildungselemente der Angebote auf dem Inseratemarkt in Printmedien die Planung und Kalkulation von Kampagnen erschwere. Solche Aussagen sind weitere mögliche Anzeichen für das Spielen des Wettbewerbs in diesem Bereich, da beim Vorliegen derartiger Marktstrukturen kollusives Verhalten schwieriger zu bewerkstelligen ist.

32. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die JUP die Preisrelationen zwischen den einzelnen Titeln - und damit die Wettbewerbsverhältnisse - unberührt lässt. Zudem hat die JUP nur einen geringen Einfluss auf die Gestaltung von Preisnachlässen (1-10% aller gewährten Preisnachlässe). Aus diesen Gründen kann auch nicht von einer indirekten Festsetzung der Preise - beziehungsweise von Preisbestandteilen - im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG ausgegangen werden.

#### **B.2.4 Richtlinien Konzernabschlüsse als Wettbewerbsabrede**

33. Die Richtlinien Konzernabschlüsse legen fest, unter welchen Voraussetzungen die Umsätze von Tochtergesellschaften eines Konzerns zur Erlangung von Rabatten bei einzelnen Verlagstiteln kumuliert werden können. Die Richtlinien Konzernabschlüsse wurden vom Verband Schweizer Presse, von der Presse Romande und vom VSW abgeschlossen.

34. Verlage haben bei der Anwendung ihrer Rabattskalen zur Generierung höherer Umsätze ein Interesse daran, die Umsätze von Tochtergesellschaften eines Konzerns mit einzubeziehen. Die von einer unabhängigen Treuhandstelle geführte Liste der konzernabschlussberechtigten Unternehmen gibt den einzelnen Verlagen Auskunft darüber, welche Unternehmen zu einem Konzern gehören. Triebfeder für die Erstellung einer derartigen Liste war das Ersparen von zeitraubenden Abklärungen für Verlage über teils geheime Tatsachen wie zum Beispiel das Halten von gewissen Beteiligungen. Die Zulassung zum Konzernabschluss richtet sich im Übrigen nach objektiven Kriterien.

35. Bei den Richtlinien Konzernabschlüsse handelt es sich nicht um eine Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG. Die Beurteilung erfolgt somit mit Blick auf Artikel 5 Absatz 1 KG. Die Frage, ob es sich überhaupt um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung handelt, kann in diesem Fall offen gelassen werden, da - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

---

36. Die Wettbewerbskommission hat eine Bekanntmachung über die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen erlassen (RPW 1998/2, S. 351 ff.). Diese Bekanntmachung erfasst Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG von Unternehmen gleicher Marktstufe über die Verwendung von Kalkulationshilfen einschliesslich entsprechende Vermittlungstätigkeit von Branchenverbänden. Als Kalkulationshilfen gelten unter anderem standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten der Erbringung von Dienstleistungen zu schätzen (vgl. Art. 1 und 2 der Bekanntmachung). Die Richtlinien Konzernabschlüsse fallen unter den Geltungsbereich dieser Bekanntmachung. Im Sinne von Artikel 3 der Bekanntmachung lassen sich Abreden durch die Vermittlungstätigkeit von Branchenverbänden in der Regel dann rechtfertigen, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) die Kalkulationshilfen inhaltlich auf Angaben zur Kalkulation der Preise beschränkt sind. Die Richtlinien Konzernabschlüsse beinhalten keine derartigen Angaben.
- b) die betreffenden Abreden den Austausch von Wissen der Beteiligten im Bereich der Kalkulation bewirken. Die Richtlinien Konzernabschlüsse führen zu einem Austausch von Wissen unter den einzelnen Verlagstiteln. Durch die Liste konzernabschlussberechtigter Unternehmen erfahren die Verlage, welche Schwester- und Tochtergesellschaften demselben Konzern angehören.
- c) sie den Beteiligten die Freiheit zur Bestimmung zur Gewährung von Rabatten und anderen Preisabschlägen belassen. Die Richtlinien Konzernabschlüsse bestimmen einzig, welche Unternehmen als Konzerne angesehen werden. Über die Höhe der Rabatte enthalten die Richtlinien keine Angaben. Die einzelnen Verlage wenden ihre eigenen Rabattskalen an.
- d) sie keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten bezüglich der Bestimmung von Endpreisen oder Konditionen geben können. Die Richtlinien Konzernabschlüsse beziehungsweise die Liste der konzernabschlussberechtigten Unternehmen lassen keine Rückschlüsse über die effektive Gewährung von Preisnachlässen zu.

37. Aus den genannten Gründen und insbesondere aufgrund der Tatsache, dass jeder einzelne Verlag seine eigene Rabattskala anwendet, kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG handelt.

### **B.3 Exkurs: Betrachtung unter dem Blickwinkel von Artikel 7 KG**

38. Allenfalls liesse sich der in Frage stehende Sachverhalt auch unter dem Blickwinkel von Artikel 7 KG betrachten. Voraussetzung dazu wä-

---

re die Qualifikation einzelner oder mehrerer Unternehmen als marktbeherrschend im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG. Es könnte hypothetisch geprüft werden, ob die in den Verband Schweizer Presse eingebundenen Verlagstitel als kollektiv marktbeherrschend angesehen werden können. Dies kann aus folgenden Gründen nicht angenommen werden.

39. Das Bestehen einer kollektiver Marktbeherrschung ist unwahrscheinlich, wenn die Nachfrager eine starke Stellung innehaben und somit Druck ausüben können (vgl. RPW 1998/2, S. 246, Rz. 147). Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission sind Fälle bekannt, in denen Grossunternehmen höhere Preisnachlässe erhielten. Dies spricht für das Vorliegen einer starken Marktgegenseite, die allfälliges Parallelverhalten zu destabilisieren vermag.

40. Das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung wird erschwert durch asymmetrische Kostenstrukturen (vgl. RPW 1998/3, S. 402; Rz. 41). Die Kostenstrukturen der einzelnen Verlage sind abhängig von verschiedensten Faktoren (z.B. Anteil der Werbeeinnahmen je nach Zeitung zwischen 50% und 80%) und können nicht als symmetrisch angesehen werden. Als weiterer Indikator kann die Stabilität der Marktverhältnisse dienen (vgl. RPW 1998/2, S. 311, Rz. 153). Mit Blick auf die Umstrukturierungen und Neulancierungen in der Schweizer Presselandschaft in den letzten Jahren können die Marktverhältnisse nicht als stabil bezeichnet werden.

41. Aus den genannten Gründen ist die Qualifikation einzelner oder mehrerer Unternehmen als marktbeherrschend nicht ersichtlich. Dementsprechend entfällt auch eine weitergehende Überprüfung des Sachverhaltes unter dem Blickwinkel von Artikel 7 KG.

#### **B.4 Ergebnis**

42. In Bezug auf die Jahres-Umsatz-Prämien und den Konzernabschluss in Printmedien konnten keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gefunden werden, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden.

43. Für allfällige Ansprüche wegen Behinderungen in der wirtschaftlichen Freiheit steht klagenden Unternehmen auch der Weg an den Zivilrichter offen, der für den Schutz von individuellen Ansprüchen zuständig ist. Die Wettbewerbsbehörden sind in einem allgemeineren Sinn dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet.

### **C. Schlussfolgerungen**

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen

---

1. stellt fest, dass in Bezug auf die Jahres-Umsatz-Prämien und den Konzernabschluss in Printmedien keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen.
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
3. teilt den betroffenen Verbänden und dem klagenden Unternehmen die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	<b>3. xDSL-Dienste der Swisscom</b>
-------	-------------------------------------

*Vorabklärung gemäss Art. 26 KG*

*Enquête préalable selon l'art. 26 LCart*

*Inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart*

*Schlussbericht vom 7. Februar 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend xDSL-Dienste der Swisscom wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG*

#### **A. Sachverhalt**

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") entnahm Pressemeldungen, dass die Swisscom beabsichtigt, xDSL-Dienste anzubieten. xDSL-Dienste ermöglichen die schnelle Übertragung digitaler Informationen über das bestehende Telefonkabel. Im vorliegenden Fall wird die so genannte ADSL-Technologie (ADSL = Asymmetric Digital Subscriber Line) eingesetzt. Dabei ist ADSL insofern asymmetrisch, als der grösste Teil der Übertragungsbandbreite für die Datenübertragung von der Informationsquelle zum Endgerät und nur ein kleiner Teil der Bandbreite für die Übertragung von Daten des Endgeräts an die Informationsquelle genutzt wird. ADSL ermöglicht im Idealfall die Übertragung von bis zu 8 Megabit pro Sekunde (MBit/s) zum Kunden (downstream). In der Gegenrichtung (upstream) können Daten mit bis zu 768 Kilobit pro Sekunde (Kbit/s) über einen schmalbandigen Rückkanal verschickt werden. Das Angebot von Swisscom erreicht vorerst nicht so hohe Übertragungsraten.
2. Mittels ADSL können - je nach angebotener Übertragungsrate - über die bestehenden Telefonleitungen interaktive Fernsehprogramme, Video on Demand und multimediale Internet-Anwendungen angeboten werden. Analoge oder digitale Sprach- und Datensignale können neben ADSL-Daten gleichzeitig über ein- und dasselbe Kabel laufen. Wer über ADSL verfügt, kann also zum Beispiel mit Megabit-Tempo über den Datenhighway surfen und zur gleichen Zeit telefonieren oder faxen.
3. Von verschiedenen Fernmeldediensteanbietern ("FDA") wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass die Swisscom diese Dienste den ande-

ren FDA nicht zum Weitervertrieb an ihre Endkunden (Wholesale Ebene) anbieten will. Weiter sei die Swisscom nicht bereit, anderen FDA Zugang zur Infrastruktur auf der letzten Meile zu gewähren, damit die FDA eigene, zum Anbieten von xDSL-Diensten notwendige Infrastruktur installieren können. Die letztgenannte Forderung betrifft die Entbündelung des Zuganges auf der letzten Meile (unbundling).

4. Die für ADSL-Dienste notwendige technische Ausrüstung wird im Anschlussnetz installiert, weshalb vorliegend auch hauptsächlich dieser Netzteil betroffen ist. Die Swisscom könnte in diesen Märkten über eine beherrschende Stellung verfügen. Im Gutachten der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 in Sachen Interkonnectionsverfahren Commcare gegen die Swisscom zuhanden der Kommunikationskommission ("ComCom") wurde festgestellt, dass die Swisscom bei Mietleitungen über eine marktbeherrschende Stellung im Anschlussnetz verfügt (RPW 2000/1, S. 70 ff.).

5. Die in Randziffer 3 beschriebenen Weigerungen der Swisscom könnten unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, "KG") darstellen.

6. Aus diesem Grund hat das Sekretariat mit Schreiben vom 5. Mai 2000 der Swisscom die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG mitgeteilt. Die Vorabklärung soll zeigen, ob Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bestehen.

7. Zur Klärung des Sachverhaltes und zur Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes wurden zuerst der Swisscom (Schreiben vom 5. Mai 2000) und später auch anderen FDA (Cablecom, Sunrise, DiAx, MCI-Worldcom, KPNQwest, Multilink, UUNET, Econophone und agri.ch; Schreiben vom 21. Juli 2000) Fragebogen zugestellt.

8. Am 17. Mai 2000 liess die Swisscom mittels einer Pressemitteilung verlauten, dass sie die ADSL-Technologie auch anderen FDA zur Verfügung stellen wird. In einer ersten Phase hätten ausgeloste FDA sowie Blue Window die Möglichkeit, die Dienste zu testen. Ab ungefähr Oktober 2000 sollte gemäss Mitteilung der Swisscom der Dienst kommerziell angeboten werden. Diese Ankündigungen wurden im Verlauf des Jahres 2000 auch umgesetzt.

9. In den Stellungnahmen vom 26. Mai 2000, 3. Juli 2000, 28. Juli 2000 und 20. Oktober 2000 bestreitet die Swisscom das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung und für unzulässige Verhaltensweisen. Soweit erforderlich, wird unter Kapitel B auf einzelne Vorbringen der Swisscom eingegangen.

10. Auf die Vorbringen der übrigen befragten FDA wird soweit erforderlich ebenfalls unter Kapitel B eingegangen.

---

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

11. Das KG gilt namentlich für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG).

12. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die Swisscom ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

13. Dem KG 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).

14. Mit dem neuen Fernmeldegesetz ("FMG") vom 30. April 1997 wurde der gesamte Fernmeldebereich liberalisiert. Das Gesetz soll insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. c FMG). Insofern bestehen im Fernmeldebereich grundsätzlich keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG.

### **B.3 Zuständigkeit**

15. Gemäss Artikel 7 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren prüfen Behörden ihre Zuständigkeit von Amtes wegen.

16. In Artikel 11 FMG werden marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet, anderen FDA nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion zu gewähren. Die für Interkonnektionssachverhalte zuständige Behörde ist die ComCom.

17. Insbesondere die in Randziffer 3 genannte Forderung zur Entbündelung des Zuganges auf der letzten Meile ist gemäss Auffassung von ComCom und auch des Sekretariates als Interkonnektionssachverhalt zu qualifizieren. Das Sekretariat ist für diese Sachverhalte nicht zuständig und verzichtet nachfolgend auf eine weitere Prüfung der Entbündelungsthematik. Im Weiteren ist festzuhalten, dass vor der ComCom bereits ein entsprechendes Verfahren hängig ist.

18. Die Anwendbarkeit der Interkonnektionsregulierung auf die Entbündelungsthematik wird von der Swisscom bestritten. Diesbezüglich sind Verfahren vor dem Bundesgericht hängig. Das Sekretariat behält sich deshalb ausdrücklich vor, die Frage in Abhängigkeit der Entscheidung des Bundesgerichtes und fallspezifisch in Zukunft neu zu beurteilen.

---

## **B.4 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens**

### **B.4.1 Marktbeherrschendes Unternehmen**

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

20. Um festzustellen, ob sich Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

#### **I. Relevanter Markt**

##### **a. Sachlich relevanter Markt**

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

22. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen schnelle Übertragungsdienste für Informationen, welche auch als Breitbanddienste bezeichnet werden können.

23. Breitbanddienste werden einerseits von Endkunden (retail Markt) und andererseits von FDA (wholesale Markt) nachgefragt. Marktgegenseite sind somit Endkunden und FDA. Endkunden benötigen Breitbanddienste insbesondere zur Ermöglichung eines schnellen Internet-Zuganges. Die FDA werden die nachgefragten Dienste allenfalls veredeln und anschliessend Endkunden anbieten.

24. Aus Sicht der Endkunden sind alle Leistungen substituierbar, welche schnelle Datenübertragungen ermöglichen. Bezüglich der Eigenschaften spielt die zur Verfügung stehende Übertragungskapazität die entscheidende Rolle. Der Verwendungszweck breitbandiger Dienste ist heute vor allem in den multimedialen Anwendungen des Internets angesiedelt.

25. Technisch ist es heute neben mittels ADSL-Technologie aufgerüsteten Telefonkabeln insbesondere über Kabelfernsehnetze ("CATV") möglich, breitbandige Kommunikationsdienste anzubieten. In Zukunft wird es auch möglich sein, über Wireless Local Loop ("WLL") oder den neuen Mobilfunkstandard UMTS Breitbanddienste in Anspruch zu nehmen (vgl. auch Rz. 37 ff.). Insbesondere für die Beurteilung der Marktstellung der Swisscom (vgl. Kap. B.4.1 II Marktstellung) spielen die zeitlichen Aspekte der Markteinführung neuer Technologien eine entscheidende Rolle.

---

26. Aus Sicht der Endkunden bestehen zwischen diesen verschiedenen Technologien keine erheblichen Unterschiede, was den Verwendungszweck und die Eigenschaften betrifft. Allerdings werden sich die Technologien aufgrund von unterschiedlichen Preis-Leistungsverhältnissen aller Voraussicht nach in unterschiedlichen Kundensegmenten durchsetzen. So ist gemäss Ankündigungen der konzessionierten Unternehmen WLL eher für Kunden mit grossem bis sehr grossem Kommunikationsbedarf geeignet, während die Kapazitäten und Eigenschaften der CATV-Netze eher auf kleinere Unternehmen und Privathaushalte ausgerichtet sind.

27. Aus Sicht der FDA sind alle Leistungen substituierbar, welche nach entsprechender technischer Veredelung als Breitbanddienste an Endkunden verkauft werden können. Von Seite der FDA spielt gemäss den eingegangenen Stellungnahmen der Grad der Flexibilität bei der Veredelung der Dienste eine wichtige Rolle. Das heisst, die FDA wollen auf der Basis der "Rohinfrastruktur" Dienste für die Endkunden möglichst weitgehend selber gestalten.

28. Aufgrund der technisch möglichen Substituierbarkeit der verschiedenen Technologien im Bereich breitbandiger Datenübertragung hat das Sekretariat als Arbeitshypothese einen Markt für Breitbanddienste abgegrenzt. Dieser kann weiter unterteilt werden in einen "retail"- und einen "wholesale"-Markt.

29. Im Sinne einer Nachprüfung hat das Sekretariat die erwähnten FDA (vgl. Rz. 7) zur vorgeschlagenen Marktabgrenzung befragt. Die FDA haben die Überlegungen des Sekretariates zur Marktabgrenzung weitgehend bestätigt.

30. Die eingegangenen Bemerkungen zur Marktabgrenzung werden im Rahmen der Vorabklärung nicht weiter gewürdigt. Die Marktabgrenzung muss letztlich auch nicht definitiv erfolgen, da sich nachstehend (vgl. Rz. 44 ff.) keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG ergeben.

31. Für die Zwecke dieser Vorabklärung werden somit die Märkte für Breitbanddienste an Endkunden (retail) und für den Zugang zu Breitbanddiensten für FDA (wholesale) als sachlich relevant abgegrenzt.

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

32. 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).

33. Im Sinne einer Arbeitshypothese geht das Sekretariat von einem räumlich relevanten Markt aus, welcher auf das gesamte Gebiet der Schweiz begrenzt ist. Die FDA wurden auch zu dieser Abgrenzung befragt.

---

34. Die Swisscom geht in ihrer Stellungnahme aufgrund unterschiedlicher Wettbewerbsverhältnisse in städtischen und ländlichen Gebieten von verschiedenen räumlich relevanten Märkten aus. In diesem Zusammenhang ist auf das Gutachten der Weko vom 7. Februar 2000 (vgl. RPW 2000/1, S. 70 ff.) zu verweisen. Die Weko ist damals der analogen Argumentation der Swisscom bezüglich der räumlichen Marktabgrenzung nicht gefolgt und hat einen gesamtschweizerischen Markt abgegrenzt.

35. Die Stellungnahme der Swisscom zur Marktabgrenzung wird im Rahmen der Vorabklärung nicht weiter gewürdigt. Die Marktabgrenzung muss letztlich nicht definitiv erfolgen, da sich nachstehend (vgl. Rz. 44 ff.) keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG ergeben.

36. Für die Zwecke der Vorabklärung wird von gesamtschweizerischen Märkten ausgegangen.

## **II. Marktstellung**

37. Die Beurteilung der Marktstellung der Swisscom in den beiden relevanten Märkten ist stark abhängig von der zukünftigen technischen Entwicklung und der breiten Markteinführung alternativer Anschlussmöglichkeiten. Namentlich sind die Entwicklungen beim Ausbau der CATV-Netze, die Einführung von WLL, Powerline Communication Lösungen via Stromnetz und mobilen Breitbanddiensten wie UMTS von Bedeutung.

38. Im Rahmen der Vorabklärung wurden stichprobenmässig einige FDA (vgl. Rz. 7) zur erwarteten technischen Entwicklung, dem Zeitpunkt einer Markteinführung und der Bedeutung der alternativen Anschlussmöglichkeiten für Breitbanddienste befragt. Diese nicht ins Detail gehenden Befragungen ergaben, dass heute allenfalls CATV-Netze, welche bereits für bi-direktionale Kommunikation aufgerüstet sind, die Netze der Swisscom im Anschlussbereich konkurrenzieren können. Alle anderen Alternativen sind heute kaum oder noch gar nicht verfügbar.

39. Die CATV-Netze in der Schweiz können nicht als Einheit betrachtet werden, da sie einen sehr unterschiedlichen technischen Entwicklungsstand aufweisen. Selbst das Netz der grössten Betreiberin Cablecom kann technisch nicht als eine Einheit betrachtet werden, da die bi-direktionale Kommunikation noch nicht überall gewährleistet ist.

40. Die Betrachtung der aktuellen Wettbewerbssituation ergibt somit, dass sowohl FDA als auch Endkunden nach wie vor weitgehend auf die Anschlüsse der Swisscom angewiesen sind. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Swisscom in den relevanten Märkten eine beherrschende Position einnimmt.

---

41. Die Swisscom könnte allenfalls durch potenzielle Konkurrenz diszipliniert werden. Potenzielle Konkurrenten sind vorliegend hauptsächlich:

- die Inhaber von WLL- und/oder UMTS-Konzessionen,
- die Unternehmen, welche beabsichtigen, Kommunikationslösungen über Stromleitungen (Powerline Communication) anzubieten,
- sowie andere Anbieter, welche eigene drahtgebundene Anschlüsse für Endkunden planen beziehungsweise bauen.

42. Allerdings weisen alle genannten potenziellen Konkurrenten beziehungsweise die jeweils eingesetzte Technologie gewisse Unsicherheiten bezüglich Substituierbarkeit zu den Breitbanddiensten der Swisscom und bezüglich Zeitpunkt einer breiten Markteinführung auf.

43. Das Ausmass der disziplinierenden Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf die aktuelle Marktstellung der Swisscom kann letztlich offengelassen werden, da sich nachstehend keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen ergeben.

#### **B.4.2 Unzulässigkeit Verhaltensweisen**

44. Hauptgrund für die Eröffnung der Vorabklärung waren Pressemeldungen und Klagen von FDA, dass die Swisscom die neuen ADSL-Dienste anderen FDA nicht zur Verfügung stellen würde.

45. Bereits kurz nach Eröffnung der Vorabklärung hat jedoch die Swisscom entsprechende Betriebstests und auch das Angebot von ADSL-Diensten auf wholesale-Ebene angekündigt (vgl. Rz. 8) und im Verlauf des Sommers auch umgesetzt. Durch diese Verhaltensänderung der Swisscom wurde den wettbewerblichen Bedenken des Sekretariates in einem wesentlichen Punkt Rechnung getragen.

46. Von Seiten diverser FDA wurden weitere angeblich unzulässige Verhaltensweisen genannt. Zusammenfassend handelt es sich dabei um:

- a) die Informationspolitik,
- b) die geringe Flexibilität des Angebotes sowie
- c) den nicht angebotenen entbündelten Zugang.

Nachfolgend wird auf die einzelnen möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen eingegangen.

##### **B.4.2.a Informationspolitik**

47. Es wurde der Verdacht geäussert, dass die Swisscom gezielt Informationen über die bevorstehende Einführung des ADSL-Dienstes zurückhalte. Ebenfalls wurde vorgebracht, dass die Swisscom die eigene Tochter Blue Window früher über diesen Dienst und dessen technische Ausgestaltung informiert habe. Eine derartige Informationspolitik könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern darstellen.

---

48. Die Abklärungen des Sekretariates bei der Swisscom und bei den befragten FDA ergaben jedoch keine Anhaltspunkte, welche den Verdacht einer Diskriminierung der Konkurrentinnen der Swisscom gegenüber Blue Window erhärtet oder gar bewiesen hätten. Blue Window nahm wie drei andere Unternehmen an den Betriebstests teil und hat die kommerziellen Dienste zum selben Zeitpunkt einsetzen können wie alle anderen Unternehmen.

49. Unter den Punkt der angeblich diskriminierenden Informationspolitik kann auch die Frage der Auslosung der Unternehmen, welche sich an der Testphase aktiv beteiligen durften, subsumiert werden. Es wurde insbesondere kritisiert, dass Blue Window für die Testphase gesetzt war, während alle anderen FDA an der Auslosung teilnehmen mussten. Eine kartellrechtliche Diskriminierung entstand dadurch jedoch nicht, weil zwar nicht alle FDA am Test teilnehmen konnten, aber allen FDA dieselben Dokumentationen oder Testergebnisse ausgehändigt wurden.

#### **B.4.2.b Geringe Flexibilität des Angebotes**

50. Von Seiten der FDA wird bemängelt, dass die ADSL-Dienste nur in zwei verschiedenen Geschwindigkeiten (256 Kbit/s bzw. 512 Kbit/s) und ohne Ausschöpfung der vollen Leistungsfähigkeit von ADSL angeboten werden.

51. Das momentan verfügbare Angebot der Swisscom beschränkt sich tatsächlich auf diese beiden Geschwindigkeiten. Eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise kann jedoch daraus nicht abgeleitet werden. Insbesondere bietet die Swisscom der eigenen Tochter Blue Window und eigenen Kunden keine anderen Dienste an.

52. Die Swisscom hat zudem angekündigt, zukünftig das Potenzial von ADSL besser auszuschöpfen und auch höhere Datenübertragungsgeschwindigkeiten anzubieten.

53. Die FDA würden wahrscheinlich ausschliesslich mittels einer Entbündelung des ADSL-Angebotes der Swisscom grössere Flexibilität bei der Ausgestaltung der eigenen Dienste erhalten (vgl. nächster Punkt).

#### **B.4.2.c Entbündelung des Angebots**

54. Die FDA würden es vorziehen, selber die für den Betrieb von ADSL-Diensten notwendige Infrastruktur im Anschlussnetz zu installieren und zu betreiben. Dazu müsste die Swisscom einen entbündelten Zugang zum Anschlussnetz gewähren.

55. Eine Entbündelung des Angebotes und des Anschlussnetzes wird vom Sekretariat grundsätzlich begrüsst. Nach momentaner Rechtsauffassung ist die Entbündelung Bestandteil der fernmelderechtlichen Interkonnektionsregulierung und damit im Zuständigkeitsbereich der ComCom (vgl. Kap. B.3).

---

### B.4.3 Zusammenfassung

56. Bei der Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung bestanden Anhaltspunkte dafür, dass sich die Swisscom weigert, anderen FDA ADSL-Dienste zum Weitervertrieb anzubieten. Dieses Verhalten hätte eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen können. Da die Swisscom jedoch das Verhalten änderte, wurde dieser Anhaltspunkt hinfällig.

57. Alle übrigen von den FDA vorgebrachten und durch das Sekretariat geprüften angeblich unzulässigen Verhaltensweisen erwiesen sich als kartellrechtlich unproblematisch.

### C. Schlussfolgerungen

58. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

- Stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen;
- Beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- Teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	<b>4. Watt/Migros - SIE</b>
-------	-----------------------------

*Vorabklärung gemäss Art. 26 KG*

*Enquête préalable selon l'art. 26 LCart*

*Inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart*

*Rapport final du 4 septembre 2000 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart sur le cas Watt/Migros - SIE relatif à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'article 7 LCart*

### A. En fait

#### A.1 Objet de la procédure

1. Le 14 février 2000, Watt Suisse AG (ci-après: WATT) et la Fédération des coopératives Migros (ci-après: FCM) ont chacune déposé une plainte contre le Service intercommunal de l'électricité SIE SA de Renens (ci-après: SIE). Ces plaintes sont motivées par le refus de SIE de faire transiter à partir du 30 janvier 2000 du courant électrique fourni par Watt pour l'approvisionnement de trois entreprises du groupe Migros situées dans le canton de Vaud, à savoir la Centrale de distribution d'Ecublens, le Centre Commercial de Crissier de la société coopérative Migros-Vaud et l'usine Jowa AG également située à Ecublens.

2. SIE est une entreprise d'approvisionnement en électricité, notamment active dans l'achat, la vente, le transport et la distribution d'énergie électrique. Le siège de la société est à Renens. Le SIE est une société anonyme de droit privé. Les actionnaires sont la commune de Renens, celle de Chavannes, celle d'Ecublens et celle de Crissier.

3. Watt est une entreprise du groupe Watt qui a son siège à Emmen dans le canton de Lucerne. Elle se présente comme la société de distribution du Groupe Watt AG pour l'approvisionnement d'acheteurs situés en dehors des zones de distribution des entreprises du groupe.

4. La FCM, dont le siège est à Zurich, est une fédération de sociétés coopératives au sens des articles 921-925 CO qui est formée de dix sociétés régionales, dont Migros-Vaud.

5. Jowa AG est une filiale à 100% de la FCM dont le siège est à Volketswil, dans le canton de Zurich. Elle est une entreprise industrielle productrice dans la boulangerie. Sa consommation annuelle en électricité est de 3,5GWh (1998). La succursale de Crissier et la centrale de distribution à Ecublens consomment respectivement 5GWh et 9GWh (1998).

6. Les sites de ces entreprises sont situés dans la zone de distribution de SIE qui les fournit en énergie électrique. Cet approvisionnement était assuré en vertu de contrats de fourniture (contrat du 10.11.66 avec Jowa AG, contrat de 1968 avec la centrale de distribution d'Ecublens et contrat de 1972 avec Crissier), qui entre temps ont été résiliés.

7. Jowa AG a résilié son contrat pour le 31 octobre 1999 et la FCM, le 30 janvier 2000 suite à un appel d'offres que la FCM a lancé le 30 juillet 1998 auprès de 14 entreprises d'approvisionnement en électricité. Cet appel d'offre portait sur un contrat pour l'approvisionnement d'électricité par un fournisseur unique de 26 sites (dont Jowa AG, la centrale de distribution d'Ecublens et Crissier).

8. Le 21 juin 1999 un contrat multi-sites a été conclu entre la FCM et Watt. Le contrat prévoit que la fourniture d'énergie doit débiter avec la résiliation des contrats en vigueur et l'obtention des droits de transit que Watt est chargé de négocier avec les opérateurs de réseau concernés.

9. Ces résiliations ont donné lieu jusqu'en janvier 2000 à des discussions ainsi qu'à des échanges de correspondance entre la FCM et SIE ainsi qu'entre Watt et SIE. Au cours de ces discussions, Watt, la FCM et Jowa AG ont sollicité de SIE le transit sur son réseau d'électricité fourni par Watt. SIE a cependant refusé d'entrer en négociation au motif que le marché n'est pas encore libéralisé et que la loi sur le marché de l'électricité n'est pas encore en vigueur. De plus, lorsque SIE a reçu les résiliations, elle a décidé de supprimer les rabais accordés jusque là.

---

10. Par la suite, SIE a proposé d'accorder à nouveau les rabais si FCM et Jowa AG versent parallèlement sur un compte de leur choix une provision correspondant au montant des rabais consentis. Cette provision leur restera acquise si le contrat est renouvelé ou si une décision judiciaire intervient, dans le cas contraire, elle deviendra la propriété de SIE (lettre du 21.12.99 et 5.01.00).

## **A.2 Étapes de la procédure**

11. Le 7 mars 1999, le secrétariat de la Comco a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (ci-après: LCart) contre SIE.

12. SIE a pris position sur les principaux griefs du plaignant les 4 avril et 12 juillet 2000. Elle a par ailleurs répondu à des questions ponctuelles.

## **B. En droit**

### **B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart**

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

#### **B.1.1 Entreprise**

14. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. SIE est une entreprise au sens de cette définition.

#### **B.1.2 Prescriptions réservées**

15. Selon l'article 3 alinéa 1 LCart, sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

16. Dans sa prise de position du 5 avril 2000, SIE a fait valoir que l'article 46 alinéa 3 de la loi sur les installations électriques (LIE; RS 734.0) constitue en l'espèce une prescription réservée dès lors que, à son avis, elle institue un "monopole de droit indirect".

17. Étant donné que l'article 46 alinéa 3 LIE a été abrogé avec effet au 1er janvier 2000 (LF du 18 juin 1999, RO 199, 3071 3124), cette disposition ne peut être prise en compte au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart. La question de savoir si cette disposition constituait une prescription réservée peut donc rester ouverte.

---

18. On notera au passage que, contrairement à l'opinion exprimée par SIE, la doctrine dominante admet que l'article 46 alinéa 3 LIE n'instituait pas un monopole de fait (Cl. RUEY, Monopoles cantonaux et liberté économique, thèse Lausanne, 1988, p. 149, et auteurs cités: H. HESS/H. WEIBEL, Enteignungsrecht des Bundes, vol.2, Bern 1986, p. 221); il s'agissait d'une disposition relevant du droit de l'expropriation s'appliquant exclusivement dans le cadre de telles procédures.

19. SIE s'est par ailleurs référé à la loi sur le marché de l'électricité, dont le projet a été publié le 7 juin 1999, au motif que celle-ci établirait un régime de marché ou de prix à caractère étatique au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre a LCart.

20. Dès lors que la loi en question n'a pas encore été adoptée par le législateur, elle ne peut pas non plus être prise en compte au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart. La question de savoir si la LME institue un régime de marché ou de prix au sens de cette disposition peut donc rester ouverte (sur cette question, voir A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz, PJA 3/2000, p. 298).

21. SIE n'a fait valoir aucune autre disposition de droit fédéral ou cantonal susceptible de constituer une prescription réservée. Le secrétariat lui-même n'a pas trouvé de telles dispositions. Par conséquent, la LCart est applicable dans le cas d'espèce.

### **B.1.3 Entreprise en position dominante**

22. Par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

23. L'établissement en position dominante suppose que l'on délimite préalablement le marché de référence.

#### **I. Marchés de référence**

24. Le marché des 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 (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

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

26. Le comportement reproché à SIE concerne deux marchés distincts mais étroitement liés, il s'agit du marché du transit de courant et le marché, situé en aval, de la fourniture de courant.

---

**a. Marché du transit de courant électrique****a) Marché du produit**

27. Le transit de courant électrique est d'un point de vue économique assimilable à une prestation de transport. Il consiste pour l'offreur à mettre à disposition du demandeur en un point donné de son réseau une quantité d'énergie correspondant à une quantité d'énergie injectée en un autre point de son réseau. Les opérateurs de réseaux sont du côté de l'offre, les fournisseurs ou les acheteurs d'électricité sont du côté de la demande.

**b) Marché géographique**

28. Pour délimiter le marché géographique, il faut partir du réseau de SIE qui dessert la plus grande partie du territoire des communes de Crissier, Ecublens, Chavannes et Renens. Étant donné que les opérateurs de réseaux contigus (les services industriels de Lausanne p. ex.) ne peuvent pas offrir de prestations qui sont substituables à celles de SIE car il est impossible pour eux de livrer du courant aux entreprises concernées, il faut donc considérer que le marché géographique est limité à la zone de distribution de SIE.

**b. Marché de la fourniture d'électricité****a) Marché du produit**

29. Le domaine de la fourniture d'électricité met en présence les fournisseurs et les consommateurs d'électricité. L'existence d'un marché séparé pour l'électricité dépend du degré de substituabilité des différents types d'énergie. S'agissant des usages industriels visés par les entreprises concernées, on peut partir de l'idée que d'autres types d'énergie ne sont pas suffisamment substituables au courant électrique.

**b) Marché géographique**

30. En Suisse, le marché de l'électricité est encore régional et se recoupe avec les zones de distribution des entreprises électriques. Ici, le marché de référence correspond à la zone de distribution de SIE.

**II. Position sur le marché**

31. De par leur maîtrise de fait sur les infrastructures de transport de courant électrique nécessaires à l'approvisionnement des consommateurs, SIE peut être considéré comme une entreprise en position dominante dans sa zone de distribution et ce, tant sur le marché du transit que sur celui de la fourniture de courant.

**B.2 Pratiques illicites (art. 7 LCart )****B.2.1 Comportements visés**

32. Il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse de donner accès,

---

contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure pour des motifs de fait ou de droit d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace (DPC 2000/1, p. 29; A. PALASTHY, op.cit., p. 302).

33. A défaut de motifs justificatifs de nature objective ("legitimate business reasons"), un tel refus, opposé à un fournisseur concurrent par un opérateur de réseau électrique, apparaît en principe contraire à l'idée d'une concurrence basée sur les performances des entreprises où les acheteurs devraient pouvoir librement choisir leur fournisseur en fonction de leurs besoins et de la qualité des offres qui leurs sont soumises.

34. Le refus d'accorder le transit est assimilable au refus d'entretenir des relations commerciales visé par l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart. Selon le Message concernant la LCart (p.95), il faut en effet partir d'un comportement illicite au sens de cette disposition "lorsqu'une entreprise qui jouit d'un monopole de droit public ou qui seule dispose d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services", refuse de contracter.

35. SIE contrôle le réseau électrique dans sa zone de distribution et l'utilise pour livrer ses propres clients. En refusant l'accès au réseau à Watt, elle évince un concurrent du marché de la fourniture de courant. Pour que Watt puisse quand même fournir de l'électricité à ses clients, il faudrait qu'elle construise un nouveau réseau, ce qui apparaît difficilement concevable en raison des obstacles juridiques et économiques existants.

36. A la suite des résiliations, SIE a supprimé les rabais accordés jusque là. Dans le cas d'espèce, la suppression du rabais fait suite au refus de SIE d'accorder le transit à Watt au détriment de la FCM et de Jowa AG. La question de savoir si cette suppression peut constituer un abus propre, distinct du refus d'accorder le transit, peut rester ouverte.

### **B.2.2 Défaut de motifs justificatifs**

37. Dans leurs prises de position du 4 avril 2000, SIE a invoqué un certain nombre de motifs pour justifier son refus:

A. SIE a fait valoir comme motif de refus le défaut d'ouverture du marché de l'électricité sur la base de la LME.

Là n'est pas la question dès lors que, d'une part, l'article 7 LCart institue une obligation de contracter à la charge d'entreprises en position dominante disposant d'infrastructures indispensables à l'exercice de la concurrence et que, d'autre part, la législation en vigueur ne prévoit pas de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, le motif invoqué apparaît irrelevante.

---

B. Dans son argumentation, SIE soulève que les entreprises concernées ne seront pas forcément éligibles au sens de la LME et que par conséquent, il faut attendre l'entrée en vigueur de la loi pour connaître la situation.

Cet argument est irrelevant. La LME n'étant pas en vigueur, la question d'éligibilité ne se pose pas.

C. Dans un courrier adressé à Jowa AG, SIE soutient que cette entreprise ne peut résilier son contrat car SIE se trouverait dans l'impossibilité d'amortir les investissements effectués au début du contrat (lettre du 8.9.99).

Il est important de souligner que le transit du courant de Watt ne se fera pas gratuitement et que dès lors, cette rémunération pourra contribuer à l'amortissement des investissements. De plus, le contrat d'approvisionnement ne dit rien quant aux investissements non amortis en cas de résiliation.

D. Le SIE fait également valoir des obstacles d'ordres techniques. Il n'y aurait pas de moyen technique de comptage pour connaître le décompte en temps réel de l'énergie en transit.

Ces problèmes d'ordres techniques devraient pouvoir être résolus par l'installation d'équipements nécessaires. La question de la répartition des coûts est un point que les parties devront négocier, ce que SIE a justement refusé de faire.

E. Selon SIE, il n'y aurait pas de réglementation définissant le report de charges sur les autres clients dus au départ prématuré d'un client.

Le départ d'un client, entraînant une diminution de bénéfice aura pour conséquence que les coûts devront être supportés par les clients restants. Cette situation n'est pas propre au marché de l'électricité. Le fait qu'il n'y ait pas de réglementation concernant la répartition des coûts n'est pas un motif relevant pour refuser le transit. C'est à SIE de s'arranger pour résoudre ce problème.

F. SIE fait également valoir que la normalisation dans le domaine de la mise à disposition de données ne permet pas d'assurer un traitement juste et équitable aux parties en présence.

Il est difficile de comprendre à quoi SIE fait référence. Cet élément devrait pouvoir faire objet de négociation entre les parties. Dans tous les cas, cet argument ne paraît pas justifier un refus pur et simple.

38. Aucun de ces arguments ne permet, en l'espèce, d'écarter l'existence d'indices de comportement illicite de la part de SIE.

### **C. Conclusions**

39. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fonde sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

---

1. Constate qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence au sens de l'article 7 LCart.
2. Décide de l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart et sollicite à cet effet l'accord d'un membre de la Présidence.

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

**B 2 2. Untersuchungen**  
**Enquêtes**  
**Inchieste**

<b>B 2.2</b>	<b>1. Kaladent AG</b>
--------------	-----------------------

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Untersuchung gegen Kaladent AG betreffend Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Dentalhandel wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG*

**A. Sachverhalt**

1. Die Kaladent AG, Urdorf (nachfolgend Kaladent), ist ein in der Schweiz tätiger Dentalhändler, welcher Zahnärzte mit Verbrauchsmaterialien, Kleingeräten und grösseren Einrichtungen beliefert. Kaladent ist 1999 durch den nicht meldepflichtigen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) Zusammenschluss des Unternehmens Askli AG mit der Medidenta AG und ihren Töchtern Dental, Uniserv und Neue Prodidenta entstanden. Askli ihrerseits hatte im Jahre 1997 mit den Dentalhändlern Dentex AG, Ernest Müller SA, Michel & Cie AG und R. Vix AG fusioniert.

2. Im Nachgang zur Gründung von Kaladent haben ehemalige Mitarbeiter einzelner fusionierten Unternehmen neu das Unternehmen ABC Dental AG, Schlieren/ZH (nachfolgend ABC Dental), gegründet respektive sich dem Unternehmen Dema-Dental AG angeschlossen und diese erheblich verstärkt, welche seither unter dem Namen Demadent AG, Weisslingen/ZH (nachfolgend Demadent), auftritt. Alle genannten Unternehmen sind auf dem Markt für den Vertrieb von Dentalprodukten tätig.

3. Die Novadent AG, Glattbrugg/ZH (nachfolgend Novadent), betreibt einen Versandhandel mittels Katalog für Produkte des Zahnärz-  
tebedarfs (Verbrauchsmaterialien und Kleingeräte, seit 2000 auch z.T.  
grössere Einrichtungen; siehe Aktionskataloge 1995/1996, 1997/1998,  
1998/2000) und beliefert direkt Zahnärzte.

4. Mit Schreiben vom 10. Februar 1997 beschwerte sich Novadent  
beim Sekretariat der Wettbewerbskommission darüber, dass Kaladent  
ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem sie a) ihre Kun-  
den mittels eines Rabattsystems kartellrechtswidrig an sich binde und  
b) Koppelungsvereinbarungen abschliesse.

a) In der Umsatz-Rabatt-Vereinbarung der Kaladent wurden den  
Zahnärzten für Verbrauchsmaterialien und Medikamente verschiedene  
umsatzabhängige Einkaufskonditionen angeboten.

b) Die Kaladent Plus Leistungsvereinbarung, welche zwischen der  
Kaladent und den Praxen abgeschlossen wurde, sah vor, dass Zahnärz-  
te nur dann berechtigt sind, sich an den Picketdienst der Kaladent zu  
melden, wenn sie bei dieser einen fakturierten Jahresumsatz für Ver-  
brauchsmaterialien von über CHF 15'000.-- erreicht haben. Die gleiche  
Vereinbarung enthielt eine Klausel, wonach Notfalleinsätze der Kala-  
dent (falls z.B. der Strom ausfällt, ein Druckluftkompressor defekt ist,  
eine Saugmaschine nicht mehr funktioniert) bei Zahnarztpraxen, die  
einen fakturierten Jahresumsatz an Verbrauchsmaterialien erreichen,  
der höher ist als CHF 35'000.-- sofort, bei Praxen mit einem Umsatz von  
über CHF 15'000.-- innert drei Stunden und bei solchen mit weniger als  
CHF 15'000.-- fakturiertem Umsatz an Verbrauchsmaterialien innert  
eines Tages erfolgen.

5. Kaladent hat per 1. April 2000 ihre Umsatz-Rabatt-Vereinbarung  
durch ein Nettopreissystem ersetzt, welches vorsieht, dass bei Vorjah-  
resumsätzen von über CHF 20'000.--, CHF 30'000.-- und CHF 50'000.--  
Rabatte von 2,5%, 3% respektive 3,5% gewährt werden. Auch bezüg-  
lich der Koppelungsgeschäfte hat Kaladent im Laufe der Untersuchung  
ihre Leistungsvereinbarung per 1. April 2000 aufgelöst.

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 11. März  
1997 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG eröffnet und den Be-  
stand von Anhaltspunkten festgestellt, wonach Kaladent als mögli-  
cherweise marktbeherrschendes Unternehmen versucht, mit Umsatz-  
rabatten und Koppelungsgeschäften Zahnärzte an sich zu binden.

7. Das Sekretariat hat daraufhin im Einvernehmen mit einem Mit-  
glied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 23. September  
1999 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet und dies glei-  
chentags Kaladent mitgeteilt.

8. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG  
durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom

29. September 1999 und im Bundesblatt vom 5. Oktober 1999 (BBl 1999 8008) bekanntgegeben.

9. Innerhalb der dreissigtägigen Frist (Art. 28 Abs. 2 KG) hat sich Novadent angemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen.

10. Im Nachgang zu Fragebogen aus dem Vorabklärungsverfahren hat das Sekretariat zusätzliche Erhebungen bei einzelnen Herstellern und Dentaldepots, bei der schweizerischen Zahnärztesgesellschaft und bei Kaladent gemacht.

11. Auf Gesuch vom 1. November 1999 zwecks Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht wurden am gleichen Tag Kaladent Kopien der Akten zugestellt.

12. Am 17. Oktober 2000 hat das Sekretariat den Parteien einen Verfügungsentwurf zur Stellungnahme samt Aktenverzeichnis zugestellt. Dabei wurden die Parteien erneut auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht.

13. Kaladent hat auf eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf verzichtet. Zum Verfügungsentwurf hat sich innert erstreckter Frist Novadent vernehmen lassen.

14. Novadent hat sich grundsätzlich mit dem Verfügungsentwurf einverstanden erklärt und sich auf ergänzende Erläuterungen beschränkt. Sie stellte in ihrer Stellungnahme keine Anträge.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

15. Das Kartellgesetz (KG) gilt namentlich für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Nach Artikel 2 Absatz 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken.

#### **B.1.1 Unternehmen**

16. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten (RPW 2000/2, S. 219, Ziff. 29).

17. Sowohl Kaladent wie im Übrigen auch Novadent sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### **B.1.2 Ausüben von Marktmacht**

18. Marktmacht übt aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt. Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, aber noch nicht im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beherrscht (ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215).

19. Kaladent zählt zu den grössten Vertreibern von Verbrauchsmaterialien. Die von Kaladent angebotenen Dienstleistungen werden von

---

einem Grossteil der Zahnärzte in Anspruch genommen. Nach eigenen Angaben hat Kaladent auf dem Markt für den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien einen Marktanteil von rund 40%.

