



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

CH-3003 Berne
(Editeur)

CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
CH-3000 Bern

Office central fédéral des imprimés et du matériel
CH-3000 Berne

Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale
CH-3000 Berna

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

Fr. 80.--

Fr. 80.--

(Form: 701.000.99/2)

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

1999 / 2

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

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

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

Juli / Juillet / luglio 1999

Systematik	<p>A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher</p> <p>B Verwaltungsrechtliche Praxis 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</p> <p>C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht</p> <p>D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliographie</p> <p>E Diverses</p>
Systematique	<p>A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix</p> <p>B Pratique administrative 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</p> <p>C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral</p> <p>D Développements D 1 Actes législatifs, communications D 2 Bibliographie</p> <p>E Divers</p>

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza die prezzi
	B	Prassi amministrativa
	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 die prezzi	
C	Prassi die tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**1999 / 2**

B **Verwaltungsrechtliche Praxis**
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1.1	Kalksandsteine	203
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari	
1.1	Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG	204
	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
2.1	Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit	220
2.2	Minolta	247
	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
3.1	BAT - Rothmans	256
3.2	Panalpina - Jacky Maeder	257
3.3	Renault - Nissan	259
3.4	ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA	259
3.5	La Tribune de Genève (Edipresse) - SDP	260
	6. Empfehlungen Préavis Preavvisi	
6.1	Pachtverträge über die Aussenwerbung	261
6.2	Contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure	268
6.3	Contratti d'affitto per la pubblicità esterna	275
6.4	Projet de loi sur les médicaments et les dispositifs médicaux	282

7.	Stellungnahmen	
	Préavis	
	Preavvisi	
7.1	Teilrevision des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) betreffend die Spitalfinanzierung	298
8.	Diverses	
	Divers	
	Diversi	
8.1	Weitergabe von Zinssenkungen an Unternehmen	303
8.2	Das öffentliche Beschaffungswesen der Gemeinden und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)	309
8.3	Les marchés publics des communes et la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)	312
8.4	Gli acquisti pubblici dei comuni e la legge federale sul mercato interno (LMI)	314
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Décision de radiation	318
B 5	Bundesrat Conseil fédéral Consiglio federale	
	1. Preis- und Gebietsabsprachen des Roche-Konzerns; Antwort auf dringliche Einfache Anfrage	321
C	Zivilrechtliche Praxis	
	Pratique des tribunaux civils	
	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali canonali	
	1. Handelsgericht des Kantons St. Gallen: Belieferung mit „Nintendo“-Videokonsolen	326
	2. Handelsgericht des Kantons St. Gallen: Import von „Kodak“-Filmen	340
	3. Cour de justice du canton de Genève: Demande de l'Association des Médecins du canton de Genève	353
	4. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich: Vergabe von Abschlepp- aufträgen gemäss Submissionsverordnung der Stadt Zürich	357
D	Entwicklungen	
	Développements	
	Sviluppi	
D 2	Bibliographie Bibliographie Bibliografia	371
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	372
	Index (deutsch, français e italiano)	VI

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	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
------------	--

B 1.1	1. Kalksandsteine
--------------	----------------------------

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites ; art. 5

Accordi illeciti; art. 5

Zusammenfassung der Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Kalksandsteine

Diese Vorabklärung diente der Abklärung der Frage, ob ein Kalksandsteinimporteur von den andern Kalksandsteinanbietern aus dem Markt gedrängt werde und ob die Norm für Kalksandsteine der Fernhaltung von Importen diene. Für das Verdrängen vom Markt würden die Anbieter einerseits den ausländischen Lieferanten des Importeurs unter Druck setzen und ihm Nachteile androhen und andererseits hätten die Anbieter dem Importeur eine „Auskaufssumme“ offeriert, wenn er sich vom Markt zurückzöge.

Die Vorabklärung ergab in tatsächlicher Hinsicht, dass sieben Firmen direkt oder über den Baumaterialhandel Kalksandsteine anbieten, zwei davon als Importeure. KSV Kalksandstein-Vertriebs- und Beratungs AG, Bern, ist die gemeinsame Verkaufsstelle zweier Anbieter und nicht ein Branchenverband.

Für die behaupteten Drohungen gegen den ausländischen Lieferanten und die „Auskaufssumme“ fanden sich keine aussagekräftigen Belege. Da der andere Importeur seit Jahren unbehelligt importiert, der Informant selbst ebenfalls weiterhin importieren kann und da Kalksandsteine in Substitutionskonkurrenz zu andern Baumaterialien stehen, ergeben sich in dieser Frage zur Zeit keine Indizien für eine Wettbewerbsbeschränkung.

Die Masse der Kalksandsteine sind europäisch noch nicht vereinheitlicht. Die Änderung der schweizerischen Masse, gestützt übrigens auf ein europäisches Projekt, erfolgte 1995 im normalen Verfahren der SIA und mit einer Übergangszeit von etwa einem Jahr. Es war dem

ändern Importeur ohne weiteres möglich, dieses Verfahren mitzuvollziehen und sich rechtzeitig auf die neue Norm einzustellen. Zudem gibt es trotz Normunterschieden auch schweizerische Exporte ins grenznahe Ausland. Unter diesen Umständen bestehen auch bei der Norm keine Indizien für eine wettbewerbsbeschränkende Abrede.

Demzufolge wurde die Vorabklärung ohne weitere Folge eingestellt.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2 1. Vorsorgliche Massnahmen **Mesures provisionnelles** **Misure cautelari**

B 2.1	1. Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG
--------------	---

Anordnung Vorsorglicher Massnahmen; Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG

Mesures provisionnelles ; art. 17 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA.

Misure cautelari; art. 17 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 in Sachen Teleclub AG, Zürich, gegen Cablecom Holding AG, Frauenfeld, betreffend Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

A. Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission wurden von Teleclub AG, Zürich ("Teleclub"), mit Schreiben vom 12. Mai 1999 (im Folgenden: „Gesuch“; Act. 1) verschiedene angeblich unzulässige Verhaltensweisen (gemäss Art. 7 KG) der Cablecom Holding AG, Frauenfeld ("Cablecom"), gemeldet. Das Gesuch enthält Anträge auf Eröffnung einer Vorabklärung (gemäss Art. 26 KG) bzw. einer Untersuchung (gemäss Art. 27 KG), auf Erlass superprovisorischer Massnahmen und auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

2. Im Einzelnen wird beantragt (Gesuch, S. 2 f.):

"Gegen die Cablecom sei eine Vorabklärung durchzuführen und eine Untersuchung wegen Verletzung des Kartellgesetzes zu eröffnen.

Ferner stellen wir das Gesuch um Erlass der folgenden

superprovisorischen Massnahmen:

Es sei der Cablecom unter Androhung der Zwangsvollstreckung und der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

1. jede Handlung zu unterlassen, welche eine Übertragung des Signals der Teleclub in digitaler Form und dessen Decodierung und Empfang behindert oder verunmöglicht,
2. die Ausrüstung ihrer Kunden durch Teleclub (Teleclub-Abonnenten) mit D-Box-Decodern zum Zwecke der Decodierung des Teleclub-Programmes nicht zu behindern oder zu verunmöglichen;

und anschliessend der folgenden

vorsorglichen Massnahmen:

a) Es sei der Cablecom unter Androhung der Zwangsvollstreckung und der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

3. jede Handlung zu unterlassen, welche eine Übertragung der Signale der Teleclub in digitaler Form und deren Decodierung und Empfang behindern oder verunmöglichen,
4. die Ausrüstung ihrer Kunden durch Teleclub (Teleclub-Abonnenten) mit D-Box-Decodern zum Zwecke der Decodierung nicht zu behindern oder zu verunmöglichen;

b) Es sei der Cablecom zu diesem Zweck unter Androhung der Zwangsvollstreckung und der Überweisung an den Strafrichter gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

5. der Teleclub fortgesetzt Zugang zu den Kopfstellen ("Head-Ends") der Sendeanlagen zu gewähren, um die für die Einführung der D-Box erforderlichen Anpassungen und Kontrollen für die Übertragung des Signals an die Kunden der Teleclub auf eigene Kosten vornehmen zu können, bzw.
6. eventuell die erforderlichen Anpassungen und Kontrollen selber, aber auf Kosten der Gesuchstellerin vorzunehmen;

c) Es sei der Cablecom zu befehlen, zugunsten der Gesuchstellerin weiterhin und bis zur vollständigen Ersetzung der bestehenden Decoder durch D-Boxen den erforderlichen Gebrauch eines zweiten Kabelkanales aufrechtzuerhalten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Cablecom."