20. Allein schon aufgrund der Marktanteile kann ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass Kaladent über die im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG vorausgesetzte Marktmacht verfügt.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

21. 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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

## **B.3 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens**

### **B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

23. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die einen Markt massgeblich beeinflussen (vgl. Marktmacht, B.1.2) und auf diesem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob sich ein bestimmter Dentalhändler tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### **B.3.1.1 Relevanter Markt**

24. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

##### **a) Sachlich relevanter Markt**

25. Der sachlich relevante Markt umfasst in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 1999/3, S. 406, Ziff. 37).

26. Kaladent vertreibt namentlich Verbrauchsmaterialien (Rz. 1). Abnehmer von Verbrauchsmaterialien und somit Marktgegenseite sind die Zahnärzte. Der von den Zahnärzten nachgefragte Vertrieb von

---

Verbrauchsmaterialien ist mit den Angeboten der übrigen Dentalhändler austauschbar (vgl. u.a. die Angebotskataloge der Unternehmen Novadent, RCD AG, Demadent, Healthco Breitschmid AG).

27. Der sachlich relevante Markt umfasst folglich den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien.

#### **b) Räumlich relevanter Markt**

28. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; RPW 1999/3, S. 409, Ziff. 51).

29. Kaladent beliefert Zahnärzte in der ganzen Schweiz mit den gleichen Produkten. Nach Aussage der schweizerischen Zahnärztesgesellschaft (SSO) beziehen kaum Zahnärzte Verbrauchsmaterialien aus dem Ausland. Der räumlich relevante Markt ist folglich nicht international, sondern nur auf das Territorium der Schweiz abzugrenzen.

30. Es bleibt die Frage, ob der räumlich relevante Markt weiter (d.h. regional oder lokal) einzuschränken sei. Die Homogenität der Nachfrage sowie die geringen Transportkosten von Verbrauchsmaterialien schliessen eine lokale Marktabgrenzung aus.

31. Der räumlich relevante Markt umfasst demzufolge das gesamte schweizerische Territorium.

#### **B.3.1.2 Marktstellung**

32. Bei der Prüfung der Marktstellung von Kaladent wird in einem ersten Schritt die aktuelle Konkurrenz geprüft. Stellt sich dabei heraus, dass die aktuelle Konkurrenz ausreichend gross ist, kann davon abgesehen werden, in zwei weiteren Schritten die potenzielle Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite zu prüfen (RPW 2000/2, S. 177, Ziff. 54 ff.).

33. Anlässlich der Analyse der aktuellen Konkurrenz ist namentlich aufgrund (a) der Marktanteile und deren Verteilung sowie (b) der Marktanteilsentwicklung festzustellen, wer Wettbewerber im definierten Markt ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

(a) Die Untersuchung hat ergeben, dass das Gesamtmarktvolumen im Markt für Verbrauchsmaterialien zwischen rund CHF 100 Mio. und 150 Mio. liegt. Kaladent erwirtschaftet auf diesem Markt einen Umsatz von rund 40%. Sowohl ABC Dental wie auch Healthco Breitschmid AG. Demadent kommt auf einen Anteil von etwa 10%. Die restlichen Marktteilnehmer teilen sich die verbleibenden 20%.

Aufgrund der aufgeführten Marktanteilszahlen und deren Verteilung (40-15-15-10-20) ist zu entnehmen, dass Kaladent im Markt für Verbrauchsmaterialien eine starke Stellung einnimmt.

---

(b) Die Untersuchung hat ergeben, dass 1998 der Marktanteil der Kaladent im Markt für Verbrauchsmaterialien bei etwa 65% lag. Gemäss Aussagen von Kaladent entsprach dieser Marktanteil rund 55%. Andere Marktteilnehmer und Hersteller schätzten den Marktanteil der Kaladent für das Jahr 1998 weitaus höher ein (bis zu 95%). Im Jahre 1999 wurde das Unternehmen ABC Dental gegründet. Es gewann auf Anhieb rund 15% Marktanteil im Wesentlichen auf Kosten von Kaladent. Auch Demadent konnte durch ihr verstärktes Auftreten ihren Marktanteil von rund 3% auf 10% steigern. Was die übrigen Dentalhändler angeht, so haben sich ihre Marktstellungen kaum verändert. Kaladent hat demnach aufgrund der Gründung von ABC Dental und der Verstärkung von Demadent rund 25%-Punkte an Marktanteil verloren (vgl. oben Bst. a). Bezeichnend ist, dass im ersten Quartal 2000 Kaladent mit weiteren Marktanteilsseinbussen rechnete, im Gegensatz zu ABC Dental und Demadent, die mit weiteren Marktanteils Gewinnen rechnen.

Die Marktanteilsentwicklung zeigt, dass im Markt für den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien Bewegung herrscht und dass Kaladent zu Gunsten ihrer Konkurrenten erhebliche Marktanteile verloren hat. Derartige Marktanteilsschwankungen sprechen für einen dynamischen Markt, in welchem es in Folge des Wettbewerbs zu Verschiebungen der Marktanteile kommt. Kaladent ist demnach dem Wettbewerb ausgesetzt, wie auch ihre Verhaltensänderung im Zusammenhang mit den Rabattsystemen und der Leistungsvereinbarung (vgl. Rz. 4) deutlich macht. Bezeichnend für die Bewegung im fraglichen Markt ist auch die Tatsache, dass Händler, welche bis 1999 Exklusivverträge mit Kaladent hatten, sich heute auch an Konkurrenten von Kaladent wenden.

34. Die erwähnten Marktanteilsentwicklungen lassen den Schluss zu, dass Kaladent im Markt für den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien keine beherrschende Stellung einnimmt.

### **B.3.2 Ergebnis**

35. Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass Kaladent im Markt für den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 beziehungsweise Artikel 7 Absatz 1 KG aufweist. Demnach ist das für die Prüfung einer missbräuchlichen Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG erforderliche Tatbestandselement der Marktbeherrschung nicht gegeben und die Untersuchung gegen Kaladent deshalb einzustellen.

## **C. Kosten**

36. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Dies ist der Fall bei Unternehmen, die durch ihr Verhalten Anhaltspunkte für eine unzu-

lässige Wettbewerbsbeschränkung begründen, unabhängig davon, wie beziehungsweise ob das in Frage bestehende Verhalten im Rahmen des Verfahrens beurteilt wird (RPW 2001/1, S. 35).

37. Im vorliegenden Verfahren gab es Indizien, wonach Kaladent ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, weshalb eine Untersuchung eröffnet wurde (vgl. Rz. 6). Die Marktanteile im relevanten Markt entwickelten sich erst im Verlaufe der Untersuchung derart, dass aufgrund ebendieser Entwicklung Kaladent ihre marktbeherrschende Stellung verloren hat (vgl. Rz. 33 und 5, wonach Kaladent im April 2000 ihre Umsatz-Rabatt-Vereinbarung und ihre Leistungsvereinbarung abgeändert hat). Dass die Kartellrechtswidrigkeit der Verhaltensweisen der Kaladent im vorliegenden Fall nicht rechtsgenügend festgestellt wurde, ist für die Gebührenpflicht demnach nicht relevant.

38. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Wie oben dargelegt wurde, bestanden Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung von Kaladent. Die Ausnahmebestimmung in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a KG-Gebührenverordnung kommt demnach nicht zur Anwendung. Kaladent ist aufgrund ihres Verhaltens somit als Verursacher des Verfahrens gebührenpflichtig (vgl. RPW 2001/1, S. 35).

39. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

40. Im Rahmen der Vorabklärung wurde nebst dem schweizerischen Markt für Dentalhandel auch der schweizerische Markt für Dentalindustrie geprüft. Die Wettbewerbskommission beschliesst demnach, dass aufgrund der erfolgten Zweiteilung des Verfahrens die während der Vorabklärung verrechneten Stunden um die Hälfte reduziert werden. Für die aufgewendete Zeit während der Vorabklärung von [...] Stunden hat Kaladent folglich  $\frac{1}{2}$  zu entrichten (d.h. [...] Stunden). Für die aufgewendete Zeit während der Untersuchung von [...] Stunden erkennt die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würde. Da ein Ansatz von CHF 130.-- pro Stunde gilt, beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF [...].

41. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

## D. Schlussfolgerungen

Aufgrund des Sachverhalts und im Sinne der vorangehenden Erwägungen beantragt das Sekretariat der Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Die Untersuchung gegen Kaladent AG, Urdorf, betreffend Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Dentalhandel wird eingestellt.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	<b>2. Intensiv SA, Grancia</b>
-------	--------------------------------

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2000 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Intensiv SA, Grancia, betreffend Wettbewerbsverhältnisse in der schweizerischen Dentalindustrie wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG*

### A. Sachverhalt

1. Die Intensiv SA (nachfolgend Intensiv) ist eine im Bereich Herstellung von Dentalinstrumenten tätige Gesellschaft mit Sitz in Grancia (TI). Zu ihren umsatzstärksten Produkten zählen rotierende Diamant- und Rubininstrumente.
2. Die Novadent AG, Glattbrugg (ZH; nachfolgend Novadent), betreibt einen Versandhandel mittels Katalog für Produkte des Zahnärztebedarfs (siehe Aktionskataloge 1995/1996, 1997/1998, 1998/2000) und beliefert direkt Zahnärzte.
3. Am 10. Februar 1997 reichte Novadent beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Schreiben ein, mit dem sie unter anderem beklagte,
  - durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und das Auflegen von diskriminierenden Geschäftsbedingungen seitens Intensiv bei der Aufnahme des Wettbewerbs behindert zu werden.
  - durch koordinierte Lieferboykotte in der Ausübung des Wettbewerbs für den Vertrieb von Verbrauchsmaterialien und Kleingeräten behindert zu werden.
  - dadurch kein Volldépot aufbauen zu können, was wiederum dazu führe, dass sie von Herstellern und Grossisten einerseits und Zahn-

ärzten andererseits als Discounter mit Tiefpreisen und einem sehr beschränktem Sortiment wahrgenommen werde. Hersteller und Grossisten, die zur Belieferung der Novadent bereit wären, sähen als Folge dieses Umstandes von einer Belieferung ab (Qualitäts- und Sicherheitsbedenken).

- einen weiteren Schaden dadurch zu erleiden, dass die Zahnärzte Produkte von Intensiv bei Konkurrenten beziehen müssen, wobei diese Käufer gleichzeitig weitere Produkte beim entsprechenden Lieferanten bestellen, so dass die Umsatzeinbusse höher ist, als nur betreffend der "Nichtbestellung" von Intensiv-Produkten.

4. Intensiv begründet die Nichtbelieferung von Novadent hauptsächlich mit dem Argument, Novadent würde einen Versandhandel betreiben und wäre folglich nicht in der Lage, einen angemessenen Kundenservice zu gewährleisten.

5. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 11. März 1997 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG und hat festgestellt, dass es Anhaltspunkte gibt, wonach Intensiv ihre marktbeherrschende Stellung namentlich durch Lieferverweigerungen missbrauche.

6. Das Sekretariat hat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 23. September 1999 die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG beschlossen und dies gleichentags Intensiv mitgeteilt.

7. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 29. September 1999 und im Bundesblatt vom 5. Oktober 1999 (BBl 1999 8007) bekanntgegeben.

8. Innerhalb der dreissigtägigen Frist (Art. 28 Abs. 2 KG) hat sich nebst Novadent das Unternehmen Discodent AG, Wangen (nachfolgend Discodent), angemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen. Discodent ist ein Dentalhändler, welcher ebenfalls Zahnärzte mit Verbrauchsmaterialien und anderen Produkten beliefert.

9. Im Nachgang zu Fragebogen aus dem Vorabklärungsverfahren hat das Sekretariat zusätzliche Erhebungen bei einzelnen Herstellern und Dentaldepots, bei der Zahnärztegesellschaft (SSO) und bei Intensiv gemacht.

10. Auf Gesuch vom 27. April 2000 zwecks Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht wurden am 1. Mai 2000 Intensiv Kopien der Akten per Versand zugestellt.

11. Am 30. August 2000 hat das Sekretariat den Parteien einen Verfügungsentwurf zur Stellungnahme samt Aktenverzeichnis zugestellt. Dabei wurden die Parteien erneut auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht.

12. Discodent hat auf eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf verzichtet. Zum Verfügungsantrag haben sich innert erstreckter Frist die Parteien Intensiv und Novadent vernehmen lassen.

13. Novadent hat sich grundsätzlich mit dem Verfügungsentwurf einverstanden erklärt und sich auf ergänzende Erläuterungen beschränkt.

14. Intensiv hat in ihrer Stellungnahme folgende Rechtsbegehren gestellt:

- Es sei der Sachverhalt im Sinne der in der Stellungnahme gemachten Ausführungen zu ermitteln und darzulegen;
- Es seien die Beilagen zur Stellungnahme zu den Akten zu erkennen;
- Es sei eine Anhörung der zuständigen Organe der Intensiv durchzuführen.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Rechtsbegehren der Intensiv SA**

15. In ihrer Stellungnahme beantragt Intensiv, der Sachverhalt sei insofern zu vervollständigen, als dass (a) ihre Geschäftspolitik, sowie die Bedeutung der Beratung hinsichtlich von Medizinalprodukten mehr berücksichtigt werden müssen, dass (b) Novadent einen indikationsunabhängigen Versandhandel führt, und dass (c) Intensiv nur solchen Betrieben gegenüber Lieferungen verweigert, die den Kundenservice nicht gewährleisten.

a) In der Verfügung wird der Geschäftspolitik von Intensiv genügend Rechnung getragen (Rz. 31, 43 und 56). Diese muss demnach nicht weiter ausgeführt werden. Betreffend der Gefahr bei Medizinalprodukten nimmt die Wettbewerbskommission die Bemerkungen von Intensiv sowie die dabei zugestellten Beilagen zur Kenntnis und geht in den entsprechenden Erwägungen spezifisch darauf ein.

b) Novadent betreibt einen Versandhandel (Rz. 2). Mittels ihrer Kataloge, direkten Mailings und einem Telefondienst können Zahnärzte namentlich Verbrauchsmaterialien bei Novadent bestellen und erhalten diese per Versand zugestellt. Das vorliegende Verfahren bezieht sich nicht auf die Geschäftspolitik von Novadent, sondern prüft, ob Intensiv eine marktbeherrschende Stellung hat und diese durch Lieferverweigerungen missbraucht. Demnach ist es überflüssig, spezifischer auf die Geschäftspolitik von Novadent oder anderen Versandhändlern einzugehen.

c) In den Randziffern 48 und 51 werden die Bedingungen, zu welchen Intensiv Dentalhändler beliefert, aufgeführt. Demnach erübrigt sich der diesbezügliche Antrag von Intensiv, da ihm in der vorliegenden Verfügung genügend Rechnung getragen wird.

Die Begehren nach Berücksichtigung der in der Stellungnahme von Intensiv gemachten Ausführungen zum Sachverhalt sowie die Erken-

nung der Beilagen der Stellungnahme zu den Akten werden teilweise gutgeheissen.

16. Intensiv beantragt eine Anhörung ihrer Organe durch die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 30 Absatz 2 in fine KG.

a) Nach Artikel 30 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission eine Anhörung der Parteien und Dritter beschliessen. Zu einem solchen Beschluss kann es ausnahmsweise dann kommen, wenn sich namentlich bezüglich des Sachverhaltes oder dessen Würdigung unerwartet Unsicherheiten einstellen, deren Klärung für die Fallentscheidung relevant ist (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 346). In diesem Fall kann die Wettbewerbskommission auf eine Anhörung verzichten, da Intensiv ausführlich zum Sachverhalt Stellung nehmen konnte. Zudem hat Intensiv in ihrem Begehren nicht erläutert, welche rechtserheblichen Sachverhaltsabklärungen zusätzlich durch eine Anhörung herbeigeführt werden sollen. Eine Anhörung der Organe von Intensiv erübrigt sich demzufolge. In diesem Verfahren geht es um die Marktstellung von Intensiv sowie deren Missbrauch durch Lieferverweigerungen. Diesbezüglich erachtet die Wettbewerbskommission die rechtserheblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen als ausreichend.

Das Begehren um Anhörung der Organe von Intensiv gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG wird abgewiesen.

## **B.2 Geltungsbereich**

17. Das Kartellgesetz (KG) gilt namentlich für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Nach Artikel 2 Absatz 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken.

### **B.2.1 Unternehmen**

18. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Ziff. 28).

19. Sowohl Intensiv, wie auch Discodent und Novadent, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.2.2 Ausüben von Marktmacht**

20. Marktmacht übt aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt. Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, aber noch nicht im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beherrscht (ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215).

21. Intensiv ist auf die Herstellung von rotierenden Instrumenten spezialisiert und steht im Markt für rotierende Instrumente mit anderen Herstellern (vgl. unten, Abschnitt B.3.1.2 a) im Wettbewerb. Ihre Pro-

---

dukte haben in diesem spezifischen Markt einen beachtlichen Stellenwert. Nach eigenen Angaben von Intensiv ist ihre Stellung im Markt für rotierende Instrumente führend (rund 60%).

22. Allein schon aufgrund der angegebenen Marktanteile kann ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass Intensiv die im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG vorausgesetzte Marktmacht innehat.

### **B.3 Vorbehaltene Vorschriften**

23. Dem KG 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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

### **B.4 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens**

#### **B.4.1 Marktbeherrschende Stellung**

25. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die nicht nur über Marktmacht verfügen (vgl. Rz. 20 ff.), sondern weitergehend auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: SIWR, Hrsg. VON BÜREN/DAVID, Basel/Genf/München 2000, S. 166 ff.).

26. Um festzustellen, ob sich bestimmte Hersteller von Verbrauchsmaterialien für Zahnärzte tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, sind vorab die relevanten Märkte abzugrenzen.

##### **B.4.1.1 Relevanter Markt**

27. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

##### **a) Sachlich relevanter Markt**

28. Der sachlich relevante Markt umfasst, in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU), alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 45 ff.).

---

29. Die Marktgegenseite der Hersteller, darunter auch Intensiv, sind vorwiegend die Dentalhändler. Diese bestimmen ihre Nachfrage allerdings in Abhängigkeit der Bestellungen der Zahnärzte. Es besteht eine nachfragebedingte Abhängigkeit der Dentalhändler bezüglich der Produkte der Intensiv (vgl. dazu zum deutschen Recht BGH WuW 1999, 1112, Feuerwehrgeräte). Um die Substituierbarkeit im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU zu ermitteln, muss deshalb die Austauschbarkeit auf Stufe der Zahnärzte analysiert werden (vgl. Verfügung vom 7. Juni 2000 in Sachen Vertrieb von Arzneimitteln ["Sanphar"], in RPW 2000/3, S. 356, Rz. 81).

30. Zahnärzte verlangen für die Behandlung ihrer Patienten eine Vielzahl von Verbrauchsmaterialien (Abdruckmaterialien, Medikamente, Reinigungsinstrumente, Füllungsmaterialien, Zubehör wie Nadeln und Mundspülmittel etc.).

31. Intensiv stellt rotierende Instrumente für die Zahnbehandlung her. Diesen Instrumenten ist eigen, dass ihre Oberfläche aus synthetischen oder natürlichen Diamant- oder Rubinkristallen besteht, welche in einer Mischung aus Stahl, Nickel und Chrom integriert werden. Diese Produkte ermöglichen eine Vielfalt von Anwendungen: Sie werden speziell für die Vorbereitung der peripheren Kränze und für die Zahnsteinbehandlung verwendet. Eingesetzt werden sie unter anderem auch zur Behandlung von Kavitäten. Rotierende Instrumente verschiedener Herkunft sind demnach gemäss der Stellungnahme von Intensiv zwar untereinander austauschbar, jedoch nicht mit anderen Verbrauchsmaterialien (s. oben, Rz. 30) substituierbar. Sie stellen für den nachfragenden Zahnarzt einen eigenen Markt dar.

#### **b) Räumlich relevanter Markt**

32. 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).

33. Direkteinkäufe finden nach Aussage der Marktteilnehmer bis auf die grenznahen Gelegenheitsimporte kaum statt. Intensiv selbst schliesst solche für ihre Produkte weitgehend aus. Der räumlich relevante Markt ist folglich nicht international, sondern nur auf das Territorium der Schweiz abzugrenzen.

34. Es bleibt die Frage, ob der räumlich relevante Markt weiter (d.h. regional oder lokal) einzuschränken sei. Die Homogenität der Nachfrage sowie die geringen Transportkosten der Produkte von Intensiv schliessen eine lokale Marktabgrenzung aus. Zudem bieten die Hersteller von rotierenden Instrumenten keine regional unterschiedlichen Produkte an.

35. Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz abgegrenzt werden.

---

### B.4.1.2 Marktstellung

36. Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes gilt es, die Marktstellung von Intensiv zu prüfen. Dabei muss berücksichtigt werden, welche Unternehmen in diesem Markt tätig sind (aktuelle Konkurrenz) und ob im definierten Markt Zutritte möglich sind (potenzielle Konkurrenz). Ebenfalls von Bedeutung ist die Frage, ob und in welchem Ausmass die Marktgegenseite in der Lage ist, die Verhaltensspielräume von Intensiv zu begrenzen (Stellung der Marktgegenseite).

#### a) Aktueller Wettbewerb

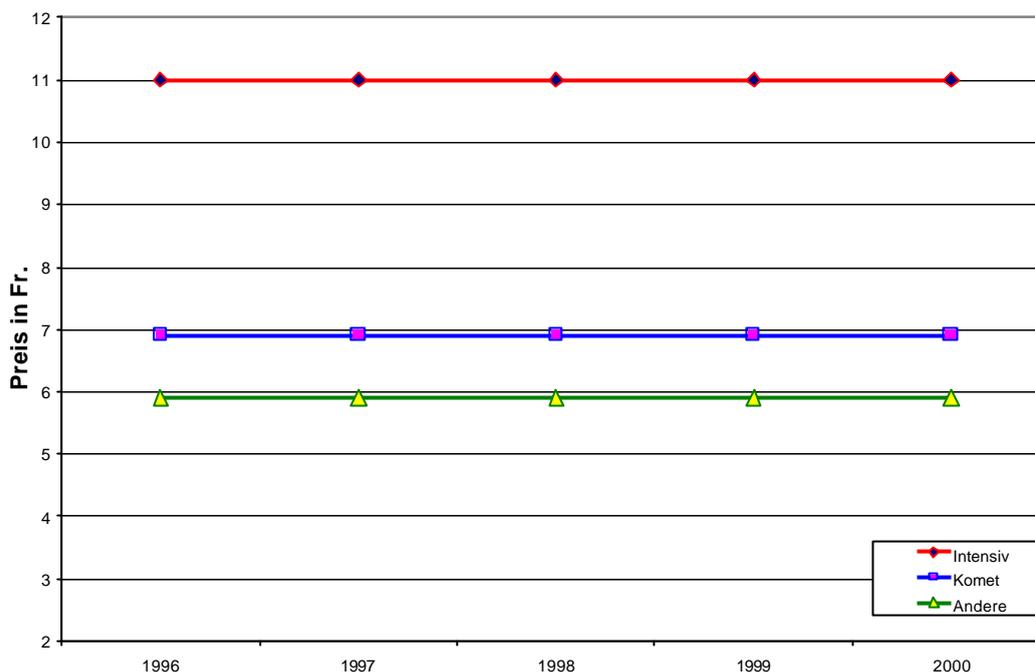
37. Anlässlich der Analyse der aktuellen Konkurrenz ist namentlich aufgrund (a) der Marktanteile, (b) der Marktanteilsentwicklung und (c) der Marktanteilsverteilung festzustellen, wer Wettbewerber im definierten Markt ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

(a) Verschiedene Hersteller bieten rotierende Instrumente für die Zahnbehandlung an. Der Markt ist wie folgt aufgeteilt: Intensiv erwirtschaftet im oben definierten Markt einen Umsatz von rund CHF 950'000.--, was einem Marktanteil von etwa 60% entspricht. Die Firma Brasseler & Co GmbH (Brasseler), Anbieterin der Marke Komet, erreicht einen Marktanteil von etwa 20%. Horico AG kommt auf einen Anteil von etwa 5% und die restlichen Marktteilnehmer (u.a. Diatech Dental AG, Edenta AG, NTI, D & Z, Meisinger, Heico, Jota) teilen sich die verbleibenden 15%. Intensiv ist entsprechend der in ihrer Stellungnahme gemachten Ausführungen und gemäss dem oben Aufgeführten nicht alleine auf dem Markt für rotierende Instrumente vertreten.

Die Preise für rotierende Instrumente sind in vier verschiedene Preiskategorien aufgeteilt. Dabei verrechnet Intensiv für ein rotierendes Instrument der Preisklasse A CHF 4.20. Brasseler (Marke Komet) verlangt CHF 3.-- und andere im Durchschnitt CHF 2.90. Für Instrumente der Preisklasse B ergibt der Preisvergleich: Intensiv: CHF 8.50, Komet: CHF 4.90 und andere: CHF 3.80. In der Preisklasse C verlangt Intensiv für ein Stück CHF 10.20, Komet CHF 5.90 und die anderen im Schnitt CHF 4.50. Instrumente der Preisklasse D kosten bei Intensiv CHF 11.--, bei Komet CHF 6.90 und bei anderen Herstellern CHF 5.90.

Dem oben Aufgeführten ist zu entnehmen, dass Intensiv trotz höherer Preise einen bedeutend höheren Marktanteil als ihre Konkurrenten hat. Dies spricht dafür, dass sich Intensiv weitgehend unabhängig von den Konkurrenten verhalten kann, also eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

Zudem zeigt die unten stehende Grafik, dass sich die Preise für rotierende Instrumente der Preisklasse D in den letzten Jahren nicht verändert haben (dasselbe gilt für die Preise der rotierenden Instrumente der Preisklassen A, B und C). Diese stagnierende Preiskonstellation dokumentiert die Unabhängigkeit von Intensiv in diesem Markt deutlich.

**Rotierende Instrumente der Preisklasse D**

(b) Neben den Preisen (siehe oben aufgeführte Grafik) haben sich auch die Marktanteile in den letzten drei Jahren kaum verändert.

Folglich ist von einem stabilisierten Markt auszugehen und nicht von einem dynamischen Markt, in welchem es in Folge des Wettbewerbs immer wieder zu Verschiebungen der Marktanteile kommt.

(c) Die ungleiche Marktanteilsverteilung (Intensiv 60%, Brasseler 20%, andere 20%) deutet ebenfalls darauf hin, dass Intensiv im Markt für rotierende Instrumente eine starke Stellung innehat, da eine ungleiche Verteilung grossen Marktteilnehmern zusätzliches Gewicht verschafft.

38. Die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz zeigt deutlich, dass Intensiv im aktuellen Wettbewerb eine beherrschende Stellung im Markt für rotierende Instrumente einnimmt.

**b) Potenzieller Wettbewerb**

39. Die Frage nach der potenziellen Konkurrenz dient der Beurteilung der Frage, ob kurzfristig und ohne grossen Aufwand Alternativangebote zu denjenigen des angeblich marktbeherrschenden Unternehmens angeboten werden können (vgl. ZACH R., op. cit., Rz. 344). Es wird demnach untersucht, ob die Zutrittswahrscheinlichkeit von neuen Konkurrenten innert einer Frist von 2 bis 3 Jahren gross ist (a). Zu prüfen ist auch die Frage, ob aktuelle Konkurrenten ihre Marktstellung in mittelbarer Zukunft verstärken könnten, womit der Handlungsspielraum vom marktbeherrschenden Unternehmen eingeschränkt würde (b).

(a) Die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutrittes im Markt für die Herstellung von rotierenden Instrumenten ist nur schon aufgrund der technischen Besonderheiten der hergestellten Produkte (siehe oben unter sachlich relevanter Markt) kaum zu erwarten (vgl. Rz. 31). Die Herstellung von Rotationsinstrumenten erfordert eine extrem hohe Genauigkeit.

Zudem spielen die Erfahrung und der Ruf der herstellenden Unternehmen eine sehr grosse Rolle. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass Intensiv die Universitäten für die dort stattfindende Ausbildung mit ihren Produkten beliefert. Nach eigener Aussage ist die starke Präsenz von Intensiv an den Universitäten "das Resultat langjähriger gezielter Analysen der Vorstellungen und Anforderungen der wissenschaftlichen Abteilungen und ihrer Leiter und Assistenten" (Akte V 4). Den Aussagen der Zahnärztesgesellschaft entsprechend ist es unzweifelhaft, dass "das Gewöhnen an bestimmte Instrumente im Laufe der Ausbildung und bei der Weiterbildung an Universitätszentren durchaus die Wirkung [hat], dass man mit diesen Instrumenten besser vertraut ist" und ein späterer Kaufentscheid zu Gunsten dieser Produkte ausfällt. Deshalb beziehen heute noch die meisten Zahnärzte ihre rotierenden Instrumente aus dem Angebot der Firma Intensiv. Ein Marktzutritt eines neuen Wettbewerbers ist demnach auch aus diesen Gründen in mittelbarer Zukunft nicht sehr wahrscheinlich.

(b) Auch eine Verstärkung der Marktstellung der aktuellen Konkurrenten von Intensiv erscheint eher unwahrscheinlich. Bedenkt man, dass die aktuellen Konkurrenten von Intensiv tiefere Preise für - nach eigenen Aussagen von Intensiv - substituierbare Produkte anbieten und dennoch keine Marktanteile gewinnen, ist eine Verstärkung ihrer Marktstellungen auch in Zukunft nicht sehr wahrscheinlich. Als illustrierendes Beispiel dazu kann die Angabe der Herstellerfirma von rotierenden Instrumenten Diatech Dental AG herangezogen werden, wonach "keine grosse Chance (trotz grossen Anstrengungen) [besteht], auf dem schweizerischen Dentalmarkt Intensiv zu konkurrenzieren".

40. Im Ergebnis zeigt sich, dass kurzfristig nicht mit Neueintritten im Markt für rotierende Instrumente zu rechnen ist, und dass die aktuellen Konkurrenten der Firma Intensiv ihre Marktanteile in den nächsten zwei bis drei Jahren kaum vergrössern werden.

### **c) Stellung der Marktgegenseite**

41. Bei der Beurteilung der Marktgegenseite ist insbesondere zu beachten, dass es um eine vertikale Beziehung geht, und nicht - wie bei der Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz - um eine horizontale Wettbewerbsbeziehung zwischen Marktteilnehmern. In Fällen, wo angeblich missbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen untersucht werden, spielt die Stellung der

---

Marktgegenseite insofern eine bedeutende Rolle, als dass sie den Spielraum des mächtigen Unternehmens beeinflussen kann. Dies setzt jedoch voraus, dass die Marktgegenseite eine starke Stellung hat.

42. Die Marktgegenseite von Intensiv bilden nicht die Zahnärzte, wie Intensiv dies in ihrer Stellungnahme ausführt, sondern im Wesentlichen die Dentalhändler. Sie wäre dann als stark einzustufen, wenn die Dentalhändler (Abnehmer) innert nützlicher Frist auf einen anderen Hersteller von rotierenden Instrumenten ausweichen und demnach auf Geschäftsbeziehungen mit Intensiv verzichten könnten.

43. In Bezug auf die Ausweichmöglichkeiten ist festzuhalten, dass die Dentalhändler aufgrund der durch die Zahnärzte bestimmten Nachfrage keine Möglichkeit haben, Produkte von Intensiv aufgrund eigener Entscheide nicht am Lager zu halten. Zwar können sie, gemäss den Angaben von Intensiv in ihrer Stellungnahme, rotierende Instrumente der Konkurrenten von Intensiv den Zahnärzten anbieten, doch sind die Produkte von Intensiv "Must-in-stock"-Produkte (vgl. auch RPW 1999/1, S. 60, Ziff. 16, Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren). Wie oben aufgeführt (siehe B.3.1.2 a und b), verlangen rund 60% der Zahnärzte rotierende Instrumente von Intensiv. Für einen Dentalhändler ist es wichtig, dieses Produkt seinen Kunden anbieten zu können, um diesen einen one-stop-Kauf zu ermöglichen (vgl. ZÄCH R., op. cit., Rz. 351; vgl. auch zum deutschen Recht BGH WuW 1999, 1112, Feuerwehrgeräte). Die Händler kaufen zudem unabhängig voneinander bei Intensiv einzeln ein. Einkaufskooperationen bestehen zum heutigen Zeitpunkt nicht. Die Marktgegenseite, das heisst der einzelne Dentalhändler, hat demnach keine Möglichkeit, im Alleingang Druck auf Intensiv auszuüben oder auf Geschäftsbeziehungen mit Intensiv zu verzichten (vgl. RPW 2000/3, S. 362, Rz. 99).

44. Die Stellung der Marktgegenseite im Markt für rotierende Instrumente ist somit als schwach einzustufen, da sie aus den aufgeführten Gründen nicht in der Lage ist, den oben analysierten aktuellen Wettbewerb zu beeinflussen.

#### **B.4.1.3 Ergebnis**

45. Die erwähnten Marktanteilszahlen, das durch die Preisunterschiede substituierbarer Produkte offenbarte unabhängige Verhalten der Firma Intensiv, der unwahrscheinliche potenzielle Wettbewerb und die schwache Stellung der Marktgegenseite lassen den Schluss zu, dass Intensiv im Markt für rotierende Instrumente eine beherrschende Stellung einnimmt.

#### **B.4.2 Unzulässige Verhaltensweise**

46. 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 (Art. 7 Abs. 1 KG).

---

#### **B.4.2.1 Behinderung oder Benachteiligung**

47. Eine behindernde beziehungsweise benachteiligende Verhaltensweise liegt nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbeziehungen (z.B. durch eine Liefer- oder Bezugssperre) verweigert.

48. Intensiv trägt in ihrer Eingabe vom 20. Juni 1997 vor, dass sie alle schweizerischen Dentalhändler auf Wunsch mit rotierenden Instrumenten beliefern würde. Demgegenüber hat die Untersuchung ergeben, dass Intensiv vielmehr nur diejenigen Dentalhändler beliefert, die gewisse Kriterien erfüllen. Nicht beliefert werden unter anderem die Dentalhändler Novadent und Discodent.

49. Damit steht fest, dass Intensiv das Tatbestandselement der Behinderung beziehungsweise Benachteiligung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG erfüllt.

#### **B.4.2.2 Missbrauch**

50. Die Lieferverweigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens stellt nur dann ein missbräuchliches Verhalten dar, wenn sich die Ungleichbehandlung verschiedener Abnehmer nicht sachlich rechtfertigen lässt (legitimate business reasons).

51. Intensiv beliefert nur Dentalhändler, die im Handelsregister eingetragen sind, den Nachweis der Zahlungsfähigkeit erbringen und den Nachweis einer markt- und produktgerechten Kundenbetreuung durch einen Aussendienst erbringen. Dabei ist unbestritten, dass alle Händler, welche die aufgeführten Bedingungen erfüllen, von Intensiv beliefert werden.

52. Vorliegend muss demnach geprüft werden, ob die Nichtbelieferung von Dentalhändlern, welche die genannten Voraussetzungen nicht erfüllen, das Verhalten von Intensiv als missbräuchlich erscheinen lassen.

##### **a) Der Eintrag im Handelsregister und der Nachweis der Zahlungsfähigkeit**

53. Sachliche Rechtfertigungsgründe sind insbesondere kaufmännische Grundsätze, dazu gehören auch das Verlangen eines Eintrages im Handelsregister und der Nachweis der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners (BBl 1994/569).

54. Die von Intensiv geltend gemachten Kriterien, nach welchen die Dentalhändler ihren Handelsregistereintrag und ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen müssen, rechtfertigen bei ihrer Nichterfüllung Verweigerungen von Geschäftsbeziehungen und lassen das Verhalten von Intensiv nicht als missbräuchlich erscheinen.

---

## b) Die Kundenbetreuung durch einen Aussendienst

55. Einer der häufigsten erwähnten Rechtfertigungsgründe für Lieferverweigerungen ist die Bedeutung der technischen Betreuung, welche Versandhandelsunternehmen nicht anbieten können: Eine Ungleichbehandlung der Geschäftspartner muss sich jedoch rechtfertigen lassen (vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 221). Demnach muss die Wichtigkeit des technischen Dienstes eine Lieferverweigerung von Versandhändlern rechtfertigen. Dies wäre der Fall, wenn die Kundenbetreuung tatsächlich nötig ist und der nicht belieferte Händler dazu objektiv nicht in der Lage ist.

56. Auch Intensiv macht diesen Grund mit folgenden Argumenten geltend: Der hohe Qualitätsanspruch der rotierenden Instrumente seitens der Anwender und der Initiatoren (Universitäten) sowie der durchwegs umfangreiche Erklärungsbedarf bei den Spezialsätzen erfordere eine Beratung vor Ort (Zahnarztpraxis) und müsse folglich von einem ausgebildeten und ausgerüsteten Aussendienst betreut werden. Intensiv verweist diesbezüglich auf eine Studie des Internationalen Instituts für Zahnärztliche Arbeitswissenschaft und Technologie sowie auf einen Beschluss des Appellationsgerichts von Genua (3. Zivilkammer) vom 11. Mai 2000, wonach die Wichtigkeit des technischen Dienstes bei Medizinalprodukten untermauert respektive als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird. Zudem unterstreicht Intensiv, dass durch eine angemessene Beratung das Risiko des fehlerhaften Einsatzes der Produkte von Intensiv entscheidend verringert wird. Die bislang von Intensiv verfolgte Vertriebslinie habe einen störungsfreien, anerkannten und produktgerechten Warenfluss sichergestellt. Durch die Vielfalt gleicher und ähnlicher Instrumente, die oftmals nur durch den Fachmann zugeordnet werden können, ergebe sich ein klarer Bedarf an fachmännischer Beratung vor Ort. Langjährige Erfahrungen würden zeigen, dass die Zahnärzte für Instrumente wie Diamantbohrer und Ähnliches den persönlichen Kontakt zum Depotberater suchen.

57. Die Wettbewerbsbehörde hat geprüft, ob ein technischer Dienst und eine Kundenbetreuung bei rotierenden Instrumenten nötig sind.

58. Die eingetroffenen Antworten lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Rotierende Diamant-Schleifinstrumente können ohne technischen Dienst angeboten werden. Im Ausland wird zum Teil nur über Direkt-Mailing verkauft. Eine starke Kundenbetreuung ist nicht nötig, da es sich bei rotierenden Instrumenten um Verbrauchsartikel handelt, das heisst, der Zahnarzt lernt den Umgang bereits an der Universität und die wichtigsten Daten stehen auf der Verpackung respektive im Prospekt.
- Die Zahnärztesgesellschaft, welche eine Umfrage bei ihren Mitgliedern durchgeführt hat, glaubt, dass rotierende Diamantinstrumenten-

te durchaus ohne technischen Dienst angeboten werden können. Ebenfalls behauptet sie, dass eine Kundenbetreuung bei rotierenden Diamant- und Rubininstrumenten von minderer Bedeutung ist.

59. Zudem hat die Untersuchung ergeben, dass die von Intensiv belieferten Dentalhändler die Produkte von Intensiv den Zahnärzten beinahe ausschliesslich per Versand zustellen (ein Händler legt z.B. dar, dass er Produkte von Intensiv wie folgt an die Zahnärzte liefert: 50% per Post, 30% per LKW, 20% per Hauslieferdienst).

60. Die Aussagen anderer Hersteller und der Zahnärzte selbst (Rz. 58) sowie die übliche Lieferungsart der rotierenden Instrumente von Intensiv (Rz. 59) zeigen deutlich auf, dass eine Kundenbetreuung bei rotierenden Instrumenten nicht nötig ist. Der Zahnarzt braucht in solchen Fällen auch keinen persönlichen Kontakt mit einem Depotberater. Kundenbetreuung ist vielmehr bei Apparaten wichtig, deren Ausfall dringende Verfügbarkeit eines technischen Dienstes notwendig macht.

61. Der von Intensiv der Stellungnahme beigelegte Artikel über die notwendige Beratung von Zahnärzten über eine optimale Auswahl und Anwendung von rotierenden und oszillierenden Präparationsinstrumenten ändert nichts an den Resultaten der Untersuchung. Auch wenn darin erläutert wird, dass eine Beratungsarbeit bei rotierenden Instrumenten geleistet werden soll, rechtfertigt dies keineswegs von einer Lieferung an Versandhändler abzusehen. Die Untersuchung hat ergeben, dass die Zahnärzte keinen technischen Dienst und keine Beratung bei rotierenden Instrumenten verlangen (siehe oben, Rz. 58 f.). Die Art und Weise, wie die im erwähnten Artikel angedeutete Beratungsarbeit zu erfolgen hat, wird nicht näher dargelegt. Diese könnte durch ausführliche Prospekte oder Hinweise auf den Verpackungen erfolgen. Der Conseil de la concurrence hat diesbezüglich 1994 in einem Urteil über den gleichen Sachverhalt festgehalten, dass der Nachweis einer Kundenbetreuung bei rotierenden Instrumenten nicht gegeben sei und dass ein marktbeherrschendes Unternehmen im Markt für rotierende Instrumente auch Versandhändler zu beliefern habe (Entscheid Nr. 94-D-28 des Conseil de la concurrence vom 26. April 1994).

62. Auch das Urteil vom Appellationsgericht Genua vom 11. Mai 2000, welches Intensiv seiner Stellungnahme beigelegt hat, vermag nicht den Nachweis einer notwendigen Kundenbetreuung bei rotierenden Instrumenten zu erbringen. Bei diesem Urteil handelt es sich um die Herstellung und den Vertrieb von Ersatzteilen. Es ist unbestritten, dass zusammengesetzte medizinische Instrumentarien sowie wartungsbedürftige Einrichtungen nur von Dentalhändlern angeboten werden, die über einen technischen Dienst und eine angemessene Kundenberatung verfügen. Rotierende Instrumente sind hingegen reine Verbrauchsmaterialien (siehe oben, sachlich relevanter Markt, Abschnitt

---

B.3.1.1.a) und fallen in keinerlei Hinsicht in dieselbe Produktkategorie.

63. Als weiteren Rechtfertigungsgrund macht Intensiv geltend, dass die Produkte von Intensiv im Vergleich relativ teuer sind, und es folglich für einen Aussenstehenden wenig sinnvoll sei, diese im Detailhandel zu platzieren, weil bei Versandhändlern hauptsächlich mit dem Preis argumentiert würde.

64. Diesbezüglich sei auf die im Abschnitt über die potenzielle Konkurrenz gemachten Ausführungen verwiesen (siehe Abschnitt B.3.1.2 b). Die ausgesprochene Beliebtheit der Produkte von Intensiv bei den Zahnärzten hat für einen Dentalhändler die Folge, dass es für diesen praktisch unumgänglich ist, Produkte von Intensiv in seinem Angebot zu führen (vgl. dazu die vorn, Rz. 43, aufgeführte Literatur und Judikatur). Kann ein Depot seine Kundschaft nicht mit Produkten von Intensiv bedienen, riskiert es, aus Gründen des one-stop-Kaufangebots zusätzliche damit verbundene Geschäftsbeziehungen aus dem Dentalbereich zu verlieren. Folglich sind die Produkte von Intensiv für jeden Händler "Must-in-stock"-Produkte.

65. Die Ungleichbehandlung von Dentalhändlern, die über keinen technischen Dienst verfügen, lässt sich demnach nicht rechtfertigen. Der fehlende Nachweis einer markt- und produktgerechten Kundenbetreuung durch einen Aussendienst rechtfertigt demnach nicht, von einer Lieferung an Versandhändler abzusehen (keine legitime business reason).

#### **B.4.3 Ergebnis**

66. Diese Erwägungen führen zum Schluss, dass Intensiv ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und damit gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG verstösst.

### **C. Kosten**

67. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall Intensiv.

68. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin gegeben.

69. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung

des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

70. Im Rahmen der Vorabklärung wurde nebst dem schweizerischen Markt für Dentalindustrie auch der schweizerische Markt für Dentalhandel geprüft. Die während der Vorabklärung verrechneten Stunden müssen aus diesem Grund zur Hälfte reduziert werden. Innerhalb des schweizerischen Marktes für Dentalindustrie wurden im Rahmen der Vorabklärung zudem Erhebungen bei insgesamt zehn Herstellerfirmen von Dentalprodukten durchgeführt. Für die aufgewendete Zeit während der Vorabklärung von [...] Stunden hat Intensiv folglich 1/20 zu entrichten (d.h. [...] Stunden). Für die aufgewendete Zeit während der Untersuchung von [...] Stunden erkennt die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würde. Da ein Ansatz von CHF 130.-- pro Stunde gilt, beläuft sich die Gebühr insgesamt auf [...].

71. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

#### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und im Sinne der vorangehenden Erwägungen beantragt das Sekretariat der Wettbewerbskommission folgendes:

1. Es wird festgestellt, dass Intensiv SA, Grancia (TI), im schweizerischen Markt für rotierende Instrumente über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.
  2. Es wird festgestellt, dass die Lieferverweigerung von rotierenden Instrumenten durch Intensiv SA, Grancia (TI), an Dentalhändler, welche über keine Kundenbetreuung durch einen Aussendienst verfügen, eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG darstellt.
  3. Intensiv SA, Grancia (TI), verpflichtet sich, Dentalhändler, welche keine Kundenbetreuung durch einen Aussendienst aufweisen, zu den üblichen Bedingungen zu beliefern. Es ist Intensiv überlassen, die Belieferung von Dentalhändlern vom Nachweis eines Eintrages im Handelsregister und vom Nachweis der Zahlungsfähigkeit des Händlers sowie von anderen sachlich gerechtfertigten Gründen abhängig zu machen, sofern diese Beschränkungen gegenüber allen Händlern angewendet werden.
  4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.
  5. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 4 des Dispositivs statuierten Anordnung zu kontrollieren.
-

6. [Verfahrenskosten]
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Eröffnung]

B 2.2	<b>3. Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE)</b>
-------	----------------------------------------------------------------------

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Décision de la Commission de la concurrence du 5 mars 2001 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart sur le cas Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE) (article 5 LCart).*

### **A. En fait**

#### **A.1 Objet de la procédure**

1. La Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (ci-après: CGE) est une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210). Elle a son siège à Genève. Le but de cette association est de sauvegarder les intérêts communs et généraux des entreprises spécialisées dans les travaux d'étanchéité et d'asphaltage. Peuvent faire partie de la Chambre, les entreprises exécutant principalement des travaux d'étanchéité et d'asphaltage qui ont fait leurs preuves dans ce domaine, attestées par des références de premier ordre (articles 2 à 4 des statuts CGE).
2. La CGE compte actuellement huit membres sur douze entreprises actives dans le domaine de l'étanchéité et de l'asphaltage dans le canton de Genève, à savoir l'entreprise Simon Borga, Cuivretout SA, Dentan étanchéité SA, Étanchéité 2000 SA, Etico SA, Geneux Dancet SA, Sanitoit SA et l'entreprise Daniel Schulthess. La CGE représente 80% des travaux d'étanchéité à Genève.
3. La CGE a édité pour l'année 1999 une liste de prix dans une brochure intitulée "série de prix, travaux en régie et au mètre". Cette liste fait l'objet de la présente procédure.

#### **A.2 Etapes de la procédure**

4. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a estimé que, dans la mesure où cette liste de prix était éditée et respectée par les membres, celle-ci constituerait un accord illicite au sens de l'article 5 de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995; RS 251 (ci-après: LCart). Afin de

vérifier cette appréciation, il a ouvert le 22 novembre 1999 une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart.

5. Le secrétariat a recueilli diverses informations au moyen de questionnaires adressés aux entreprises concernées. Sur la base des réponses apportées par les entreprises interrogées, le secrétariat a conclu qu'il existait des indices suffisants selon lesquels cette liste de prix était respectée et constituerait donc une restriction illicite à la concurrence.

6. Le 10 janvier 2000, le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a ouvert une enquête afin de vérifier les indices révélés par l'enquête préalable. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux huit entreprises le même jour et a fait, conformément à l'article 28 alinéa 1 LCart, l'objet d'une communication publiée le 1er février 2000 dans la feuille fédérale et dans la feuille officielle suisse du commerce. Aucun tiers concerné ne s'est annoncé pour participer à l'enquête (art. 28 al. 2 LCart).

7. Après avoir étudié les nombreuses factures et devis récoltés, le secrétariat, dans son courrier du 11 octobre 2000, a fait part aux parties de la poursuite de la procédure, qui consistait à nommer un expert pour établir si et dans quelle mesure, les prix étaient respectés par les entreprises concernées. Le secrétariat les a également informées de la possibilité de conclure un accord à l'amiable au sens de l'article 29 LCart.

8. Le 23 octobre 2000, les entreprises ont répondu qu'elles étaient prêtes à conclure un accord à l'amiable. Toutes les entreprises l'ont signé le 30 janvier 2001.

## **B. Considérants**

### **B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart**

#### **B.1.1 Entreprise**

9. La LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2000/3, chiffre 27, p. 337). La CGE ainsi que ses entreprises membres tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

#### **B.1.2 Prescriptions réservées**

10. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéas 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

### **B.2 Accords illicites en matière de concurrence**

11. 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). Les recommandations peuvent être qualifiées d'accords si elles sont effectivement suivies et entraînent une restriction de la concurrence (voir DPC 2000/2, chiffre 29, p. 173). Les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Les accords qui fixent directement ou indirectement des prix sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (art. 5 al. 3 let. a).

12. La CGE a émis une "série de prix de travaux en régie et au mètre 1999". Dans la mesure où les membres de la CGE représentent 80% du marché de l'étanchéité et de l'asphaltage et qu'ils respectent ces prix, cette liste de prix comprend tous les éléments d'un accord illicite en matière de concurrence.

### **B.3 Accord amiable**

13. Si le secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction (art. 29 LCart). Dans le cas d'espèce, il est d'avis que la liste de prix n'est pas une aide de calcul au sens de la communication sur les conditions d'admissibilité, conformément à la loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul (voir DPC 1998/2, p. 354). Elle constitue bien plus un accord illicite dans la mesure où elle est effectivement suivie. Partant, le secrétariat et les parties ont conclu un accord à l'amiable au sens de l'article 29 LCart.

14. L'accord à l'amiable entre le secrétariat et les huit entreprises susmentionnées, membres de la CGE (voir chiffre 2), est le suivant:

"a) Le secrétariat a pris acte que les membres de la CGE, soit les entreprises Simon Borga, Cuivretout SA, Dentan étanchéité SA, Etanchéité 2000 SA, Etico SA, Geneux Dancet SA, Sanitoit SA et Daniel Schulthess, déclarent qu'elles n'ont pas visé un accord horizontal sur les prix, chaque entreprise étant expressément libre de définir ses prix comme elle l'entend.

b) Il est en outre constaté que la brochure "série de prix, travaux en régie et au mètre" éditée pour l'année 1999 par les parties aurait pu constituer, d'après le secrétariat de la Commission de la concurrence, un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. Par contre, les huit entreprises précitées sont d'avis que cette brochure n'a ni pour but, ni pour effet une restriction illicite à la concurrence. Dès lors que les membres de la CGE s'engagent à ne plus éditer à l'avenir

---

une liste de prix comme celle éditée pour l'année 1999, la question de l'illicéité de cette liste peut être laissée ouverte.

c) Les huit entreprises concernées s'engagent à ne pas respecter les prix de la liste éditée pour l'année 1999; elle n'est désormais plus valable.

d) La CGE et ses huit membres s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de liste de prix de travaux en régie et au métré comme celle émise pour l'année 1999. En d'autres termes, ils s'engagent à ne plus émettre de recommandations de prix, que ce soit de manière explicite ou implicite, de manière directe ou indirecte, par écrit, par oral ou par tout autre moyen".

15. En respectant l'accord à l'amiable, les parties suppriment l'état de fait qui a fait l'objet de l'enquête et aurait pu constituer un accord illicite au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart. L'enquête au sens de l'article 27 LCart est dès lors close sans examen définitif du comportement des parties à la lumière de la loi sur les cartels.

### **C. Frais**

16. Conformément à l'article 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, à savoir les huit entreprises, membres de la CGE qui ont émis pour 1999 une liste de prix: il s'agit des entreprises Simon Borga, Cuivretout SA, Dentan étanchéité SA, Etanchéité 2000 SA, Etico SA, Geneux Dancet SA, Sanitoit SA et Daniel Schulthess.

17. En vertu de l'article 4 alinéas 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à CHF 130.-- l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

18. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer (ou d'augmenter) les émoluments. Par conséquent, pour les [...] heures consacrées à la présente procédure jusqu'au jour du 5 mars 2001, le montant de CHF 130.--/h est applicable. Les émoluments se montent dès lors à CHF [...]. A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphone de 1,5%, soit CHF [...], ce qui porte les frais à un total de CHF [...].

19. Le total des frais de la procédure de CHF [...] est mis, à parts égales, à la charge des destinataires de la décision qui en sont solidairement responsables.

#### **D. Dispositif**

La Commission de la concurrence, se fondant sur l'état de fait et les considérants qui précèdent, décide que:

1. L'accord à l'amiable selon l'article 29 LCart, conclu entre le secrétariat et la Chambre genevoise de l'étanchéité et l'asphaltage (CGE), dont la teneur est la suivante:

"a) Le secrétariat a pris acte que les membres de la CGE, soit les entreprises Simon Borga, Cuivretout SA, Dentan étanchéité SA, Etanchéité 2000 SA, Etico SA, Geneux dancet SA, Sanitoit SA et Daniel Schulthess, déclarent qu'elles n'ont pas visé un accord horizontal sur les prix, chaque entreprise étant expressément libre de définir ses prix comme elle l'entend.

b) Il est en outre constaté que la brochure "série de prix, travaux en régie et au métré" éditée pour l'année 1999 par les parties aurait pu constituer, d'après le secrétariat de la Commission de la concurrence, un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. Par contre, les huit entreprises précitées sont d'avis que cette brochure n'a ni pour but, ni pour effet une restriction illicite à la concurrence. Dès lors que les membres de la CGE s'engagent à ne plus éditer à l'avenir une liste de prix comme celle éditée pour l'année 1999, la question de l'illicéité de cette liste peut être laissée ouverte.

c) Les huit entreprises concernées s'engagent à ne pas respecter les prix de la liste éditée pour l'année 1999; elle n'est désormais plus valable.

d) La CGE et ses huit membres s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de liste de prix de travaux en régie et au métré comme celle émise pour l'année 1999. En d'autres termes, ils s'engagent à ne plus émettre de recommandations de prix, que ce soit de manière explicite ou implicite, de manière directe ou indirecte, par écrit, par oral ou par tout autre moyen".

est approuvé.

2. L'enquête au sens de l'article 27 LCart est close.

3. Toute violation de la présente décision est passible de sanctions au sens des articles 50, respectivement 54 LCart.

4. [Frais]

---

5. [Voies de droit]
6. [Notification]

<b>B 2</b>	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</b>
------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>B 2.3</b>	<b>1. BertelsmannSpringer, Business to Business (Schweiz) AG/Schück Söhne AG</b>
--------------	----------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

### **Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 22. Dezember 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens BertelsmannSpringer, Business to Business (Schweiz) AG/Schück Söhne AG eingegangen.

2. BertelsmannSpringer, Business to Business (Schweiz) AG ("BertelsmannSpringer"), beabsichtigt, über 90% der Aktien der Schück Söhne AG ("Schück") zu übernehmen. Hintergründe des geplanten Zusammenschlussvorhabens sind einerseits die mit Verlusten verbundene Lancierung von Lokalzeitungen durch Schück und andererseits der beabsichtigte Ausbau der Dienstleistungen im Bereich Baufachinformationen von BertelsmannSpringer.

3. Die Erwerberin BertelsmannSpringer ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Schlieren. Sie ist eine Division der deutschen BertelsmannSpringer Science + Bussinesmedia AG, die im Bereich der Fachpublikationen (u.a. Bau, Umwelt, Medizin, Verkehr) tätig ist.

4. Die Bertelsmann AG als Obergesellschaft der deutschen Bertelsmann-Gruppe ist ein internationales Medienunternehmen. Die Hauptaktivitäten liegen in den Bereichen Bücher, Zeitschriften, Musik, Buchclubs, Druckereien, Online-Shops und privates Fernsehen. Bertelsmann vertreibt ihre Produkte auch in der Schweiz und bietet Werberaum in Zeitschriften und Fernsehen an. Diese Unternehmen sind der Wettbewerbskommission bereits aus dem Zusammenschlussvorhaben BertelsmannSpringer GmbH/EMAP Deutschland Gruppe ("Zusammenschlussvorhaben Bertelsmann/EMAP"; RPW 2000/4, S. 653 ff.) bekannt.

5. Schück als zu kontrollierendes Unternehmen ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Rüschlikon. Als Verlag publiziert Schück das "Schweizer Baublatt" und ist im Bereich Baufachinformationen aktiv.

## **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

6. BertelsmannSpringer erwirbt über 90% der Aktien von Schück. Dieser Erwerb ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten einen weltweiten Umsatz von weit über CHF 2 Mia. Der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

8. Bertelsmann erzielte in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Schück erzielte in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 5 Mio. Der Grossteil des Umsatzes wurde mit dem Verlag einer Zeitschrift erzielt. Somit kommen die niedrigeren Aufgreifschwelle für den Medienbereich zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKU). Nach Multiplikation des Umsatzes aus dem Medienbereich von Schück mit dem Faktor 20 werden die jeweiligen Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ebenfalls überschritten.

9. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

## **Beurteilung**

10. Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

11. Betrachtet werden diejenigen Märkte, in denen das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen tätig sind. Die weiteren Tätigkeiten von BertelsmannSpringer im Bereich der Fachinformationen wurden bereits im Zusammenschlussvorhaben Bertelsmann/EMAP behandelt.

## **Märkte für branchenbezogene Publikationen im Baubereich**

12. BertelsmannSpringer und Schück sind beide im Bereich der Fachpublikationen im Bauwesen tätig. Fachpublikationen richten sich an ein Publikum, das in der Regel in der jeweiligen Berufssparte tätig ist. In sachlicher Hinsicht wird von einem relevanten Markt für branchenbezogene Fachzeitschriften im Bauwesen ausgegangen (vgl. Zusammenschlussvorhaben Bertelsmann/EMAP).

13. In räumlicher Hinsicht wird aufgrund möglicher länderspezifischer Gegebenheiten und der Sprachgrenzen ein relevanter Markt zugrunde gelegt, der die Deutschschweiz umfasst.

14. Schück gibt das zweimal wöchentlich erscheinende "Schweizer Baublatt" heraus. Das "Schweizer Baublatt" hat eine Auflage von rund 13'500 Exemplaren. Es handelt sich um eine Fachzeitschrift für das Bauhaupt- und das Baunebengewerbe. BertelsmannSpringer verfügt in der Schweiz über keine baufachspezifische Zeitschrift. Damit resultieren in diesem Bereich keine Marktanteilsadditionen. Die beteiligten

Unternehmen haben den Marktanteil des "Schweizer Baublatts" grob auf [5-15]% geschätzt. Tatsache ist, dass es in diesem Zweig eine Vielzahl anderer Fachzeitschriften gibt wie die "Schweizer Bauwirtschaft", "Schweizer Ingenieur und Architekt", "Werk, Bauen und Wohnen" und "Architektur und Technik", um nur einige zu nennen. Jedenfalls liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

15. Ausgehend von einer engen Marktabgrenzung könnte ein weiterer relevanter Markt für Bauprojektinformationen definiert werden. Informationen zu Bauprojekten sind Angaben über Bauvorhaben (z.B. Architekt, Bauherr, objektspezifische Details). Bauvorhaben sind in der Schweiz grundsätzlich publikationspflichtig. Bauprojektinformationen werden teils mit nachrecherchierten Zusatzangaben versehen. Das Zielpublikum solcher Informationen sind interessierte Gewerbetreibende aus dem Bauhaupt- und dem Baunebengewerbe.

16. BertelsmannSpringer und Schück sind im Bereich Bauprojektinformationen mit verschiedenen Produkten auf dem Markt (u.a. "Bau-Info", "Bau-Select", "Baubulletin"). Die kumulierten Marktanteile schätzen sie auf [20-30]%. Auch in dieser Disziplin sind mit dem Algra-Verlag, R. Bösch (Wilten) und der CIAC Sarl noch weitere kleinere Konkurrenten aktiv.

17. In diesem Bereich entsteht Wettbewerbsdruck von zum Teil gratis erhältlichen Amtsanzeigern und Lokalzeitungen, die sehr ähnliche Informationen über Bauvorhaben publizieren. Die Publikationspflicht von Bauvorhaben macht diesen Markt zu einem Markt mit relativ niedrigen Marktzutrittskosten. Insbesondere könnten derartige Informationen in einem ersten Schritt ohne grösseren Aufwand online im Internet angeboten werden.

18. Auch im Bereich Fachzeitschriften ist zwischen Leser- und Anzeigenmarkt zu unterscheiden<sup>1</sup>. Dem Gesagten entsprechend sind auch die Auswirkungen auf dem Anzeigenmarkt für baubereichenspezifische Anzeigen gering. Die beteiligten Unternehmen schätzen die nach dem geplanten Zusammenschluss resultierenden Marktanteile auf [5-15]%.

19. Auch bei einer Gesamtbetrachtung (Baufachpublikationen und Bauprojektinformationen) des durch die beteiligten Unternehmen eingebrachten Know-hows in den Märkten für branchenbezogene Publikationen im Baubereich ergeben sich (u.a. aufgrund ebenfalls geringer Marktanteilsadditionen) keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Das Gleiche gilt bei der Berücksichtigung der weiteren Aktivitäten im Medienbereich von Bertelsmann.

<sup>1</sup> Vgl. zur Unterscheidung u.a.: Berner Oberland Medien AG/Kooperationen der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG, RPW 2000/3, S. 422, Rz. 33 ff.

## Ergebnis

20. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	<b>2. Hypo- und Vereinsbank AG München und Bank Austria AG Wien</b>
-------	---------------------------------------------------------------------

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

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

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

Am 22. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG (HVB) und Bank Austria AG (BA) eingegangen.

### 1. Die beteiligten Banken

Die HVB mit Sitz in München ist eine börsenkotierte Universalbank. Sie besitzt auch mehrere Niederlassungen sowie Tochtergesellschaften im Ausland, unter anderem die Schweizer Tochtergesellschaft Bank von Ernst (100%-ige Beteiligung) mit Sitz in Bern.

Der Schwerpunkt der Tätigkeit der HVB liegt im EWR eindeutig in Deutschland. Kerngeschäft der HVB ist insbesondere das Privat- und Firmenkundengeschäft.

Die BA mit Sitz in Wien ist ebenfalls eine börsenkotierte Universalbank. Die BA erzielt mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Österreich. Zu den Kerngeschäften gehört hauptsächlich das Private Banking.

Die BA ist in der Schweiz durch ihre 88%-ige Tochtergesellschaft Bank Austria Creditanstalt (Schweiz) AG (BACA) mit Sitz in Zürich vertreten.

### 2. Zusammenschlussvorhaben

Der Zusammenschluss soll im Wesentlichen durch vier Schritte erfolgen. Während die ersten drei Schritte eine konzerninterne Umstrukturierung darstellen, erfolgt der eigentliche Erwerb der Kontrolle von HVB über BA mit dem Vollzug des vierten Schrittes und aufgrund des Einbringungsvertrages zwischen der BA und der HVB vom 28. September 2000. Gemäss diesem Vertrag übernimmt die HVB sämtliche Aktien der BA.

Die beiden Schweizer Tochtergesellschaften der HVB respektive der BA werden vom Zusammenschluss nicht direkt betroffen und bestehen als zwei voneinander unabhängige Rechtspersonen weiter.

### **3. Zusammenschluss und Aufgreifschwellen**

Der Erwerb der Kontrolle über den Bankgeschäftsbetrieb der BA durch die HVB ist als Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

Die konsolidierten und nach Artikel 9 Absatz 3 KG bereits bereinigten Bilanzsummen betragen per 31. Dezember 1999 für die HVB (inkl. BvE) CHF [...] Mia., für die BA (inkl. BACA) CHF [...] Mia. Diese Zahlen liegen somit über der nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erforderlichen Aufgreifschwelle. Auch die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG sind erfüllt, da die beteiligten Unternehmen je einen konsolidierten Umsatz über CHF 100 Mio. in der Schweiz erreichen. Der geplante Zusammenschluss ist somit gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG meldepflichtig.

## **4. Betroffene Märkte**

### **4.1 Private Banking**

Der sachlich relevante Markt der von den beteiligten Unternehmen respektive deren Tochtergesellschaften in der Schweiz erbrachten Finanzdienstleistungen ist im Rahmen des Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen) zu definieren. Nach ständiger Praxis der WEKO (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527 f., Rz. 17, 20) ist dieser sachlich relevante Markt räumlich zumindest gesamtschweizerisch abzugrenzen.

Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sind marginal, wie die folgenden Informationen verdeutlichen.

#### **4.1.1 Verwaltung von Kundenvermögen**

Die in der Schweiz durch die Tochtergesellschaften verwalteten Kundenvermögen betragen gesamthaft CHF [...] Mia. Die entsprechenden Zahlen betragen für die UBS AG allein im Private Banking CHF 731 Mia. (UBS AG gesamt: CHF 1'744 Mia.) und für die CS im Private Banking CHF 477 Mia. (CS Group gesamt: CHF 1'180 Mia.). Nach Angaben der jüngsten SNB-Bankenstatistik (Die Banken in der Schweiz 2000) belaufen sich die durch die Schweizer Banken Ende 1999 verwalteten Vermögen auf total CHF 3'522 Mia. Gemessen an diesem Wert ist der Anteil der durch die Schweizer Tochtergesellschaften der Unternehmen verwalteten Kundenvermögen verschwindend klein.

---

#### **4.1.2 Treuhandgeschäfte**

Gleiches gilt für die von den Banken erbrachten Treuhandgeschäfte (Kundenvermögen, welche die Banken in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden verwalten). So verwalten sämtliche Tochtergesellschaften in der Schweiz fiduziarisch hinterlegte Vermögenswerte von total CHF [...] Mia. Für die UBS AG ergibt sich ein Betrag von CHF 61,7 Mia. und für die CS Group ein Betrag von CHF 37,37 Mia. Gesamtschweizerisch wurden gemäss SNB-Statistik Vermögen von total CHF 367,4 Mia. treuhänderisch verwaltet. Dies ergibt für die beteiligten Unternehmen einen bescheidenen Anteil am gesamtschweizerischen Markt.

#### **4.2 Emissionsgeschäft**

Das Emissionsgeschäft (Mittelbeschaffung für die Privatwirtschaft und den öffentlichen Haushalt auf dem Kapitalmarkt durch Herausgabe von Wertpapieren gleichartiger Ausstattung) wurde bereits im Entscheid der Kammer "Dienstleistungen" vom 17. April 2000 in Sachen Banque Nationale de Paris/Paribas [unveröffentlicht] als nationaler Markt definiert. Dies gilt zumindest aus Sicht der Nachfrager mit Standort in der Schweiz.

1999 wurden von den Banken in der Schweiz insgesamt 195 Anleihen ausländischer Schuldner auf dem Schweizer Kapitalmarkt (in Schweizer Franken und in ausländischer Währung) platziert. Das Volumen allein bei den Anleihen in Schweizer Franken von ausländischen Schuldnern betrug (nach Emissionsdatum) total CHF 39,7 Mia. (vgl. Tabelle D11/1 des Statistischen Monatshefts der SNB vom Oktober 2000).

Im gleichen Zeitraum emittierte die BvE [...] Emissionen im Gesamtwert von CHF [...] Mia., was einem Anteil von [...] % am Gesamtvolumen entspricht. Sodann wird das Emissionsgeschäft nicht nur von Banken sondern ebenfalls von zahlreichen anderen Finanzdienstleistungsunternehmen betrieben, weshalb der Marktanteil diesbezüglich noch kleiner ausfallen muss.

Auf eine Ausführung bezüglich der weiteren Dienstleistungen der betroffenen Banken in der Schweiz (Hypothekarkredite, Einlagengeschäfte, Firmenkredite) kann an dieser Stelle verzichtet werden, da die entsprechend ausgewiesenen Zahlen nur marginale Marktanteile ergeben.

### **5. Schlussfolgerungen**

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Zusammenschluss aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen. Die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung geben keinen Anlass zur Einleitung des Prüfungsverfahrens.

---

B 2.3	<b>3. Gemeinschaftsunternehmen der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) und der Securitas AG</b>
-------	---------------------------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

Am 22. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Schweizerischen Bundesbahnen AG (SBB) und die Securitas AG, Schweizerische Bewachungsgesellschaft (Securitas), beabsichtigen die Gründung einer Aktiengesellschaft, voraussichtlich unter der Firma "Securitrans AG, Public Transport Security" (Securitrans). Das neue Unternehmen soll Bewachungs-, Kontroll- und Sicherheitsdienstleistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs erbringen. Im Einzelnen fallen darunter die Bahnpolizei, Sicherheitsdienstleistungen im Rahmen von Eisenbahnbaustellen und Bewachungsaufgaben in und um Objekte der SBB. Das neue Unternehmen wird dabei in erster Linie Aufträge für die SBB wahrnehmen. Die beteiligten Unternehmen bringen in das Gemeinschaftsunternehmen ihr Know-how, Personal und ihre Aufträge ein.

Die SBB sind eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Auf die Beschreibung der Geschäftstätigkeiten wird verzichtet, da auf diese bereits in diversen früheren Verfahren eingegangen worden ist.

Die Securitas ist eine im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen tätige Aktiengesellschaft. Unter Sicherheitsdienstleistungen fallen unter anderem Leistungen wie Bewachungsdienste von Gebäuden jeder Art, Publikumsdienste (Billettverkauf, Eintrittskontrolle, Verkehrsregelung usw.), Ordnungsdienste, Sicherheitsdienste wie Schutz vor Überfällen, Personeneskorten und Werttransporte und Einsatzleitstellen für Alarm- oder Störungsmeldungen.

### **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

Am Gemeinschaftsunternehmen werden die SBB mit 51% und die Securitas mit 49% beteiligt sein. Die Kontrolle erfolgt gemäss dem Partnerschaftsvertrag zwischen den beteiligten Unternehmen gemeinsam.

Securitrans wird als wirtschaftlich und rechtlich eigenständiges Unternehmen mit ihren Leistungen am Markt auftreten und auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Das Vorhaben kann daher als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden und stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar.

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten die in Artikel 9 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

### **Relevante Märkte**

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).

Das neue Unternehmen soll als Anbieter von Sicherheitsdienstleistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs und dazugehöriger Organisationen und Institutionen tätig werden. In erster Linie wird es die Sicherheitsaufgaben im Zusammenhang mit den SBB wahrnehmen. Sollten andere Bahnbetreiber Interesse an den Dienstleistungen des neuen Unternehmens zeigen, werden auch diese bedient.

Hauptsächliche Angebote sind die Bahnpolizei zum Schutz der Passagiere und Passanten, Sicherheitswärter auf Bahnbaustellen zum Schutz der Bauequipen und der Reisenden und Bewachungsleistungen zum Schutz von Gebäuden, Einrichtungen und der Infrastruktur. Die Tätigkeiten in diesen Bereichen sind insofern voneinander abzugrenzen, als unterschiedliches Know-how zur Ausübung erforderlich ist.

Es lassen sich daher die folgenden relevanten Märkte unterscheiden:

- Bahnpolizei
- Objektschutz (Bewachung)
- Sicherheit für Bahnbaustellen

Gemäss Artikel 12 des Bundesgesetzes betreffend Handhabung der Bahnpolizei (Bahnpolizeigesetz) bezeichnet jede Bahngesellschaft diejenigen Beamten und Angestellten, welche zur Ausübung der Bahnpolizei berechtigt sind. Dementsprechend hat die Bahnbetreiberin die alleinige Kompetenz, eine Bahnpolizei mit den entsprechenden Hoheitsrechten zu unterhalten. Es gibt in diesem Bereich daher aus gesetzlichen Gründen keinen Markt im eigentlichen Sinn. Durch die Ausgliederung der Bahnpolizei in das Gemeinschaftsunternehmen verändert sich die Marktstruktur nicht. Eine nähere Beurteilung dieses Marktes erübrigt sich.

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).

Sämtliche Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens der SBB und der Securitas werden gesamtschweizerisch angeboten und nachgefragt. Der räumliche Markt ist daher das Gebiet der Schweiz.

---

## **Beurteilung der relevanten Märkte**

### **Objektschutz (Bewachung)**

Der Bereich des Objektschutzes umfasst die Bewachung von Gebäuden, Einrichtungen und Infrastruktur. Nachfrager sind neben den Bahnunternehmen auch Banken, Geschäfte und Unternehmen jeder Art, wie auch Privatpersonen zum Schutze von privaten Gebäuden.

Bei diesen Dienstleistungen handelt es sich um die Kernkompetenz der Securitas. Sie bietet die diesbezüglichen Dienstleistungen in der ganzen Schweiz an. Da die anderen in diesem Bereich tätigen Unternehmen in der Regel eher regional tätig sind, verfügt die Securitas über eine starke Position. Die entsprechenden Marktanteile der Securitas differieren nach Angaben der beteiligten Unternehmen je nach Region ziemlich stark.

Der zweitgrösste Anbieter ist die Protectas AG, die ebenfalls gesamtschweizerisch tätig ist, ihre Tätigkeiten aber eher auf städtische Gebiete konzentriert. Ihre Marktanteile belaufen sich - ebenfalls nach Angaben der beteiligten Unternehmen - auf etwa 20%.

Neben diesen beiden Unternehmen ist wie erwähnt auch noch eine Vielzahl anderer Unternehmen im Bereich der Bewachung tätig, so zum Beispiel die Service d'Intervention Rapide S.A. (SIR) in der Westschweiz, die Prosegur, Società di Vigilanza im Tessin und die Wache AG im Grossraum Zürich. Allerdings ist deren Tätigkeitsgebiet jeweils lokal oder regional beschränkt. Innerhalb dieser Gebiete werden teilweise sehr hohe Marktanteile erreicht.

Die SBB sind in diesem Bereich bisher nicht selber tätig, sondern beauftragen spezialisierte Unternehmen mit deren Ausführung. In die neue Gesellschaft werden die durch die Securitas für die SBB ausgeführten Aufträge eingebracht. Es kommt daher zu keinen Marktanteilsadditionen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass in Zukunft vermehrt auch Aufträge, welche die SBB bisher an Dritte vergeben hatten, durch das Gemeinschaftsunternehmen wahrgenommen werden. Dieses Insourcing verstärkt die Marktstellung des Gemeinschaftsunternehmens im Bereich des Objektschutzes im öffentlichen Verkehr. Dieser Bereich macht jedoch letztlich nur einen sehr kleinen Anteil des gesamtschweizerischen Marktes für Objektschutz aus.

Die Markteintrittsschranken im Bereich des Objektschutzes sind denkbar gering. Spezielle gesetzliche Schranken bestehen, ausser in den Gebieten, in denen die Regelungen des Polizeikonkordats der Westschweizer Kantone gelten (VD, NE, FR, VS, GE, JU), nicht. In diesen Gebieten müssen sämtliche Mitarbeiter, welche für Bewachungs- und Schutzaufgaben eingesetzt werden sollen, durch kantonale Polizeibehörden genehmigt werden. Diese Beschränkung hat jedoch auf die Anzahl Markteintritte nur geringe Auswirkungen. Selbst in diesen Ge-

bieten sind Markteintritte im Bereich des Objektschutzes an der Tagesordnung.

### **Sicherheit für Bahnbaustellen**

In diesem Bereich steht die Sicherheit zu Gunsten von Bauequipen im Bereich des Schienenverkehrs und indirekt zu Gunsten der Reisenden im Vordergrund.

Nachfrager sind in diesem Fall vorwiegend die Eisenbahngesellschaften oder Bauunternehmen, welche im Gleisbau tätig sind. Vereinzelt ergeben sich auch Aufträge von privaten oder öffentlichen Auftraggebern bei Bauvorhaben in der Nähe von Eisenbahnschienen.

Zurzeit bieten etwa 30 Unternehmen diese Art von Dienstleistungen an. Es sind dies zum einen die Eisenbahnunternehmen selber oder aber für Bauarbeiten an Bahnstrecken spezialisierte Bauunternehmen (wie etwa die Müller Gleisbau AG Frauenfeld, Vanoli Zofingen, Vanoli Immensee oder die Gleisag, Rorschach), die eigene Sicherheitswärter für den Eigenbedarf einsetzen. Zusätzlich gibt es auch gewisse private Anbieter, die Personal zu Sicherheitswärtern ausbilden, welche dann den Eisenbahn- oder den Bauunternehmen angeboten werden. Zu dieser letzten Gruppe gehört auch die Securitas.

Die beteiligten Unternehmen schätzen das jährliche Marktvolumen auf rund CHF 20 Mio. Den grössten Marktanteil, nämlich mehr als 50%, vereinigen die Bauunternehmen auf sich. Securitas erreicht einen aktuellen Marktanteil von etwa 20-25%. Die geschätzten Marktanteile der SBB liegen bei etwa 5%. Das neue Unternehmen wird durch die Addition der Marktanteile von Securitas und der SBB somit einen Marktanteil von etwa 30% erreichen.

Im zur Gründung vorgesehenen Unternehmen werden Teile des heutigen Bestandes an Sicherheitswärtern der beiden Muttergesellschaften zusammengeführt.

Vom Gemeinschaftsunternehmen werden in erster Linie die Dienste erfasst werden, welche bisher von der Securitas für die SBB oder von den SBB in Eigenregie wahrgenommen wurden. Auch im Zusammenhang mit dem Bereich der Sicherheit für Bahnbaustellen ist jedoch davon auszugehen, dass die Marktstellung des Gemeinschaftsunternehmens dadurch, dass die SBB gewisse Aufträge, welche sie bisher an Dritte vergeben haben, nun in dieses einbringen werden, zusätzlich verstärkt wird.

Markteintrittsschranken bestehen im Bereich der Sicherheit für Bahnbaustellen dadurch, dass die SBB, die den grössten Teil des schweizerischen Schienennetzes kontrollieren, eine spezifische Ausbildung des vorgesehenen Personals verlangen. Diese Ausbildung ist aber für alle interessierten Personen unter gleichen Bedingungen zugänglich. Bei Erfüllung der Mindestanforderungen bestehen keine Zulassungsbe-

---

schränkungen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird in keiner Weise bevorzugt behandelt.

Die anderen konzessionierten Transportunternehmen verfügen nicht über eine derartige Reglementierung und setzen Sicherheitswärter entsprechend eigener Grundlagen ein.

Beim Bereich für Sicherheit für Bahnbaustellen handelt es sich um einen sehr kleinen Markt. Dadurch, dass der Grossteil der Dienste durch die Bau- und Bahnunternehmen in Eigenregie vorgenommen wird, werden nur sehr wenig Aufträge an Dritte vergeben. Angesichts dieses Umstandes ist ein Marktzutritt für Unternehmen, welche nicht bereits als Bauunternehmen im Bereich des Gleisbaus tätig sind, relativ schwierig. Mit den erwähnten Gleisbauunternehmen besteht jedoch starke aktuelle Konkurrenz.

### **Ergebnis**

Zusammenfassend ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben der SBB und der Securitas in Sachen Securitrans eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	<b>4. The Chase Manhattan Corporation et J.P. Morgan &amp; Co. Incorporated</b>
-------	---------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

Le 9 novembre 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après secrétariat) a reçu la notification concernant la fusion entre The Chase Manhattan Corporation (Chase) et J.P. Morgan & Co. Incorporated (Morgan).

Après avoir reçu des informations et des documents supplémentaires, la notification a été considérée comme complète seulement le 22 novembre 2000.

#### **1. Les banques concernées**

Chase est une société qui a son siège principal à New York, où elle est cotée à la bourse. Elle est la société faîtière du groupe Chase qui est un groupe bancaire fournissant des services bancaires dans le monde entier. Chase a récemment acquis le capital actions de Robert Flemings Holdings Limited (Flemings) qui est essentiellement active dans la gestion de valeurs mobilières, société présente dans le monde entier.

Chase est active en Suisse par le biais de:

- The Chase Manhattan Private Bank (Switzerland), dont le siège est à Genève;
- La succursale de Genève avec agence à Zurich de The Chase Manhattan Bank, une société dont le siège est à New York et
- Robert Flemings (Schweiz) AG, dont le siège est à Zurich.

Morgan est aussi une société qui a son siège principal à New York et elle est cotée à la bourse de la même ville. Elle est la société faîtière du groupe Morgan qui, à l'instar du groupe Chase, fournit des services bancaires dans le monde entier.

La présence de Morgan en Suisse est garantie par le biais de:

- J.P. Morgan (Suisse) SA, à Genève et
- La succursale de Zurich de J.P. Morgan Securities Ltd, dont le siège est à Londres.

## **2. La concentration**

Chase et Morgan ont conclu le 12 septembre 2000 un accord "Agreement and Plan of Merger" qui prévoit la fusion par absorption de Morgan dans Chase. L'entité qui naîtra de la fusion s'appellera J.P. Morgan Chase & Co.

L'objectif de la fusion est d'offrir à la clientèle un spectre de produits et de services plus large afin de suivre la rapide évolution du secteur bancaire.

Pratiquement la fusion s'opérera par une conversion des actions ordinaires et à droit préférentiel de Morgan en actions ordinaires et à droit préférentiel de Chase.

## **3. La concentration et les valeurs seuils**

La concentration entre Chase et Morgan est à considérer comme une fusion conformément à l'article 4 alinéa 3 lettre a LCart.

Le bilan consolidé selon l'article 9 alinéa 3 LCart attribuable à la Suisse est au 31 décembre 1999 pour Chase (y compris Flemings) de CHF [...] mia. et pour Morgan de CHF [...] mia. Ces chiffres dépassent les seuils prévus par l'article 9 alinéa 1 lettre a LCart. Même les valeurs seuils selon l'article 9 alinéa 1 lettre b LCart sont atteintes, vu que les entreprises qui participent à la concentration dépassent chacune par leur chiffre d'affaires le montant de CHF 100 mio. La fusion doit donc être notifiée conformément à l'article 9 alinéa 1 LCart.

## **4. Les marchés affectés**

Le marché des produits peut être défini comme celui des services du Private Banking (gestion de la fortune, conseils de placement, opérations fiduciaires ainsi que d'autres services y relatifs), étant

---

donné que Chase et Morgan sont principalement actives dans ce domaine.

Selon la pratique développée jusqu'ici par la Commission de la concurrence (cf. Crédit Suisse Groupe/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, p. 527 ss., chiff. 17 et 20), le marché géographique est suisse.

#### **4.1 Gestion de fortune**

Les entreprises participantes ont toutes deux concentré leurs activités en Suisse dans le domaine de la gestion de fortune.

Les actifs sous gestion des entités Chase en Suisse se montent à environ CHF [...] mia. Les actifs sous gestion de J.P. Morgan en Suisse représentent au total environ CHF [...] mia. Au total, la gestion de fortune des deux entités se monte à CHF [...] mia.

Dans la même activité, les chiffres correspondants pour UBS AG dans le domaine du Private Banking représentent CHF 731 mia. (au total UBS AG atteint les CHF 1'744 mia). Le Private Banking pour le CS représente CHF 477 mia. (le CS groupe: CHF 1'180 mia). Selon les statistiques les plus récentes de la BNS (Die Banken in der Schweiz 1999), le total des fortunes gérées en Suisse à la fin de 1999 se montaient à CHF 3'522 mia.

Par rapport à ces chiffres, la fortune gérée par les deux banques en Suisse est faible.

#### **4.2 Opérations fiduciaires**

Selon les chiffres publiés par l'Association suisse des banquiers (Le secteur bancaire suisse en chiffre, février 2000), les banques étrangères atteignaient en 1998 une part de marché de 51,5% du volume total des opérations fiduciaires.

La fortune gérée par J.P. Morgan (31.12.99) en Suisse se monte à CHF [...] mia. et pour Chase à CHF [...] mia. (31.12.99). Selon les chiffres du rapport de la BNS (Die Banken in der Schweiz, 1999), le volume des opérations fiduciaires atteignait à fin 1999 un total de CHF 367,3 mia. Le volume cumulé des opérations fiduciaires des banques concernées représente donc le [...] % du total.

#### **4.3 Autres activités**

Les autres activités des entreprises participantes en Suisse sont de moindre importance. Une partie d'entre elles concerne des services rendus à d'autres entités du même groupe. Les autres activités annexes s'expliquent pour une large part par le caractère global des deux entreprises participantes. Celles-ci sont en effet organisées de façon à rendre service à des clients dans le monde entier.

S'agissant des activités accessoires, la part des deux entreprises participantes en Suisse peut être considérée comme marginale.

---

## 5. Conclusions

Bien que le nouvel ensemble qui résultera de la fusion constituera un concurrent de premier plan sur la place bancaire mondiale, l'effet en Suisse sera limité: d'une part, l'essentiel des activités des entreprises participantes est réalisé à l'étranger (aux Etats-Unis et en Angleterre) et, d'autre part, les banques étrangères ont, pour la plupart des produits, des parts de marché assez réduites en Suisse.

Au vu de ce qui précède et sur la base des résultats de l'examen préalable, il y a suffisamment d'éléments qui démontrent que la concentration entre J.P. Morgan et Chase n'est pas problématique vu qu'elle ne crée ni renforce une position dominante. Cette concentration ne demande pas l'ouverture d'une procédure d'examen.

B 2.3	<b>5. Presse Publications SR SA/Senger Media AG</b>
-------	-----------------------------------------------------

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

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

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

Le 27 décembre 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu une notification complète de l'opération de concentration Presse Publications SR SA/Senger Media AG.

Presse Publications SR SA, une entité contrôlée par Edipresse SA (Edipresse), projette d'acquérir la totalité du capital-actions de la société Senger Media AG (Senger Media).

Senger Media est une société anonyme dont le siège se trouve à Zurich. Le capital-actions de Senger Media est aujourd'hui détenu à raison de 60% par la famille de Senger et de 40% par le groupe français Havas. Senger Media est une régie publicitaire qui a pour activité essentielle l'affermage publicitaire des magazines Bilan, Animan et Femina, qui sont des magazines édités par le groupe Edipresse. 2/3 du chiffre d'affaires de Senger Media est réalisé par l'affermage de ces trois magazines.

Au terme de la procédure engagée en vertu de la LCart, il a été établi que Edipresse occupe en Suisse une position dominante sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne (DPC 1998/1, p. 40). Étant donné que le projet de concentration en question concerne un marché voisin, l'opération est soumise à l'obligation de notifier en vertu de l'article 9 alinéa 4 LCart.

Senger Media est une agence de publicité, dont le rôle essentiel consiste dans l'affermage de la publicité de magazines. Elle n'a aucune

activité d'éditeur et ne détient pas de participation dans le capital-actions d'entreprises éditrices de magazine.

Le marché des produits concerné par l'opération est donc celui de l'affermage d'espaces publicitaires.

Le marché géographique concerné par l'opération est probablement national. La question peut cependant rester ouverte puisque, quelque soit la délimitation du marché géographique, l'opération ne pourrait créer ou renforcer une position dominante.

Le marché d'affermage d'espaces publicitaires est dominé en Suisse par le groupe Publicitas. Il existe un certain nombre de petites agences indépendantes, dont la part de marché reste peu significative au regard de la position occupée par les acteurs principaux. La part de marché de Senger Media est bien inférieure à 2%. Il est dès lors exclu que l'opération entraîne un renforcement de la position des entreprises participantes sur ce marché.

Au vu de ce qui précède, l'opération de concentration Presse Publications SR SA/Senger Media n'est pas à même de créer ni de renforcer une position dominante. Les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi ne sont donc pas remplies.

B 2.3	<b>6. Bombardier/Adtranz</b>
-------	------------------------------

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

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

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

1. Am 20. November 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt DaimlerChrysler AG, Stuttgart, alle seine Rechte an Adtranz (DaimlerChrysler Rail Systems GmbH, Berlin) auf Bombardier Transport Europe GmbH, Berlin, einer Tochter der Bombardier Inc., Montréal, zu übertragen.

2. Adtranz war 1995 von ABB und Daimler-Benz als Gemeinschaftsunternehmen gegründet worden. Die Übernahme von Schindler Waggon AG durch Adtranz CH (RPW 1997/4 532 ff.) und die Überführung von Adtranz ins Alleineigentum von DaimlerChrysler AG (RPW 1999/1, S. 175 ff.) wurden von der WEKO als unbedenklich beurteilt.

3. DaimlerChrysler AG konzentriert sich neu auf das Automobilgeschäft und wird nach dem Verkauf von Adtranz nicht mehr auf dem Markt für Eisenbahnmaterial aktiv sein. Der Bereich Bahnfahrwegsysteme wurde bereits (unabhängig von diesem Zusammenschlussvorhaben) an Balfour Beatty UK verkauft.

4. Adtranz bietet Rollmaterial, (bis 1.11.2000 auch) Bahnfahrwegsysteme und (zurzeit noch) Signalausrüstungen für Eisenbahnen an.
  5. Bombardier ist ein kanadisches Unternehmen und in vielen Ländern vor allem in der Entwicklung, Herstellung und im Vertrieb von Luftfahrt- und Eisenbahnmaterial sowie Freizeit-Produkten (insb. Schneemobile) inklusive damit zusammenhängender Dienstleistungen tätig. Über die Deutsche Waggonbau AG hält sie Vevey Technologies SA, Villeneuve, die in der Schweiz neben Niederflurtrams auch Zugsysteme für den Regionalverkehr anbietet. Bombardier zielt mit dem Zusammenschluss namentlich auf die kritische Grösse und neu den Auftritt als full line-Anbieter (Zugsysteme, alle Schlüsseltechnologien).
  6. Der geplante Vorgang ist ein Zusammenschluss privater Unternehmen nach Artikel 4 Absatz 3 KG. Die Umsätze liegen über den Schwellen für die Meldepflicht, weltweit wie in der Schweiz.
  7. Sachlich relevant sind nach RPW 1997/4, S. 534, die Märkte für Reisewagen und Zugsysteme, je unterteilt in Fern-, Regional- und Stadtbahnen. Dazu kommen hier die Märkte für stationäres Bahnmaterial, für Lokomotiven, für Güterwagen und schliesslich für Unterhalt/Instandsetzung von Rollmaterial. Ob neu im Fernverkehr ein eigener Markt für Hochgeschwindigkeitszüge abzutrennen ist, kann offen bleiben, da am Resultat nichts ändern würde und da dafür in der Schweiz kaum ein Markt besteht.
  8. Die Märkte weisen mindestens eine europäische, zunehmend eine globale Dimension auf (RPW 1999/1, S. 175). In zeitlicher Hinsicht sagen - jedenfalls beim Rollmaterial - Marktanteile einzelner Jahre wenig aus, da die Beschaffungen in unregelmässigen Abständen erfolgen (ibid.).
  9. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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 (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. Wegen der Diskontinuität der Beschaffungen und im Hinblick auf die beachtlichen Marktanteile werden hier aber auch Märkte näher betrachtet, die bei üblicher Ein-Jahres-Betrachtung nicht als betroffen gelten würden.
  10. Betroffen im Sinne der VKU sind die Märkte für Zugsysteme im Regionalverkehr und für Reisewagen im Fernverkehr. In mehreren Märkten kommt es zu keinen Kumulationen, da Bombardier bisher nicht als full line-Anbieter auftritt. Die 30%-Schwelle wird bei Loko-
-

motiven nur überschritten, wenn man die letzten vier bis fünf Jahre als Grundlage unterstellt.

11. Bei den Zugsystemen im Regionalverkehr erhielten die Parteien kumuliert in den letzten drei Jahren Zuschläge, die zu Marktanteilen in der Schweiz von 0-100% führten. Über diese drei Jahre gesehen produzierten sie etwa die Hälfte der in der Schweiz vergebenen Stückzahlen mit weniger als 2/5 der gesamten Vertragssumme. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bombardier als Konsortiumsmitglied und nicht als full line-Anbieter auftrat, insbesondere mit Alstom und Stadler. Alle europäischen full line-Anbieter treten jeweils als Offerenten auf, und Stadler hat als Konsortialführer auf diesem Markt in der Schweiz eine führende Stellung. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

12. Auf dem Markt für Reisewagen im Fernverkehr wurde in den letzten fünf Jahren einzig 1997 ein Auftrag vergeben, von dem sich Adtranz 80% holte. International bestehen gewichtige Konkurrenten, die jeweils auch in der Schweiz offerieren (Siemens, Alstom, Fiat, Ansaldo, Talgo). Aus der einmaligen Vergabe kann damit nicht eine Marktbeherrschung mit der Gefahr, den wirksamen Wettbewerb auszuschliessen, abgeleitet werden.