3. Cablecom betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von in- und ausländischen, analog und digital sowie terrestrisch oder per

Satellit ausgestrahlten Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Überdies ist sie an verschiedenen Unternehmen beteiligt, so u.a. an Swissonline, einem der führenden schweizerischen Internet-Provider. Cablecom wird zu je 32 % von Swisscom AG, Siemens Schweiz AG, Veba Telecom GmbH (D - Düsseldorf) sowie zu 4 % von der Cablecom Holding AG gehalten.

4. Insgesamt deckt Cablecom gemäss Teleclub gegenwärtig 61% der ca. 2,6 Mio. Kabelhaushalte in der Schweiz ab, wobei der Anteil in der Deutschschweiz bei ungefähr 80% liegen dürfte (Gesuch, Rz 37). Cablecom bestreitet diese Angaben. Gemäss einer von ihr beigebrachten, vom Verband für Kommunikationsnetze „Swiss-cable“ („Swisscable“) veröffentlichten Statistik (Act. 3) kommt Cablecom auf einen gesamtschweizerischen Marktanteil von 45,9 %.

5. Teleclub ist der einzige deutschschweizerische Veranstalter eines Abonnementsfernsehens (Pay-TV). Das Sendegefäss besteht überwiegend aus Spielfilmen. Das Programm wird verschlüsselt (codiert) über einen analogen Transponder des Astra-Satelliten in ganz Europa ausgestrahlt. Die Signale werden entweder vom TV-Konsumenten direkt über eine Satelliten-Empfangsanlage empfangen oder in ein Kabelnetz im Hinblick auf die Weiterverbreitung eingespielen. Zu diesem Zweck schliessen die Programmveranstalter mit den Netzbetreibern sogenannte Signalanlieferungsverträge ab.

6. In der Schweiz werden die verschlüsselten Signale mehrheitlich über die Kabelnetze zum Fernsehzuschauer transportiert. Die 80'000 Abonnenten von Teleclub erhalten je einen Decoder, der das verschlüsselte Programm decodiert. Rund 85% aller Teleclub-Abonnenten werden von der Cablecom, 7% von anderen Kabelnetzbetreibern versorgt. Die restlichen 8% sind Direktempfänger via Satellit.

7. Das Aktionariat von Teleclub setzt sich folgendermassen zusammen:

- die der Kirch-Gruppe zugehörige Taurus-Film GmbH, D-München, hält 40 %;
- Chriteco AG, Zug, hält 20 %;
- Ringier AG, Zofingen, hält 20 %;
- Medializenz AG, Zug, hält 20 %.

8. Teleclub beabsichtigt, ihr Programm künftig in digitaler Form zu verbreiten. Zu diesem Zweck sind einerseits gewisse technische Anpassungsarbeiten an den Kopfstellen („Head-Ends“) des Kabelnetzes erforderlich, und andererseits müssen die gegenwärtig verwendeten Analog-Decoder durch digitale Set-top-Boxen und Decoder ersetzt werden. Die technischen Anpassungsarbeiten an den Head-Ends kön-

nen grundsätzlich nicht nur vom Netzbetreiber ausgeführt werden, sondern auch vom Programmanbieter.

9. Teleclub ist im Besitze eines bis Ende Juni 1999 ultimatив befristeten Angebots von Pro 7, gemäss welchem sie 100'000 digitale Set-top-Boxen des Typs „D-Box“ statt zum Preis von DEM [...] Mio. für DEM [...] Mio. erwerben könnte (vgl. Vereinbarung zwischen Pro 7 Medien GmbH und Teleclub [erst parphiert], Act. 4 und Schreiben von ProSieben Media AG an Teleclub vom 14. Juni 1999; Act. 5). Teleclub kann das Angebot nur annehmen, wenn Cablecom es ihr ermöglicht, die notwendigen technischen Anpassungen an den Head-Ends auf Kosten von Teleclub zu realisieren.

10. Cablecom weigert sich aber, Teleclub den Zugang zu den Head-Ends zu gewähren, da sie neben der von ihr bevorzugten, indes noch nicht errichteten Digital-TV-Plattform keine weitere digitale Plattform auf ihrem Netz dulden will. Cablecom vertritt die Ansicht, dass der schweizerische Kabelfernseh-Markt für den „entbündelten Zugang“ zu klein sei und dass es dem Konsumenten nicht zuzumuten sei, mehrere Set-top-Boxen zu kaufen (vgl. unten Rz 13). Cablecom versichert dennoch, Teleclub bei der digitalen Verbreitung ihres Programms über die dereinst installierte Cablecom-Plattform zu unterstützen und Teleclub weder zu benachteiligen noch zu behindern (vgl. Schreiben von Cablecom an Teleclub vom 17. März 1999 [Act. 8]).