13. Auf dem Markt für Lokomotiven erfolgte 1999 keine Beschaffung, hingegen in den Jahren 1995-1998. Adtranz holte dabei (wertmässig) [über 85%] Marktanteil bei den Elektroloks und mehr als zwei Drittel bei den Dieselloks. Hier kommt es zu keiner Kumulation von Marktanteilen, da Bombardier keine Lokomotiven anbietet. Zudem offerieren neben Stadler internationale Anbieter, so dass nicht von einer Marktbeherrschung mit der Gefahr des Wettbewerbsausschlusses ausgegangen werden muss.

14. Mitberücksichtigt werden muss bei diesen Märkten, dass auf Abnehmerseite die Bahnen stehen, im Fernverkehr im Wesentlichen die SBB. Im Regionalverkehr erfolgt die Beschaffung zum Teil in Einkaufsgemeinschaften. Bei Güterwagen beschaffen die Bahnen europaweit gemeinsam, teils mieten oder leasen sie Rollmaterial. Die internationale Ausschreibung setzt sich immer mehr durch, ist bei den SBB die Regel. Auch unter diesem Aspekt besteht keine Gefahr des Wettbewerbsausschlusses.

15. Andere Abreden halten sich im Rahmen des bei solchen Zusammenschlüssen Notwendigen. Insbesondere ist das Konkurrenzverbot für die Gründung eines neuen Eisenbahnmaterialunternehmens durch den Verkäufer auf [ $< 5$ ] Jahre und das Verbot, Personal des Verkäufers abzuwerben, auf eine noch kürzere Frist beschränkt.

16. Eine Plausibilitätsprüfung bei den SBB ergab, dass die Grössenordnungen der eingereichten Zahlen stimmen. Die SBB halten diese Fusion für den schweizerischen Markt nicht für problematisch, befürchten allerdings Probleme bei einem Anhalten der Fusionswelle.

17. Die Vorprüfung ergibt demnach keine Anhaltspunkte, dass eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb verhindert werden kann. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung nach Artikel 10 Absatz 1 KG sind somit nicht gegeben.

B 2.3

## **7. Vivendi/Vivendi Environnement/EDF**

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

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

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

Le 15 décembre 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu une notification complète de l'opération de concentration ci-dessus.

Dans le but de développer en commun de nouvelles activités dans le secteur de la fourniture d'énergie et des services qui y sont associés, les sociétés Vivendi, Vivendi Environnement, et Électricité de France (EDF), toutes trois sises à Paris, ont signé le 22 juin 2000 un Protocole d'Accord. Les deux groupes entendent offrir en commun une palette de services nouveaux, afin de répondre à la demande actuelle de leurs clients sur le marché de l'énergie, en particulier le marché de l'électricité.

Vivendi Environnement est une société affiliée à Vivendi SA. Cette dernière est active sur le plan international dans différents domaines des infrastructures (eau, énergie, traitement des déchets et transports) et la communication. Les activités de Vivendi Environnement touchant à l'énergie sont assumées par sa filiale Dalkia SA, Paris.

EDF est un établissement public à caractère industriel et commercial actif dans la production, le transport, la distribution et la fourniture d'électricité en France. EDF déploie également des activités sur le plan international, par l'intermédiaire de ses filiales et participations à l'étranger. Aucune de ces sociétés n'est implantée en Suisse.

Au vu du caractère compliqué de l'opération de concentration, seules seront décrites les activités pertinentes pour l'appréciation de l'opération par les autorités suisses de la concurrence.

EDF participera nouvellement à 34% à CGC Holding, anciennement contrôlée à 100% par Vivendi Environnement. Avec la prise de participation, la société sera rebaptisée Dalkia Holding.

Dalkia Holding détiendra avec EDF le contrôle commun des entreprises suivantes:

- Dalkia International (anciennement contrôlée par Vivendi) sera contrôlée à raison de 76% par Dalkia Holding et 24% par EDF;
- Dalkia Investissement (anciennement contrôlée par EDF sous le nom de Cogetherm) sera contrôlée à raison de 50% par Dalkia Holding et 50% par EDF;
- Dalkia Offre Globale (société nouvellement créée) sera contrôlée à raison de 50% par Dalkia Holding et 50% par EDF.

Les trois marchés concernés par l'opération de concentration sont celui de l'électricité, celui des installations thermiques et celui du traitement des déchets.

Dans le domaine de l'électricité, même en partant d'un marché défini de manière étroite, c'est-à-dire limité à la Suisse, les entreprises concernées par l'opération de concentration ne détiennent que des parts extrêmement limitées. Leurs parts de marché cumulées ne dépassent en aucun cas 10%. Sachant que le marché de l'électricité sera prochainement libéralisé, et donc ouvert à une concurrence encore plus intense, il est incontestable que l'opération de concentration ne sera pas à même de créer ou renforcer une position dominante, que ce soit sur le marché de la génération de l'électricité, celui du transport, ou encore celui de la fourniture.

Sur le marché des installations thermiques (équipements de chauffage, de climatisation, de conditionnement d'air et de cogénération), les entreprises concernées ne détiennent en Suisse que des parts de marchés ne dépassant en aucun cas 5%. En délimitant le marché de manière beaucoup plus étroite, à savoir au territoire genevois, ces parts de marché peuvent être évaluées à 25% dans le secteur du chauffage. Toutefois, la concurrence actuelle et potentielle est nettement suffisante. En effet, avec la libéralisation du marché de l'électricité, il est à prévoir que certaines entreprises d'électricité se diversifient et deviennent actives sur le marché de l'installation et de la maintenance de chauffage, de ventilation et de climatisation, sur lequel un grand nombre d'entreprises sont déjà actives. Il est dès lors exclu que l'opération entraîne un renforcement de la position des entreprises participantes sur ce marché.

Enfin, concernant le traitement et l'élimination des déchets ménagers, commerciaux et industriels, faisant partie des activités de Vivendi Environnement, non seulement les parts de marché en Suisse sont minimales, mais en plus une partie de ces activités, à savoir l'exploitation

---

d'une décharge contrôlée bioactive, tombe sous le coup de l'article 3 alinéa 1 LCart, ce qui la soustrait du champ d'application de la LCart. Là encore, il n'y a pas de création ni de renforcement d'une position dominante.

Au vu de ce qui précède, l'opération de concentration Vivendi/Vivendi Environnement/EDF n'est pas à même de créer ni de renforcer une position dominante. Les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi ne sont donc pas remplies.

B 2.3	<b>8. Siemens/Atecs Mannesmann AG; Kontrolle über Dematic AG, Demag Krauss-Maffei AG, Sachs AG und VDO AG</b>
-------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

## **I Zusammenschlussvorhaben**

Am 5. Januar 2001 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung zum Zusammenschlussvorhaben der Siemens Aktiengesellschaft, München (Siemens), erhalten. Siemens will die alleinige Kontrolle über die vier Führungsgesellschaften der Atecs Mannesmann AG (Atecs) erwerben, nämlich Mannesmann Dematic AG, Mannesmann Demag Kraus-Maffei AG, Mannesmann Sachs AG und Mannesmann VDO AG. Ursprünglich wollte Siemens die Kontrolle gemeinsam mit Bosch erwerben und die Kontrollrechte an den Führungsgesellschaften aufteilen. Dieses Vorhaben wurde von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 11. August 2000 freigegeben (Entscheidung COMP/M.1922) und von der Wettbewerbskommission am 1. September 2000 für unbedenklich erklärt (RPW 2000/3, S. 448 ff.).

Das neue Zusammenschlussvorhaben sieht nun vor, dass Siemens 50% des Grundkapitals von Atecs plus zwei Aktien erwerben wird. Die restlichen Aktien bleiben im Besitz von Mannesmann. Mannesmann wird die Stimmrechte so handhaben, dass die Kontrolle durch Siemens gewährleistet ist. Es besteht eine unwiderrufliche Kaufoption von Siemens für die restlichen Aktien.

## **II Meldepflicht**

Der Erwerb der Kontrolle ist meldepflichtig nach Artikel 9 Absatz 1 KG. Der von Siemens 1999 erzielte weltweite Umsatz liegt weit über der Aufgreifschwelle von CHF 2'000 Mio. und auch die Umsätze der vier Atecs-Führungsgesellschaften Dematic, Demag Krauss-Maffei, Sachs und VDO liegen über der Aufgreifschwelle (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

### III Beurteilung

Siemens ist auf einer ganzen Reihe von Märkten tätig, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben nicht auswirkt und für die es auch keine Abreden enthält. Das Vorhaben verändert dort weder die wettbewerbliche Situation noch schafft oder verstärkt es eine marktbeherrschende Stellung.

Sowohl Siemens als auch Dematic stellen hochspezialisierte und technisch aufwendige Briefsortieranlagen her. Die Abnehmer sind typischerweise nationale Postunternehmen. In räumlicher Hinsicht reicht der Markt über die schweizerischen Grenzen hinaus, weil die schweizerische Post eine internationale Einkaufspolitik betreibt. Der gemeinsame Marktanteil von Siemens und Dematic in der Schweiz lag bisher über 20%. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften stellte nach eingehender Prüfung am 29. August 2000 (Entscheidung COMP/M.2059) unter anderem fest, dass Siemens und Dematic die beiden stärksten Anbieter im Bereich Postautomatisierung sind und sich als Systemlieferanten vieler nationaler Postunternehmen fest etabliert haben. Sie ging davon aus, dass die starke Stellung, die Siemens schon allein besitzt, durch die Kontrolle von Dematic zu einer Marktposition führen würde, die von den aktuellen oder potenziellen Konkurrenten bis auf weiteres nicht mehr gefährdet werden könnte. Sie folgerte, dass für den Markt für Grossbrief- und Standardbrief-Verteilanlagen ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt bestehen. Zum gleichen Resultat kam sie bezüglich dem Markt für Lese- und Kodiersysteme. Siemens konnte die Bedenken der Kommission durch die Zusage ausräumen, sie werde Dematic veranlassen, ihr Geschäft Hochleistungsanlagen der Postautomatisierung zu veräußern. Darunter fallen die Mannesmann Dematic Postal Automation mit Sitz in Gentilly/Frankreich und die Maintenance Division der Dematic Services in Brüssel/Belgien. Der genaue Wortlaut dieser Zusage ist Bestandteil der oben erwähnten Entscheidung vom 29. August 2000, mit welcher die Kommission aufgrund der Zusage keinen Einwand mehr gegen das Zusammenschlussvorhaben erhebt. Angesichts dieser Umstände und der Tatsache, dass der Markt offen ist und eine europa- oder gar weltweite Dimension aufweist, kann nicht von einer marktbeherrschenden Stellung gesprochen werden, welche die Gefahr eines Wettbewerbsausschlusses in der Schweiz schafft.

Die Demag Krauss-Maffei AG erzielte 1999 bei Spritzgiessmaschinen in der Schweiz einen Marktanteil von über 30%. Die Wettbewerbskommission kam nach vorläufiger Prüfung des ursprünglichen Zusammenschlussvorhabens (gemeinsame Kontrolle durch Bosch/Siemens) zum Schluss, der Markt weise eine europa- oder sogar weltweite Dimension auf und die Gefahr des Wettbewerbsausschlusses in der Schweiz bestehe nicht (RPW 2000/3, S. 450, Rz. 9). Am 20. Dezember 2000 beschloss die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, kei-

---

nen Einwand gegen die alleinige Kontrolle von Siemens über Demag Krauss-Maffei zu erheben (Entscheidung COMP/M.2224).

Sachs hat in der Schweiz bei Dämpfungssystemen für Schienenfahrzeuge in den beiden Geschäftsjahren 1997/98 und 1998/99 einen sehr hohen Marktanteil erzielt. Dämpfungssysteme für Schienenfahrzeuge bestehen aus mehreren aufeinander abgestimmten Komponenten und werden jeweils nur von einem Anbieter geliefert. Es besteht somit ein Markt für solche Komponenten. Angesichts der Tatsache, dass dieser Markt offen ist und eine europa- oder gar weltweite Dimension aufweist, schafft die marktbeherrschende Stellung in der Schweiz keine Gefahr des Wettbewerbsausschlusses.

VDO ist ein weltweit führender Automobilzulieferer für elektronische Systeme, Module und Komponenten, der 1999 seine Marktposition weiter ausgebaut hat und in allen Produktbereichen gute Zuwüchse erzielte. Das Unternehmen richtet sich konsequent global aus; der international erzielte Umsatz erreichte 1999 erstmals einen Anteil von 57 Prozent am Gesamtvolumen der Firma. Das Unternehmen ist mit 40 Produktionsstandorten in 19 Ländern präsent und konnte seine führende Stellung in Europa weiter ausbauen. Die Europäische Kommission stellte in der obenerwähnten Entscheidung fest, dass Bosch auf einigen Märkten (Drehzahl- und Temperatursensoren, Navigationssysteme) der stärkste Wettbewerber von Siemens und VDO ist. Der vom Zusammenschluss betroffene Markt ist europa- oder weltweit offen. Das angemeldete Vorhaben schafft keinen Wettbewerbsausschluss in der Schweiz.

#### **IV Ergebnis**

Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Voraussetzung für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG ist daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>9. Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG</b>
-------	------------------------------------------------------------------

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

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

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

Am 2. Februar 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Büchler Grafino AG (Büchler) beabsichtigt, die Kontrolle über wichtige Teile der verlegerischen Aktivitäten der Hallwag AG (Hall-

wag) zu erwerben. Übernommen werden insbesondere die Verlagsrechte an den Zeitschriften Automobilrevue und Moto Sport Schweiz sowie Revue Automobile und Moto Sport Suisse, inklusive des damit verbundenen Begleitgeschäfts. Büchler übernimmt gleichzeitig die gesamte bestehende Büroinfrastruktur. Sie tritt in zahlreiche Verträge ein, welche Hallwag im Zusammenhang mit der Herausgabe der genannten Titel eingegangen ist und übernimmt auch sämtliche Arbeitsverhältnisse.

Büchler ist eine 100%ige Konzerntochter der Berner-Tagblatt-Medien AG (BTM). Die BTM ist als Medienunternehmen im Wesentlichen in den Bereichen Tagespresse und Druckmedien, Druckerei, Verlagswesen, Radio, Fernsehen und Internet tätig (vgl. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung (BOM); RPW 2000/3, S. 415). Büchler befasst sich in der Hauptsache mit dem Verlag von Lokal- und Fachzeitungen. Sie hält zudem die Beteiligung der BTM-Gruppe am Druckzentrum Bern.

Hallwag ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Sie ist tätig als Verlegerin von Karten und Büchern, sowie der Zeitungen Automobilrevue/Revue Automobile und der Zeitschriften Moto Sport Schweiz/Moto Sport Suisse.

### **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG) jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von ihnen erwerben. Büchler übernimmt mittels Kaufvertrag Teile der verlegerischen Aktivitäten der Hallwag. Sie wird diese Teile im Sinne des Kartellgesetzes alleine kontrollieren. Das Vorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

Die Meldepflicht bestimmt sich im vorliegenden Fall nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 KG. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgeblich.

Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und deren Umsatz nach Artikel 5 Absatz 1 VKU. Auf Seiten des kontrollierenden Unternehmens sind somit die Umsätze aller Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften einzubeziehen.

Am vorliegenden Zusammenschluss beteiligt ist Büchler beziehungsweise die BTM-Gruppe als kontrollierendes Unternehmen. Falls nur ein Teil eines Unternehmens Gegenstand des Zusammenschlusses ist, so

---

gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Im vorliegenden Zusammenhang sind nur die Tätigkeiten der Hallwag im Bereich der genannten Zeitschriften (Automobilrevue/Revue Automobile; Moto Sport Schweiz/Moto Sport Suisse) am Zusammenschlussvorhaben beteiligt. Sie gelten daher als kontrollierte Unternehmen.

Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG werden unter Berücksichtigung der niedrigeren Schwellenwerte im Medienbereich überschritten. Es handelt sich somit um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben im Sinne des Kartellgesetzes.

### **Die relevanten Märkte**

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).

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).

Im vorliegenden Fall werden gemäss Praxis der Wettbewerbskommission die folgenden Märkte unterschieden (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 422 f.):

#### **a. Lesermarkt**

Gegenstand der Transaktion sind themenspezifische Titel zu den Bereichen Automobil (Automobilrevue/Revue Automobile) und Motorrad (Moto Sport Schweiz/Moto Sport Suisse). Es handelt sich bei den genannten Titeln jedoch nicht um Fachzeitschriften, welche sich nur an konkret betroffene Gewerbekreise und Fachhändler richten. Die Zeitschriften richten sich vielmehr an alle Konsumenten, die sich für diese Themen interessieren, ohne dass besonderes Fachwissen vorausgesetzt wird.

Themenspezifische Zeitschriften lassen sich nicht durch Titel ersetzen, die sich anderen Interessengebieten widmen. Dies gilt auch im Verhältnis der betroffenen Titel unter sich: Die Automobilrevue spricht nicht denselben Konsumenten an wie das Magazin Moto Sport Schweiz.

Die meisten Tageszeitungen publizieren regelmässig Sonderbeilagen zum Themenbereich Automobil. Diese Publikationen stellen jedoch keine nahen Substitute für den Nachfrager dar, weil sie bereits hinsichtlich des Umfangs weit hinter den themenspezifischen Zeitschriften zurückstehen.

Es ist also im vorliegenden Zusammenhang von einem Markt für Printmedien im Bereich Automobil und von einem Markt für Printmedien im Bereich Motorrad auszugehen.

---

In räumlicher Hinsicht ist von einem gesamtschweizerischen, jedoch sprachregional abgegrenzten Markt auszugehen.

#### **b. Werbemarkt**

Die vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Zeitschriften erscheinen im ganzen Gebiet der Schweiz und regelmässig. Sie eignen sich somit für nationale Werbung.

Eine engere Marktabgrenzung auf Werberaum in themenspezifischen Zeitschriften zum Bereich Automobil oder Motorrad ist insofern nicht angebracht, als die Marktgegenseite, also die werbenden Unternehmen auch in nicht themenspezifischen Printangeboten für diese Güter ihre Anzeigen platzieren. Dies gilt sowohl für die typischerweise zu findende Autowerbung als auch für Kleininserate wie Occasionsangebote: In den meisten Zeitungen findet sich zumindest einmal pro Woche eine Beilage mit solchen Angeboten.

Der sachliche Markt ist somit in diesem Zusammenhang auf den Raum für nationale Anzeigen in Printmedien abzugrenzen. In räumlicher Hinsicht kann von einem gesamtschweizerischen, unter Umständen sprachregional abzugrenzenden Markt ausgegangen werden.

Zeitschriften wie die Automobilrevue und Moto Sport Schweiz sind für die Publikation von regionaler Werbung nicht geeignet und werden von regional Werbenden auch nicht beansprucht. Die Ausscheidung regionaler Werbemärkte ist daher nicht angezeigt.

#### **c. Druckereimärkte**

Der Bereich der Druckereimärkte ist in die Bereiche Zeitungsdruck und Zeitschriften- beziehungsweise Akzidenzdruck zu unterteilen. Es handelt sich hierbei um unterschiedliche drucktechnische Verfahren, welche aus Sicht der Marktgegenseite nicht substituierbar sind (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 424).

Moto Sport Schweiz wird im Magazin-Format herausgegeben. Der Druckauftrag für diese Zeitschrift ist daher dem Akzidenzdruck zuzurechnen. Die Automobilrevue respektive die Revue Automobile hat das Format einer Zeitung und ist daher dem Markt für Zeitungsdruck zuzuordnen.

In räumlicher Hinsicht ist sowohl im Bereich des Akzidenz- wie auch des Zeitungsdrucks mindestens von einem überregionalen, wenn nicht nationalen Markt auszugehen (BOM RPW 2000/3, S. 425).

### **Beurteilung**

#### **a. Lesermarkt Deutsch-/Westschweiz zum Themenbereich Automobil**

Dieser Markt wird von Böhler beziehungsweise dem BTM-Konzern bisher nicht bearbeitet. Es kommt daher zu keinen Marktanteilsadditionen.

---

Sowohl in der Deutsch- wie auch in der Westschweiz besteht zudem starke Konkurrenz. Als starker Konkurrent der Automobilrevue/Revue Automobile kann zum Beispiel der Touring Club der Schweiz (TCS) genannt werden, der mit seiner sowohl im deutsch- wie auch im französischsprachigen Raum erscheinenden Zeitung Touring weit höhere Leserzahlen als die in Frage stehenden Titel erreicht. Die Touring hat mit knapp 940'000 Lesern im Raum der Deutschschweiz und 455'000 Lesern im Raum der Westschweiz eine weit höhere Auflage als die Automobilrevue (244'000 bzw. 88'000 Leser). Weitere Konkurrenten sind zum Beispiel die Motor Presse Schweiz AG (MPS) mit der Zeitschrift Automobilsport und die Ringier AG mit der Automobilillustrierten.

Eine gewisse disziplinierende Wirkung im Themenbereich Automobil kann auch den meisten Tageszeitungen zugerechnet werden.

#### **b. Lesermarkt Deutsch-/Westschweiz zum Themenbereich Motorrad**

Auch im Themenbereich Motorrad führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen, da die BTM-Gruppe in diesem Bereich bisher nicht tätig war. Zudem besteht auch hier eine starke Konkurrenzsituation. Als wichtige Konkurrenten, die beide über einen weit höheren Leseranteil als die fraglichen Titel verfügen, können für den deutschsprachigen Raum die Zeitschriften Töff (117'000 Leser) und Motorrad (115'000 Leser) genannt werden. Moto Sport Schweiz verfügt über einen Leseranteil von 98'000 Lesern.

In der Westschweiz gibt es mit dem relativ grossen Moto Magazin mindestens einen weiteren starken themenspezifischen Titel.

#### **c. Werbemarkt**

In diesem Bereich kommt es im deutschsprachigen Raum insofern zu Marktanteilsadditionen, als die Automobilbranche auch für die Berner Zeitung ein wichtiger Werbeauftraggeber darstellt. Im Gebiet der Westschweiz entfällt hingegen von vornherein jede Marktanteilsaddition, da der BTM-Konzern bisher keine französischsprachigen Presseprodukte verlegt.

Der BTM-Konzern erreicht nach Angaben der beteiligten Unternehmen auch nach dem Zusammenschluss keine Marktanteile über 10%.

#### **d. Druckereimärkte**

Der Druckmarkt ist nur insofern betroffen, als Bändler die von Hallwag bisher ausgeschriebenen Aufträge neu konzernintern abwickeln kann. Der BTM-Konzern ist rein technisch nicht in der Lage, die Titel Automobil Revue/Revue Automobile in der gewünschten Farbqualität herzustellen. Der Druck der Zeitungen wird daher bei der TA-Media belassen. In Bezug auf Moto Sport Schweiz/Moto Sport Suisse bestehen dagegen hinreichende Kapazitäten, so dass diese Zeitschriften von der BTM-Gruppe gedruckt werden können.

---

Der BTM-Konzern ist sowohl im Bereich des Zeitungs- als auch des Akzidenzdrucks bereits vor dem Zusammenschluss tätig. Im Rahmen der BOM-Meldung wurde der Marktanteil des BTM-Konzerns auf einem regional begrenzten Markt (Umkreis von rund 100 km um Bern) auf ungefähr 6% geschätzt (BOM, RPW 2000/3, S. 433). Ist der Markt rational abzugrenzen, kommen als weitere Wettbewerber unter anderem TA-Media AG, Neue Zürcher Zeitung AG, Edipresse SA und Le Temps SA hinzu.

Der Druck einer themenspezifischen Wochenzeitung verändert die Wettbewerbssituation nicht in relevanter Weise. Der Marktanteil des BTM-Konzerns liegt nach Angaben der beteiligten Unternehmen selbst dann, wenn ihm das potenzielle Auftragsvolumen *Automobil Revue/Revue Automobile* zugerechnet wird, weiterhin unter 10%.

Was den Markt für Akzidenzdruck betrifft, ändern sich die Verhältnisse durch den Druck von *Moto Sport Schweiz/Moto Sport Suisse* nur marginal. Die Marktanteile sind nach Auskunft der beteiligten Unternehmen nur gering und daher wettbewerbsrechtlich nicht problematisch.

### Ergebnis

Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	<b>10. DyStar - BASF</b>
-------	--------------------------

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

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

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

#### I. Opération de concentration

Le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu la notification complète de la concentration mentionnée sous rubrique le 12 septembre 2000.

**Bayer** AG, Leverkusen ("Bayer"), **Hoechst** AG, Francfort ("Hoechst"), et **BASF** AG, Ludwigshafen ("BASF"), sont des multinationales actives sur de très nombreux marchés dans les domaines chimiques et pharmaceutiques.

Les entreprises Bayer et Hoechst ont créé en 1995 une joint-venture, **DyStar** Textilfarben GmbH, Francfort ("DyStar"), qu'elles détiennent chacune à 50%. DyStar est active exclusivement dans le domaine des

colorants textiles. La présente opération de concentration ne touche donc que les activités colorants textiles.

BASF souhaite prendre une participation dans DyStar. Ainsi, la concentration qui fait l'objet du présent rapport est la fusion de DyStar avec les activités colorants textiles de BASF. Après la concentration projetée (et apport du capital de BASF), DyStar sera détenue à 35% par Bayer, 35% par Hoechst et 30% par BASF.

## II. Obligation de notifier l'opération de concentration

L'apport de capital de BASF dans DyStar (30%) donne à BASF 30% des droits de vote dans la nouvelle entité fusionnée. Ainsi, BASF disposera d'un droit de veto pour toutes les décisions importantes prises par DyStar, tout comme Bayer et Hoechst. Ainsi, selon l'article 4 alinéa 3 lettre b de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251, ci-après: "LCart"), il y a concentration d'entreprises.

Les chiffres d'affaires des entités participantes de l'exercice précédent la concentration dépassent les seuils prévus à l'article 9 alinéa 1 lettres a et b LCart.

Considérant ce qui précède, il s'agit d'une opération de concentration soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

## III. Appréciation

Afin d'apprécier la situation de la concurrence, il convient de déterminer les marchés de référence, comprenant un marché des produits et un marché géographique (art. 11 al. 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996, RS 251.4, ci-après: "OCCE").

En ce qui concerne le marché des **produits**, la nouvelle entité sera active dans les domaines de la production, de la vente et de la recherche et développement pour les colorants textiles. Dans le domaine des colorants textiles, les parties distinguent quatre marchés pertinents, selon les propriétés chimiques de ces colorants, soit: (a) cellulose, (b) laine et polyamide, (c) dispersion et (d) cations. Cette définition des marchés pertinents a d'ailleurs aussi été adoptée par la DG IV (Commission européenne) dans le cas de fusion IV/M 534 Bayer/Hoechst, jugé le 21 décembre 1994.

Le marché **géographique** pertinent est mondial. Les principaux producteurs sont européens, japonais et asiatiques et vendent sur l'ensemble du marché mondial. De manière similaire, les acheteurs se fournissent auprès de nombreux fournisseurs internationaux.

La concentration proposée ne crée ni ne renforce une position dominante sur l'un des quatre marchés pertinents. Les parts de marchés (sur le marché mondial) après la fusion auraient été en 1999, respectivement pour les marchés (a) à (d), de [20-30%], [10-20%], [20-30%] et

---

[20-30%]. Il subsiste au moins trois concurrents importants (Clariant, Ciba et Yorkshire-Group) et de très nombreux petits concurrents sur chacun des marchés.

Sur le marché suisse, le secrétariat de la Commission de la concurrence a contacté les principaux clients actuels de DyStar et BASF, afin de savoir si la nouvelle entité avait la possibilité d'augmenter ses prix de manière durable et significative. Ces clients ont répondu qu'ils avaient la possibilité de se fournir auprès d'autres entreprises, en Suisse ou à l'étranger, sans difficulté notable.

Il est également à noter que la DG IV a avalisé cette fusion le 6 septembre 2000.

#### **IV. Résultat**

Au vu de ce qui précède, la concentration envisagée ne crée ni ne renforce une position dominante de DyStar. Elle ne pose donc pas de problème du point de vue de l'article 10 LCart.

Les conditions pour l'ouverture d'un examen de l'opération de concentration selon l'article 10 LCart ne sont pas réunies.

B 2.3	<b>11. Weitere</b>
-------	--------------------

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

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

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

Die Wettbewerbskommission erachtet den Unternehmenszusammenschluss Bluewin AG/Swisscom Directories AG als unbedenklich.

---

<b>B 2</b>	<b>4. Sanktionen Sanctions Sanzioni</b>
<b>B 2.4</b>	<b>1. Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas</b>

*Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 51 Abs. 1 KG*

*Inobservation en rapport avec les fusions d'entreprises selon l'art. 51 al. 1 LCart*

*Infrazioni in relazione con le fusioni giusta l'art. 51 cpv. 1 LCart*

*Verfügung vom 18. Dezember 2000 in Sachen Verwaltungssanktionen gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG*

#### **A. Sachverhalt**

1. Die Banque Nationale de Paris (im Folgenden: BNP) ist eine Universalbank mit Sitz in Paris. Sie bietet ihren Privat- und Geschäftskunden in Frankreich und in zahlreichen weiteren Ländern durch Filialen und Tochtergesellschaften ein breites Spektrum von Bank- und Finanzdienstleistungen, so insbesondere Retail Banking, Corporate Finance, Private Banking, Asset Management und Investment Banking, an. Überdies ist sie auch im Versicherungsgeschäft sowie im Immobilienhandel tätig.

2. In der Schweiz hält die BNP direkt oder indirekt 99,9% an ihrer Tochtergesellschaft BNP (Suisse) Holding SA mit Sitz in Genf, welche ihrerseits die beiden Tochtergesellschaften Banque Nationale de Paris (Suisse) SA, Basel, und UEB United European Bank SA, Genf, besitzt. Letztere betreiben in der Schweiz an mehreren Standorten das Private Banking, die internationalen Handels-, Geld- und Kapitalmarktfinanzierungen sowie den Devisenhandel.

3. Paribas ist ebenfalls eine Universalbank mit Sitz in Paris und bietet ihren Geschäfts- und Privatkunden über eine weltweite Konzernstruktur dieselben Bank- und Finanzdienstleistungen an wie die BNP. Paribas ist in der Schweiz mit ihrer Tochtergesellschaft Paribas (Suisse) SA, Genf, präsent. Zu deren Geschäftsbereich gehören das Private Banking, die internationalen Handels-, Geld- und Kapitalmarktfinanzierungen sowie der Devisenhandel. Die Dienstleistungen werden ebenfalls an mehreren Standorten angeboten.

4. Die Übernahme von Paribas durch die BNP erfolgte in verschiedenen Schritten:

a) Am 9. März 1999 hat die BNP den Aktionären der Paribas ein erstes öffentliches Übernahmeangebot unterbreitet, welches von der französischen Bankenaufsichtsbehörde Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement am 29. März 1999 bewilligt worden war. Gleichzeitig unterbreitete auch die französische Bank Société Générale den Aktionären von Paribas ein öffentliches Umtauschangebot.

In der Folge verbesserte die BNP ihr Übernahmeangebot für die Paribas-Aktionäre. Aufgrund dieser verbesserten Offerte hat der Conseil des Marchés Financiers (im Folgenden: CMF), eine weitere Aufsichtsbehörde im Finanzdienstleistungssektor, am 21. Juni 1999 entschieden, dass die unter dem ersten Umtauschangebot erfolgten Aufträge zur Titeleinlieferung nichtig seien. Das verbesserte Übernahmeangebot war befristet bis zum 6. August 1999.

Mit Schreiben vom 23. August 1999 informierte der CMF, dass nach Beendigung des Übernahmeangebotes 106'640'080 Paribas-Aktien zum Tausch eingeliefert worden seien, was einem Anteil am Aktienkapital der Paribas von 65,06% beziehungsweise einem Stimmenanteil von 65,2% entspreche.

b) Im Herbst 1999 lancierte die BNP ein zweites Übernahmeangebot, welches am 21. Oktober 1999 ablief. Mit Schreiben vom 4. November 1999 teilte der CMF mit, dass die BNP aufgrund des zweiten Übernahmeangebotes nun über 158'269'000 Aktien und somit über einen Anteil von 96,26% am Aktienkapital respektive 96,33% an Stimmen verfüge.

c) Im Rahmen des so genannten "offre publique de retrait" wurden der BNP im Januar 2000 wiederholt Aktien der Paribas angetragen. Sie kam somit auf ein endgültiges Resultat von 162'698'436 Aktien, bestehend aus 98,82% des Aktienkapitals und 98,0% sämtlicher Stimmen. Die Aktien der Paribas wurden per 1. Februar 2000 an der Pariser Börse dekotiert und die verbleibenden Publikumsaktien kraft amtlicher Bestimmung an die BNP übertragen.

5. Mit Schreiben vom 29. März 2000 ist dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die Meldung vom Zusammenschluss der BNP und der Paribas zur neuen BNP Paribas eingereicht worden.

6. Mit Schreiben vom 17. April 2000 hat das Sekretariat der BNP mitgeteilt, dass die Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko) den Zusammenschluss für unbedenklich hält. Auf die Einleitung einer Prüfung wurde deshalb verzichtet. Gleichzeitig wies das Sekretariat auf das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Verletzung der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Kartellgesetz (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251; KG) hin und behielt sich die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens vor.

---

7. Mit Schreiben vom 18. April 2000 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Sanktionsverfahren nach Artikel 53 Absatz 1 KG gegen die BNP Paribas wegen eines möglichen Verstosses gegen die Meldepflicht im Zusammenhang mit dem Unternehmenszusammenschluss (Art. 51 KG) eröffnet. Gleichzeitig wurde BNP eingeladen, zu Fragen betreffend den Sachverhalt sowie zum Vorwurf der Verletzung der Meldepflicht Stellung zu nehmen. Die BNP ist dieser Aufforderung am 22. Juni 2000 nachgekommen.

8. Durch Zusendung eines Verfügungsentwurfes am 29. August 2000 erhielt die BNP nochmals die Gelegenheit, zum Sachverhalt Stellung zu nehmen. Gleichzeitig erhielt sie ebenfalls Akteneinsicht.

9. Mit Ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2000 hat die BNP folgende Parteianträge gestellt:

- Das Verwaltungsanktionsverfahren gegen die BNP sei einzustellen;
- Eventualiter sei im Verwaltungsanktionsverfahren gegen die BNP keine Sanktion auszusprechen;
- Subeventualiter sei die Verwaltungsanktion gegen die BNP auf einen symbolischen Betrag von CHF 1.00 festzusetzen.

## **B. Erwägungen**

10. Gegenstand des vorliegenden Verwaltungsverfahrens ist die Auflegung von Verwaltungsanktionen wegen des Vollzugs eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung (Art. 51 Abs. 1 KG). Die Weko ist gemäss Artikel 53 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 18 Absatz 3 KG zuständig für die Ausfällung von Verwaltungsanktionen.

11. Auf die kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz von diesen nicht abweicht. Der 6. Abschnitt des Kartellgesetzes über die Verwaltungsanktionen (Art. 50 bis 53 KG) enthält keine abweichende Bestimmung. Somit sind die einschlägigen Bestimmungen des VwVG anwendbar.

### **1. Anwendbarkeit des KG**

#### **a) Persönlicher Geltungsbereich**

12. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Rz. 28). Die BNP

---

und Paribas sind am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG.

### **b) Sachlicher Geltungsbereich**

13. Als Unternehmenszusammenschluss gilt nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung, durch den ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangt.

14. Gestützt auf das verbesserte Übernahmeangebot im Sommer 1999 gelangte die BNP in den Besitz von 106'640'080 Aktien, was einem Stimmrechtsanteil von 65,2% an sämtlichen Stimmrechten des Aktienkapitals der Paribas entsprach. Dieser Sachverhalt wurde vom CMF mit Schreiben vom 23. August 1999 explizit bestätigt. Gemäss den Parteiausführungen sind die Aktien sodann per 26. August 1999 auf die BNP übertragen worden. Damit ist unbestritten, dass die BNP spätestens zu diesem Zeitpunkt - ungeachtet der nachfolgenden Übernahmeangeboten - die Kontrolle über die Paribas erlangt hatte. Es liegt somit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

### **c) Örtlicher Geltungsbereich**

15. Das Gesetz ist gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip). Danach fallen Unternehmenszusammenschlüsse auch dann unter die schweizerische Fusionskontrolle, wenn die beteiligten Unternehmen Sitz im Ausland haben und hauptsächlich dort operativ tätig sind, sich deren Tätigkeit aber auf die schweizerische Wirtschaft auswirkt.

16. Die erforderliche Binnenbeziehung eines sich im Ausland ereigneten Sachverhaltes ergibt sich im schweizerischen Wettbewerbsrecht aus dem Kriterium der Auswirkung. Die Geltung des Kartellgesetzes erfordert somit Auswirkungen auf die schweizerische Wirtschaft, ohne diese der ausländische Sachverhalt nicht unter das Gesetz fällt:

a. Im vorliegenden Fall handelt es sich beim übernehmenden als auch beim zu übernehmenden Unternehmen um Aktiengesellschaften nach französischem Recht mit Sitz je in Paris. Beide Gesellschaften verfügen jedoch über Tochtergesellschaften mit Sitz in der Schweiz, welche an den Standorten Zürich, Genf, Basel und Lugano operativ tätig sind. Mit dem Unternehmenszusammenschluss werden die auf dem schweizerischen Markt tätigen Tochtergesellschaften der beteiligten Parteien einer einheitlichen Kontrolle unterstellt, so dass eine Änderung der Marktstruktur erfolgt. Der Unternehmenszusammenschluss hat deshalb auch die erforderlichen Auswirkungen auf die schweizerische Wirtschaft.

---

b. Zudem hat der Gesetzgeber das Kriterium der Auswirkung für Unternehmenszusammenschlüsse in Artikel 9 KG konkretisiert. Danach sind Unternehmenszusammenschlüsse dann meldepflichtig, wenn sie die in Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG statuierten Aufgreifkriterien erfüllen. Mit diesen Aufgreifkriterien wollte der Gesetzgeber explizit nur diejenigen Zusammenschlüsse von Unternehmen erfassen, welche von ihrem Umsatz her über ein gewisses Marktpotenzial verfügen und daher spürbare Auswirkungen auf die Marktverhältnisse in der Schweiz erwarten lassen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 578 f.).

17. Für die Prüfung des Geltungsbereiches nach Artikel 2 Absatz 2 KG ist deshalb nach der Konzeption des schweizerischen Kartellgesetzes nicht auf die Wesentlichkeit solcher Auswirkungen abzustellen, wie die BNP in ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2000 fälschlicherweise darzulegen versucht. Diese Frage ist einzig Gegenstand der materiellen Prüfung nach Artikel 10 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 33 KG.

18. Wie unter Ziffer 2 (Meldepflicht) noch zu zeigen ist, sind die Aufgreifkriterien nach Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG und somit das Erfordernis der Spürbarkeit erfüllt. Das Kartellgesetz ist somit auch in örtlicher Hinsicht anwendbar.

## **2. Meldepflicht**

19. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, falls die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 KG erreichen. Als beteiligte Unternehmen gelten bei der Erlangung der Kontrolle das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU), somit also die BNP und Paribas.

20. Alsdann ist zu ermitteln, ob die beteiligten Unternehmen die gesetzlichen Schwellenwerte erreicht haben. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind die Schwellenwerte dann erreicht, wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Für die Berechnung der Schwellenwerte wird auf die im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielten Umsätze abgestellt (Art. 9 Abs. 2 KG).

21. Für Versicherungsgesellschaften und Banken hat der Gesetzgeber in Artikel 9 Absatz 3 KG eine Spezialbestimmung aufgestellt. Danach treten bei Banken im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen an die Stelle des Umsatzes 10 Prozent der Bilanzsumme. Der auf die Schweiz entfallende Anteil der Bilanzsumme von Banken

---

ergibt sich sodann aus dem Verhältnis zwischen den Forderungen aufgrund von Geschäften mit in der Schweiz ansässigen Personen (Banken und Kunden) und dem Gesamtbetrag dieser Forderungen.

22. Artikel 2a der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (BankV; SR 952.02) präzisiert den Begriff Banken im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0). Danach gelten als Banken Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere:

- gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren (Bst. a), oder
- sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihnen beteiligten Banken refinanzieren, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren (Bst. b).

23. Beide am Zusammenschluss beteiligten Banken sind so genannte Universalbanken, welche sämtliche Sparten des Bankgeschäfts betreiben. Sie erfüllen die in Artikel 2a BankV aufgestellten Kriterien und fallen deshalb unter die Spezialbestimmung von Artikel 9 Absatz 3 KG.

24. Die konsolidierten Bilanzsummen beider Bankinstitute ergaben per 31. Dezember 1998 einen Totalbetrag von CHF [...]. Davon sind 10%, ausmachend CHF [...], massgebend für den Schwellenwert von CHF 2 Mia. gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG. Der Anteil der konsolidierten Bilanzsumme am Schweizer Geschäft betrug bei der BNP CHF [...] und bei der Paribas CHF [...]. Somit betragen die relevanten Bilanzwerte für die Bestimmung des Schwellenwertes nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG für die BNP CHF [...] und für Paribas CHF [...].

25. Da die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 KG erfüllt sind, besteht für den Zusammenschluss BNP/Paribas eine Meldepflicht.

26. Artikel 9 Absatz 1 VKU bestimmt zudem, wer meldepflichtig ist. Danach ist der Zusammenschluss bei der Erlangung der Kontrolle durch dasjenige Unternehmen zu melden, welches die Kontrolle erlangt (Bst. b). Im vorliegenden Fall trifft somit die BNP die Meldepflicht.

27. Schliesslich bleibt das Vollzugsdatum festzulegen, vor welchem der Zusammenschluss zu melden ist (Art. 9 Abs. 1 KG). Vollzogen ist der Zusammenschluss dann, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige

Unternehmen oder Teile davon erlangt hat, wenn also die Möglichkeit besteht, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des zu übernehmenden Unternehmens auszuüben (vgl. BOVET Christian, Fiches juridiques suisses, No 434, S. 4). Dies kann unter anderem mittels Erwerb einer Beteiligung - sei es über einen regulären Kauf von Aktien oder über ein öffentliches Umtauschangebot - erfolgen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG, Art. 1 VKU). Für die Bestimmung des Vollzugszeitpunktes ist die effektive Ausübung des bestimmenden Einflusses nicht relevant, tatsächlich genügt bereits die Möglichkeit der Ausübung (vgl. ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 409 ff.).

28. Der CMF hat (gestützt auf das verbesserte Angebot der ehemaligen BNP) die vom ursprünglichen Übernahmeangebot veranlassten Aufträge der Paribas-Aktionäre zur Titeleinlieferung am 21. Juni 1999 für nichtig erklärt. Es kann damit offen gelassen werden, ob es zu diesem Zeitpunkt seitens der BNP zu einem Vollzug im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 KG gekommen ist.

29. Mit Schreiben vom 23. August 1999 hat der CMF das Resultat des verbesserten Übernahmeangebotes der BNP, welches am 6. August 1999 abgelaufen war, bekannt gegeben. Danach wurden der BNP 106'640'080 Paribas-Aktien angetragen, womit diese in den Besitz von 65,2% Stimmen am Aktienkapital der Paribas gelangte. Die Aktien sind sodann, wie die BNP im Schreiben vom 22. Juni 2000 darlegt, per 26. August 1999 definitiv übertragen worden. Da die BNP spätestens an diesem Tag die Kontrolle über die Paribas übernommen hat, gilt als Vollzugsdatum im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 KG der 26. August 1999.

30. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Zusammenschluss BNP/Paribas somit vor dem Vollzug vom 26. August 1999 gemeldet werden musste.

### **3. Sanktion**

31. Nach Artikel 51 Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, das unter anderem einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einer Verwaltungsanktion belegt.

32. Der Zusammenschluss BNP/Paribas ist dem Sekretariat erst mit Schreiben vom 29. März 2000 gemeldet worden, das heisst nach dem am 26. August 1999 erfolgten Vollzug. Der Tatbestand, wonach ein meldepflichtiger Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen wurde, ist deshalb erfüllt.

33. Auch bei kartellgesetzlichen Verwaltungsanktionen kann ein an sich rechtswidriges Verhalten ausnahmsweise als rechtmässig anerkannt werden. Diesbezüglich trägt die BNP verschiedene Rechtfertigungsgründe vor:

- 
- a. Unbehelflich ist der von der BNP angeführte Grund, wonach der Zusammenschluss weder in der Europäischen Union noch in Frankreich meldepflichtig war.
- b. Weiter trägt die BNP in ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2000 vor, sie wäre im Rahmen des Übernahmekampfes mit der Société Général zeitlich nicht in der Lage gewesen, in über [...] betroffenen Ländern innerhalb der vorgegebenen Fristen die Anmeldung des Zusammenschlusses zu prüfen. Zudem hätte sie keine Kenntnis von der Meldepflicht in der Schweiz gehabt. Hier ist es am Unternehmen, sich die entsprechenden internen Strukturen (Compliance) zu schaffen, welche die Vereinbarkeit der Geschäftstätigkeit mit den gesetzlichen Rahmenbestimmungen - auch derjenigen ausländischer Rechtsordnungen - zu prüfen haben. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die BNP selber über eine Holdinggesellschaft in der Schweiz verfügt, deren Tochtergesellschaften operativ tätig sind. Sie hätte somit zweifelsfrei die Möglichkeit gehabt, über diese Holdinggesellschaft die rechtliche Situation und insbesondere die Meldepflicht abklären zu lassen.
- c. Eine telefonische Nachfrage beim CMF in Paris hat diesbezüglich ergeben, dass Unternehmen, welche ein öffentliches Umtauschangebot nach französischem Recht beabsichtigen, zumindest eine Suspensivbedingung in die Offerte aufnehmen können, wonach die Offerte nur dann Gültigkeit erlangt, wenn sämtliche Zustimmungen der zuständigen Behörden zum Zusammenschluss vorliegen. Im Unterschied zum schweizerischen Recht, wo eine solche Bedingung nur während der Frist des öffentlichen Umtauschangebots Bestand hat, geht die französische Regelung nach Auskunft des CFM über die Dauer der Offerte hinaus. Die BNP hätte somit die Möglichkeit gehabt, den Vollzug zumindest solange aufzuschieben, als die erforderlichen Bewilligungen nicht vorlagen.
- d. Ebenfalls unbehelflich sind die Vorbringen der BNP, dass der Zusammenschluss von sich aus gemeldet worden sei und die BNP dabei vollumfänglich kooperiert und nie versucht habe zu verheimlichen, dass die Meldung möglicherweise verspätet erfolgt sei. Stellt sich heraus, dass eine Verletzung der Meldepflicht vorliegt, dann sind die vom Gesetz vorgesehenen Sanktionen auszusprechen.
- e. Es wird weiter vorgebracht, der Zusammenschluss sei mittlerweile auch in anderen Ländern gemeldet worden und keine der ausländischen Fusionskontrollbehörden hätten eine Sanktion wegen verspäteter Meldung ausgesprochen. Auch diese Hinweise ändern nichts an der Tatsache, dass eine Verletzung der Meldepflicht vorliegt. Die BNP verkennt, dass der Verzicht einer ausländischen Behörde auf die Ausfällung der Sanktion nicht bedeutet, dass auch nach schweizerischem Recht auf eine Sanktion zu verzichten ist. Im Übrigen ist im Rahmen der Bestimmung der Höhe der Busse auf das Verhältnismässigkeitsprinzip zurückzukommen.
-

34. Nach Artikel 51 Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einem Betrag bis zu CHF 1 Mio. belastet.

35. Für die Erfüllung des Tatbestandes gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG ist irrelevant, aus welchen Gründen die Meldung unterblieben ist. Insbesondere bildet das Verschulden nicht Tatbestandsvoraussetzung für die Aussprechung einer Verwaltungssanktion. Diesbezüglich ist - entgegen der Ansicht der BNP in ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2000 - der Wortlaut der Botschaft zum Kartellgesetz klar formuliert (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 619). Die Weko hat denn auch in ihrer ständigen Praxis das Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit eines tatbeständlichen Handelns verneint (vgl. zuletzt X/C-AG und D-AG, RPW 2000/3, S. 262 f., Rz. 30).

36. Die BNP rügt in ihrer Stellungnahme zudem, dass die Nichtberücksichtigung der freiwilligen Meldung ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip darstellt. Diese Aussage ist im vorliegenden Fall nicht haltbar. Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt nur, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, Rz. 401). Der Wortlaut von Artikel 51 Absatz 1 KG lässt beim Tatbestand der Verletzung einer bestehenden Meldepflicht für die rechtsanwendende Behörde keinen Ermessensspielraum zu. Aus der verspäteten, freiwillig erfolgten Meldung kann deshalb kein Anspruch auf eine Ungleichbehandlung abgeleitet werden.

37. Für die Sanktionsbemessung werden nach Praxis der Weko ausschliesslich objektive Kriterien berücksichtigt (Curti & Co. AG, RPW 1998/4, S. 617 f., Rz. 24, 28 und 29, zuletzt X/C-AG und D-AG, RPW 2000/3, S. 621 ff.). Nach Gesetz ist die Höhe der Verwaltungssanktion nach den konkreten Umständen zu bemessen. Das Abstellen auf die konkreten Umstände ist Ausdruck des im Verwaltungsrecht allgemein gültigen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV; Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 621). Die Höhe der Verwaltungssanktion ist so zu bemessen, dass sie für die betroffenen Unternehmen spürbar ist (Curti & Co. AG, RPW 1998/4, S. 618, Rz. 27).

38. Im Falle der Verletzung der Meldepflicht berücksichtigt die Weko grundsätzlich drei Kriterien (Curti & Co. AG, RPW 1998/4, S. 619, Rz. 30; ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 706):

- Die Bedeutung des Unternehmens, das die Meldepflicht verletzt hat, auf dem Markt (Kriterium I);
  - Die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche wird bejaht, wenn der Zusammenschluss zu gemeinsamen Marktanteilen von mehr als 20% beziehungsweise
-

mehr als 30% im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU führt (Kriterium II) und

- die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG durch das Zusammenschlussvorhaben (Kriterium III).

39. Im Entscheid Curti & Co. AG (RPW 1998/4, S. 619, Rz. 31) stellte die Weko zur Berechnung des Kriteriums I auf den in der Schweiz durch das meldepflichtige Unternehmen erzielten Jahresumsatz ab. Sie folgte dabei der Konzeption des Kartellgesetzes, welche bei der Berechnung der Schwellenwerte - mit Ausnahme der Banken und Versicherungsgesellschaften - ebenfalls auf die Jahresumsätze abstellt (Art. 9 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission erachtete sodann in Anbetracht der maximalen Sanktion von CHF 1 Mio. einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber CHF 300'000.--, als angemessen.

40. In casu ist diesem Vorgehen zu folgen, jedoch ist in Anlehnung an die Sonderbestimmung von Artikel 9 Absatz 3 KG nicht vom Jahresumsatz sondern von 10% von dem auf die Schweiz entfallenden Anteil an der Bilanzsumme des meldepflichtigen Unternehmens auszugehen. Der für die BNP relevante Umsatz gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG beträgt CHF [...]. Daraus errechnet sich für das Kriterium I ein Basisbetrag von CHF [...].

41. Kriterium II bezieht sich auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb. Beim Zusammenschluss BNP/Paribas fehlt es an betroffenen Märkten im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, weshalb zu keinem Zeitpunkt eine potenzielle Gefahr für den Wettbewerb bestand, was sich vermindernd auf die Verwaltungsanktion auswirkt. In Anwendung des Kriteriums II ist deshalb der Betrag von CHF [...] um 50% auf CHF [...] zu reduzieren.

42. Kriterium III stellt auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG ab. Da es beim Zusammenschluss BNP/Paribas an betroffenen Märkten im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU fehlt, kann dieser a fortiori weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Diese Tatsache wirkt sich wiederum vermindernd auf die Verwaltungsanktion aus, weshalb der Betrag nochmals um 50% auf CHF [...] reduziert wird.

43. Im Sinne oben genannter Erwägungen werden die gestellten Anträge der BNP abgewiesen, und es wird ihr eine Verwaltungsanktion in der Höhe von CHF [...] auferlegt.

### C. Kosten

44. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung) ist

unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall die meldepflichtige Unternehmung, somit also die BNP.

45. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin gegeben.

46. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

47. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden beläuft sich demnach die Gebühr auf CHF [...].

48. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

#### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass der Zusammenschluss durch Beteiligungserwerb der Banque Nationale de Paris, Paris, Frankreich, an der Paribas, Paris, Frankreich, gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG meldepflichtig war.
  2. Es wird zudem festgestellt, dass der Zusammenschluss im Zeitpunkt des Vollzuges der Wettbewerbskommission nicht gemeldet war und die Banque Nationale de Paris als meldepflichtiges Unternehmen die Meldepflicht im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 KG verletzt hat.
  3. Die Banque Nationale de Paris wird zur Zahlung einer Verwaltungssanktion von CHF [...] verpflichtet.
  4. [Kosten]
  5. [Rechtsmittelbelehrung]
  6. [Eröffnung]
-

<b>B 2</b>	<b>6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni</b>
<b>B 2.6</b>	<b>1. Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG</b>

*Empfehlungen gemäss Art. 8 BGBM*

*Recommandations selon l'art. 8 LMI*

*Raccomandazioni giusta l'art. 8 LMI*

*Recommandations selon l'article 8 LMI du 29 janvier 2001 adressées aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG concernant l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur*

### Liste des abréviations

#### GENERALITES

aCst.	ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
disp. trans.	dispositions transitoires
JdT	Journal des Tribunaux
FF	Feuille fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle
REG	Registre de Fondation des Registres suisses des ingénieurs, des architectes et des techniciens
Règl.-REG	Règlement de la Fondation REG concernant l'inscription au registre et la radiation

#### LOIS FEDERALES

LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur
pLFPr	Projet de la nouvelle loi sur la formation professionnelle du 6 septembre 2000

**LOIS CANTONALES (par ordre alphabétique des cantons)**

LATec-FR	Loi fribourgeoise du 9 mai 1983 sur l'aménagement du territoire et les constructions
RELATec-FR	Règlement d'exécution du 18 décembre 1984 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions
TEA-FR	Tarifs du 9 janvier 1968 des émoluments administratifs
LAI-GE	Loi genevoise du 17 décembre 1982 sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
Règl.-GE	Règlement d'application du 9 novembre 1983 de la loi genevoise sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
pLA-JU	Projet de loi jurassienne du 31 janvier 2000 sur l'exercice de la profession d'architecte
VPB-LU	Vollzugsverordnung zur Planungs- und Bauverordnung des Kantons Luzern vom 3. Januar 1990
LR-NE	Loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
Arrêté-NE	Arrêté d'exécution de la loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
LPIA-TI	Legge del 20 marzo 1990 sulla protezione e l'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto e dei tecnici progettisti
pLEPIA-TI	Progetto del 15 febbraio 2000 di Legge sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del Cantone Ticino
LATC-VD	Loi vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions

**1. Etat de fait**

1. Le 8 mai 2000, le Département du territoire du canton du Tessin a demandé aux autorités de la concurrence d'examiner la conformité avec la loi sur le marché intérieur (LMI) du projet de révision de la loi tessinoise sur l'exercice des professions d'ingénieur et d'architecte (pLEPIA-TI).

2. Faisant suite à cette requête, le secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) a adressé ses observations au canton du Tessin le 30 octobre 2000.

---

3. Lors de l'examen de ce cas, le secrétariat a cherché à connaître l'état de la réglementation de ces deux professions dans tous les cantons suisses. Il ressort des informations récoltées que:

- La grande majorité des cantons suisses n'ont pas légiféré dans ce domaine. Les architectes et ingénieurs sont libres d'y exercer leur profession.
  - Le Tessin réglemente l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur qui sont habilités à exercer dans le canton. A cet effet, il tient un registre cantonal. La loi actuelle fait l'objet d'une procédure de révision. Le projet de loi reprend l'obligation de s'inscrire au registre. Cette inscription est subordonnée à trois ans de pratique dans un office public ou privé, indépendamment du type de diplôme obtenu dans une école polytechnique ou universitaire (art. 5 pLEPIA-TI). Elle est soumise à un émolument (art. 11 pLEPIA-TI). Actuellement le domicile professionnel au Tessin est une condition pour être inscrit au registre (art. 7 let. b LPIA-TI). Le projet l'a éliminée.
  - Dans le canton de Fribourg, les architectes et les ingénieurs ETS doivent avoir "pratiqué la profession de façon suivie durant trois ans, sous réserve de réciprocité de la part du canton de domicile du requérant" pour pouvoir être inscrits au registre et ainsi accomplir les projets de construction, les demandes de permis et les certificats de conformité (art. 187 al. 1 let. a et 188 al. 1 let. b LATec-FR et art. 75 al. 2 let. b ch. 2 RELATec-FR). L'inscription est soumise à un émolument (pt. 9 TEA-FR).
  - Dans le canton de Genève, seules les personnes inscrites au tableau des mandataires peuvent exécuter les travaux soumis à autorisation. Elles doivent cependant être "au bénéfice d'une pratique attestée d'au moins 2 ans dans des bureaux d'architectes ou d'ingénieurs", indépendamment du diplôme qu'elles possèdent (art. 4 al. 1 LAI-GE). De plus, elles doivent avoir leur domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b LAI-GE). Une inscription temporaire peut être accordée à des personnes domiciliées professionnellement hors du canton si elles remplissent les autres conditions (art. 3 al. 2 LAI-GE). L'inscription est soumise à un émolument (art. 8 Règl.-GE).
  - La législation lucernoise prévoit uniquement quels types d'ingénieur ou d'architecte peuvent être qualifiés de "Planverfasser" (art. 49 Planungs- und Bauverordnung-LU).
  - Le canton de Vaud possède une loi sur la profession d'architecte qui règle uniquement les droits et devoirs des architectes vaudois. La LATC-VD prévoit que "les plans de toute construction mise à
-

l'enquête, à l'exception des constructions de minime importance, doivent être établis et signés soit par un architecte, soit par un ingénieur pour les plans particulier relevant de sa spécialité". Les articles 107 s. décrivent à qui est reconnue la qualité d'architecte et d'ingénieur. Le canton de Vaud tient encore une liste des architectes qui n'est plus obligatoire depuis la révision de la LATC-VD en 1998. L'inscription sur cette liste n'est pas soumise à un émolument.

- Dans le canton du Jura, le gouvernement va prochainement soumettre son projet de loi sur l'exercice de la profession d'architecte au Parlement jurassien. A l'heure actuelle, le registre jurassien des bureaux d'architectes, d'ingénieurs et d'autres bureaux d'études prévu par l'ordonnance du 26 février 1986 n'est plus tenu à jour.
- Tous les cantons<sup>1</sup> réglementant les professions d'architecte et d'ingénieur reconnaissent les architectes et ingénieurs qui sont inscrits au Registre suisse des ingénieurs, des architectes et des techniciens (REG). Le REG est une institution de droit public encouragée par la Confédération (cf. art. 39 pLFPr). Il a pour objectif de créer une réglementation dans le domaine des professions techniques et architecturales. A cette fin, le REG tient à jour un état des personnes exerçant une des professions reconnues et qui remplissent les conditions d'inscription<sup>2</sup>.

4. Le 23 janvier 2001, le canton du Tessin a informé les autorités de la concurrence qu'il allait modifier toutes les dispositions du projet qui sont contraires à la LMI, à savoir l'inscription au registre, l'exigence supplémentaire du nombre d'années de pratique, l'exigence du domicile professionnel au lieu de destination et l'émolument d'inscription au registre cantonal.

5. Les présentes recommandations se fondent sur l'article 8 LMI qui donne à la Comco, en tant qu'autorité de surveillance de cette loi, la compétence d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux autres organes assumant des tâches publiques des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 1, 2 et 3 LMI). Elles s'adressent non seulement aux cantons qui réglementent l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, mais aussi à ceux qui vont adopter ou modifier une telle législation. Elles sont également adressées à la Fondation REG.

<sup>1</sup> Cf. art. 187 let. d et 188 let. d LATec-FR; art. 4 LAI-GE; art. 4 al. 1 pLA-JU; art. 49 VPB-LU; art. 3 al. 2 LR-NE; art. 5 al. 1 let. c et d pLEPIA-TI; art. 107 et 107a LATC-VD

<sup>2</sup> Voir <http://www.schweiz-reg.ch>

## 2. PRINCIPES DE BASE REGISSANT LA LMI

6. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, la LMI dispose d'une base constitutionnelle explicite (art. 95 al. 2 Cst.; cf. aussi A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER: Droit constitutionnel suisse, les droits fondamentaux, vol. II, Berne 2000, p. 344 et K. A. VALLENDER: Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung, PJA 6/99, p. 684 s.).

7. En supprimant les obstacles de droit public à la concurrence et en éliminant les barrières à la mobilité, la LMI vise deux objectifs principaux: "le renforcement de la compétitivité en Suisse et, par là même, celui de la place économique suisse dans le contexte international" (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I 1194).

8. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Elle demande à la Confédération, aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches publiques de veiller à ce que leurs prescriptions ou décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent le droit pour toute personne d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse (art. 2 al. 1 et 2 LMI).

9. Selon l'article 3 alinéa 1 LMI, la liberté d'accès au marché d'offres externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions:

- (a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
- (b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et
- (c) répondent au principe de la proportionnalité.

10. Ces restrictions ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

11. En cas de restrictions au sens de l'article 3 LMI, l'intéressé a droit à l'examen, selon une procédure simple, rapide et gratuite, de la question de son libre accès au marché sur la base de son certificat de capacité (art. 4 al. 2 LMI).

12. Il s'agit dès lors d'analyser, au regard des principes de la LMI et des nouvelles références constitutionnelles, les législations cantonales qui contiennent des dispositions limitant la liberté d'accès au marché des architectes et ingénieurs.

---

### **3. EXAMEN DES DISPOSITIONS CANTONALES CONTRAIRES A LA LMI**

#### **3.1 INSCRIPTION AUX REGISTRES CANTONAUX**

13. Quatre cantons (FR, GE, NE et TI) tiennent un registre cantonal des architectes et des ingénieurs (ou tableau des mandataires). L'inscription à un tel registre autorise les architectes et ingénieurs à effectuer les travaux dont l'exécution est soumise à une autorisation ou à un permis cantonal. Elle confère à ceux qui y sont inscrits l'exclusivité de l'exécution de certains travaux, souvent les plus importants en termes de volume d'affaires.

14. L'inscription à un registre cantonal constitue une restriction à la liberté d'accès au marché dans la mesure où elle limite la liberté des architectes et ingénieurs d'offrir librement leurs services sur tout le territoire suisse. Une telle restriction de la liberté d'accès au marché n'est licite que si elle remplit les conditions cumulatives de l'article 3 alinéa 1 LMI. Par conséquent, il suffit qu'elle ne remplisse pas l'une de celles-ci, par exemple la préservation d'intérêts publics prépondérants, pour être contraire à la LMI.

15. Dans le cadre de l'analyse de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI, il appartient aux cantons d'apporter la preuve:

- a)** qu'il existe un ou plusieurs intérêts publics prépondérants pouvant justifier l'existence d'un registre cantonal et
- b)** que leur registre est indispensable pour préserver de tels intérêts.

16. **a)** S'agissant de la première condition, il ressort des documents analysés que les cantons justifient l'existence d'un registre en invoquant essentiellement "la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation" (art. 3 al. 2 LMI) et des motifs liés à la police des constructions. Cela ne suffit toutefois pas encore à démontrer que ces intérêts publics prépondérants sont indispensables à la tenue d'un registre cantonal. Se pose encore la question de la nécessité d'une telle restriction à la liberté d'accès au marché.

17. **b)** La deuxième condition fait référence au rapport de nécessité au sens large qui doit exister entre la restriction à l'accès au marché et l'intérêt public prépondérant que l'on veut sauvegarder. Ainsi, les cantons ne doivent pas simplement démontrer que l'inscription est utile pour atteindre le but, mais aussi qu'elle est indispensable à sa sauvegarde. Dans ce sens, la condition de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI comprend également un aspect lié au respect du principe de la proportionnalité.

18. La notion de proportionnalité dans la LMI reprend les éléments contenus dans le principe de proportionnalité tel qu'il a été développé par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux libertés

---

fondamentales, en particulier à la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, le principe de proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 482). Il convient toutefois, dans le cadre de la loi sur le marché intérieur, "d'attribuer à l'idée du marché intérieur autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici" (FF 1995 I 1193 ss. 1246).

19. Dans le domaine qui nous occupe, il est difficile de démontrer en quoi l'existence d'un registre cantonal est indispensable à la garantie d'un niveau de formation suffisant ou au respect des normes de constructions. En effet, l'inscription en tant que telle n'assure ni un meilleur niveau de formation ni la qualité des constructions. L'examen des législations cantonales n'est pas parvenu à démontrer que certains cantons - essentiellement romands - ont des besoins de protection plus élevés que la plupart des cantons suisses. Sous l'angle de la police des constructions, les immeubles construits en Suisse donnent généralement satisfaction qu'ils soient le fait d'architectes bernois, zurichoïses ou genevois.

20. De plus, les intérêts publics visés peuvent être atteints par des moyens moins graves pour les intérêts privés. Ainsi, la garantie d'un niveau de formation suffisant peut être atteinte par les dispositions sur la formation professionnelle. Le respect de la législation cantonale sur les constructions peut tout aussi bien être assuré par des dispositions pénales telles qu'elles figurent dans diverses législations cantonales. Par conséquent, l'existence d'un registre cantonal n'est pas indispensable à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants et, partant, est **contraire à la LMI**.

21. Tout au plus pourrait-on justifier l'existence d'un registre national, tel que le REG, pour des raisons de simplification et de reconnaissance internationale des diplômes. En effet, la Fondation REG tient un registre national reconnu par tous les cantons qui ont légiféré dans le domaine des architectes et ingénieurs. De plus, étant l'unique organe de droit public en Suisse légitimé à reconnaître les diplômes d'ingénieurs, d'architectes et de techniciens obtenus dans des écoles étrangères comme équivalents à un diplôme suisse, la Fondation REG assure une gestion centralisée de ces questions. Toutes ces raisons n'autorisent toutefois pas cette fondation à fixer des conditions d'inscription contraires aux principes fondamentaux de la LMI (cf. infra ch. 22 ss.).

---

### 3.2. CONDITION LIEE A L'EXISTENCE D'ANNEES DE PRATIQUE

22. Trois cantons subordonnent l'inscription au registre à **plusieurs années de pratique**. Ainsi, à Genève (art. 4 al. 1 LAI-GE) et au Tessin (art. 5 pLEPIA-TI), les architectes et ingénieurs doivent être au bénéfice de plusieurs années de pratique avant de pouvoir être autorisés à pratiquer. Le canton de Fribourg prévoit cette exigence uniquement pour les architectes et ingénieurs ETS (art. 187 al. 1 let. b et 188 al. 1 let. b LATC-FR). Relevons également que les architectes et ingénieurs diplômés qui désirent s'inscrire au registre de la Fondation REG doivent justifier d'une pratique de plusieurs années (cf. art. 2 ss. Règl.-REG). Ainsi le renvoi des législations cantonales au registre REG a pour effet de généraliser l'exigence d'années de pratique pour les architectes et ingénieurs au bénéfice d'un diplôme fédéral ou cantonal.

23. L'exigence supplémentaire d'années de pratique constitue une restriction à la liberté d'accès au marché. Elle est illicite, à moins qu'elle ne remplisse les conditions cumulatives figurant à l'article 3 alinéa 1 LMI. Par conséquent, il suffit qu'elle ne remplisse pas l'une de celles-ci, par exemple la préservation d'intérêts publics prépondérants, pour être contraire à la LMI.

24. Comme nous l'avons déjà vu, il appartient aux cantons d'apporter la preuve:

- a) qu'il existe un ou plusieurs intérêts publics prépondérants pouvant justifier l'exigence supplémentaire d'années de pratique et
- b) que cette exigence est indispensable pour préserver de tels intérêts.

25. S'agissant de l'exigence générale d'années de pratique, les arguments avancés au sujet de l'inscription au registre peuvent être repris (cf. ch. 15 ss.). En matière de police des constructions, il est théoriquement possible de dire que l'exigence d'années de pratique vise à assurer la qualité des constructions et, partant, la protection de la vie humaine ou la protection de l'environnement. Toutefois, cette exigence n'est pas indispensable pour les architectes et ingénieurs au bénéfice d'un diplôme fédéral ou cantonal. En effet, comme les titres et diplômes sont en principe valables partout en Suisse, il est difficile de démontrer en quoi cette restriction à l'accès au marché est obligatoire pour sauvegarder des intérêts publics prépondérants dans quelques cantons, alors qu'elle ne l'est généralement pas en Suisse. Rien ne prouve que les immeubles construits dans les cantons ne connaissant pas l'exigence supplémentaire des années de pratique mettent en danger le public. La crainte de voir les nouveaux diplômés se lancer sans expérience sur le marché doit être relativisée. En effet, ceux-ci travaillent généralement au sein de bureaux réunissant plusieurs confrères qui peuvent pallier leurs lacunes. Si l'expérience

---

pratique est une condition d'accès au marché, il faut alors donner aux nouveaux diplômés l'occasion de faire leur preuve. L'exigence d'années de pratique préalablement à l'inscription au registre empêche les nouveaux diplômés d'exercer leur profession, condition nécessaire pour acquérir l'expérience requise.

26. Quant à l'exigence des trois années de pratique pour les seuls architectes et ingénieurs ETS, le canton de Fribourg ne saurait démontrer comment cette exigence est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants. En fait, cette exigence discrimine cette formation et crée une inégalité de traitement non justifiée par des faits objectifs, ce d'autant plus que la formation ETS est surtout orientée vers la pratique (dans le même sens ATF 112 la 30).

27. Par conséquent, les dispositions cantonales exigeant que les architectes et ingénieurs au bénéfice d'un diplôme fédéral ou cantonal doivent disposer de plusieurs années de pratique pour être inscrits au registre cantonal ne sont pas indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et, partant, sont **contraires à la LMI**. Il en va des dispositions du règlement de la Fondation REG qui imposent les mêmes obligations.

28. Le fait que la Convention administrative du 12 mars 1999 sur les activités industrielles et artisanales réglementées (Espace Mittelland<sup>3</sup>) subordonne la reconnaissance des diplômes et des certificats de capacité à l'exercice de l'activité professionnelle pendant deux ans au moins, n'y change rien. Même si cette convention devait primer la LMI pour les ressortissants des cantons signataires de la Convention (art. 4 al. 4 LMI), l'exigence liée aux années de pratique limite à l'excès la liberté d'accès au marché au vu des considérants précédemment énoncés.

### **3.3. CONDITION LIEE AU DOMICILE PROFESSIONNEL**

29. Dans le canton de Genève, les personnes désirant être inscrites au tableau des mandataires doivent avoir leur domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b LAI-GE). Une inscription temporaire peut être accordée à des personnes domiciliées professionnellement hors du canton si elles remplissent les autres conditions (art. 3 al. 2 LAI-GE).

30. Dans le canton du Tessin, les architectes et ingénieurs qui veulent y exercer leur profession doivent aussi être domiciliés dans le canton (art. 7 let. b LPIA-TI). Cette obligation ne figure plus dans le projet de révision de la LPIA-TI.

---

<sup>3</sup> Cette Convention lie les cantons du Valais, de Berne, Fribourg, Soleure, Neuchâtel, Jura et Vaud. Elle est applicable aux architectes et ingénieurs civils en vertu de son annexe.

31. L'exigence du domicile professionnel constitue une restriction à la liberté d'accès au marché. Elle est illicite, à moins qu'elle ne remplisse les conditions cumulatives figurant à l'article 3 alinéa 1 LMI. Il suffit par exemple qu'elle ne réponde pas au principe de proportionnalité pour être contraire à la LMI.

32. Selon l'article 3 alinéa 3 lettre c LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché sont disproportionnées lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination constitue une condition pour pouvoir exercer une activité lucrative.

33. Par conséquent, l'article 3 alinéa 1 lettre b LAI-GE exigeant le domicile professionnel dans le canton de Genève ne répond pas au principe de proportionnalité et, partant, est **contraire à la LMI** (cf. aussi ATF 116 la 355). La possibilité pour les demandeurs des autres cantons d'obtenir une autorisation provisoire n'y change rien. Il en va de même dans le canton du Tessin où l'article 7 lettre b LPIA-TI exige le domicile professionnel dans le canton.

#### **3.4. PAIEMENT D'UN EMOLUMENT LORS DE LA PROCEDURE DE RECONNAISSANCE DES DIPLOMES EXTRACANTONAUX**

34. Tout architecte ou ingénieur qui désire être inscrit aux registres des cantons de Fribourg, de Genève, de Neuchâtel et du Tessin doit payer un émolument.

35. En cas de restriction au sens de l'article 3 LMI, l'intéressé a droit à l'examen de la question de son libre accès au marché sur la base de son certificat de capacité selon une procédure gratuite (art. 4 al. 2 LMI).

36. A l'origine, l'article 4 LMI était une concrétisation de l'article 5 dispositions transitoires aCst. qui prévoyait que, jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale en la matière (art. 33 aCst.), les personnes qui exercent une profession libérale et ont obtenu un certificat de capacité d'un canton peuvent pratiquer sur tout le territoire de la Confédération.

37. Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, l'article 4 LMI doit être lu à la lumière de l'article 196 chiffre 5 dispositions transitoires Cst. qui prévoit que "jusqu'à l'adoption d'une législation, les cantons sont tenus à la reconnaissance réciproque des titres sanctionnant une formation". Cette disposition constitutionnelle doit être mise en relation avec l'article 95 Cst. (ancien art. 33 aCst.) qui prévoit que la Confédération doit garantir aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse. Ce faisant, elle veillera à créer un espace économique suisse unique (cf. aussi Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 302 ss. et D. BIEDERMANN: Die

neue Bundesverfassung: Übergangs- und Schlussbestimmungen sowie Anpassungen auf Gesetzesstufe, PJA 6/99, p. 732).

38. Ces nouvelles références constitutionnelles ont pour effet d'étendre l'application de l'article 4 LMI non plus seulement à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux, mais aussi à la reconnaissance des titres sanctionnant une formation suisse. Ainsi, les cantons qui requièrent l'inscription au registre cantonal des architectes et ingénieurs extracantonaux doivent garantir une inscription gratuite conformément à l'article 4 alinéa 2 LMI. En effet, en exigeant l'inscription à leur registre, ces cantons restreignent l'accès au marché au sens de l'article 3 LMI aux architectes et ingénieurs extracantonaux. La question de leur libre accès au marché devra être gratuite car elle se fera sur la base d'un titre sanctionnant une formation suivie en Suisse.

39. Ce raisonnement est somme toute logique. Pourquoi ne devrait-on pas appliquer dans ce cas le principe de la gratuité quand on sait que la procédure de reconnaissance des diplômes demande un contrôle moins approfondi, donc moins coûteux que la procédure de reconnaissance des certificats de capacité cantonaux? De plus, le TF étend le principe de gratuité aux conditions personnelles liées à la procédure de reconnaissance (ATF 125 I 276, consid. 5 p. 287), principe qui s'applique aussi aux simples émoluments de chancellerie (ATF 125 II 56, consid. 5b p. 63 et ATF 123 I 313, consid. 5 p. 323 ou JdT 1999 I 300). Enfin, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les architectes et ingénieurs provenant d'un canton connaissant le système du registre et les autres. La gratuité ne dépend pas de l'inscription. Elle est liée à la reconnaissance du diplôme.

40. Par conséquent, les dispositions des législations fribourgeoise (pt. 9 TEA-FR), genevoise (art. 8 Règl.-GE), neuchâteloise (art. 12 Arrêté-NE) et tessinoise (art. 11 pLEPIA-TI) prévoyant la perception d'émoluments pour l'inscription au registre cantonal des architectes et ingénieurs extracantonaux sont **contraires à l'article 4 alinéa 2 LMI**.

#### **4. DE L'EXISTENCE DES LEGISLATIONS CANTONALES**

41. Eu égard aux résultats de l'analyse des dispositions cantonales, il faut se poser la question du bien-fondé des législations cantonales réglementant l'accès au marché des architectes et ingénieurs. D'ailleurs, cette question sera bientôt d'actualité non seulement dans le canton du Jura où le législatif cantonal aura prochainement l'occasion d'en débattre, mais aussi au Parlement fédéral suite au dépôt d'une initiative parlementaire demandant l'élaboration d'une loi fédérale sur les architectes<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Initiative parlementaire GALLI 00.445 demandant "la création de bases juridiques pour la formation d'architecte et l'exercice de cette profession en Suisse".

42. D'un point de vue juridique, les professions d'architecte et d'ingénieur sont des professions libérales au sens de l'article 95 Cst. qui bénéficient de la liberté économique (ATF 104 la 473, consid. 2). Les autorités cantonales peuvent restreindre cette liberté en adoptant des mesures de police justifiées par un intérêt public pertinent. L'atteinte doit cependant reposer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité (ATF 113 la 40). Sont en revanche prohibées les mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé (ATF 111 la 186; 110 la 102). En matière de professions libérales, les cantons ne sont pas libres de légiférer comme ils l'entendent. "Ils ne peuvent exiger des connaissances et des capacités des candidats que dans la mesure où la protection du public le requiert nécessairement. Ils ne peuvent donc pas utiliser l'article 33 aCst. [désormais 95 Cst.] pour limiter l'accès aux professions libérales, ni pour élever le niveau de telle ou telle profession, si désirable puisse être ce dernier" (ATF 93 I 519/520, consid. 1b; ATF 112 la 30, consid. 3).

43. D'un point de vue économique, les restrictions à la liberté économique d'un individu ou d'une entreprise ne sont concevables que dans l'hypothèse où un marché n'est plus en mesure de fonctionner autrement. Avant toute réglementation, il convient donc de déterminer si l'existence d'un besoin est donnée, respectivement de définir les objectifs à atteindre. Ces derniers doivent uniquement viser à parer à un mauvais fonctionnement du marché (C. C. VON WEIZSÄCKER: Staatliche Regulierung - positive und normative Theorie, Revue suisse d'économie et de statistique, cahier 3/1982, p. 325 ss.).

44. En Suisse, la plupart des cantons ne réglementent pas les professions d'architecte et d'ingénieur. Ceux qui le font veulent essentiellement garantir la dignité et le bon exercice de ces deux professions en fixant les conditions pour être admis à effectuer les travaux dont l'exécution est soumise à une autorisation ou à un permis cantonal (B. KNAPP: La profession d'architecte en droit public, in: GAUCH/TERCIER, Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3ème édit., Fribourg 1995, p. 494 ss). Ces législations cantonales organisent et protègent les professions d'architecte et d'ingénieur à des degrés divers. Le problème tient au fait que ces cantons partent souvent du principe que le diplôme d'architecte ou d'ingénieur ne suffit pas pour garantir la qualité des prestations offertes. Ils prévoient alors des conditions supplémentaires à l'exercice de ces professions, limitant ainsi le libre accès au marché (cf. supra chap. 3.1 à 3.4). Comme les objectifs poursuivis par ces législations sont parfois subordonnés à la défense d'intérêts professionnels, la réglementation devient excessive et contredit alors les principes de la LMI.

---

45. Au vu de ce qui précède, les législations cantonales ne peuvent réglementer l'exercice de la profession d'architecte et d'ingénieur que si elles n'ont pas pour effet ou pour objet de limiter l'accès au marché des prestations fournies par les architectes et les ingénieurs de façon contraire à la LMI.

## 5. RECOMMANDATIONS

Sur la base de ce qui précède et se fondant sur l'article 8 LMI, la Commission de la concurrence:

a) recommande aux cantons qui réglementent l'accès au marché des professions d'architecte et d'ingénieur de supprimer:

1. l'exigence de l'inscription aux registres cantonaux des architectes et ingénieurs (Fribourg, Genève, Neuchâtel, Tessin);
2. les dispositions cantonales contraires à la LMI, en particulier celles qui exigent:

- Un certain nombre d'années de pratique pour les personnes au bénéfice d'un diplôme fédéral ou cantonal (art. 187 let. d et 188 let. d LATec-FR; art. 4 LAI-GE; art. 5 al. 1 let. c et d pLEPIA-TI),
- Le domicile professionnel au lieu de destination (art. 3 al. 1 let. b LAI-GE et art. 7 let. b LPIA-TI),
- Le paiement d'un émolument pour la procédure de reconnaissance des diplômes extracantonaux (pt. 9 TEA-FR; art. 8 Règl.-GE; art. 12 Arrêté-NE; art. 11 pLEPIA-TI).

b) recommande à la Fondation REG de ne plus exiger d'années de pratique pour les personnes au bénéfice d'un diplôme fédéral ou cantonal comme condition d'inscription au registre REG (art. 2 ss. Règl.-REG).

B 2.6	<b>2. Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)</b>
-------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Empfehlungen gemäss Art. 8 BGBM*

*Recommandations selon l'art. 8 LMI*

*Raccomandazioni giusta l'art. 8 LMI*

*Empfehlungen gemäss Artikel 8 BGBM der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2001 an die Kantone Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie an die REG-Stiftung betreffend die Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe*

**Abkürzungsverzeichnis****ALLGEMEINES**

aBV	Alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
ÜbBest.	Übergangsbestimmungen
JdT	Journal des Tribunaux
BBl	Bundesblatt
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
REG	Schweizerisches Register der Stiftung der Architekten, Ingenieure und Techniker
REG-Regl.	Reglement der REG-Stiftung für die Eintragung in das Register und die Streichung

**BUNDESGESETZE**

BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995
Botsch. BBG	Botschaft zu einem neuen Berufsbildungsgesetz (BBG) vom 6. September 2000

**KANTONALE GESETZE (Alphabetisch nach Kanton geordnet)**

LATec-FR	Loi fribourgeoise du 9 mai 1983 sur l'aménagement du territoire et les constructions
RELATec-FR	Règlement d'exécution du 18 décembre 1984 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions
TEA-FR	Tarifs du 9 janvier 1968 des émoluments administratifs
LAI-GE	Loi genevoise du 17 décembre 1982 sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
Règl.-GE	Règlement d'application du 9 novembre 1983 de la loi genevoise sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
pLA-JU	Projet de loi jurassienne du 31 janvier 2000 sur l'exercice de la profession d'architecte
VPB-LU	Vollzugsverordnung zur Planungs- und Bauverordnung des Kantons Luzern vom 3. Januar 1990

---

---

LR-NE	Loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
Arrêté-NE	Arrêté d'exécution de la loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
LPIA-TI	Legge del 20 marzo 1990 sulla protezione e l'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto ed tecnici progettisti
pLEPIA-TI	Progetto del 15 febbraio 2000 di Legge sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del Cantone Ticino
LATC-VD	Loi vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions

## 1. SACHVERHALT

1. Am 8. Mai 2000 hat das "Dipartimento del territorio" des Kantons Tessin die Wettbewerbsbehörde aufgefordert, die Übereinstimmung des Revisionsprojektes des kantonalen Gesetzes betreffend die Ausübung des Architekten- und Ingenieurberufs zu prüfen.

2. Dieser Anfrage entsprechend hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) seine Erläuterungen am 30. Oktober 2000 dem Kanton Tessin mitgeteilt.

3. Im Rahmen der Prüfung dieses Falles hat das Sekretariat der Weko die gesetzlichen Regelungen bezüglich dieser zwei Berufe in allen Kantonen der Schweiz untersucht. Die Resultate lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- In den meisten Kantonen der Schweiz bestehen in diesem Bereich keine gesetzlichen Regelungen. Die Architekten und Ingenieure sind in der Ausübung ihres Berufes frei.
  - Im Kanton Tessin gelten gesetzliche Vorschriften betreffend die Ausübung des Architekten- und Ingenieurberufs. Zu diesem Zweck besteht ein kantonales Register derjenigen Architekten und Ingenieuren, die befugt sind, im Tessin ihren Beruf auszuüben. Das aktuelle Gesetz (LPIA-TI) wird zurzeit revidiert. Der Gesetzesentwurf hat die Pflicht, sich im kantonalen Register eintragen zu lassen, übernommen. Der Eintrag setzt eine dreijährige Berufserfahrung in einem öffentlichen Amt oder in der Privatwirtschaft voraus, dies unabhängig von dem an einem Polytechnikum oder einer vergleichbaren Schule erworbenen Diplom (Art. 5 pLEPIA-TI). Der Eintrag ist gebührenpflichtig (Art. 11 pLEPIA-TI). Die zurzeit noch bestehende Vorschrift, im Kanton Tessin einen Geschäftssitz zu begründen, ist im Gesetzesentwurf nicht mehr enthalten.
-

- Damit HTL-Architekten und -Ingenieure im freiburgischen Register eingetragen werden und somit Bauprojekte, Bewilligungsgesuche und Übereinstimmungsnachweise ausarbeiten können, müssen sie "während dreier Jahre ununterbrochen den Beruf ausgeübt haben, sofern der Wohnsitzkanton des Gestaltstellers Gegenrecht hält" (Art. 187 Abs. 1 Bst. a und 188 Abs. 1 Bst. b LATec-FR und Art. 75 Abs. 2 Bst. b Zi. 2 RELATec-FR). Der Eintrag ist gebührenpflichtig (Pkt. 9 TEA-FR).
  - Im Kanton Genf können nur die im so genannten Architekten- und Ingenieurverzeichnis eingetragenen Personen Arbeiten ausführen, die einer Genehmigung unterstellt sind. Diese Personen müssen unabhängig von ihrem Diplom eine zweijährige Berufserfahrung in einem Architekten- oder Ingenieurbüro bescheinigen (Art. 4 Abs. 1 LAI-GE). Zudem muss sich ihr Geschäftssitz im Kanton Genf befinden (Art. 3 Abs. 1 Bst. b LAI-GE). Eine befristete Eintragung kann jenen Personen gewährt werden, deren Geschäftssitz sich ausserhalb des Kantons befindet, die aber alle anderen Eintragungsbedingungen erfüllen (Art. 3 Abs. 2 LAI-GE). Der Eintrag ist gebührenpflichtig (Art. 8 Règl.-GE).
  - Die Gesetzgebung des Kantons Luzern sieht einzig Regeln vor, die umschreiben, welche Architekten oder Ingenieure als so genannte "Planverfasser" qualifiziert werden können (Art. 49 VPB-LU).
  - Im Kanton Waadt besteht ein Gesetz (LATC-VD) über den Architektenberuf, das aber einzig die Rechte und Pflichten der waadtländischen Architekten regelt. Das LATC-VD bestimmt, dass alle einer Bewilligung unterstellten Bauprojekte (ausgenommen diejenigen von geringer Bedeutung) entweder von einem Architekten oder, wenn es sich um spezielle Projekte handelt, welche in das Zuständigkeitsgebiet des Ingenieurs fallen, von diesem erstellt und unterschrieben werden müssen. Die Artikel 107 f. LATC-VD umschreiben, welche Personen als Architekten oder Ingenieure im Sinne des Gesetzes gelten. Des Weiteren führt der Kanton Waadt ein so genanntes Architektenverzeichnis, wobei seit der Revision des LATC-VD im Jahre 1998 der Eintrag in dieses Register auf freiwilliger Basis erfolgt. Der Eintrag in dieses Verzeichnis ist nicht gebührenpflichtig.
  - Im Kanton Jura wird die Regierung demnächst dem Parlament einen Gesetzesentwurf betreffend die Ausübung des Architektenberufs vorlegen. Zurzeit ist das in der Verordnung vom 26. Februar 1986 vorgesehene jurassische Register der Architekten, Ingenieure und verwandter Berufe nicht mehr auf dem aktuellen Stand.
-

- Alle Kantone<sup>1</sup>, die über die Ausübung des Architekten- und Ingenieurberufs Regeln aufgestellt haben, anerkennen die im schweizerischen Register der Ingenieure, Architekten und Techniker (REG) eingetragenen Architekten und Ingenieure. Das REG ist eine von der Eidgenossenschaft unterstützte, öffentlich-rechtliche Institution des Bundes (vgl. Art. 39 pLFPr). Das REG hat den Zweck, eine Ordnung auf dem Gebiet der technischen und architektonischen Berufe zu schaffen. Dazu besteht ein Register mit einer Liste anerkannter Fachleute, welche die Aufnahmebedingung des REG erfüllen. Zudem informiert das REG die Öffentlichkeit über die beruflichen Qualifikationen der eingetragenen Personen<sup>2</sup>.

4. Am 23. Januar 2001 hat der Kanton Tessin die Wettbewerbskommission über das Vorhaben informiert, alle BGBM-widrigen Bestimmungen, nämlich die Eintragungspflicht in das Register, die zusätzlich verlangte Berufserfahrung, die Forderung des Geschäftssitzes am Bestimmungsort und die Eintragungsgebühr im Entwurf zu ändern.

5. Die vorliegenden Empfehlungen stützen sich auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), das der Wettbewerbskommission die Kompetenz erteilt, dem Bund, den Kantonen und Gemeinden sowie anderen Trägern öffentlicher Funktionen Empfehlungen zu vorsehen und bestehenden Erlassen abzugeben (Art. 8 BGBM). Diese richten sich nicht nur an die Kantone, welche zur Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe Regeln aufstellen, sondern auch an jene, welche daran sind, eine derartige gesetzliche Regelung aufzunehmen oder abzuändern. Sie richtet sich ebenfalls an die REG-Stiftung.

## 2. GRUNDPRINZIPIEN DES BGBM

6. Seit der Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 besitzt das BGBM eine eindeutige verfassungsmässige Grundlage (Art. 95 Abs. 2 BV; vgl. auch A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER: *Droit constitutionnel suisse, les droits fondamentaux*, vol. II, Berne 2000, S. 344 und K. A. VALLENDER: *Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung*, AJP 6/99, S. 684 f.).

7. Durch den Abbau öffentlich-rechtlicher Wettbewerbshindernisse und durch die Beseitigung von Mobilitätsschranken bezweckt das BGBM zwei Hauptziele: die Wettbewerbsfähigkeit in der Schweiz zu beleben und damit den Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld zu stärken (Botschaft zu einem BGBM vom 23. November 1994 betreffend das BGBM, BBI 1995 I 1213).

8. Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem

<sup>1</sup> Vgl. Art. 187 Bst. d und 188 Bst. d LATec-FR; Art. 4 LAI-GE; Art. 4 Abs. 1 pLA-JU; Art. 49 VPB-LU; Art. 3 al. 2 LR-NE; Art. 5 Abs. 1 Bst. c und d pLEPIA-TI; Art. 107 und 107a LATC-VD

<sup>2</sup> Siehe <http://www.schweiz-reg.ch>

gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Es verlangt vom Bund, von den Kantonen und Gemeinden sowie anderen Trägern öffentlicher Aufgaben sicherzustellen, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, respektiert (Art. 2 Abs. 1 und 2 BGBM).

9. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM darf der freie Zugang zum Markt für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen:

- (a) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten;
- (b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und
- (c) verhältnismässig sind.

10. Solche Beschränkungen dürfen in keinem Falle ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

11. Im Falle einer Beschränkung nach Artikel 3 BGBM hat die betroffene Person Anspruch darauf, dass in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren geprüft wird, ob ihr aufgrund ihres Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum Markt zu gewähren ist oder nicht (Art. 4 Abs. 2 BGBM).

12. Es geht nun darum, die kantonalen Gesetzgebungen, welche Bestimmungen enthalten, die die Ausübung der Erwerbstätigkeit der Architekten und Ingenieure beschränken, im Hinblick auf die Bestimmungen des BGBM und in Bezug auf die neuen verfassungsmässigen Bestimmungen einer Prüfung zu unterziehen.

### **3. PRÜFUNG DER BGBM-WIDRIGEN KANTONALEN BESTIMMUNGEN**

#### **3.1 DIE KANTONALE REGISTEREINTRAGUNG**

13. Vier Kantone (FR, GE, NE und TI) führen ein kantonales Register der Architekten und Ingenieure (oder ein so genanntes Architekten- und Ingenieurverzeichnis). Durch die Eintragung in ein solches Register erhalten die Architekten und Ingenieure das Recht, Arbeiten vorzunehmen, deren Ausführung entweder einer Genehmigung oder einer kantonalen Ausweiserteilung bedarf.

14. Das Erfordernis der Eintragung in ein kantonales Register stellt insofern eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt dar, als es die Architekten und Ingenieure darin einschränkt, ihre Dienstleistungen frei auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten. Eine solche Beschränkung des Marktzugangs ist nur dann zulässig, wenn sie

---

die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt. Um BGBM-widrig zu sein, reicht es folglich, dass das Erfordernis der Registereintragung nur eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, wie beispielsweise die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen.