11. Teleclub macht geltend, dass Cablecom als Betreiberin des grössten Kabelfernsehnetzes in der Schweiz eine wesentliche Einrichtung (essential facility) besitze (Gesuch, Rz 248 ff.). Im Markt für die Verbreitung von TV-Kommunikation und insbesondere auch von Pay-TV-Programmen nehme Cablecom eine marktbeherrschende Stellung ein. Es sei das Ziel von Cablecom, durch Ausnützung dieser marktbeherrschenden Stellung die Preis- und Marktkonditionen zu diktieren, um so die ganze Wertschöpfungskette zu dominieren.

12. Teleclub weist auf folgende angeblich unzulässige Verhaltensweisen (gemäss Art. 7 KG) von Cablecom hin:

- Cablecom verlange von Teleclub unangemessen hohe Signalübertragungsgebühren. Die Gebühren seien doppelt so hoch, wie bei anderen Kabelfernsehnetzbetreiberinnen.
- Cablecom verlange von Teleclub im Zusammenhang mit der Modernisierung des Cablecom-Netzes den Ersatz bestehender Analog-Decoder durch andere Analog-Decoder auf eigene Kosten.
- Cablecom versuche, Teleclub daran zu hindern, die bestehenden Analog-Decoder durch moderne Digital-Decoder des Typs „D-Box“ zu ersetzen und weigere sich, Teleclub Zugang zu den Kopfstellen des Netzes zu gewähren. Infolgedessen könne Teleclub die notwendigen Anpassungen nicht vornehmen.

13. Am 18. Mai 1999 wurde Cablecom das Gesuch von Teleclub um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 7. Juni 1999 (im Folgenden: „Stellungnahme“; Act. 2) beantragt Cablecom die vollumfängliche Ablehnung des Gesuches mit folgender Begründung:

- Cablecom setze sich für eine offene, diskriminierungsfreie Plattform zur Verbreitung des digitalen Fernsehens – d.h. insbesondere von Pay-TV – in der Schweiz ein und treibe deshalb den Aufbau einer anbieterunabhängigen Digital-Plattform voran. Diese basiere auf einer europaweit anerkannten Technologie („DVB-Common-Interface-Technologie“), welche die Verwendung verschiedener Zugangskontrollsysteme in einem einzigen Decoder erlaube. Konkret orientiert sich die Technologie der von Cablecom favorisierten Set-Top-Box an einem Standard, der von der European Cable and Communication Association (ECCA) definiert worden ist. Diese Standard-Technologie zeichne sich insbesondere dadurch aus, dass sie parallele Bezugsmöglichkeiten mehrerer anbieterspezifischer Programmpakete biete. Der TV-Konsument habe maximale Wahlfreiheit in Bezug auf Free-TV- als auch Pay-TV-Angebote.
- Nach Ansicht von Cablecom seien für die kommerzielle Einführung von digitalem Fernsehen in der Schweiz folgende Faktoren unerlässlich: die Ermöglichung von Wettbewerb unter den Programmanbietern, die Gewährleistung eines ungehinderten Marktzugangs, Programmvielfalt und Wahrung der Meinungsfreiheit (Stellungnahme, S. 3 f.). Dieses Ziel werde nur erreicht, wenn die offene Schweizer Digital-TV-Plattform von den Kabelnetzbetreibern kontrolliert würde, „weil ihr eigenwirtschaftliches Interesse das für den Konsumenten attraktivste Angebot und den offenen Wettbewerb unter den Programmanbietern gewährleistet“ (Stellungnahme, S. 4). Aus diesem Grund sei auch der von Teleclub geforderte entbündelte Netzzugang abzulehnen: „Der schweizerische Markt ist zu klein, um mehrere Digital-TV-Plattformen wirtschaftlich und technisch sinnvoll betreiben zu können“ (Stellungnahme, S. 5). Diese Ansicht vertrete im Wesentlichen auch das Bundesamt für Kommunikation („BAKOM“). Angesichts dessen verlangt Cablecom einen Mitbericht des BAKOM im vorliegenden Verfahren (Stellungnahme, S. 8).
- Die Kirch-Gruppe beabsichtige mit Hilfe ihrer Tochtergesellschaft Teleclub, in der Schweiz eine eigene digitale Plattform nach deutschem Vorbild zu errichten. Trotz gegenteiliger Beteuerungen seitens von Teleclub seien dort die D-Boxen aber nur für die von Kirch kontrollierten Programme „Premiere“ und „DF1“ nutzbar, da es die Kirch-Gruppe bislang unterlassen habe, die

Common-Interface-Technologie in ihre Set-Top-Boxen zu integrieren.