15. Im Rahmen der Untersuchung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM haben die Kantone den Nachweis zu erbringen:

**a)** dass ein oder mehrere überwiegende öffentliche Interessen vorliegen, welche das Bestehen eines kantonalen Registers rechtfertigen können und

**b)** dass ihr Register zur Wahrung solcher Interessen unerlässlich ist.

16. **a)** Was die erste Voraussetzung angeht, begründen die Kantone die Notwendigkeit solcher Register mit der "Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten" (Art. 3 Abs. 2 Bst. e BGBM) sowie der Einhaltung von Bauvorschriften. Dies reicht jedoch nicht aus, um zu begründen, dass diese öffentlichen Interessen die Führung eines kantonalen Registers bedingen. Es stellt sich noch die Frage der Erforderlichkeit einer solchen Beschränkung des freien Zugangs zum Markt.

17. **b)** Die zweite Voraussetzung bezieht sich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip im weiteren Sinne, also dem Verhältnis, das zwischen der Beschränkung des freien Zugangs zum Markt und dem überwiegenden öffentlichen Interesse besteht. Daher müssen die Kantone nicht nur nachweisen, dass der Eintrag in ein Register zur Wahrung des überwiegenden öffentlichen Interesses geeignet ist, sondern dass es unerlässlich ist. In diesem Sinne ist die Voraussetzung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu betrachten.

18. Der Begriff der Verhältnismässigkeit des BGBM übernimmt die Elemente, welche die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip bezüglich der Grundrechte, insbesondere im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Freiheit entwickelt hat. Das Verhältnismässigkeitsprinzip setzt sich traditionellerweise aus den Elementen der Eignung - die voraussetzt, dass das gewählte Mittel geeignet ist, den Zweck zu erreichen -, der Erforderlichkeit - welche verlangt, dass man zwischen mehreren geeigneten Mitteln dasjenige wählt, das den geringsten Eingriff in die persönlichen Interessen darstellt - und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne - wonach die Auswirkungen des gewählten Mittels auf die betroffenen Personen mit dem zu erreichenden Zweck aus der Sicht des öffentlichen Interesses gegeneinander abgewogen werden - zusammen (BGE 125 I 482). Es empfiehlt sich jedoch im Rahmen des Binnenmarktgesetzes, dem "Binnenmarktgedanken demnach zumindest denselben Stellenwert beizumessen wie dem bislang überwiegend in den

---

Vordergrund gerückten Föderalismusprinzip" (BBl 1995 I 1213 ff., 1266).

19. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Führung eines kantonalen Registers zur Wahrung eines hinreichenden Ausbildungsstands oder zur Einhaltung von Bauvorschriften geeignet sein soll. In der Tat, die Eintragung als solches sichert weder einen besseren Ausbildungsstand noch vermag sie Bauqualität zu gewähren. Die Überprüfung der kantonalen Gesetzgebungen ergaben keine Anhaltspunkte dafür, weshalb einige Kantone - überwiegend jene der Romandie - diesbezüglich höhere Schutzanforderungen benötigen als die meisten anderen Kantone der Schweiz. Aus der Sicht der Bauvorschriften sind die Schweizer Bauten im Allgemeinen zufriedenstellend, unabhängig davon, ob sie von einem Berner, Zürcher oder Genfer Architekten entworfen wurden.

20. Ausserdem können die öffentlichen Interessen auch durch weniger einschneidende Eingriffe in die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen gewährleistet werden. So kann ein hinreichender Ausbildungsstand durch Vorschriften über die berufliche Ausbildung gesichert werden. Die Einhaltung der kantonalen Bauvorschriften kann genauso gut durch strafrechtliche Sanktionen gesichert werden, wie dies schon in diversen kantonalen Gesetzgebungen der Fall ist. Folglich ist das Bestehen eines kantonalen Registers zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht erforderlich und dementsprechend **BGBM-widrig**.

21. Vielmehr könnte man das Bestehen eines nationalen Registers, wie das REG, aus Gründen der Vereinfachung und der internationalen Diplomanerkennung begründen. Die REG-Stiftung führt nämlich ein nationales Register, das von allen Kantonen, die über die Architekten und die Ingenieure Regeln erstellt haben, anerkannt ist. Überdies gewährleistet das REG als einzige öffentlich-rechtliche Instanz der Schweiz, welche legitimiert ist, Diplome von Ingenieuren, Architekten und Technikern ausländischer Schulen als gleichwertig im Vergleich mit einem schweizerischen Diplom anzuerkennen, eine zentralisierte und einheitliche Beurteilung der damit verbundenen Fragen. All diese Gründe erlauben es der Stiftung jedoch nicht, Voraussetzungen festzulegen, welche den Grundprinzipien des BGBM entgegenstehen (vgl. unten Ziff. 22 ff.).

### **3.2. DIE VORAUSSETZUNG DER BERUFSERFAHRUNG**

22. Drei Kantone machen die Registereintragung von einer **mehnjährigen Berufserfahrung** abhängig. So müssen die Architekten und Ingenieure in Genf (Art. 4 Abs. 1 LAI-GE) und im Tessin (Art. 5 pLEPIA-TI) mehrere Jahre Berufserfahrung belegen, um eine Berufsausübungsgenehmigung zu erhalten. Der Kanton Freiburg verlangt dieses Erfordernis für HTL-Architekten und -Ingenieure (Art. 187 Abs. 1 Bst. b und 188 Abs. 1 Bst. b LATC-FR).

---

Diplomierte Architekten und Ingenieure, welche einen Eintrag ins REG-Register erhalten wollen, müssen eine mehrjährige Berufserfahrung nachweisen können (vgl. Art. 2 ff. REG-Regl.). Daher bewirkt der in den kantonalen Gesetzgebungen enthaltene Verweis auf das REG-Register die generelle Notwendigkeit des Erbringens eines Nachweises mehrjähriger Berufserfahrung für Architekten und Ingenieure mit eidgenössischem oder kantonalem Diplom.

23. Das zusätzliche Erfordernis mehrjähriger Berufserfahrung stellt eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt dar. Das ist unzulässig, sofern die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM nicht erfüllt sind. Zur BGBM-Widrigkeit reicht es, wenn nur eine dieser Voraussetzungen, wie beispielsweise die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen, nicht erfüllt ist.

24. Wie bereits dargelegt worden ist (vgl. Ziff. 14 ff.), haben die Kantone den Nachweis zu erbringen:

- a) dass ein oder mehrere überwiegende öffentliche Interessen vorliegen, welche das zusätzliche Erfordernis mehrjähriger Berufserfahrung rechtfertigen können und
- b) dass dieses Erfordernis zur Wahrung solcher Interessen unerlässlich ist.

25. Was das allgemeine Erfordernis der mehrjährigen Berufserfahrung angeht, kann auf die bereits erläuterten Argumente betreffend die Registereintragung verwiesen werden (vgl. Ziff. 15 f.). Mit Bezug auf die Bauvorschriften ist es theoretisch möglich, zu behaupten, dass das Erfordernis der mehrjährigen Berufserfahrung die Bauqualität sichert und folglich auch zur Sicherung der Menschenleben oder des Umweltschutzes beiträgt. Allerdings ist dieses Erfordernis für die Architekten und Ingenieure mit eidgenössischem oder kantonalem Diplom nicht unerlässlich. Da die Ausbildungsabschlüsse generell in der gesamten Schweiz anerkannt sind, ist es nicht einsichtig, weshalb diese Beschränkung des Marktzugangs zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen in gewissen Kantonen notwendig sein soll, währenddem die Mehrzahl der Kantone keine solchen Beschränkungen kennen. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass Bauten in Kantonen ohne Pflicht mehrjähriger Berufserfahrung die Öffentlichkeit gefährdeten. Die Befürchtung, dass Studienabgänger ohne Berufserfahrung auf dem Markt auftreten, ist zu relativieren. Diese arbeiten nämlich gewöhnlich in einer ersten Phase in einer Arbeitsgemeinschaft mit erfahrenen Kollegen. So können Studienabgänger von der Berufserfahrung anderer Ingenieure und Architekten profitieren. Falls die Berufserfahrung eine Voraussetzung zum Marktzugang darstellt, muss den Studienabgänger die Möglichkeit gegeben werden, sich zu bewähren. Das Erfordernis der mehrjährigen Berufserfahrung als Voraussetzung zur Registereintragung hindert Studienabgänger, ihren Beruf auszuüben.

---

26. Was das einzige an die HTL-Architekten und -Ingenieure gestellte Erfordernis einer dreijährigen Berufserfahrung im Kanton Freiburg anbelangt, sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, inwiefern damit öffentliche Interessen gewahrt werden. Das Erfordernis der dreijährigen Berufserfahrung diskriminiert die HTL-Ausbildung und hat eine sachlich nicht zu begründende Ungleichbehandlung zur Folge. Dies gilt umso mehr, da gerade die HTL-Ausbildung praxisorientiert ist (im gleichen Sinne BGE 112 Ia 30).

27. Folglich sind die kantonalen Bestimmungen, welche von den Architekten und Ingenieuren mit eidgenössischem und kantonalem Diplom eine mehrjährige Berufserfahrung als Voraussetzung zur Ausübung ihres Berufs verlangen, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht erforderlich und daher **BGBM-widrig**. Gleiches gilt für den Eintrag ins REG-Register, welcher ebenfalls von einer mehrjährigen Berufserfahrung abhängig gemacht wird.

28. Die Tatsache, dass die Verwaltungsvereinbarung vom 12. März 1999 über reglementierte gewerbliche Tätigkeiten (Espace Mittelland<sup>3</sup>) die Anerkennung der Diplome und Fähigkeitsausweise von einer mindestens zweijährigen Berufserfahrung abhängig macht, ändert nichts daran. Auch wenn diese Vereinbarung für die Angehörigen der unterzeichnenden Kantone dem BGBM vorgeht (Art. 4 Abs. 4 BGBM), beschränkt das Erfordernis einer mehrjährigen Berufserfahrung den freien Zugang zum Markt unverhältnismässig.

### 3.3. DIE VORAUSSETZUNG DES GESCHÄFTSSITZES

29. Im Kanton Genf müssen Ingenieure und Architekten ihren Geschäftssitz im Kanton haben, um in das so genannte Architekten- und Ingenieurverzeichnis eingetragen zu werden (Art. 3 Abs. 1 Bst. b LAI-GE). Eine vorläufige Eintragung kann jenen Personen gewährt werden, deren Geschäftssitz sich zwar ausserhalb des Kantons befindet, die aber alle übrigen Bedingungen erfüllen (Art. 3 Abs. 2 LAI-GE).

30. Im Kanton Tessin müssen die Architekten und Ingenieure ihren Geschäftssitz im Kanton haben, wenn sie ihren Beruf im Tessin ausüben wollen (Art. 7 Bst. b LPIA-TI). Diese Voraussetzung ist im neuen Gesetzesentwurf nicht mehr enthalten.

31. Das Erfordernis des beruflichen Wohnsitzes stellt eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt dar, was nach BGBM unzulässig ist. Es sei denn, die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM seien erfüllt. Eine kantonale Vorschrift, die beispielsweise dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht genügt, ist daher **BGBM-widrig**.

<sup>3</sup> Diese Verwaltungsvereinbarung bindet die Kantone Wallis, Bern, Freiburg, Solothurn, Neuenburg, Jura und Waadt. Sie ist auf Architekten und Bauingenieure aufgrund ihrer Beilage anwendbar.

32. Gemäss Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe c BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt unverhältnismässig, wenn die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort eine Voraussetzung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit darstellt.

33. Weil Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b LAI-GE ebenfalls den Geschäftssitz im Kanton Genf voraussetzt, widerspricht er dem Verhältnismässigkeitsprinzip und ist daher **BGBM-widrig** (vgl. auch BGE 116 Ia 355). Die Möglichkeit für Antragsteller eines anderen Kantons, eine vorläufige Bewilligung zu erhalten, ändert nichts daran. Gleiches gilt für den Kanton Tessin, wo in Artikel 7 Buchstabe b LPIA-TI ein Geschäftssitz im Kanton verlangt wird.

#### **3.4. DIE VORAUSSETZUNG DER GEBÜHRENPFlicht IM VERFAHREN DER ANERKENNUNG AUSSERKANTONALER DIPLOME**

34. Jeder Architekt oder Ingenieur, welcher die Eintragung in die Register der Kantone Freiburg, Genf, Neuenburg und Tessin beantragt, muss eine Gebühr bezahlen.

35. Bei Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM hat die betroffene Person aufgrund ihres Fähigkeitsausweises Anspruch darauf, die Frage des freien Zugangs zum Markt in einem kostenlosen Verfahren prüfen zu lassen (Art. 4 Abs. 2 BGBM).

36. Ursprünglich stellte Artikel 4 BGBM eine Konkretisierung von Artikel 5 Übergangsbestimmungen aBV dar, welcher für Personen, die einen freien Beruf ausüben und im Besitz eines kantonalen Fähigkeitsausweises waren, vorsah, dass sie bis zur Inkraftsetzung des entsprechenden Bundesgesetzes (Art. 33 aBV) ihren Beruf auf dem gesamten Gebiet der Schweiz frei ausüben konnten.

37. Mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung muss Artikel 4 BGBM im Lichte von Artikel 196 Ziffer 5 Übergangsbestimmungen BV gelesen werden. Dieser bestimmt, dass bis zum Erlass eines Bundesgesetzes die Kantone zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet sind. Diese verfassungsmässige Bestimmung ist in Beziehung zu Artikel 95 BV (Art. 33 aBV) zu stellen, der gewährleistet, dass alle Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. In diesem Sinne wird ein einziger schweizerischer Wirtschaftsraum geschaffen (vgl. auch Botschaft zu einer neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 302 ff. und D. BIEDERMANN: Die neue Bundesverfassung: Übergangs- und Schlussbestimmungen sowie Anpassungen auf Gesetzesstufe, AJP 6/99, S. 732).

38. Diese neuen verfassungsmässigen Grundlagen erweitern die Anwendung von Artikel 4 BGBM, indem sich diese nicht nur auf kantonale Fähigkeitsausweise beschränken, sondern auch die Anerkennung der schweizerischen Ausbildungsabschlüsse einbeziehen. In diesem

Sinne müssen Kantone, welche von ortsfremden Architekten und Ingenieure die Eintragung in das kantonale Register verlangen, diese gemäss Artikel 4 Absatz 2 BGBM gebührenfrei vornehmen. Indem die Kantone die Eintragung in ihr Register mit einer Gebührenpflicht versehen, beschränken sie für ortsfremde Architekten und Ingenieure den Zugang zum Markt im Sinne von Artikel 3 BGBM. Die Prüfung der Frage des freien Marktzugangs muss daher gebührenfrei erfolgen, weil sich diese auf einen schweizerischen Ausbildungsabschluss stützt.

39. Dieses Ergebnis macht Sinn. Wieso sollte man in diesem Falle nicht das Prinzip der Unentgeltlichkeit anwenden, wenn man weiss, dass das Verfahren der Diplomanerkennung keiner eigentlichen Kontrolle bedarf und daher auch weniger kostenaufwändig ist als das Verfahren der Anerkennung von kantonalen Fähigkeitsausweisen? Das Bundesgericht hat das Prinzip der Unentgeltlichkeit, das übrigens auch auf einfache Kanzleigeühren Anwendung findet (BGE 125 II 56, Erw. 5b s. 63 und BGE 123 I 313, Erw. 5 s. 323 oder JdT 1999 I 300), auf die persönlichen Bedingungen erweitert, die mit dem Verfahren der Anerkennung in Verbindung stehen (BGE 125 I 276, Erw. 5, S. 287). Endlich gibt es keinen Grund, die Architekten und Ingenieure aus Kantonen mit Registerführung anders zu behandeln als solche ohne Registerführung. Die Unentgeltlichkeit hängt nicht von der Eintragung ab. Sie ist vielmehr mit der Diplomanerkennung verbunden.

40. Folglich **widersprechen** die Bestimmungen der Gesetzgebungen der Kantone Freiburg (pt. 9 TEA-FR), Genf (Art. 8 Règl.-GE), Neuenburg (Art. 12 Arrêté-NE) und Tessin (Art. 11 pLEPIA-TI), welche für die Eintragung der ortsfremden Architekten und Ingenieure im kantonalen Register eine Gebühr verlangen, **Artikel 4 Absatz 2 BGBM**.

#### **4. ZUR EXISTENZ KANTONALER GESETZGEBUNGEN**

41. Aufgrund der Analyse der kantonalen Bestimmungen stellt sich die Frage der Notwendigkeit kantonalen Gesetze, die den Zugang zum Markt der Architekten und Ingenieure regeln. Über diese Frage wird demnächst ebenfalls im jurassischen Parlament debattiert und infolge einer parlamentarischen Initiative, die die Schaffung eines Bundesgesetzes über den Beruf der Architekten fordert, wird dieselbe Frage in absehbarer Zeit auch vom Bundesparlament behandelt werden<sup>4</sup>.

42. Aus juristischer Sicht gelten die Architekten- und Ingenieurberufe als freie Berufe im Sinne von Artikel 95 BV, die in den Genuss der Wirtschaftsfreiheit kommen (BGE 104 Ia 473, Erw. 2). Die Kantone können diese Freiheit nur unter gewissen Voraussetzungen einschränken. Ein solcher polizeilicher Eingriff muss sich natürlich auf eine gesetzliche

<sup>4</sup> Parlamentarische Initiative GALLI 00.445, die die Schaffung von Rechtsgrundlagen für die Ausbildung des Architektenberufs in der Schweiz verlangt.

Grundlage stützen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (BGE 113 Ia 40). Massnahmen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, indem sie gewisse Unternehmen oder Unternehmenstypen bevorzugen und das Marktleben gemäss einem klar definierten Plan zu führen anstreben, sind unzulässig (BGE 111 Ia 186; 110 Ia 102). Im Bereich der freien Berufe sind die Kantone nicht frei in der Gestaltung ihrer Regulierungen. Es ist ihnen nur insofern erlaubt, von den Antragstellern gewisse Kenntnisse und Fähigkeiten zu verlangen, als diese für die Wahrung der öffentlichen Interessen unerlässlich sind. Daher können sie Artikel 33 aBV (neuerdings 95 BV) weder zur Beschränkung des Zugangs zu den freien Berufen noch zur Erhöhung des Ausbildungsniveaus dieses oder jenes Berufes als Grundlage heranziehen, auch wenn dies wünschenswert wäre (BGE 93 I 519/520, Erw. 1b; BGE 112 Ia 30, Erw. 3).

43. Aus wirtschaftspolitischer Sicht sind Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit von Individuen oder Unternehmen nur unter der Voraussetzung zulässig, dass ein Markt nicht mehr anders funktionieren kann. Bevor irgendwelche Regeln aufgestellt werden, empfiehlt es sich, festzustellen, ob solche Beschränkungen erforderlich sind. Für diesen Zweck sollte man zuerst die zu erreichenden Ziele definieren. Denn solche Regeln sollen einzig dazu dienen, ein schlechtes Funktionieren des Marktes zu korrigieren (C. C. von WEIZSÄCKER: Staatliche Regulierung - positive und normative Theorie, *Revue suisse d'économie et de statistique*, cahier 3/1982, S. 325 ff.).

44. In der Schweiz regeln die meisten Kantone den Bereich des Architekten- und Ingenieurberufs. Diejenigen, welche Vorschriften aufgestellt haben, bezwecken hauptsächlich die standesgemässe und korrekte Ausübung dieser Berufe, indem sie Voraussetzungen festlegen, um zur Ausführung derjenigen Arbeiten zugelassen zu werden, für die eine Genehmigung oder ein kantonaler Ausweis vorausgesetzt wird (B. KNAPP: *La profession d'architecte en droit public*, in: GAUCH/TERCIER, *Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte*, 3ème édit., Freiburg 1995, S. 494 ff.). Diese kantonalen Gesetzgebungen organisieren und schützen die Architekten- und Ingenieurberufe in unterschiedlichem Ausmass. Das Problem liegt darin, dass diese Kantone oft von der Annahme ausgehen, dass Architekten- und Ingenieurdiplome nicht ausreichen, um die Qualität der angebotenen Leistungen sicherzustellen. Deshalb sehen sie zusätzliche Voraussetzungen zur Ausübung dieser Berufe vor, die so den freien Zugang zum Markt beschränken (vgl. oben Kap. 3.1 bis 3.4). Soweit die von diesen Gesetzgebungen verfolgten Ziele die einheimischen Berufsinteressen schützen, stellen sie eine Überregulierung dar, die den BGBM-Prinzipien widersprechen.

45. Anhand der vorangehenden Ausführungen ist es den Kantonen einzig dann erlaubt, im Bereich der Architekten- und Ingenieurberufe Regeln aufzustellen, wenn diese die Grundsätze des BGBM respektie-

ren und keine Beschränkung des Zugangs zum Markt der von den Architekten und Ingenieuren erbrachten Leistungen bezwecken oder bewirken.

## 5. EMPFEHLUNGEN

Aufgrund dieser Erörterungen empfiehlt die Wettbewerbskommission gestützt auf Artikel 8 BGBM:

a) den Kantonen, welche den Zugang zum Markt der Architekten- und Ingenieurberufe reglementieren, Folgendes abzuschaffen:

1. Das Erfordernis der Eintragung in die kantonalen Register der Architekten und Ingenieure (Freiburg, Genf, Neuenburg, Tessin);

2. Die BGBM-widrigen kantonalen Bestimmungen, welche Folgendes verlangen:

- eine mehrjährige Berufserfahrung für Fachleute mit eidgenössischem oder kantonalem Diplom (Art. 187 Bst. d und 188 Bst. d LA-Tec-FR; Art. 4 LAI-GE; Art. 5 Abs. 1 Bst. c und d pLEPIA-TI);
- einen beruflichen Wohnsitz am Bestimmungsort (Art. 3 Abs. 1 Bst. b LAI-GE und Art. 7 Bst. b LPIA-TI);
- eine Gebührenpflicht für das Anerkennungsverfahren ortsfremder Diplome (Pkt. 9 TEA-FR; Art. 8 Règl.-GE; Art. 12 Arrêté-NE; Art. 11 pLEPIA-TI).

b) der REG-Stiftung, keine mehrjährige Berufserfahrung für Fachleute mit eidgenössischem oder kantonalem Diplom als Voraussetzung zur Eintragung ins REG-Register zu verlangen (Art. 2 ff. Règl.-REG).

---

B 2.6	<b>3. Esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere all'attenzione dei cantoni di Friburgo, Ginevra, Giura, Neuchâtel e Ticino nonché della Fondazione REG (traduzione italiana della versione originale in francese)</b>
-------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Empfehlungen gemäss Art. 8 BGBM*

*Recommandations selon l'art. 8 LMI*

*Raccomandazioni giusta l'art. 8 LMI*

*Raccomandazioni giusta l'articolo 8 LMI della Commissione della concorrenza del 29 gennaio 2001 all'attenzione dei cantoni di Friburgo, Ginevra, Giura, Neuchâtel e Ticino nonché della Fondazione REG relative all'esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere*

### **Lista delle abbreviazioni**

#### **GENERALITÀ**

vCost.	vecchia Costituzione federale della Confederazione svizzera del 29 maggio 1874
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale svizzero
Cost.	Costituzione federale della Confederazione svizzera del 18 aprile 1999
disp. trans.	disposizioni transitorie
JdT	Journal des Tribunaux
FF	Foglio federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle
REG	Registro di Fondazione dei Registri svizzeri degli ingegneri, degli architetti e dei tecnici
Regl.-REG	Regolamento della Fondazione REG relativo all'iscrizione al registro e alla radiazione

#### **LEGGI FEDERALI**

LMI	Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno
pLFPr	Progetto di nuova legge sulla formazione professionale del 6 settembre 2000

#### **LEGGI CANTONALI (in ordine alfabetico secondo i cantoni)**

LATec-FR	Loi fribourgeoise du 9 mai 1983 sur l'aménagement du territoire et les constructions
----------	--------------------------------------------------------------------------------------

---

RELATec-FR	Règlement d'exécution du 18 décembre 1984 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions
TEA-FR	Tarifs du 9 janvier 1968 des émoluments administratifs
LAI-GE	Loi genevoise du 17 décembre 1982 sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
Règl.-GE	Règlement d'application du 9 novembre 1983 de la loi genevoise sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur
pLA-JU	Projet de loi jurassienne du 31 janvier 2000 sur l'exercice de la profession d'architecte
VPB-LU	Vollzugsverordnung zur Planungs- und Bauverordnung des Kantons Luzern vom 3. Januar 1990
LR-NE	Loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
Arrêté-NE	Arrêté d'exécution de la loi du 25 mars 1996 sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes
LPIA-TI	Legge del 20 marzo 1990 sulla protezione e l'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto e dei tecnici progettisti
pLEPIA-TI	Progetto del 15 febbraio 2000 di Legge sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del Cantone Ticino
LATC-VD	Loi vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions

## **1. LA SITUAZIONE**

1. In data 8 maggio 2000, il Dipartimento del territorio del Cantone Ticino ha domandato alle autorità della concorrenza d'esaminare la conformità del progetto di Legge ticinese sull'esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere (pLEPIA-TI) con la Legge sul mercato interno (LMI).

2. Facendo seguito a tale richiesta, il 30 ottobre 2000 la segreteria della Commissione della concorrenza (Comco) ha trasmesso le sue osservazioni al Cantone Ticino.

3. Nell'ambito dell'esame in questione, la segreteria ha analizzato lo stato della regolamentazione di queste due professioni in tutti i cantoni svizzeri. Dalle informazioni raccolte si evince che:

---

- La maggioranza dei cantoni svizzeri non ha legiferato in tale ambito. Gli architetti e gli ingegneri sono liberi di esercitarvi la loro professione.
  - Il Ticino regola l'esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere che sono abilitati ad esercitare nel cantone. A questo scopo, tiene un registro (albo) cantonale. La legge attuale è oggetto di una procedura di revisione. Il progetto riprende l'obbligo di iscriversi al registro. Quest'iscrizione è subordinata a tre anni di pratica in un ufficio pubblico o privato, indipendentemente dal tipo di diploma ottenuto in una scuola politecnica o universitaria (art. 5 pLEPIA-TI). E' sottoposta al pagamento di un emolumento (art. 11 pLEPIA-TI). Attualmente il domicilio professionale in Ticino è una condizione per essere iscritti al registro (art. 7 let. b LPIA-TI). Il progetto l'ha eliminata.
  - Nel cantone di Friburgo, gli architetti e gli ingegneri ETS (Ecole Technique Supérieure) devono aver "pratiqué la profession de façon suivie durant trois ans, sous réserve de réciprocité de la part du canton de domicile du requérant" per essere iscritti al registro e quindi realizzare i progetti di costruzione, adempiere le domande di permesso e i certificati di conformità (art. 187 cpv. 1 let. a e 188 cpv. 1 let. b LATec-FR, art. 75 cpv. 2 let. b cifra 2 RELATec-FR). L'iscrizione è sottoposta a un emolumento (pnt. 9 TEA-FR).
  - Nel cantone di Ginevra, solamente le persone iscritte al registro - tableau des mandataires - possono effettuare dei lavori sottoposti a autorizzazione. Devono però essere "au bénéfice d'une pratique attestée d'au moins 2 ans dans des bureaux d'architectes ou d'ingénieurs", indipendentemente dal diploma in loro possesso (art. 4 cpv. 1 LAI-GE). Inoltre, devono avere il loro domicilio professionale nel cantone (art. 3 cpv. 1 lett. b LAI-GE). Un'iscrizione temporanea può essere accordata a delle persone domiciliate professionalmente fuori cantone se adempiono le altre condizioni (art. 3 cpv. 2 LAI-GE). L'iscrizione è sottoposta ad un emolumento (art. 8 Règl.-GE).
  - La legislazione lucernese prevede unicamente quale ingegnere o architetto può essere qualificato come "Planverfasser" (art. 49 Planungs- und Bauverordnung-LU).
  - Il cantone di Vaud possiede una legge sulla professione di architetto che regola unicamente i diritti e i doveri degli architetti vodesi. La LATC-VD prevede che "les plans de toute construction mise à l'enquête, à l'exception des constructions de minime importance, doivent être établis et signés soit par un architecte, soit par un ingénieur pour les plans particulier relevant de sa spécialité". Gli articoli 107 e seg. precisano a chi è riconosciuta la qualità di architetto e di ingegnere. Il cantone di Vaud tiene ancora una lista degli architetti che non è più obbligatoria dalla revisione
-

della LATC-VD nel 1998. L'iscrizione a questa lista non è sottoposta ad un emolumento.

- Nel cantone di Giura, il governo sottoporrà prossimamente il suo progetto di legge sull'esercizio della professione d'architetto e d'ingegnere al Parlamento giurassiano. Attualmente, il registro giurassiano degli uffici d'architetti, d'ingegneri e di altri uffici di studi previsti dall'ordinanza del 26 febbraio 1986 non è più tenuto a giorno.
- Tutti i cantoni<sup>1</sup> che regolano le professioni di architetto e di ingegnere riconoscono gli architetti e gli ingegneri iscritti al Registro svizzero degli ingegneri, degli architetti e dei tecnici (REG). Il REG è un'istituzione di diritto pubblico incoraggiata dalla Confederazione (cfr. art. 39 pLFPr). Esso ha come obiettivo di creare una regolamentazione nell'ambito delle professioni tecniche e d'architettura. A tale scopo, il REG tiene aggiornata una lista delle persone che esercitano una delle professioni riconosciute e che adempiono le condizioni di iscrizione<sup>2</sup>.

4. Il 23 gennaio 2001, il Cantone Ticino ha comunicato alle autorità della concorrenza di voler modificare tutte le disposizioni del progetto contrarie alla LMI, quali l'iscrizione all'albo, l'esigenza supplementare di tre anni di pratica, l'esigenza del domicilio professionale e gli emolumenti d'iscrizione al registro cantonale.

5. Le seguenti raccomandazioni si fondano sull'articolo 8 LMI che dà alla Comco, autorità di sorveglianza di questa legge, la competenza di sottoporre alla Confederazione, ai cantoni, ai comuni, come pure agli altri enti preposti a compiti pubblici, delle raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti (art. 8 cpv. 1, 2 et 3 LMI). Queste non si indirizzano unicamente ai cantoni che regolano l'esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere ma anche a quelli che intendono adottare o modificare una tale legislazione. Esse sono anche emesse all'indirizzo della Fondazione REG.

## **2. I PRINCIPI ALLA BASE DELLA LMI**

6. Dall'entrata in vigore della nuova Costituzione federale del 18 aprile 1999, la LMI dispone di una base costituzionale esplicita (art. 95 cpv. 2 Cost.; cfr. anche A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER: *Droit constitutionnel suisse, les droits fondamentaux*, vol. II, Berne 2000, pag. 344 e K. A. VALENDER: *Grundzüge der "neuen" Wirtschafts-verfassung*, PJA 6/99, pag. 684 seg.).

<sup>1</sup> Cfr. art. 187 lett. d e 188 lett. d LATec-FR; art. 4 LAI-GE; art. 4 cpv. 1 pLA-JU; art. 49 VPB-LU; art. 3 cpv. 2 LR-NE; art. 5 cpv. 1 lett. c e d pLEPIA-TI; art. 107 e 107a LATC-VD

<sup>2</sup> Cfr. <http://www.schweiz-reg.ch>

7. Sopprimendo gli ostacoli di diritto pubblico alla concorrenza e eliminando le barriere alla mobilità, la LMI mira a due obiettivi principali: "di accrescere la competitività in Svizzera e, in questo modo, di rafforzare la piazza economica svizzera nel contesto internazionale" (Messaggio del Consiglio federale del 23 novembre 1994 concernente la LMI, FF 1995 I 1026).

8. La LMI garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). Domanda alla Confederazione, ai cantoni, ai comuni ed ad altri enti preposti a compiti pubblici di vegliare affinché le loro prescrizioni e decisioni in materia di esercizio di attività lucrative salvaguardino il diritto per ogni persona di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio svizzero (art. 2 cpv. 1 e 2 LMI).

9. Secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI, il libero accesso al mercato per gli offerenti esterni può essere oggetto di restrizioni secondo le prescrizioni vigenti nel luogo di destinazione, se tali restrizioni:

- (a) si applicano nella stessa misura agli offerenti locali;
- (b) sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e
- (c) sono conformi al principio di proporzionalità.

10. Queste restrizioni non devono in alcun caso costituire un ostacolo dissimulato agli scambi, con lo scopo di favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 4 LMI).

11. In caso di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI, l'interessato ha diritto che si esamini, secondo una procedura semplice, rapida e gratuita, se sulla base del suo certificato di capacità debba essergli garantito il libero accesso al mercato (art. 4 cpv. 2 LMI).

12. Si tratta dunque di analizzare, tenendo conto dei principi che reggono la LMI e dei nuovi riferimenti costituzionali, le legislazioni cantonali che contengono delle disposizioni limitanti il libero accesso al mercato per gli architetti e gli ingegneri.

### **3. L'ESAME DELLE DISPOSIZIONI CANTONALI CONTRARIE ALLA LMI**

#### **3.1 L'ISCRIZIONE AI REGISTRI CANTONALI**

13. Quattro cantoni (FR, GE, NE e TI) tengono un registro degli architetti e degli ingegneri. L'iscrizione ad un tale registro autorizza gli architetti e gli ingegneri ad effettuare i lavori la cui esecuzione è sottoposta ad un'autorizzazione o ad un permesso cantonale. Esso conferisce alle persone iscritte l'esclusiva dell'esecuzione di certi lavori, sovente i più importanti in termini di volume d'affari.

---

14. L'iscrizione ad un registro cantonale costituisce una restrizione al libero accesso al mercato nella misura in cui limita la libertà degli architetti e degli ingegneri di offrire liberamente i loro servizi su tutto il territorio svizzero. Una tale restrizione del libero accesso al mercato è lecita solamente se adempie le condizioni cumulative dell'articolo 3 capoverso 1 LMI. Di conseguenza, è sufficiente che la restrizione non soddisfi una di queste condizioni, per esempio quella di preservare interessi pubblici preponderanti, per essere contraria alla LMI.

15. Nel quadro dell'analisi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI, è compito dei cantoni portare la prova:

**a)** che esiste uno o più interessi pubblici preponderanti che possano giustificare l'esistenza di un registro cantonale e

**b)** che il loro registro è indispensabile per preservare tali interessi.

16. **a)** Per quel che concerne la prima condizione, dai documenti analizzati risulta che i cantoni giustificano l'esistenza d'un registro invocando essenzialmente "la garanzia di un livello di formazione sufficiente per le attività professionali soggette ad autorizzazione" (art. 3 cpv. 2 LMI) e per motivi di polizia edilizia. Questo non basta tuttavia a dimostrare che questi interessi preponderanti sono indispensabili all'esistenza di un registro cantonale. Si pone ancora la questione della necessità di una tale restrizione al libero accesso al mercato.

17. **b)** La seconda condizione si riferisce al rapporto di necessità in senso largo che deve esistere fra la restrizione all'accesso al mercato e l'interesse pubblico preponderante che si vuole salvaguardare. I cantoni non devono semplicemente dimostrare che l'iscrizione è utile per raggiungere lo scopo, ma anche che è indispensabile alla sua salvaguardia. In questo senso, la condizione dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI comprende anche un aspetto legato al rispetto della proporzionalità.

18. La nozione della proporzionalità nella LMI riprende gli elementi contenuti nel principio di proporzionalità come è stato sviluppato dalla giurisprudenza del Tribunale federale relativa alle libertà fondamentali, in particolare, alla libertà di commercio e di industria. Il principio della proporzionalità si compone dunque di regole d'attitudine - che esige che il mezzo scelto sia appropriato per raggiungere lo scopo fissato -, di necessità - che impone fra i diversi mezzi adatti, la scelta di quello che meno lede gli interessi privati - e di proporzionalità in senso stretto - che soppesi gli effetti della misura scelta sulla situazione dell'amministrato e il risultato previsto da un punto di vista dell'interesse pubblico (DTF 125 I 474 482). Tuttavia, nel quadro della legge sul mercato interno, "al concetto di mercato interno va attribuito almeno lo stesso valore di quello attribuito al principio di federalismo, finora ampiamente privilegiato" (FF 1995 I 1025 ss. 1060).

---

19. Nell'ambito che ci concerne, è difficile dimostrare in cosa l'esistenza di un registro cantonale è indispensabile alla garanzia di un livello di formazione sufficiente o al rispetto di norme di costruzione. In effetti, l'iscrizione in quanto tale non assicura né un miglior livello di formazione né la qualità delle costruzioni. L'esame delle legislazioni cantonali non è giunto a dimostrare che taluni cantoni – essenzialmente romandi - hanno dei bisogni di protezione più importanti della maggioranza dei cantoni svizzeri. Da un punto di vista di polizia edilizia, gli immobili costruiti in Svizzera danno generalmente soddisfazione che sia il lavoro di architetti bernesi, zurighesi o ginevrini.

20. Inoltre, gli interessi pubblici ricercati possono essere raggiunti con dei mezzi meno gravosi per gli interessi pubblici. La garanzia di un livello di formazione sufficiente può essere ottenuta dalle disposizioni sulla formazione professionale. Il rispetto della legislazione cantonale sulle costruzioni può essere assicurato da disposizioni penali come quelle previste in diverse legislazioni cantonali. Di conseguenza, l'esistenza di un registro cantonale non è indispensabile alla salvaguardia di interessi pubblici preponderanti e, pertanto, è **contrario alla LMI**.

21. Tutt'al più si potrebbe giustificare l'esistenza di un registro nazionale, quale il REG, per delle ragioni di semplificazione e di riconoscimento internazionale di diplomi. In effetti, la Fondazione REG tiene un registro nazionale riconosciuto da tutti i cantoni che hanno legiferato nell'ambito degli architetti e degli ingegneri. Inoltre, essendo l'unico organo di diritto pubblico in Svizzera legittimato a riconoscere i diplomi di ingegnere, d'architetto e di tecnico ottenuti in scuole straniere come equivalenti a un diploma svizzero, la Fondazione REG assicura una gestione centralizzata di queste questioni. Tutte queste ragioni non autorizzano tuttavia questa fondazione a fissare delle condizioni d'iscrizione contrarie ai principi della LMI (cfr. infra cifra 22 segg.).

### **3.2. L'ESIGENZA DEGLI ANNI DI PRATICA**

22. Tre cantoni subordinano l'iscrizione al registro a **diversi anni di pratica**. A Ginevra (art. 4 cpv. 1 LAI-GE) e in Ticino (art. 5 pLEPIA-TI), gli architetti e gli ingegneri devono essere al beneficio di diversi anni di pratica prima di poter essere autorizzati ad esercitare. Il Cantone di Friburgo prevede questa esigenza unicamente per gli architetti e ingegneri ETS (art. 187 cpv. 1 lett. b e 188 cpv. 1 lett. b LATC-FR). Osserviamo inoltre che gli architetti e gli ingegneri diplomati che desiderano iscriversi al registro della Fondazione REG devono giustificare una pratica di diversi anni (cfr. art. 2 segg. Regl.-REG). Il rinvio delle legislazioni cantonali al registro REG ha dunque per effetto di generalizzare l'esigenza di anni di pratica per gli architetti e gli ingegneri che possiedono un diploma federale o cantonale.

---

23. L'esigenza supplementare di anni di pratica costituisce una restrizione al libero accesso al mercato. E' illecita, a meno che non adempia le condizioni cumulative che figurano all'articolo 3 capoverso 1 LMI. Di conseguenza, è sufficiente che essa non soddisfi una di queste condizioni, come per esempio quella di preservare interessi pubblici preponderanti, per essere contraria alla LMI.

24. Come abbiamo già rilevato, spetta ai cantoni portare la prova:

- a) che esiste uno o più interessi pubblici preponderanti che possano giustificare l'esigenza supplementare di anni di pratica e
- b) che quest'esigenza è indispensabile per preservare tali interessi.

25. Per quel che concerne l'esigenza generale di anni di pratica, gli argomenti summenzionati in relazione all'iscrizione al registro possono essere ripresi (cfr. cifra 15 segg.). In materia di polizia edilizia, è teoricamente possibile sostenere che l'esigenza di anni di pratica ha come scopo di assicurare la qualità delle costruzioni e, pertanto, la protezione di vite umane o la protezione dell'ambiente. Tuttavia, questa esigenza non è indispensabile per gli architetti e gli ingegneri che possiedono un diploma federale o cantonale. In effetti, essendo i titoli e i diplomi in principio validi ovunque in Svizzera, è difficile dimostrare come questa restrizione è indispensabile per salvaguardare degli interessi pubblici preponderanti in alcuni cantoni, quando non lo è generalmente in Svizzera. Niente prova che gli immobili costruiti in cantoni che non conoscono l'esigenza supplementare di alcuni anni di pratica mettono in pericolo la vita delle persone. La paura di vedere i nuovi diplomati lanciarsi senza esperienza sul mercato deve essere relativizzata. In effetti, questi lavorano generalmente in un ufficio che riunisce diversi colleghi che possono sopperire ad eventuali loro lacune. Se l'esperienza pratica è una condizione d'accesso al mercato, bisogna allora dare ai nuovi diplomati l'occasione di dimostrarlo. L'esigenza di anni di pratica preliminare all'iscrizione al registro impedisce ai nuovi diplomati di esercitare la loro professione, condizione necessaria per acquisire l'esperienza domandata.

26. Per quel che riguarda l'obbligo di tre anni di pratica per i soli architetti e ingegneri ETS, il cantone di Friburgo non potrebbe dimostrare come questa esigenza è indispensabile a preservare interessi pubblici preponderanti. Infatti, questa condizione discrimina questa formazione e crea una disuguaglianza di trattamento non giustificata da motivi obiettivi, tantopiù che la formazione ETS è orientata verso la pratica (in tal senso cfr. DTF 112 Ia 30).

27. In conclusione, le disposizioni cantonali che esigono che gli architetti e gli ingegneri in possesso di un diploma federale o cantonale debbano avere alcuni anni di pratica per potersi iscrivere al registro cantonale, non sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e, pertanto, sono **contrarie alla LMI**. Lo stesso

---

vale per le disposizioni della Fondazione REG che impongono gli stessi obblighi.

28. Il fatto che la Convenzione amministrativa del 12 marzo 1999 sulle attività industriali e artigianali regolamentate (Espace Mittelland<sup>3</sup>) subordini il riconoscimento di diplomi e di certificati di capacità all'esercizio dell'attività professionale di due anni almeno, non è determinante. Anche se questa convenzione dovesse prevalere sulla LMI, per i cittadini dei cantoni firmatari della Convenzione (art. 4 cpv. 4 LMI), l'esigenza legata agli anni di pratica limita il libero accesso al mercato come precedentemente dimostrato.

### **3.3. LA CONDIZIONE DEL DOMICILIO PROFESSIONALE**

29. Nel cantone di Ginevra, le persone che desiderano essere iscritte al registro (tableau des mandataires) devono avere il loro domicilio professionale nel cantone (art. 3 cpv. 1 lett. b LAI-GE). Un'iscrizione temporanea può essere accordata a delle persone domiciliate fuori cantone se adempiono le altre condizioni (art. 3 cpv. 2 LAI-GE).

30. Nel Cantone Ticino, gli architetti e gli ingegneri che vogliono esercitarvi la professione devono anch'essi essere domiciliati nel cantone (art. 7 lett. b LPIA-TI). Questo obbligo non figura più nel progetto di revisione della LPIA-TI.

31. L'esigenza del domicilio professionale costituisce una restrizione al libero accesso al mercato. E' illecita, a meno che non adempia le condizioni cumulative che figurano all'articolo 3 capoverso 1 LMI. Basta comunque che non rispetti il principio della proporzionalità per essere contraria alla LMI.

32. Giusta l'articolo 3 capoverso 3 lettera c LMI, le restrizioni al libero accesso al mercato sono sproporzionate quando il domicilio o la sede costituisce condizione per esercitare un'attività lucrativa.

33. Di conseguenza, l'articolo 3 capoverso 1 lettera b LAI-GE che esige il domicilio professionale nel cantone di Ginevra non rispetta il principio della proporzionalità e, pertanto, è **contrario alla LMI** (cfr. anche DTF 116 la 355). La possibilità per gli offerenti degli altri cantoni di ottenere un'autorizzazione provvisoria non modifica la situazione. Le stesse considerazioni si applicano al cantone Ticino che all'articolo 7 lettera b LPIA-TI esige il domicilio professionale nel cantone.

### **3.4. IL PAGAMENTO DI UN EMOLUMENTO PER LA PROCEDURA DI RICONOSCIMENTO DEI DIPLOMI EXTRACANTONALI**

34. Ogni architetto o ingegnere che desidera essere iscritto ai registri cantonali di Friburgo, Ginevra, Neuchâtel e Ticino deve pagare un emolumento.

<sup>3</sup> Questa Convenzione lega i cantoni Vallese, Berna, Friburgo, Soletta, Neuchâtel, Giura e Vaud. Si applica agli architetti e ingegneri civili in virtù del suo allegato.

35. In caso di restrizione ai sensi dell'articolo 3 LMI, l'interessato ha diritto all'esame della questione del libero accesso al mercato sulla base de suo certificato di capacità secondo una procedura gratuita (art. 4 cpv. 2 LMI).

36. All'origine, l'articolo 4 LMI concretava l'articolo 5 disposizione transitoria vCost. che prevedeva che, fino alla promulgazione di una legge federale in tale ambito (art. 33 vCost.), le persone che esercitano una professione liberale e hanno ottenuto un certificato di capacità in un cantone possono praticare su tutto il territorio della Confederazione.

37. Dall'entrata in vigore della nuova Costituzione, l'articolo 4 LMI deve essere letto alla luce dell'articolo 196 cifra 5 disposizione transitoria Cost. che prevede che "fino all'emanazione della pertinente legislazione federale, i Cantoni sono tenuti a riconoscere reciprocamente gli attestati di fine studi". Questa disposizione costituzionale deve essere messa in relazione con l'articolo 95 Cost. (art. 33 vCost.) che prevede che la Confederazione deve garantire alle persone in possesso di una formazione universitaria o di una formazione federale, cantonale o riconosciuta dal cantone la possibilità di esercitare la loro professione in tutta la Svizzera. Così facendo, essa veglierà a creare uno spazio economico svizzero unico (cfr. anche Messaggio relativo ad una nuova costituzione federale del 20 novembre 1996, FF 1997 I 302 ss. e D. BIEDERMAN: Die neue Bundesverfassung: Übergangs- und Schlussbestimmungen sowie Anpassungen auf Gesetzesstufe, PJA 6/99, pag. 732).

38. Questi nuovi riferimenti costituzionali hanno per effetto di estendere l'applicazione dell'articolo 4 LMI non più solo al riconoscimento dei certificati di capacità cantonali, ma anche al riconoscimento di titoli di formazione svizzera. I cantoni che richiedono l'iscrizione al registro cantonale degli architetti e ingegneri extra-cantonali devono garantire un'iscrizione gratuita conformemente all'articolo 4 capoverso 2 LMI. Infatti, esigendo l'iscrizione al loro registro, questi cantoni restringono l'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 LMI. L'esame del loro libero accesso al mercato dovrà essere gratuito perché si farà sulla base di un titolo che sancisce una formazione seguita in Svizzera.

39. Questo ragionamento è tutto sommato logico. Perché non dovrebbe essere applicato il principio della gratuità quando è chiaro che la procedura di riconoscimento dei diplomi domanda un controllo meno approfondito, dunque meno costoso della procedura di riconoscimento degli attestati di capacità cantonali? Inoltre il Tribunale federale estende il principio di gratuità alle condizioni personali legate alla procedura di riconoscimento (DTF 125 I 276, consid. 5 pag. 287), così come per i semplici emolumenti di cancelleria (DTF 125 II 56, consid. 5b pag. 63 e DTF 123 I 313, consid. 5 pag. 323 o JdT 1999 I 300).

---

Infine non è necessario distinguere fra gli architetti e gli ingegneri che provengono da un cantone che applica il sistema del registro e gli altri. La gratuità non dipende dall'iscrizione ma è legata al riconoscimento del diploma.

40. Di conseguenza, le disposizioni della legislazione friborghese (pnt. 9 TEA-FR), ginevrina (art. 8 Règl.-GE), neocastellana (art. 12 Arrêté-NE) e ticinese (art. 11 pLEPIA-TI) che prevedono un emolumento per l'iscrizione al registro cantonale degli architetti e degli ingegneri extracantonali sono **contrarie all'articolo 4 capoverso 2 LMI**.

#### **4. IN MERITO ALL'ESISTENZA DI LEGISLAZIONI CANTONALI**

41. Visto quanto precede e ritenuti i risultati dell'analisi delle disposizioni cantonali, si pone la domanda del fondamento delle legislazioni cantonali che regolano l'accesso al mercato degli architetti e degli ingegneri. Questa problematica sarà ben presto d'attualità non soltanto nel cantone di Giura dove il legislativo cantonale avrà prossimamente l'occasione di dibatterne, ma anche in Parlamento federale a seguito di un'iniziativa parlamentare che domanda l'elaborazione di una legge federale sugli architetti<sup>4</sup>.

42. Dal punto di vista giuridico, le professioni di architetto e di ingegnere sono delle professioni liberali ai sensi dell'articolo 95 Cost. che beneficiano della libertà economica (DTF 104 la 473, consid. 2). Le autorità cantonali possono restringere questa libertà adottando delle misure di polizia giustificate da un interesse pubblico pertinente. La restrizione deve però fondarsi su una base legale, essere giustificata da un interesse pubblico preponderante e rispettare il principio della proporzionalità (DTF 113 la 40). Sono per contro proibite le misure che hanno come scopo di ostacolare la libera concorrenza, d'avvantaggiare alcune imprese o forme d'impresa, e che tendono a dirigere la vita economica secondo un piano determinato (DTF 111 la 186; 110 la 102). Nel campo delle professioni liberali, i cantoni non sono liberi di legiferare come lo desiderano. "Ils ne peuvent exiger des connaissances et des capacités des candidats que dans la mesure où la protection du public le requiert nécessairement. Ils ne peuvent donc pas utiliser l'article 33 aCst. [désormais 95 Cst.] pour limiter l'accès aux professions libérales, ni pour élever le niveau de telle ou telle profession, si désirable puisse être ce dernier" (DTF 93 I 519/520, consid. 1b; DTF 112 la 30, consid. 3).

43. Dal punto di vista economico, le restrizioni alla libertà economica d'un individuo o di un'impresa sono concepibili solo nell'ipotesi che un mercato non sia più in grado di funzionare altrimenti. Prima di regola-

<sup>4</sup> Iniziativa parlamentare GALLI 00.445 che chiede "la creazione di basi giuridiche per la formazione d'architetto e l'esercizio di questa professione in Svizzera".

mentare, conviene quindi determinare l'esistenza di un bisogno e definire gli obiettivi da raggiungere. Questi ultimi devono unicamente avere come scopo quello di porre rimedio a una disfunzione del mercato (C. C. VON WEIZSÄCKER: Staatliche Regulierung - positive und normative Theorie, Revue suisse d'économie et de statistique, cahier 3/1982, pag. 325 ss.).

44. In Svizzera, la maggior parte dei cantoni non disciplina le professioni di architetto e di ingegnere. Quelli che lo fanno vogliono essenzialmente garantire la dignità e il buon esercizio di queste due professioni fissando delle condizioni per essere ammessi a effettuare dei lavori la cui esecuzione è sottoposta ad autorizzazione o ad un permesso cantonale (B. KNAPP: La profession d'architecte en droit public, in: GAUCH/TERCIER, Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3ème édit., Fribourg 1995, pag. 494 ss.). Queste legislazioni cantonali organizzano e proteggono le professioni di architetto e di ingegnere a dei livelli diversi. Il problema consiste nel fatto che questi cantoni partono sovente dal principio che il diploma di architetto e di ingegnere non è sufficiente a garantire la qualità delle prestazioni offerte. Prevedono allora delle condizioni supplementari all'esercizio di queste professioni, limitando così il libero accesso al mercato (cfr. supra cap. 3.1 a 3.4). Visto che gli obiettivi perseguiti da queste legislazioni sono talvolta subordinati alla difesa di interessi professionali, la regolamentazione diviene eccessiva e contraddice i principi della LMI.

45. Visto quanto precede, le legislazioni cantonali possono regolare l'esercizio della professione di architetto e di ingegnere unicamente se non hanno per effetto o per obiettivo di limitare l'accesso al mercato delle prestazioni fornite dagli architetti e dagli ingegneri in modo contrario alla LMI.

## **5. LE RACCOMANDAZIONI**

Sulla base di ciò che precede e fondandosi sull'articolo 8 LMI, la Commissione della concorrenza:

a) raccomanda ai cantoni che regolano l'accesso al mercato delle professioni di architetto e di ingegnere di sopprimere:

1. l'esigenza dell'iscrizione ai registri cantonali degli architetti e degli ingegneri (Friburgo, Ginevra, Neuchâtel, Ticino);

2. le disposizioni cantonali contrarie alla LMI, in particolare quelle che esigono:

- Un certo numero di anni di pratica per le persone che possiedono un diploma federale o cantonale (art. 187 let. d e 188 let. d LATec-FR; art. 4 LAI-GE; art. 5 cpv. 1 let. c e d pLEPIA-TI),
  - Il domicilio professionale nel luogo di destinazione (art. 3 cpv. 1 let. b LAI-GE e art. 7 let. b LPIA-TI),
-

- Il pagamento di emolumenti per la procedura di riconoscimento dei diplomi extracantonali (pnt. 9 TEA-FR; art. 8 Règl.-GE; art. 12 Arrêté-NE; art. 11 pLEPIA-TI).
- b) raccomanda alla Fondazione REG di non più esigere, come condizione per l'iscrizione al registro REG, degli anni di pratica per le persone che possiedono un diploma federale o cantonale (art. 2 segg. Regl.-REG).

<b>B 2</b>	<b>7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi</b>
------------	----------------------------------------------------

<b>B 2.7</b>	<b>1. Revision Kartellgesetz</b>
--------------	----------------------------------

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart*

Die Wettbewerbskommission (Weko) nimmt wie folgt Stellung zum Vorentwurf und zum erläuternden Bericht zur Änderung des Kartellgesetzes vom 18. September 2000:

### **1. Einführung unmittelbarer Sanktionen**

Die Weko unterstützt die Einführung unmittelbarer Sanktionen bei einem Verstoss gegen Artikel 5 Absatz 3 und Artikel 7 KG.

Die Weko begrüsst ferner die Möglichkeit der freiwilligen Anmeldung von geplanten Kartellen, da dies wegen der damit verbundenen Befreiung von allfälligen Sanktionen zur Aufdeckung bisher unbekannter Kartelle beitragen wird. Sie weist allerdings darauf hin, dass die Notifikation von Wettbewerbsbeschränkungen zu einer erheblichen Mehrbelastung des Sekretariats führen könnte.

Zu prüfen wäre, ob im Rahmen einer Übergangsbestimmung vorgesehen werden könnte, dass sich bestehende Kartelle während eines Jahres seit Inkrafttreten des revidierten Gesetzes sanktionsfrei bei den Wettbewerbsbehörden melden können.

### **2. Zusammensetzung der Weko**

Bei der Frage der Zusammensetzung der Weko handelt es sich um eine politische Frage, welche allein vom Parlament zu entscheiden ist. Die Weko als von dieser Entscheidung direkt betroffene Behörde gibt dabei Folgendes zu bedenken:

## **2.1. Bedeutung der Verbandsvertreter**

Die Verbandsvertreter bringen - wie die Erfahrung zeigt - wertvolle Kenntnisse und Praxiserfahrung aus verschiedenen Branchen und Wirtschaftsbereichen ein, über welche die unabhängigen Sachverständigen und auch die Mitglieder des Sekretariats nicht immer verfügen.

## **2.2. Unabhängigkeit der Mitglieder im Allgemeinen**

Das gegenwärtige Recht sieht vor, dass die Kommission mehrheitlich aus unabhängigen Sachverständigen zusammengesetzt sein muss (Art. 18 Abs. 2 KG). Diese Regelung verhindert bereits jetzt, dass Verbandsvertreter die Rechtsanwendung bestimmen können. Ausserdem sind auch bei der Wahl der Verbandsvertreter die besonderen Anforderungen, welche der Einsitz in eine Wettbewerbsbehörde an die Sachkenntnisse der Mitglieder stellt, zu beachten.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch bei den unabhängigen Sachverständigen Interessenkonflikte vorkommen können (Gutachtertätigkeit, Beratung, Einsitz in Verwaltungsräten). Das Gleiche gilt ebenso bei den Beamten des Bundes (Interessenkonflikte mit der Beamtentätigkeit). Fälle von Interessenkollisionen oder Befangenheit können - wie die langjährige Praxis der Weko gezeigt hat - nach den Ausstandsregeln befriedigend gelöst werden.

## **2.3. Verbandsvertreter als Hindernis für die Einführung unmittelbarer Sanktionen?**

Bereits das geltende Recht sieht Verwaltungs- und Strafsanktionen vor (Art. 50 ff. und Art. 54 ff. KG). Sanktionsbehörde ist nach geltendem Recht die Weko in ihrer derzeitigen Zusammensetzung, also unter Einschluss der Verbandsvertreter. Wie bereits erwähnt, unterstehen die Mitglieder der Weko den normalen Ausstandspflichten gemäss Artikel 22 KG und Artikel 10 VwVG. Es ist ausgeschlossen, dass Entscheide der Weko im Beisein von Personen mit Interessenkonflikten gefällt werden. Die Anwendung dieser Regeln im wettbewerbsrechtlichen Verfahren gestaltete sich bisher reibungslos. Beigefügt sei, dass die Weko die Ausstandsgrundsätze streng handhabt und auch dann beachtet, wenn sie lediglich konsultative Stellungnahmen abgibt.

Zwischen der Einführung unmittelbarer Sanktionen und der Beschränkung der Kommission auf unabhängige Sachverständige besteht daher kein Zusammenhang.

## **2.4. Verkleinerung der Weko als Mittel zur Professionalisierung und Effizienzsteigerung?**

Der Bundesrat geht davon aus, dass Plenarsitzungen der aus 11-15 Mitgliedern bestehenden Kommission schwerfällig sind, und dass Qualität und Dauer der Aufgabenerfüllung sowie Disponibilität und fachliche Kompetenz der Entscheidbehörde in einer auf sieben Mit-

glieder verkleinerten Kommission besser gewährleistet wären (Erläuternder Bericht des Bundesrats vom 18. September 2000, S. 1 f., S. 8).

Die bisherigen Erfahrungen der Kommission bestätigen diese Befürchtungen nicht.

Es ist zu beachten, dass bereits das geltende Gesetz und das Geschäftsreglement der Weko vorsehen, dass sich die Kommission in Kammern mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis gliedert. Die Kammern bestehen zurzeit aus vier beziehungsweise fünf Mitgliedern. Der bundesrätliche Vorschlag zur Verkleinerung bringt daher keine grundsätzliche Neuerung.

Sofern eine Verkleinerung dennoch ins Auge gefasst werden sollte, fragt es sich, ob nicht im Gesetz eine Mitgliederzahl von 7-11 festzulegen wäre, analog zur Regelung bei der Bankenkommission. Wie schon jetzt, bestimmt der Bundesrat die definitive Grösse der Kommission jeweils durch seine Wahlentscheide.

### **2.5. Eine Verkleinerung der Weko würde das Milizsystem in Frage stellen**

Der gegenwärtige Arbeitsanfall ist für die Mitglieder der Weko in der heutigen Zusammensetzung verkraftbar, da die Arbeit zu einem grossen Teil auf die drei Kammern aufgeteilt wird.

Bei einer Verkleinerung der Weko auf sieben Mitglieder würde die Arbeitsbelastung für die einzelnen Mitglieder beträchtlich zunehmen und wäre für Angehörige einer Milizkommission wohl kaum mehr verkraftbar. Es dürfte schwierig sein, gut qualifizierte Personen zu finden, welche bereit wären, sich als Kommissionsmitglieder mit einer Arbeitsbelastung von mehr als einem Viertel ihrer Arbeitszeit wählen zu lassen.

Was die Schaffung einer Vollstelle für das Präsidium betrifft, ist zu bemerken, dass es ebenfalls schwierig sein dürfte, eine qualifizierte Persönlichkeit zu finden, welche sich ausschliesslich dem Posten eines Präsidenten (oder Vizepräsidenten) der Weko zu widmen bereit wäre.

### **3. Aufhebung der tieferen Aufgreifschwelle für Medienunternehmen**

Die Weko begrüsst den Vorschlag, den Zusammenschluss von Medienunternehmen nicht nach strengeren Massstäben zu beurteilen als die gewöhnlichen Zusammenschlüsse. Die bestehende Regelung führte in der Praxis zu einer Erwartungshaltung im Hinblick auf eine Struktur-erhaltung in einem Wirtschaftszweig, der sich zurzeit in einem beträchtlichen Wandel befindet. Dieser Erwartungshaltung kann eine Wettbewerbsbehörde, welche ihren Entscheiden wirtschaftliche Effizienzgründe zugrundelegen muss, nicht gerecht werden.

---

#### 4. **Massgebender Sachverhalt für den Zeitpunkt einer Verfügung der Weko**

Die Rekurskommission (Reko) hat in ihren jüngsten Entscheiden (Clima Suisse, RPW 1999/3, S. 503 ff.; SMA, RPW 2000/3, S. 461 ff.) in zwei Fällen die Ansicht vertreten, es sei bei einem Rekursentscheid auf den Sachverhalt abzustellen, wie er sich zum Zeitpunkt des Entscheids durch die Reko präsentiere. Dieses Ergebnis ist widersinnig. Es wäre der Weko praktisch nicht mehr möglich, rechtsbeständige Verfügungen zu fällen. Die Praxis der Reko würde dazu führen, dass die einer unzulässigen Wettbewerbsabrede durch die Weko überführten Unternehmen nach Erlass der Verfügung durch die Weko ihre Wettbewerbsbeschränkung aufheben und anschliessend gegen die Verfügung der Weko Rekurs einlegen würden und die Verfügung der Weko durch die Reko aufheben lassen könnten. Die Reko würde dann im Rekursverfahren feststellen, dass zum Zeitpunkt des Rekursentscheids keine Wettbewerbsbeschränkung mehr vorliegt und die Verfügung der Weko aufheben. Dies wäre geradezu eine Einladung, Kartelle zu bilden und diese nach Erlass der Verfügung der Weko aufzuheben. Als treffendes Beispiel kann hierzu ein Submissionskartell genannt werden, das im Hinblick auf eine Auftragsvergabe gegründet und nach der Vergabe gleich wieder aufgelöst wird. Die Weko könnte den Fall nicht aufgreifen, weil das Kartell ja nicht mehr besteht.

Das EVD hat auf Antrag der Weko gegen den letzten Entscheid der Reko in Sachen SMA Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Die Weko behält sich vor, dem Bundesrat nachträglich eine entsprechende Präzisierung des Gesetzes vorzuschlagen, falls das Bundesgericht die Rechtsprechung der Reko wider Erwarten schützen sollte.

#### 5. **Übrige Änderungsvorschläge**

Mit den übrigen Änderungsvorschlägen kann sich die Weko einverstanden erklären.

B 2.7	<b>2. Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG)</b>
-------	-----------------------------------------------------------------------

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart*

Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 26. März 2001:

Die Wettbewerbskommission (Weko) beschränkt sich in ihrer Stellungnahme auf wettbewerbsrelevante Aspekte des neuen Gesetzes. Besonderes Gewicht wird den vorgeschlagenen Bestimmungen über

Massnahmen gegen die Medienkonzentration (Art. 67 und 68 Entwurf) beigemessen, weshalb an erster Stelle darauf eingegangen wird.

### **1. Artikel 67/68 (Massnahmen gegen die Medienkonzentration)**

Die Weko anerkennt, dass unter bestimmten Umständen die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet sein kann. Darunter fallen auch Situationen, in denen ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Das Kartellrecht bietet mit dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 7 Kartellgesetz, KG; SR 251) und mit der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 ff. KG) bereits Instrumente, um möglichen Gefahren der Medienkonzentration zu begegnen. Auch hier muss zudem der Grundsatz gelten, dass Grösse allein nicht schädlich ist, sondern dass ein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung hinzukommen muss.

Die Bestimmungen über die Medienkonzentration beschränken die Kompetenzen der Weko im Bereich der elektronischen Medien. Die Weko wird jedoch zur Frage der Marktbeherrschung "konsultiert". Die Weko geht davon aus, dass damit die gleiche Lösung gewählt wurde wie im geltenden Fernmeldegesetz bei der Frage der Marktbeherrschung bei Interkonktionsverfahren (Art. 11 FMG). Dort erstattet die Weko ein Gutachten über die Marktbeherrschung zuhanden der Com-Com. Diese entscheidet dann gestützt auf dieses Gutachten über die Frage der Marktbeherrschung und über das Interkonktionsgesuch.

In Artikel 67 Absatz 2 RTVG kommt nicht klar zum Ausdruck, dass die Weko gestützt auf das Kartellgesetz ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung erarbeiten soll. Dies ist jedoch zwingend notwendig. Würde der Begriff der Marktbeherrschung nicht nach Kartellgesetz von der Weko beurteilt, droht ein Widerspruch in der Praxis zweier Behörden, welche wettbewerbsrechtliche Entscheide treffen. Damit dies klar zum Ausdruck kommt, beantragt die Weko eine Präzisierung von Artikel 67 Absatz 2 RTVG.

**Die Weko beantragt, Artikel 67 RTVG wie folgt zu präzisieren:**

***"Die Kommission entscheidet über die Frage der Marktbeherrschung nach Konsultation der Wettbewerbskommission. Die Marktbeherrschung beurteilt sich nach dem Kartellgesetz (SR 251)".***

### **2. Artikel 17, 2. Satz**

"Die SRG erbringt einen Dienst für die Allgemeinheit. Dabei strebt sie keinen Gewinn an".

Der zweite Satz von Artikel 17 kann den Anschein erwecken, dass die SRG beim Einsatz ihrer Mittel nicht der Effizienz verpflichtet ist, sondern einfach den ihr zur Verfügung stehenden Betrag ausgeben kann.

---

**Die Weko beantragt, den zweiten Satz wie folgt zu formulieren:**

***"... Sie setzt die ihr zur Verfügung stehenden Mittel in effizienter Weise ein".***

### **3. Artikel 24 Absatz 2**

"Die SRG darf sich nicht an Veranstaltern beteiligen, deren Programme überwiegend auf die Schweiz ausgerichtet sind".

Die Beteiligung an Programmveranstaltern sollte nicht generell verboten, sondern im Einzelfall geprüft werden.

**Die Weko beantragt, Artikel 24 Absatz 2 wie folgt zu ändern:**

***"Die SRG darf sich nur mit Zustimmung der Kommission an Veranstaltern beteiligen, deren Programme überwiegend auf die Schweiz ausgerichtet sind".***

### **4. Artikel 41**

<sup>1</sup> *Auf Begehren der SRG kann die Kommission Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichten, ein Programm nach Artikel 39 Absatz 2 im Rahmen ihrer technischen Möglichkeiten in ausreichender Qualität unentgeltlich zu übertragen (...).*

<sup>2</sup> *Wird eine Fernmeldediensteanbieterin durch die Erfüllung dieser Pflicht übermässig belastet, muss die SRG sie angemessen entschädigen (...)"*.

Es ist nicht einzusehen, warum der SRG ein unentgeltlicher Zugang zum Kabelnetz gewährt werden soll. Damit sind die Netzanbieter verpflichtet, den Service Public zu unterstützen. Zudem besteht keine Transparenz bei den Kosten der Übertragung über ein Kabelnetz. Der Zugang sollte mit den Empfangsgebühren finanziert werden. Die SRG wird hier ungerechtfertigterweise privilegiert. Die anderen Anbieter müssen sich den Zugang mittels Interkonktionsverträgen erkaufen. Es wird ausserdem nicht festgelegt, nach welchen Kriterien die Zulässigkeit der unentgeltlichen Übertragung bestimmt werden soll.

**Die Weko beantragt die Streichung dieser Bestimmung.**

### **5. Artikel 54 Absatz 1**

*"Wer technische Vorrichtungen betreibt oder Dienste anbietet, die den Zugang zu Programmen beschränken oder kontrollieren, muss Programmveranstaltern oder Fernmeldediensteanbietern Zugang zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen gewährleisten".*

Die Ausführungen in den Erläuterungen zum Entwurf zu möglichen Gefahren, welche sich aus so genannten Gate-Keeper-Stellungen ergeben, erachtet die Weko grundsätzlich als richtig.

---

Artikel 54-56 widersprechen jedoch der Grundkonzeption des Gesetzesentwurfes. Während allgemeine Dinge in der Regel in möglichst weitsichtiger Art und Weise geregelt werden, stützt man sich hier auf ein aktuelles Problem, das jedoch in absehbarer Zeit bereits nur noch von geringer Bedeutung sein könnte (vgl. Cablecom/Teleclub-Entscheid). Die Entwicklungen, die in diesem Bereich stattfinden werden, sind heute noch nicht bekannt.

Die Weko ist der Ansicht, dass diesen Gefahren mit dem Kartellrecht begegnet werden kann. Ein Unternehmen mit Gate-Keeper-Stellung muss anderen Unternehmen gemäss Artikel 7 KG Zugang zur kontrollierten Infrastruktur gewähren, falls die Gate-Keeper-Stellung eine Marktbeherrschung ergibt.

**Da keine zusätzlichen regulatorischen Massnahmen notwendig sind, beantragt die Weko, Artikel 54 Absatz 1 ersatzlos zu streichen. Ansonsten besteht die Gefahr eines Kompetenzkonfliktes zwischen der Weko (Art. 7 KG) und der ComCom.**

## **6. Artikel 55**

*"Wer Programme als gebündelte Pakete anbietet, muss die technischen Voraussetzungen dafür schaffen, dass Dritte diese Programme auch einzeln verbreiten können".*

Alle im Moment in der Schweiz erhältlichen Programmpakete sind ausländischer Herkunft (AB, TPS, bald Canal+). Es stellt sich daher die Frage, ob diese Bestimmung auch für ausländische Programmveranstalter gelten soll. Nach der Formulierung des Textes ist dies der Fall. Wie genau diese Verpflichtung durchsetzbar sein soll, ist fraglich.

**Sollte die Bestimmung hingegen nur für Schweizer Programmanbieter gelten, so diskriminiert sie diese im Vergleich zur ausländischen Konkurrenz und ist daher zu streichen.**

---

**B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**  
Commission de recours pour les questions de concurrence  
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

<b>B 3</b>	<b>1. Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)</b>
------------	----------------------------------------------------------------------

*Décision sur recours du 12 mars 2001 en la cause Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) (recours du 29 mai 2000) contre la Commission de la concurrence, Effingerstrasse 27, 3003 Berne (décision du 8 mai 2000) en matière de restrictions à la concurrence*

**Vu les faits suivants:**

A. L'Association fribourgeoise des écoles de circulation (ci-après: l'AFEC) est une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse. En 1999, elle regroupait 60 membres dont 53 moniteurs et écoles de conduite actifs dans le canton de Fribourg, représentant plus des  $\frac{3}{4}$  des moniteurs inscrits auprès de l'Office de la circulation et de la navigation du canton de Fribourg (OCN).

L'AFEC a pour tâche notamment de lutter contre la concurrence déloyale. Le 4 novembre 1998, elle a émis des tarifs conseillés pour les leçons de conduite données par ses membres moniteurs et écoles de conduite actifs dans le canton de Fribourg. Ces tarifs faisaient suite à ceux qu'elle avait édictés les années précédentes.

Une enquête préalable ouverte le 18 décembre 1998 par le Secrétariat de la Commission de la concurrence sur le marché des prestations fournies par les moniteurs de conduite en Suisse romande et dans le canton de Berne a révélé l'existence d'indices de restrictions illicites à la concurrence dans le canton de Fribourg. Le 13 juillet 1999, le Secrétariat précité, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a ouvert une enquête concernant les tarifs conseillés par l'AFEC.

Cette enquête a notamment mis en lumière que l'AFEC désapprouve le comportement des moniteurs qui ne respectent pas les tarifs, ceux qui ne s'y tiennent pas faisant l'objet de plaintes lors des assemblées générales. Il appert également qu'elle prend contact avec les candidats au brevet de moniteur afin de les inviter à rejoindre l'association. Ces entretiens concernent les droits et obligations afférents aux membres de l'AFEC, l'accent étant porté notamment sur le respect du tarif des prix. En outre, le comité de l'AFEC reçoit les candidats à l'adhésion et les oriente sur les conditions à remplir pour être membre de l'associa-

tion, notamment en ce qui concerne le respect du tarif des prix. En 1998, 3 des 4 candidats contactés ont adhéré à l'AFEC.

Par décision du 8 mai 2000, la Commission de la concurrence a émis le dispositif suivant:

"La Commission de la concurrence (...)

constate que:

- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de base pour élèves motocyclistes suppriment la concurrence efficace et partant, sont illicites;
- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons de conduite auto (cat. B, y compris casco) et camion (cat. C) sont des accords qui affectent de façon notable la concurrence sur les marchés de référence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique et partant, sont illicites;

prend acte des décisions de l'assemblée générale du 7 avril 2000 par lesquelles:

- l'AFEC s'est engagée à ne plus édicter de tarifs de prix;
- l'AFEC s'est engagée à ne plus recommander de prix lors des assemblées générales;
- l'AFEC a supprimé l'article 4 de ses statuts;

et décide que:

- Les membres actifs de l'AFEC ont l'interdiction à l'avenir de s'entendre sur les tarifs, que ce soit de façon explicite ou implicite;
- Les membres actifs de l'AFEC ont l'interdiction à l'avenir d'utiliser l'ancienne liste des tarifs de l'AFEC dans l'exercice de leur activité professionnelle;
- l'AFEC transmettra au secrétariat de la Commission de la concurrence une copie des procès-verbaux des assemblées générales 2000 et 2001.

L'inobservation de la présente décision et des décisions prises par l'AFEC lors de son assemblée générale du 7 avril 2000 sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.

Le total des frais de la procédure de CHF [...] composé d'un émolument de CHF [...] et de débours de CHF [...], est mis à la charge de l'AFEC. Ce montant est payable dans un délai de 30 jours dès l'entrée en force de la présente décision au moyen du bulletin de versement annexé.

La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par recours interjeté auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence, 3202 Frauenkappelen. Le recours doit être déposé en deux exemplaires. Il doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée doit être jointe au recours".

Cette décision est fondée sur une analyse des marchés de référence: marché de produits et marché géographique. L'existence ou non de concurrence efficace s'agissant des cours de base pour élèves motocyclistes repose sur l'examen de la concurrence externe (représentée par les moniteurs et écoles de conduite qui ne font pas partie de l'AFEC et les titulaires de permis de conduire qui donnent eux-mêmes des cours de conduite) et de la concurrence interne (entre les membres de l'AFEC). Pour dire si la concurrence est, en l'espèce, notablement affectée ou non, la Commission de la concurrence a apprécié les critères suivants: prix, concurrence actuelle, concurrence potentielle et situation des partenaires à l'échange. Ces examens l'ont conduite à constater que les tarifs de l'AFEC affectent de manière notable la concurrence attendu que le prix constitue un paramètre concurrentiel qui joue en général un rôle essentiel sur le marché s'agissant des cours de sensibilisation au trafic et des leçons pratiques de conduite auto et camion. L'analyse de la Commission de la concurrence relative à la concurrence actuelle et potentielle ainsi qu'à la situation des partenaires à l'échange démontrent que les tarifs conseillés par l'AFEC relatifs aux cours de sensibilisation au trafic ainsi qu'aux leçons pratiques de conduite auto et camion affectent de façon notable la concurrence. La Commission de la concurrence ne voit en outre aucun motif d'efficacité économique qui justifierait l'émission des tarifs en cause.

B. Par écritures du 29 mai 2000, complétées le 19 juin 2000, soit dans le délai imparti par la Commission de recours pour les questions de la concurrence (ci-après: la Commission de recours), l'AFEC a recouru contre la décision de la Commission de la concurrence. Elle a pris les conclusions suivantes:

- "1. Le recours est admis.
2. La décision de la Commission de la concurrence est annulée dans la mesure où elle estime que les tarifs conseillés de l'AFEC sont assimilés à des ententes de prise (recte: de prix) supprimant la concurrence et partant sont illicites.
3. Les frais de procédure sont mis à la charge du fisc.
4. Il est alloué à la recourante une équitable indemnité à titre de dépens".

A l'appui de ses conclusions, l'AFEC expose pour l'essentiel que la profession de moniteur d'auto-école n'est pas une profession comme les

---

autres en raison de son impact sur la sécurité routière. Elle estime que la décision attaquée ne tient pas compte des exigences liées à la nécessaire qualité de l'enseignement et à celle de la sécurité routière.

Elle demande à la Commission de recours d'annuler la décision de la Commission de la concurrence «en ce qui concerne les prix conseillés pour les cours de sensibilisation et les cours de moto-école". Pour les autres cours - écrit-elle - "nous acceptons de renoncer de notre propre chef à émettre une quelconque recommandation, car les prix font déjà l'objet d'un dumping généralisé que nous regrettons".

C. Dans sa réplique du 9 août 2000, la Commission de la concurrence conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable, sous suite de frais. Elle relève une contradiction entre les conclusions prises par la recourante et les déclarations faites dans les motifs de l'acte de recours. Elle constate aussi que les faits exposés dans la décision attaquée ne sont pas en controverse. Elle relève en outre que la recourante ne conteste pas que les tarifs conseillés affectent ou suppriment la concurrence efficace. Les arguments liés à la qualité de l'enseignement et à la sécurité routière ne sont pas pertinents au regard de la loi applicable en l'espèce. Elle constate enfin qu'aucun indice ne laisse présumer que des prix-plafond plus élevés pourraient être fixés par l'autorité cantonale compétente.

D. Par courrier du 23 janvier 2001, la recourante a renoncé à l'organisation de débats publics.

E. Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

### **Considérant en droit:**

1. L'acte attaqué, du 8 mai 2000, constitue une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; art. 5 al. 1 let a). Comme telle, elle est susceptible de recours auprès de la Commission de recours (art. 44 ss. et 71 let. a ss. PA en relation avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]).

Quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée dispose de la qualité pour recourir (art. 48 let. a PA). Selon la jurisprudence (ATF 113 Ia 471), l'intérêt d'une association n'est digne de protection que si les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies:

- l'association doit avoir pour but statutaire la défense des intérêts mis en cause,
  - la majorité ou un grand nombre de ses membres doivent être touchés par la décision attaquée,
-

- ces derniers, pris individuellement, doivent eux-mêmes avoir qualité pour agir.

Au vu des statuts de l'AFEC ainsi que des intérêts de ses membres, la recourante dispose de la qualité pour recourir.

Par écritures du 29 mai 2000, la recourante a fait savoir à l'autorité de recours qu'elle contestait la décision de la Commission de la concurrence s'agissant des cours de sensibilisation au trafic routier ainsi que des cours de moto-école obligatoires. Elle a exprimé sa volonté de recourir. En application de l'article 52 PA, la Commission de recours a imparti un délai supplémentaire à la recourante pour régulariser le recours, à savoir pour formuler des conclusions claires, pour les motiver en détail et pour produire la décision attaquée. La recourante a répondu le 19 juin 2000 et a produit la décision attaquée le 21.

Les conclusions prises par la recourante dans sa lettre complémentaire du 19 juin 2000 pourraient donner l'impression qu'elle conteste la décision attaquée s'agissant des trois tarifs conseillés visés par cette dernière (cours de base pour élèves motocyclistes, cours de sensibilisation au trafic et leçons de conduite auto et camion). Il ressort cependant clairement des deux écrits (du 29 mai 2000 et du 19 juin 2000) constituant l'acte de recours que la recourante se limite à contester la décision attaquée s'agissant des tarifs conseillés pour les cours de base pour élèves motocyclistes et pour les cours de sensibilisation au trafic. En effet, elle écrit, le 29 mai 2000, ceci: "Concernant les cours de pratique ainsi que l'établissement d'une liste de tarifs conseillés, nous vous informons que nous sommes d'accord avec vos remarques et avons d'ores et déjà pris les mesures dans ce sens. En revanche, nous estimons que pour les cours de sensibilisation au trafic routier ainsi que pour les cours de moto-école obligatoires, vos doléances sont injustifiées...". Le 19 juin 2000, elle s'exprime ainsi: "Au vu de ce qui précède, nous sollicitons de la Commission de recours qu'elle annule la décision de la Comco, en particulier en ce qui concerne les prix conseillés pour les cours de sensibilisation et les cours de moto-école. Pour les autres cours, nous acceptons de renoncer de notre propre chef à émettre une quelconque recommandation car les prix font déjà l'objet d'un dumping généralisé que nous regrettons".

S'agissant des conclusions, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'elles ne doivent pas nécessairement être expressément formulées, en particulier si leur rédacteur n'est pas un homme de loi. Le Tribunal fédéral a même admis que si les conclusions formulées ne concordent pas avec celles que l'on peut déduire de l'argumentation juridique du recours, il ne sera tenu compte que de ces dernières (ATF 102 Ia 95; André GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. 1, p. 373 et jurisprudence citée).

En l'espèce, il faut dès lors déduire de ce qui précède que le recours porte sur les tarifs conseillés pour les cours de base pour élèves mo-

---

tocyclistes et pour les cours de sensibilisation au trafic, à l'exclusion des tarifs conseillés pour les leçons de conduite auto et camion. Sur ce dernier point, la décision attaquée a force de chose décidée.

L'avance de frais a été versée dans les délais (art. 63 al. 4 PA) et les autres conditions de recevabilité sont remplies (art. 44 ss. PA).

Tels qu'ils sont exposés dans la décision attaquée, les faits ne sont pas contestés.

2. La question est de savoir si c'est à juste titre que la Commission de la concurrence a jugé que les tarifs conseillés s'agissant des cours de base pour élèves motocyclistes et pour les cours de sensibilisation au trafic constituaient des accords illicites au sens de l'article 5 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251).

Aux termes de son article 2 alinéa 1 la LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. L'article 3 LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment (a) celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et (b) celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. 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).

Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

La Commission de la concurrence a examiné si les dispositions s'appliquaient en l'espèce et a répondu par l'affirmative. La recourante ne conteste pas le bien fondé de cette analyse que la Commission de recours fait sienne, soulignant en particulier que la recourante regroupait, en 1999, plus de trois quarts des moniteurs inscrits auprès de l'Office de la circulation et de la navigation du canton de Fribourg et qu'elle était la seule association représentant des moniteurs sur le marché géographique en question.

2.1. Les tarifs émis par l'AFEC sont adoptés par l'assemblée générale de cette dernière puis diffusés à tous les membres sous la forme de "tarifs conseillés". Les membres de l'association s'accordent à admettre que la décision de l'assemblée générale doit être respectée, même si aucune sanction n'est formellement prévue en cas de violation de cette obligation. Il s'agit donc, en l'espèce, d'une convention sans force

---

obligatoire au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich, 1997 [ci-après: commentaire HOMBURGER] ad art. 4, p. 15 ch. 34).

Il y a "accords en matière de concurrence" au sens de la LCart lorsque la concentration adoptée ou la pratique appliquée vise ou conduit à une limitation de l'indépendance des acteurs (Jürg BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich, 1998, p. 129 [ci-après: commentaire BORER]).

La recourante domine le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart car elle est en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante sur ce marché, c'est-à-dire qu'elle peut fixer les prix des prestations qu'elle fournit sans égard aux autres participants au marché (commentaire HOMBURGER, ad art. 4, p. 27, ch. 66).

Certes, l'instruction pratique de base pour élèves motocyclistes et les cours de sensibilisation au trafic sont obligatoires en vertu de l'ordonnance du Conseil fédéral du 27 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC; art. 17a al. 1 et art. 17b al. 1; RS 741.51). Cela ne signifie cependant pas que la réserve de l'article 3 LCart s'applique en l'espèce car, d'une part, le législateur fédéral n'a pas fixé de prix pour les prestations en cause et de l'autre, le Conseil d'Etat fribourgeois a renoncé à fixer un prix-plafond, ce qu'il aurait pu faire. Aucune des hypothèses de l'article 3 alinéa 1 lettres a et b n'est donc réalisée ici.

La disposition précitée laisse en principe la porte ouverte à d'autres exceptions puisqu'elle utilise le mot "notamment". La recourante ne peut cependant rien en déduire en sa faveur. D'éventuelles hypothèses d'exception autres que celles qui figurent à l'article 3 alinéa 1 lettres a et b LCart ne sont pas envisageables en l'espèce car il ressort clairement de la loi elle-même et des travaux préparatoires que le législateur n'a voulu sortir du champ d'application de la loi que des entreprises où il estimait que l'intervention de l'Etat donnait de meilleurs résultats que le jeu de la concurrence (commentaire HOMBURGER, ad art. 3, p. 9, ch. 12).

3. L'article 5 alinéa 1 LCart dispose que 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.

L'article 5 alinéa 2 LCart fixe les conditions auxquelles un accord est réputé justifié par le motif d'efficacité économique.

L'article 5 alinéa 3 LCart énumère les accords présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace.

---

Il convient donc d'examiner si les tarifs conseillés émis par l'AFEC dans les domaines concernés par la présente procédure affectent de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique ou conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, le marché de référence ayant été délimité.

La loi ne s'applique pas aux atteintes légères à la concurrence; elle ne définit cependant pas ce qu'il faut entendre par «notable», renvoyant à cet égard à la pratique développée sous l'empire de l'ancienne loi (message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472 ss. [ci-après: message]). A cet égard, la doctrine renvoie à la pratique du Tribunal fédéral, notamment à l'ATF 112 II 276 (commentaire HOMBURGER, ad art. 5, p. 42, ch. 65) aux termes duquel une atteinte est notable lorsqu'elle revêt une certaine intensité ressentie comme telle par les intéressés parce qu'elle influence directement ou indirectement une liberté d'action (voir aussi les exemples d'innocuité que donne le commentaire BORER p. 173 et 174).

3.1 Les considérations émises par la Commission de la concurrence relatives aux marchés de référence ne sont pas contestées par la recourante; l'autorité de céans les fait siennes.

S'agissant en particulier du marché géographique, que la loi ne définit pas, il est admis de se référer à la définition qu'en donne l'ordonnance du Conseil fédéral du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4) qui dispose, en son article 11 alinéa 3 lettre b que "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".

Il est dès lors raisonnable de limiter le marché géographique au canton de domicile des élèves conducteurs quand bien même ces derniers peuvent, théoriquement, prendre des leçons de conduite dans toute la Suisse. En effet, pratiquement, de tels cours sont pris au lieu de domicile ou dans les environs immédiats.

3.2. La Commission de la concurrence a jugé illicites les tarifs conseillés pour les cours de base pour élèves motocyclistes au motif qu'ils conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. Ces tarifs sont présumés tels car ils fixent directement ou indirectement des prix (art. 5 al. 3 let. a LCart). De plus, ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes au sens de la disposition précitée (Droit et politique de la concurrence, DPC 1999/3, p. 454, no 56; Roger ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, p. 175 ss.).

Dans le secteur des cours de base pour élèves motocyclistes, il n'y a, de fait, aucune concurrence externe. La Commission de la concurrence a constaté certes qu'il y avait, au moment de son examen, 18 moniteurs

---

et écoles de conduite non membres de l'AFEC. Tous cependant demandaient ce même tarif que l'AFEC. Ce constat n'a pas été contesté. Il ne peut en outre y avoir concurrence entre les membres de l'AFEC et des particuliers titulaires de permis de conduire (ce qui peut être le cas en matière de conduite automobile) car, ici, seuls des moniteurs et instructeurs agréés peuvent donner les cours (art. 16 al. 5, art. 17, art. 17a et art. 17b de l'OAC).

Il n'y a pas non plus de concurrence interne, les investigations de la Commission de la concurrence montrant que tous les moniteurs de l'AFEC offrant ces cours appliquent le tarif conseillé, ce que la recourante n'a pas contesté dans la précédente procédure. Lorsque concurrence interne et concurrence externe ont disparu, il y a suppression de la concurrence efficace (message, ch. 231.2).

S'agissant des tarifs conseillés pour les cours de base pour élèves motocyclistes, la décision rendue par la Commission de la concurrence doit donc être confirmée.

3.3. Pour ce qui est des cours de sensibilisation au trafic, la Commission de la concurrence a estimé les tarifs conseillés illicites parce qu'ils affectent de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

3.3.1. La recourante ne prétend pas que la Commission de la concurrence ait mal apprécié la situation sur ce point. Elle ne conteste en particulier pas que 77 pour cent environ des moniteurs offrant ce service dans le canton de Fribourg (membres et non-membres de l'AFEC) pratiquent le même prix (CHF 190.--, sans la documentation). A l'évidence, la concurrence de fait est notablement affectée s'agissant des cours de sensibilisation au trafic. La Commission de la concurrence a examiné en détail si la conséquence de la constatation faite concernant la concurrence actuelle devait être atténuée dans sa portée en raison d'une éventuelle concurrence potentielle. Elle a estimé que tel n'était pas le cas en raison des conditions spécifiques du marché en question. Ni les moniteurs de conduite d'autres cantons, ni les rares nouveaux moniteurs fribourgeois ne pourraient offrir une concurrence potentielle significative. Enfin, les élèves conducteurs eux-mêmes ne sont pas en mesure d'influencer le comportement concurrentiel des moniteurs s'agissant des cours de sensibilisation au trafic. La loi rend ces cours obligatoires et fixe les conditions auxquelles ils peuvent être donnés (ch. 3.2 ci-devant).

Il faut conclure de ce qui précède que c'est à juste titre que la Commission de la concurrence a jugé que les tarifs conseillés en matière de sensibilisation au trafic affectent la concurrence de manière notable.

3.3.2. Se pose dès lors la question d'une éventuelle justification de ces tarifs conseillés pour des motifs d'efficacité économique.

---

Aux termes de l'article 5 alinéa 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique:

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

Selon le message, l'énumération légale est exhaustive (ch. 231.3; commentaire BORER, p. 183, ch. 33). Cette exigence d'efficacité économique exclut les motifs d'intérêts publics qui échappent aux processus économiques (message, ch. 231.3). Il faut en outre que l'accord en question soit nécessaire pour atteindre l'objectif d'efficacité économique (commentaire HOMBURGER, ad art. 5, p. 57, ch. 97). La recourante affirme que les tarifs conseillés visent à améliorer le professionnalisme de l'enseignement, maintenir un certain seuil de qualité, perfectionner les connaissances professionnelles ainsi qu'à assurer la sécurité routière et un enseignement de qualité. Aucun de ces motifs ne figure dans la disposition précitée.

Pour importants et louables qu'ils soient, les objectifs mentionnés par la recourante sont étrangers à l'article 5 alinéa 2 LCart. C'est la législation sur la circulation routière - et non un accord cartellaire - qui fixe les conditions auxquelles l'enseignement est soumis pour contribuer à la sécurité routière.

En conclusion, aucun des motifs figurant à l'article 5 alinéa 2 LCart n'est réalisé en l'espèce. Sur ce point aussi, la décision de la Commission de la concurrence doit être admise.

3.4. Vu ce qui précède, c'est à bon droit que la Commission de la concurrence a déclaré illicites (1) les tarifs conseillés pour les cours de base pour élèves motocyclistes, au motif qu'ils suppriment la concurrence efficace et (2) les tarifs conseillés pour les cours de sensibilisation au trafic parce qu'ils affectent de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Le recours doit être dès lors être rejeté.

4. [Frais de procédure]

Par ces motifs, la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Rejette le recours.
2. [Frais de procédure]

3. Signale que la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours de droit administratif, dans les trente jours dès notification de la présente décision.

Le mémoire doit être produit en trois exemplaires, indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature de la recourante ou de son mandataire qui y joindra la présente décision et les pièces invoquées comme moyens de preuve si elles se trouvent en ses mains.

4. [Notification]

**B 4 Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

<b>B 4</b>	<b>1. Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA)</b>
------------	--------------------------------------------------------

*Das Urteil des Bundesgerichts (II. Öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 5. Februar 2001 in Sachen Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung hat ergeben:*

A. Am 17. September 1998 gelangte die Meteotest, eine private Anbieterin von meteorologischen Dienstleistungen, an die Wettbewerbskommission und beantragte die Eröffnung einer Untersuchung sowie die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegenüber der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA). Mit Verfügung vom 16. November 1998 verpflichtete die Wettbewerbskommission die Schweizerische Meteorologische Anstalt vorsorglich, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten. Am 24. November 1998 machte die Wettbewerbskommission die Untersuchung im Bundesblatt amtlich bekannt, woraufhin die Meteomedia AG, eine weitere private Unternehmung, mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 ihre Beteiligung am Verfahren anmeldete.

Am 6. September 1999 traf die Wettbewerbskommission die folgende Verfügung:

"1. Es wird festgestellt, dass die SMA in den internationalen Märkten für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, für Klimadaten zur Schweiz sowie für Radarbilder zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Es wird festgestellt, dass die Offerte der SMA an Meteotest vom 27. Juli 1998 eine unzulässige Diskriminierung

von Handelspartnern gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG darstellt.

3. In Bestätigung der vorsorglichen Massnahmen vom 16. November 1998 wird die SMA verpflichtet, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Es ist ihr insbesondere untersagt, Diskriminierungen im Sinne der vorstehenden Ziffer 2 vorzunehmen.

...".

B. Gegen diese Verfügung erhob die Schweizerische Meteorologische Anstalt am 11. Oktober 1999 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Weder die Meteotest noch die Meteor-media AG beteiligten sich am Verfahren vor der Rekurskommission. Diese hiess die Beschwerde am 15. August 2000 gut und hob die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 auf. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, allein schon die durch die Kündigung des Vertrages gegenüber der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) eingetretene Veränderung des Sachverhalts sowie die Änderung der Rechtslage durch das Inkrafttreten am 1. April 2000 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1999 über die Meteorologie und Klimatologie (MetG; SR 429.1; AS 2000 664) liessen die angefochtene Verfügung als überholt erscheinen. Weiter sei nicht erstellt, dass ein allfälliges missbräuchliches Verhalten fortbestehe. Offen sei ferner, ob das fragliche Verhalten künftig dem hoheitlichen oder dem kommerziellen Bereich angehöre.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. September 2000 an das Bundesgericht beantragt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. August 2000 sei aufzuheben und die Sache sei zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führt das Departement hauptsächlich aus, der Zweck des Kartellrechts werde unterlaufen, wenn durch Änderung des als missbräuchlich festgestellten Verhaltens eine Verfügung und die damit verbundene Sanktionsandrohung beseitigt werden könne. Richtigerweise hätte die Rekurskommission die beiden Feststellungen der Wettbewerbskommission in den Ziffern 1 und 2 ihrer Verfügung auf formelle und materielle Richtigkeit prüfen und die Begehren zu den weiteren Anordnungen gemäss Ziffer 3 allenfalls als Wiedererwägungsgesuch der Wettbewerbskommission überweisen müssen.

Die Schweizerische Meteorologische Anstalt schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat sich zur Beschwerde vernehmen lassen, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen; sinngemäss hält sie aber an ihrem Entscheid fest. Auch die Wettbewerbskommission hat kein ausdrückliches Rechtsbegehren

gestellt, unterstützt jedoch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements.

### **Das Bundesgericht zieht in Erwägung:**

1. a) Nach Artikel 97 OG in Verbindung mit Artikel 5 VwVG beurteilt das Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Neben der Möglichkeit, ein zivilrechtliches Verfahren einzuleiten, sieht das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) verwaltungsrechtliche Massnahmen durch die Wettbewerbskommission vor (Art. 18 ff. KG). Bei der im vorliegenden Fall getroffenen Verfügung der Wettbewerbskommission und dem dagegen gerichteten Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen handelt es sich um rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf den öffentlich-rechtlichen Teil des Kartellgesetzes stützen (vgl. ZB1 100/1999 64, E. 1; BGE 124 11 499 E. 1).

b) Nach Artikel 103 Buchstabe b OG ist das in der Sache zuständige Departement berechtigt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission zu erheben. Die Behördenbeschwerde des Bundes bezweckt, das allgemeine öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung und rechtsgleichen Anwendung des Bundesrechts zu wahren. Sie ist gemäss Artikel 103 Buchstabe b OG zulässig "gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission, einer eidgenössischen Schiedskommission, einer letzten kantonalen Instanz oder einer Vorinstanz im Sinne von Artikel 98 Buchstabe h" (mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung). Massgebend ist, ob der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbare Entscheid von einer dieser Vorinstanzen ausgegangen ist, was bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zutrifft. Beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement handelt es sich um das in Wettbewerbsfragen zuständige Departement. Die Beschwerdebefugnis ist sodann im Unterschied zu derjenigen von Privatpersonen (Art. 103 Bst. a OG) nicht von der Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses abhängig, sondern es genügt das öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung des Rechts. Das Departement ist vorliegend der Auffassung, der angefochtene Entscheid unterlaufe den Zweck des Kartellrechts. Dies genügt für die Ergreifung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch das Departement und entspricht der Funktion, welche der Behördenbeschwerde zugemessen wird (ZBI 100/1999 64, E. 1; Isabelle HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 958 ff., insbes. 972). In der Literatur wird zwar die Frage aufgeworfen, ob es sich angesichts der Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission wirklich rechtfertige, dem Departement die Beschwerdelegitimation zuzuerkennen (Paul RICHLI, Kar-

tellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, hrsg. von Roland VON BÜREN und Lucas DAVID, Basel/Genf/München 2000, S. 514). Diese Frage wurde vom Bundesgericht aber bereits geprüft (ZB1 100/1999 64, E. 1), und es sind keine neuen Argumente ersichtlich, die eine Praxisänderung zu begründen vermöchten.

Für die Behördenbeschwerde ist ebenfalls nicht von Bedeutung, dass letztlich eine Bundesbehörde (Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement) gegen den Entscheid einer anderen Bundesinstanz (Rekurskommission für Wettbewerbsfragen) Beschwerde führt, die wiederum in einer Sache geurteilt hat, in der eine Bundesinstanz (Wettbewerbskommission) gegen eine andere Bundesbehörde (Schweizerische Meteorologische Anstalt) verfügt hat. Zwei private Unternehmungen haben sich zwar als Dritte (vgl. Art. 43 KG) am erstinstanzlichen Verfahren vor der Wettbewerbskommission beteiligt, danach aber keine Parteirechte mehr wahrgenommen. Diese ausserordentliche Konstellation hindert die Legitimation des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements nicht, es ist darauf aber unter anderem Gesichtspunkt zurückzukommen (vgl. E. 3c).

c) Auf die frist- und formgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit einzutreten.

2. a) Die Vorinstanz hat die Legitimation der bei ihr beschwerdeführenden Schweizerischen Meteorologischen Anstalt nicht vertieft geprüft, sondern einfach festgehalten, diese sei von der Verfügung der Wettbewerbskommission ähnlich wie Private betroffen, weshalb sie ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung habe; sie sei damit in Anwendung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG zur Beschwerdeführung befugt. Ob die Kommission Artikel 48 VwVG richtig angewendet hat, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht von Amtes wegen und frei prüft (vgl. Art. 104 Bst. a OG; BGE 123 11 542 E. 2a).

b) Im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vor der Vorinstanz handelte es sich bei der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt - entgegen ihrer damaligen Bezeichnung - nicht um eine Anstalt im Rechtssinne, und schon gar nicht um eine privat- oder öffentlich-rechtliche Organisationseinheit mit Rechtspersönlichkeit. Nach dem Reglement vom 7. Juli 1971 für die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt (AS 1971 1055) verfügte sie zwar über typische Merkmale einer unselbstständigen öffentlichen Anstalt (insbesondere über eine Kommission als oberstes Gremium mit eigenen substanziellen Kompetenzen). Ob sie je eine solche war, kann aber offen bleiben. Jedenfalls im hier fraglichen Zeitpunkt war die Schweizerische Meteorologische Anstalt - selbst noch unter der Geltung des alten Bundesgesetzes vom 27. Juni 1901 über die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt (AS 18 786 und BS 4 274) - als Bundesamt des Eidgenössischen Departements

des Innern, somit als eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung, organisiert (vgl. BB1 1998 4166; Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, RVOV, Anhang betreffend Art. 6 Abs. 3, SR 172.010; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 18 Rz. 82). Entscheidend ist dabei, dass sie nicht über eigene Rechtspersönlichkeit verfügte. Das neue Bundesgesetz hat daran nichts geändert. Im Gegenteil hat der Bundesrat in seiner Botschaft vom 22. April 1998 ausdrücklich dargelegt, weshalb die Schweizerische Meteorologische Anstalt ein Bundesamt bleiben und insbesondere nicht als selbstständige Anstalt ausgestaltet werden soll (BB1 1998 4166). Daran hat sich auch das Parlament gehalten. Dem entspricht nunmehr die (neue) Bezeichnung des Instituts als Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie (MeteoSchweiz; vgl. Art. 1 und 19 der Verordnung vom 23. Februar 2000 über die Meteorologie und Klimatologie, MetV; SR 429.11; AS 2000 1163 und 1167 f.) besser. Die Schweizerische Meteorologische Anstalt hatte somit weder im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vor der Vorinstanz Rechtspersönlichkeit, noch hat sie diese heute als MeteoSchweiz unter der Geltung des neuen Rechts.

c) Der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt beziehungsweise der MeteoSchweiz steht kein Beschwerderecht im Sinne von Artikel 48 Buchstabe b VwVG zu. Die in dieser Bestimmung verlangte Ermächtigung ergibt sich nicht bereits generell aus der Tatsache, dass eine Behörde für eine bestimmte Aufgabe zuständig ist, sondern nur aus einer ausdrücklichen spezial-gesetzlichen Ermächtigung (BGE 123 11 542 E. 2c, mit Literaturhinweisen). Eine solche Ermächtigung zu Gunsten der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt beziehungsweise der MeteoSchweiz sieht im vorliegenden Zusammenhang weder das Kartellgesetz noch eine andere bundesrechtliche Bestimmung vor. Die Vorinstanz stützt die Beschwerdelegitimation denn auch nicht auf Artikel 48 Buchstabe b VwVG, sondern auf Artikel 48 Buchstabe a VwVG.

d) Nach dieser Bestimmung ist zur Beschwerde befugt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Formulierung entspricht Artikel 103 Buchstabe a OG. Danach sind zur Beschwerde zunächst die betroffenen Privaten berechtigt. Nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesrats ist auch ein Gemeinwesen nach Artikel 103 Buchstabe a OG beziehungsweise Artikel 48 Buchstabe a VwVG zur Beschwerde legitimiert, soweit es gleich oder ähnlich wie ein Privater berührt ist (BGE 125 11 192 E. 2a/aa; 123 11 542 E. 2d, je mit Hinweisen). Das gilt insbesondere dann, wenn es in seinen vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist (BGE 125 11 192 E. 2a/aa; 123 11 542 E. 2d; 122 11 33 E. Ib S. 36, 382 E. 2b S. 383). Darüber hinaus ist ein Gemeinwesen legitimiert, wenn es durch die angefochtene Verfügung in seinen hoheitlichen Befugnissen berührt ist und ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Ent-

scheids hat (BGE 125 11 192 E. 2a/aa; 123 11 371 E. 2c S. 374 f., 542 E. 2d, je mit Hinweisen).

e) Hingegen begründet nach ständiger Praxis das bloss allgemeine Interesse an einer richtigen Anwendung des objektiven Bundesrechts keine Beschwerdelegitimation des Gemeinwesens; insbesondere ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz nicht legitimiert (BGE 123 11 371 E. 2d S. 375, 542 E. 2d S. 545, je mit Hinweisen; vgl. nunmehr auch André MOSER, in: MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998,1 Rz. 2.33). Gleichermassen muss dies gelten, wenn es wie vorliegend nicht um ein eigentliches Rechtsmittelverfahren geht, sondern in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren eine Verfügung gegen das Gemeinwesen ergangen ist. Artikel 48 VwVG enthält keine Artikel 103 Buchstabe b OG entsprechende Beschwerdebefugnis der in der Sache zuständigen Verwaltungsstelle (vgl. Attilio R. GADOLA, Die Behördenbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes - ein "abstraktes" Beschwerderecht?, in AJP 1993 1459). Der Gesetzgeber hätte eine analoge Bestimmung im Zusammenhang mit der Ordnung der Rekurskommissionen vorsehen können, hat dies aber nicht getan. Es ist daher nicht zulässig, die gesetzliche Regelung durch eine weite Auslegung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG zu umgehen.

f) Legitimiert sind sodann grundsätzlich nur Gemeinwesen als solche, nicht hingegen einzelne Behörden oder Verwaltungszweige ohne eigene Rechtspersönlichkeit (BGE 123 11 371 E. 2d S. 375, 542 E. 2f S. 545, je mit Hinweisen). Nach schweizerischem Staatsverständnis sollen Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden des gleichen Gemeinwesens nicht auf dem Weg der Verwaltungsrechtspflege, sondern durch die übergeordneten politischen Behörden geregelt werden (BGE 123 11 542 E. 2f S. 545; MOSER, a.a.O., Rz. 2.33). In der Praxis wird die Beschwerdelegitimation denn auch in der Regel lediglich in Fällen bejaht, in denen von Kantonen, Gemeinden oder öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (z.B. der Swisscom AG oder der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, vgl. BGE 125 11 192 E. 2a/bb) gegen Entscheide von Bundesbehörden oder kantonalen Gerichten Beschwerde geführt wird oder in denen eidgenössische Stellen kantonale Entscheide anfechten (BGE 123 11 542 E. 2f S. 545 f., mit Hinweisen). Demgegenüber ist eine Verwaltungsstelle des Bundes grundsätzlich nicht befugt, Beschwerde gegen Entscheide einer anderen Verwaltungsstelle des Bundes zu führen (vgl. HÄNER, a.a.O., Rz. 822 ff.). Eine Ausnahme hat die Praxis lediglich für Betriebe wie die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) angenommen, denen das Gesetz ausdrücklich die Parteifähigkeit zuerkennt (vgl. BGE 123 11 542 E. 2f S. 546). Keine Ausnahme gilt hingegen etwa trotz seiner gesetzlich vorgesehenen Unabhängigkeit für den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (BGE 123 11 542 E. 2g-i S. 546 f.). Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Übrigen im Schrifttum weitgehend

auf Zustimmung gestossen (vgl. die Bemerkungen von Attilio R. GADOLA in AJP 1998 623 f.; sowie von Etienne POLTIER in RDAF 1998 1 553 ff.).

g) Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, die Schweizerische Meteorologische Anstalt beziehungsweise die MeteoSchweiz mit Rechtspersönlichkeit auszustatten oder ihr eine besondere Beschwerdebefugnis zuzuerkennen. Als Bundesamt der Zentralverwaltung ist sie somit zur Beschwerde nicht legitimiert. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Schweizerische Meteorologische Anstalt beziehungsweise die MeteoSchweiz seit dem 1. Januar 1997 nach den Grundsätzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung mit Leistungsauftrag und Globalbudget (vgl. dazu Art. 33 RVOV; BB1 1998 4164; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., 5 18 Rz. 17 und 79 ff.) geführt wird. Damit richtete sich auch die Verfügung der Wettbewerbskommission an sich - trotz entsprechender (falscher) Adressierung - nicht gegen die Schweizerische Meteorologische Anstalt, sondern gegen den Bund als solchen. Wenn überhaupt kartellrechtliche Verwaltungsmaßnahmen gegenüber dem Bund zulässig und dagegen ein Beschwerderecht gegeben wären (dazu unten E. 3), dann müsste dieses dem Bund selber zustehen. Dass die Schweizerische Meteorologische Anstalt beziehungsweise (heute) die MeteoSchweiz ihn entsprechend vertreten könnte oder an seiner Stelle über ein eigenständiges Beschwerderecht verfügte, ergibt sich weder aus dem alten noch aus dem neuen Recht.

h) Immerhin sieht das neue Bundesrecht nunmehr vor, dass innerhalb des Dienstleistungsangebots der MeteoSchweiz künftig zu unterscheiden ist zwischen dem so genannten Grundangebot an Dienstleistungen (Art. 3 MetG) und den so genannt erweiterten Dienstleistungen (Art. 4 MetG; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 MetV). Dienstleistungen des Grundangebots, dessen Inhalt vom Bundesrat festgelegt wird (Art. 3 Abs. 1 MetG; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 MetV), sind auf dem öffentlich-rechtlichen Weg durch Gebühren zu entgelten (Art. 3 Abs. 3 MetG, Art. 8 ff. MetV sowie die Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern vom 23. Februar 2000 über die Gebührenansätze im Bereich Meteorologie und Klimatologie, MetGebV; SR 172.044.29; AS 2000 1151). Die erweiterten Dienstleistungen werden auf privatrechtlicher Basis angeboten, wobei sich das Entgelt nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen bestimmt und namentlich nicht mit den Erträgen aus dem Grundangebot verbilligt werden darf (Art. 4 Abs. 3 MetG). In diesem privatrechtlichen Bereich der erweiterten Dienstleistungen wäre eine eigene Rechtspersönlichkeit der MeteoSchweiz allenfalls nützlich und vorstellbar. Dies ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber auch insoweit darauf verzichtet hat. Es bleibt daher dabei, dass die allfälligen Vertragspartner direkt mit dem Bund kontrahieren - wenn auch in dieser vertraglicher Hinsicht vertreten durch die MeteoSchweiz - und auch im vorliegenden Zusammenhang keine eigenständige Beschwerdelegitimation des Bundesamts angenommen werden kann.

---

Für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels der Verwaltungsrechtspflege wird überdies - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - verlangt, dass die formellen Voraussetzungen (bereits) im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde erfüllt sind beziehungsweise sich spätestens während der Beschwerdefrist verwirklichen (vgl. BGE 118 Ib 145 E. 2b). Die Verfügung der Wettbewerbskommission erging am 6. September 1999, und die Schweizerische Meteorologische Anstalt hat dagegen am 11. Oktober 1999 Beschwerde erhoben; beides ereignete sich demnach noch unter der Geltung des alten Rechts. Die neuen privatrechtlichen Regeln konnten somit vorliegend im Hinblick auf die Beschwerdelegitimation der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt noch gar keine Wirkung entfalten. Das neue Gesetz trat lange (am 1. April 2000) nach Ablauf der gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission laufenden Beschwerdefrist in Kraft. Dass die Vorinstanz über die Beschwerde erst am 15. August 2000 entschied, ändert nichts daran, dass die Beschwerdelegitimation sich ausschliesslich nach dem alten Recht richtete und damit der neuen privatrechtlichen Komponente jedenfalls für die Frage der Beschwerdebefugnis keine Bedeutung zukommen kann.

i) Gesamthaft ergibt sich somit, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu Unrecht und in Verletzung von Artikel 48 VwVG auf die Beschwerde der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt eingetreten ist.

3. a) Dieses Ergebnis führt zur Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ohne dass weiter auf die von den Verfahrensbeteiligten vorgetragene Argumente eingegangen werden müsste. Immerhin rechtfertigen sich aufgrund der besonderen Sach- und Rechtslage folgende Bemerkungen:

b) Die Vorinstanz hat die bei ihr angefochtene Verfügung als mangelhaft aufgehoben. In der Tat erweist sich diese als derart falsch, dass sie geradezu als nichtig zu beurteilen ist.

c) Nach Artikel 2 Absatz 1 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

Zwar ist diese Bestimmung auch auf öffentliche Unternehmen anwendbar; sie ist aber zugeschnitten auf Organisationseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie auf Bereiche der privatrechtlichen beziehungsweise -wirtschaftlichen Preisbildung (vgl. BB1 1995 533 ff.). Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG behält Vorschriften vor, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Das dürfte - nebst anderen spezielleren Fällen (vgl. dazu BBI 1995 537 ff.) - regelmässig dort zutreffen, wo der Staat hoheitlich auftritt und sich die von ihm erbrachten Dienstleistungen über eine Gebührenordnung abgelden

---

lässt. Auch die Vorinstanz sieht dies grundsätzlich so; sie schliesst aber Ausnahmen nicht aus. Eine solche Ausnahme mag insbesondere im Hinblick auf wirtschaftliche Tätigkeiten der unteren Gemeinwesen, namentlich der Kantone und Gemeinden, in Betracht fallen. Kein Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes verbleibt aber jedenfalls dort, wo durch (besonderes) Bundesgesetz (vgl. dazu BB1 1995 534) der staatlichen Verwaltung in ihrem Hoheitsbereich ohne ausdrückliche Unterstellung unter das Kartellrecht Marktmacht und das Recht auf eine eigene (geregelt) Gebührenordnung zugewiesen wird. Der allfällige Rechtsschutzbedarf für private Dienstleistungsempfänger wird diesfalls bereits durch die ordentliche öffentlich-rechtliche Ordnung vollumfänglich gedeckt, sind doch Gebühren immer auf dem Verfügungsweg festzusetzen und lassen sie sich im Rahmen der ordentlichen Verwaltungsrechtspflege überprüfen (vgl. im vorliegenden Zusammenhang Art. 16 MetV bzw. Art. 9 der früheren Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Gebühren der Schweizerischen meteorologischen Anstalt; AS 1995 3192). Dabei können insbesondere unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit bei Bedarf auch wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Schliesslich unterliegt eine Verwaltungsstelle der Aufsicht durch die ihr übergeordnete Verwaltungsinstanz. Damit steht auch die Möglichkeit offen, durch eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde auf allfällige Mängel hinzuweisen und erforderliche Korrekturen aufsichtsrechtlich durchzusetzen. Daran ändert nichts, wenn eine Verwaltungseinheit mit Leistungsauftrag und Globalbudget geführt wird, solange sie nicht organisatorisch verselbstständigt wird, sondern in der Verwaltungshierarchie verbleibt.

Der vorliegende Fall zeigt die Problematik, wenn von einem anderen Verständnis ausgegangen wird: Letztlich ordnet eine - ausserhalb der Zentralverwaltung stehende, von dieser grundsätzlich unabhängige, aber doch nicht rechtlich verselbstständigte - Bundesstelle (so genannte Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung; vgl. Anhang zu Art. 6 Abs. 3 RVOV; vorliegend: die Wettbewerbskommission) gegenüber einer solchen der zentralen Bundesverwaltung (hier: der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt) eine Zwangsmassnahme in deren hoheitlichem Zuständigkeitsbereich an. Im Verwaltungs- sowie im Rechtspflegeverfahren steht sich der Bund selber als "doppelte Partei" gegenüber. Mit dem Bundesgericht sind nunmehr fünf Bundesinstanzen mit dem Fall befasst, wobei lediglich vor der Wettbewerbskommission als erster Instanz zwei private Unternehmen als Dritte, sozusagen "als involvierte Zuschauer", aber nicht unmittelbar als Parteien, beteiligt waren. Die kartellrechtlichen Verwaltungsmassnahmen in der vorliegenden Weise auf Verwaltungseinheiten der Zentralverwaltung anzuwenden, widerspricht der Systematik der Verwaltungsorganisation und erscheint mit Blick auf die für die Gebührenerhebung geltenden Grundsätze und auf den uneingeschränkt greifen-

den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz für sich benachteiligt fühlende Private auch nicht erforderlich.

d) Im Schrifttum wird - dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes entsprechend - einhellig festgehalten, dass das Kartellgesetz nunmehr auch auf Unternehmen des Gemeinwesens anwendbar sei. Grundsätzlich soll es dabei auf die Rechtsform nicht ankommen. Teilweise wurde die Forderung, die Organisationsform dürfe nicht zum Ausschluss des Kartellrechts führen, schon vor Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes erhoben (vgl. etwa Walter A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1994, S. 233 f. und S. 242 ff.). Teilweise wird der heutigen Kartellordnung sogar ein rein funktionaler Unternehmensbegriff zugewiesen, wonach die Rechtsform überhaupt keine Bedeutung mehr habe (vgl. Rudolf RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 131 ff.), oder es wird gefolgert, auf die (rechtliche) Unternehmensqualität komme es nicht an (vgl. etwa Jürg BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, S. 93). Eine solche Betrachtungsweise übersieht aber die verwaltungsorganisatorischen und -verfahrensrechtlichen Probleme, welche im Bereich des öffentlichen Unternehmens damit verbunden wären; es ist denn auch bezeichnend, dass sich in den entsprechenden Publikationen keine Aussagen dazu finden, wie organisatorisch und verfahrensrechtlich vorzugehen wäre.

Einigkeit besteht in der Literatur weitgehend darüber, dass das Kartellgesetz keine Legaldefinition des massgeblichen Unternehmens enthält und dass mit dem Gesetz bestimmte (verpönte) wirtschaftliche Phänomene (nunmehr) möglichst unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur, oder anders gesagt, möglichst weitgreifend erfasst werden sollen (vgl. etwa BORER, a.a.O., S. 93; Rolf H. WEBER, Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, hrsg. von Roland VON BÜREN und Lucas DAVID, Basel/Genf/München 2000, S. 37 f.). In den einschlägigen Kommentarwerken wird aber meist entweder ausdrücklich (so WEBER, a.a.O., S. 38; Roger ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 115, Rz. 218) oder doch wenigstens sinngemäss (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 4 ff. zu Art. 2) festgehalten, massgebliche Unternehmensqualität setze wirtschaftliche und rechtliche Selbstständigkeit voraus. Dies erscheint gerade im Hinblick auf öffentliche Unternehmen wegen der sonst unlösbaren organisatorischen und verfahrensrechtlichen Fragen als sachlich und systematisch logisch und zwingend. Andernorts wird, mit gleichem Ergebnis, festgestellt, dass insbesondere die Regiebetriebe - und damit umso zwingender (unselbstständige) Einheiten der Zentralverwaltung - des Bundes unter die Ausnahmeregelung von Artikel 3 Absatz 1 KG fielen (BB1 1994 1 540; HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 3; vgl. auch die zurückhaltende Beurteilung bei Jens Ivan Drolshammer,

Wettbewerbsrecht/Competition Law/Droit de la Concurrence, Bern 1997, S. 24, S. 29 f. und insbes. S. 35 f.). Dazu wird auch ausgeführt, das Kartellrecht müsse dort greifen, wo der Staat privatwirtschaftlichen Akteuren dazu ver helfe oder ihnen Raum lasse, den Wettbewerb zu verfälschen, ohne sie einer materiellen administrativen Kontrolle zu unterstellen (Marc AMSTUTZ, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, in AJP 1996 890). Das lässt den Umkehrschluss zu, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar ist, wenn - wie eben bei der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt als einer Verwaltungseinheit der Zentralverwaltung - die ordentliche Verwaltungsrechtspflege und allenfalls die administrative Aufsicht greifen. Es kommt somit nicht darauf an, ob der Schwerpunkt eher beim Unternehmensbegriff nach Artikel 2 Absatz 1 KG oder bei der Ausnahmeregelung gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG gesetzt wird.

Freilich fällt auf, dass in den neueren kartellrechtlichen Publikationen die Schweizerische Meteorologische Anstalt häufig als Beispiel für ein vom Kartellgesetz erfasstes öffentliches Unternehmen genannt wird (so etwa bei RENTSCH, a.a.O., S. 143; WEBER, a.a.O., S. 38; ZÄCH, a.a.O., S. 119, Rz. 225; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., Rz. 11 zu § 21; Roger ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, hrsg. von Roland VON BÜREN und Lucas DAVID, Basel/Genf/München 2000, S. 207). Dabei wird jedoch regelmässig lediglich auf die entsprechende Praxis der Wettbewerbskommission verwiesen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes denn auch tatsächlich erfüllt seien, findet sich nirgends. Namentlich wird an keiner Stelle - auch nicht dort, wo dies ausdrücklich als Voraussetzung des Unternehmensbegriffs definiert wird - untersucht, ob die Schweizerische Meteorologische Anstalt (bzw. nunmehr die MeteoSchweiz) über die erforderliche rechtliche Unabhängigkeit verfüge. Der reine Verweis auf die Praxis der Wettbewerbskommission greift aber aus den dargelegten Gründen zu kurz. Im Übrigen hat die damalige Kartellkommission selbst bereits 1996 festgehalten, trotz der geplanten Einführung einer Kostenrechnung bei der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt bestünden zahlreiche Zweifel, ob eine wettbewerbsneutrale Lösung möglich sei, solange der privatwirtschaftlich tätige Zweig in die öffentliche Verwaltung integriert bleibe; um Wettbewerbsvor- und -nachteile zu vermeiden, sollten die rein kommerziell tätigen Zweige von der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt institutionell getrennt werden (VKKP 1996/3 S. 45 f.), was nur heissen kann, dass sie eben rechtlich zu verselbstständigen wären. Diese zutreffende Beurteilung der früheren Kartellkommission scheint in der Folge weder in der Praxis noch in der Literatur noch beim Gesetzgeber die nötige Beachtung gefunden zu haben.

e) Jedenfalls nach altem Recht, gemäss welchem sich die Schweizerische Meteorologische Anstalt ihre Dienstleistungen ausschliesslich ho-

heitlich durch die Festlegung von Gebühren entgelten liess (vgl. die frühere Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Gebühren der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt; AS 1995 3192) und für eine privatrechtliche beziehungsweise -wirtschaftliche Preisbildung kein Raum bestand, verfügte damit die Wettbewerbskommission über keinerlei Zuständigkeit, gegenüber der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt Zwangsmassnahmen zu treffen. Dass die Schweizerische Meteorologische Anstalt zuletzt mit Leistungsauftrag und Globalbudget geführt wurde, änderte daran nichts, brachte dies doch einzig intern eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber der Verwaltung, nicht aber eine extern beachtliche Unabhängigkeit mit sich. Eine Zuständigkeit der Wettbewerbskommission konnte höchstens für nicht durchsetzbare Empfehlungen oder Gutachten zuhanden des Gesetzgebers (nach Art. 45-47 KG) bestehen (vgl. HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 15 zu Art. 3).

Im Übrigen ist hier zu wiederholen, dass mangels Rechtspersönlichkeit sowie mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zuständigkeitserklärung ein Bundesamt nicht Adressat einer Verfügung der Wettbewerbskommission sein kann. Wenn schon, dann hätte diese das entsprechende Gemeinwesen als solches in die Pflicht zu nehmen. Immerhin dürfte die falsche Zustellung nicht schaden, soweit die Adressierung an eine Behörde des fraglichen Gemeinwesens erfolgt. Dass daraus aber nicht automatisch auch eine Beschwerdelegitimation des angesprochenen Amtes folgt, wurde bereits dargelegt (vgl. E. 2).

f) Nun erscheint es nicht als ausgeschlossen, dass unter neurechtlichen Gesichtspunkten eine andere Beurteilung vorgenommen werden muss. Im privatrechtlichen Tätigkeitsbereich des Bundes ist die Anwendung des Kartellrechts nicht ausgeschlossen (vgl. etwa sic! 1/1997 38; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 1995 i.S. Torche). Der Gesetzgeber hat nunmehr - im Unterschied zum alten Recht - ausdrücklich vorgesehen, dass die MeteoSchweiz bei gewissen Dienstleistungen privatrechtlich aufzutreten und auch privatrechtlich den Preis festzulegen hat. Im Verordnungsrecht hat der Bundesrat die entsprechenden so genannten erweiterten Dienstleistungen negativ - durch Definition des so genannten Grundangebots (vgl. Art. 2 und 3 MetV) sowie durch die Festsetzung der Gebührenordnung für die Dienstleistungen des Grundangebots (vgl. Art. 1 ff. MetGebV) - umschrieben. Ob damit die Ausscheidung von Grundangebot und erweiterten Dienstleistungen in genügendem Masse vorgenommen wurde, kann offen bleiben. Jedenfalls entsprach es der Auffassung des Bundesrates, dass im privatrechtlichen Bereich die MeteoSchweiz nunmehr dem Kartellrecht unterstehen soll (vgl. BBI 1998 4168 ff.). Das Parlament hat die vorgeschlagene Regelung übernommen. Dass der Gesetzgeber einen entsprechenden Bedarf gesehen hat, gerade im Hinblick auf die Geltung kartellrechtlicher Grundsätze einen privatrechtli-

chen Bereich festzulegen, stärkt im Übrigen die obige Auslegung des alten Rechts. Der Gesetzgeber hat daraus indessen nicht die Konsequenz gezogen, der MeteoSchweiz Rechtspersönlichkeit zu verleihen. Unter verfahrenstechnischen Gesichtspunkten hat er die Rechtslage damit jedenfalls nicht vereinfacht.

Klar ist immerhin, dass Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die MeteoSchweiz grundsätzlich nicht mehr ausschliessen. Aufgrund der unveränderten Behördenorganisation bleibt es allerdings weiterhin fraglich, ob gegenüber der MeteoSchweiz verwaltungskartellrechtliche Zwangsmassnahmen (insbesondere nach Art. 30 KG) angeordnet werden dürften. Möglich erscheinen hingegen privatrechtliche Klagen gegen den Bund im Bereich der privatrechtlichen Tätigkeit der MeteoSchweiz (vgl. sic! 1/1997, S. 38). Überdies dürfte es den Wettbewerbsbehörden künftig freistehen, den Bundesbehörden uneingeschränkt Empfehlungen zu erteilen oder Gutachten zu erstatten (nach Art. 45 ff. KG). Weiterhin dürfte es auch zulässig sein, an die Aufsichtsbehörde zu gelangen, denn mangels anderer Organisation untersteht die MeteoSchweiz auch im privatrechtlichen Tätigkeitsbereich der behördlichen Aufsicht. Zwar greifen die öffentlich-rechtlichen Kriterien der Gebührenfestlegung für die privatrechtliche Preisbildung gerade nicht, hingegen gelten die - grundsätzlich weniger einschneidenden - öffentlich-rechtlichen Bedingungen des Kartellrechts, also namentlich das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht.

Wie es sich neurechtlich genau verhält, braucht hier aber nicht endgültig behandelt zu werden.

g) Die Verfügung der Wettbewerbskommission erging am 6. September 1999; Auslöser dafür war eine Offerte der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt vom 27. Juli 1998 an die Meteotest, die nach Auffassung der Wettbewerbskommission im Vergleich mit dem entsprechenden Vertrag zwischen der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt und der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG bewirkt haben soll. Es kann hier offen bleiben, ob bereits eine Offerte zu einer kartellrechtlich wesentlichen Diskriminierung zu führen vermag. Jedenfalls hat die Schweizerische Meteorologische Anstalt noch im Jahre 1999 ihr Angebot abgeändert und den Vertrag mit der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft auf Ende 1999 gekündigt; dies geschah im Übrigen auch, bevor die Wettbewerbskommission in der Sache entschieden hat. Damit ist der von der Wettbewerbskommission beanstandete Sachverhalt aber unter Geltung des alten Rechts abgeschlossen worden, nachdem das neue Recht erst am 1. April 2000 in Kraft getreten ist. Das neue Recht entfaltete für den vorliegenden Fall somit noch keine Wirkung. Es ist auch nicht zulässig, im Sinne einer Vorwirkung noch unter dem alten

Recht sozusagen auf Vorrat eine Verfügung zu treffen, mit welcher künftig nach Inkrafttreten des neuen Rechts bestimmte Handlungen verboten werden, die erst nach neuem Recht ausgeschlossen sind. Dies hat vorliegend umso mehr zu gelten, als die Schweizerische Meteorologische Anstalt die ihr vorgeworfene Handlung bereits unter der Geltung des alten Rechts korrigiert hat.

Jedenfalls nach altem Recht war das Kartellgesetz, wie dargelegt, auf die Schweizerische Meteorologische Anstalt nicht anwendbar. Demnach hat die Wettbewerbskommission eine Verfügung getroffen, für welche sie gar nicht zuständig war. Nach der Praxis stellt die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einen schwerwiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit (IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Basel 1986, Bd. I, Nr. 40 B. Ziff. V, S. 242; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 40 B. Ziff. V, S. 120; Pèter SALADIN, Die so genannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich HÄFELIN zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 539 ff.). Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 122 1 97 E. 3a; 115 Ia 1 E. 3 S. 4); sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (IMBODEN/RHINOW, a.a.O., Nr. 40 B. Ziff. V III. c, S. 240). Im vorliegenden Zusammenhang kommt der Wettbewerbskommission keine allgemeine Entscheidungsgewalt zu und ist die Annahme der Nichtigkeit wegen sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit mit der Rechtssicherheit vereinbar. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vermochte damit von Anfang an keine Rechtswirkungen zu entfalten.

h) Damit ändert auch die fehlende Beschwerdelegitimation der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt vor der Vorinstanz nichts daran, dass der Verfügung der Wettbewerbskommission keinerlei Rechtswirkungen zuzumessen sind. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements kann daher lediglich in diesem Sinne gutgeheissen werden. Mangels Streitobjekts in der Sache steht es dem Bundesgericht allerdings nicht zu, formell die Nichtigkeit der Verfügung der Wettbewerbskommission festzustellen; das hindert die vorliegenden erläuternden Erwägungen in der Begründung aber nicht. Sie rechtfertigen sich umso mehr, als es der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt verwehrt bleibt, die Verfügung der Wettbewerbskommission anzufechten, und eine Korrektur durch eine andere Behörde zurzeit als wenig wahrscheinlich erscheint.

---

4. Demnach ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Nachdem am Verfahren vor dem Bundesgericht lediglich Bundesstellen beteiligt sind und es nicht vorrangig um deren Vermögensinteressen geht, sind für das bundesgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG) und auch keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, und der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. August 2000 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Dieses Urteil wird dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement, der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA), der Wettbewerbskommission und der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

## **D      Entwicklungen Développements Sviluppi**

### **D 2    Bibliografie Bibliographie Bibliografia**

AUDRETSCH David B., BAUMOL William J., BURKE Andrew E., "Competition policy in dynamic markets" in: International Journal of Industrial Organization 19 (2001), S. 613 ff.

BARLA Philippe, "Firm size inequality and market power" in: International Journal of Industrial Economics, 18 (2000), S. 693 ff.

BÖGE Ulf, "Wettbewerb und Macht" in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1/2001, S. 32 ff.

CLAYCOMBE Richard J., "The effects of market structure on prices of clothing and household furnishings" in: International Journal of Industrial Economics, 18 (2000), S. 827 ff.

CORCHON Luis C., "Theories of Imperfectly Competitive Markets", 2. Ausgabe, Springer, Heidelberg 2001

---

FLEISCHER Holger, KÖRBER Torsten, "Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht" in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001, S. 6 ff.

GHOSAL Vivek, GALLO Joseph, "The cyclical behavior of the Department of Justice's antitrust enforcement activity" in: *International Journal of Industrial Economics*, 19 (2001), S. 27 ff.

HELLMANN Hans-Joachim, "Die Bonusregelung des BKartA im Lichte der Kommissionspraxis zur Kronzeugenmitteilung" in: *EuZW*, 2000, S. 741 ff.

JANSEN Stephan A., SCHLEISSING Stephan (Hrsg.), "Konkurrenz und Kooperation. Interdisziplinäre Zugänge zur Theorie der Co-opetition", Metropolis, Marburg 2000

KRÄHENBÜHL Daniel, ZENHÄUSERN Patrick, "Die Rolle der Kostenrechnung in Wettbewerbsrecht und Regulierung" in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1/2001, S. 12 ff.

KRONENBERG Oliver P., "US-amerikanisches Fusionskontrollverfahren. Unter Berücksichtigung der Differenzen zu EU und Schweizer Recht", Zürich 2001

LAFFONT Jean-Jacques, TIROLE Jean, "Competition in Telecommunications. Munich Lectures in Economics", MIT 2000

MEIER-SCHATZ Christian J., "Erschöpfungsgrundsatz im Patentrecht. Parallelimporte patentrechtlich geschützter Produkte" in: *Aktuelle Juristische Praxis*, 2000, S. 742 ff.

NATER Hans (Hrsg.), "Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb", Schulthess, Zürich 2000

NEUMANN Daniela, "Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen", Nomos, Baden-Baden 2000

NIELS Gunnar, TEN KATE Adriaan, "Predatory pricing standards: is there a growing international consensus?" in: *The Antitrust Bulletin*, 2000, S. 787 ff.

OLSON Mancur, "Power and Prosperity", New York 2000

RAASS Adrian, "Marktmacht im Medienbereich - mehr über Facts and Figures" in: *sic!*, 8/2000, S. 732 ff.

RYAN Alan, "As the airline industry evolves to a network industry, how should competition policy adapt?" in: *Journal of Network Industries*, 1 (2000), S. 157 ff.

SEITZ Claudia, "Fusionskontrollrechtliche Parallelverfahren in der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften" in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2/2001, S. 126 ff.

---

SELDON Barry J., JEWELL R. Todd, O'BRIEN Daniel M., "Media Substitution and economies of scale in advertising" in: *International Journal of Industrial Economics*, 18 (2000), S. 1153 ff.

VOLLEBREGT Erik, "E-Hubs, syndication and competition concerns" in: *European Competition Law Review*, 2000, S. 437 ff.

VULLIETY Jean-Paul, "Faut-il redouter l'application du droit cartellaire aux contrats de licence?" in: *SJ* (2000), S. 545 ff.

WILD Jörg, "Deregulierung und Regulierung in der Elektrizitätsverteilung. Eine mikroökonomische Analyse mit empirischer Anwendung für die Schweiz", Hochschulverlag AG, Zürich 2001

---

**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	BG 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	BG 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	BG über den Bundeszivilprozess

**C**

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	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)
DCP	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 and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

**H**

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

**I**

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. 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 Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

**L**

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RR	Regierungsrat
LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	<b>T</b>	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal/ Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral/ Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	<b>U</b>	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
<b>Q</b>		URG	BG über das Urheberrecht
<b>R</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	<b>V</b>	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		

---

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
<b>W</b>		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)	ZPO	Zivilprozessordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	<b>X</b>	
		<b>Y</b>	
		<b>Z</b>	

---

## Index

### A

abgestimmtes Verhalten -  
 Abrede 1, 4, 6, 11, 13, 67 ff, 131, 135  
 accordi 39, 42 ff., 46 f., 50, 52, 55 ff.  
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -  
 accords 20, 23 ff., 30 f., 33 f., 36 ff., 60, 83, 111  
 f., 201, 205 f.  
 aktuelle Konkurrenz 92, 101, 125  
 aktuelle Wettbewerber -  
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten 102  
 Angebotssubstituierbarkeit -  
 associations économiques et professionnelles  
 24  
 associazioni economiche o le organizzazioni  
 del ramo -  
 Aufgreifkriterien 148  
 Auflagen 5  
 Aussenseiter -  
 austauschbar 92, 100

### B

barrières à l'entrée 63  
 barrières légales -  
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 67, 69,  
 153  
 betroffener Markt 117  
 Branchenorganisationen 4

### C

clauses de réciprocité -  
 communication 35, 111 f., 132  
 concurrence actuelle 62 ff., 133, 202, 208  
 convention tarifaire -

### D

Diskriminierungen 211

### E

efficacité économique 201 f., 206 ff.  
 efficienza economica -  
 enge Abgrenzung -  
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung 5, 68,  
 70

### F

Festsetzung von Preisen 69  
 funktionale Substituierbarkeit -  
 funktionelle Austauschbarkeit -

### G

Gemeinschaftsunternehmen 121 ff., 129

### I

indirekte Preisabrede -

### K

kollektive Marktbeherrschung -  
 Kollusion -  
 Konkurrenzverbot 131  
 Kreuzpreiselastizität -

### L

libre accès au marché 159, 164 ff.

### M

marché de référence 61, 84 f., 207  
 marché géographique 61 f., 84 f., 127, 129,  
 142, 202, 205, 207  
 marchés publics 26  
 Marktabgrenzung 77 f., 92, 100, 117, 139  
 Marktanteile 91 ff., 99, 101 ff., 117, 119 f., 123  
 f., 130 f., 140 f., 152  
 Marktanteilsaddition 116 f., 123, 139 f.  
 Marktanteilsberechnung -  
 marktbeherrschende Stellung 74, 89, 91, 93 f.,  
 96 f., 99, 101, 108 f., 125, 131, 135 f., 141,  
 197, 210  
 Marktbeherrschung 3, 13, 72, 93, 131, 197,  
 199  
 Marktgegenseite 68, 72, 76 f., 91 f., 99 ff., 103  
 f., 122, 138 f.  
 Marktöffnung -  
 Marktschranken -  
 Marktstrukturen 70  
 Marktzutritt 103, 125  
 Marktzutrittschranken 7

Meldepflicht 130, 134, 137, 145 f., 148 f., 151  
f., 154

mesures provisionnelles 34

Missbrauch einer marktbeherrschenden  
Stellung 17

missbräuchliches Verhalten 105, 211

Monopolrente -

Monopolstellung 14

## N

non-discrimination 25, 44

## Ö

Öffnung der Märkte -  
offreurs 159

## P

Parallelverhalten 72

position dominante 25, 32 f., 36 ff., 59 ff., 81,  
84 ff., 128 f., 133 f., 143

potenzielle Konkurrenz 79, 92, 101, 108

Preiswettbewerb -

principe de la proportionnalité 159 f., 166

Produktdifferenzierung -

## R

räumlich relevanter Markt 68, 77, 92, 199

räumliche Marktabgrenzung -

règlement tarifaire -

relevanter Markt 68, 76, 91, 99, 116 f.

## S

sachlich relevanter Markt 68, 76, 91, 99, 103,  
107

Sanierungsfusion -

Sanktionierung 225

Sanktionsandrohung 211

Schwellenwerte 7, 116, 119, 122, 138, 148 f.,  
153

staatliche Markt- oder Preisordnung -

Statuten -

substituierbar 68, 76 f., 91, 99 f., 122, 138 f.

Substitutionsmöglichkeit -

Substitutionsprodukt -

suppression d'une concurrence efficace 112,  
206 f.

## T

tarif minimum -

Tarife 5, 10 ff.

tarifs recommandés -

## U

unabhängig 65, 70, 76, 91, 94, 97, 99, 101,  
104, 119, 129, 137, 147, 149, 169 f., 174,  
194, 218 f.

unerheblich -

Unternehmen 3 f., 8, 12, 14, 18 f., 65 ff., 69 ff.,  
75 ff., 79 ff., 88 ff., 96, 98 f., 101 ff., 107,  
115 ff., 119 ff., 130, 136 ff., 146 ff., 179,  
196 f., 199, 217 ff.,

unverhältnismässiger Eingriff -

## V

valeurs seuils 26, 126

Verhältnismässigkeitsprinzip 152, 173, 176 f.

Verstärkung einer marktbeherrschenden  
Stellung 118, 120, 136, 153

Vertikalabreden -

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 95,  
109

## W

Werbebeschränkungen -

Wettbewerbsabreden 8, 12, 16 ff., 67 f., 72,  
146, 217

wirtschaftliche Effizienz -

Wirtschaftsverbände -

---