- Die materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen seien nicht gegeben. Weder sei die zeitliche Dringlichkeit erwiesen, noch sei mangels drohender irreversibler Strukturänderungen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil auszumachen, sodass ein Gutheissen des Gesuches insbesondere gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verstossen würde.

B. Erwägungen

1 Materielle Voraussetzungen

14. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. In besonders dringenden Fällen rechtfertigt es sich sogar, vorsorgliche Massnahmen ohne Anhörung der Betroffenen anzuordnen. Besondere Dringlichkeit ist dann gegeben, wenn die Abwendung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils eine Anhörung der Betroffenen nicht mehr zulässt. Im vorliegenden Fall ist eine Anhörung der Betroffenen möglich. Die zeitliche Dringlichkeit als Eintretensvoraussetzung ist nicht gegeben. Die Wettbewerbskommission tritt deshalb auf das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen nicht ein (in analoger Anwendung von Art. 28d Abs. 2 ZGB).

15. Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen müssen die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Günstige Entscheidprognose (Erfolgsprognose)
- Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)
- Dringlichkeit der Massnahme
- Verhältnismässigkeit der Massnahme.

1.1 Günstige Entscheidprognose (Erfolgsprognose)

16. Zu prüfen ist, ob eine ausreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die (behauptete) unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Es muss wahrscheinlich sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden. Nachfolgend wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit ausreichend besteht, dass eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt bzw. droht. Zu diesem Zweck ist erst der relevante Markt abzugrenzen und dann die Marktstellung der Unternehmen zu analysieren. Anschliessend sind die von Teleclub erhobenen Vorwürfe auf kartellrechtliche Relevanz in Bezug auf die angeblichen missbräuchlichen Verhaltensweisen zu untersuchen.

1.1.1 Relevanter Markt

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

18. Teleclub als Produzentin und Anbieterin eines Pay-TV-Programms fragt Übertragungs- und Transportkapazitäten für die von ihr ausgestrahlten Fernsehsignale zum Fernsehzuschauer bzw. ihren Abonnenten nach. Diese Übertragung erfolgt einerseits über die Netzinfrastruktur der Kabelnetzbetreiber (CATV-Netz), andererseits über Satelliten-Direktempfang. Dabei empfängt der TV-Konsument das Signal direkt mittels Parabolspiegel und Receiver. In technischer Hinsicht ist die Substituierbarkeit zwischen Satelliten-Direktempfang und Übertragung über ein CATV-Netz zu bejahen.

19. Substantielle Einschränkungen sind dagegen in faktischer Hinsicht festzustellen. Das Aufstellen des Parabolspiegels unterliegt in der Regel behördlichen Auflagen und Restriktionen (Stichwort: Stadtbild) und ist unter Umständen zusätzlich von der Einwilligung des Hauseigentümers abhängig. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus der Tatsache, dass die Übertragungssatelliten auf einer geostationären Umlaufbahn in 36'000 km Höhe über dem Äquator angeordnet sind. Damit der Empfang möglich ist, muss ein Parabolspiegel zwingend nach Süden ausgerichtet werden können.

20. Für die eingeschränkte Substituierbarkeit spricht auch die Tatsache, dass der (kostenlose) Direktempfang nur in bescheidenem Ausmass genutzt wird. Zwar können mit einer geeigneten Empfangsanlage unzählige Fernseh- und Radioprogramme ohne monatliche Kabelnetzgebühr empfangen werden. Dennoch beträgt der Kabelversorgungsgrad in der Schweiz gemäss Swisscable 95,3 % (Statistik Swisscable; Act. 3); 92 % der Teleclub-Abonnenten empfangen das Programm über einen Kabelanschluss.

21. Insgesamt ist aufgrund der herrschenden Gegebenheiten in der Schweiz (hohe Verkabelungsdichte, restriktive Bauvorschriften, hoher Anteil an Mietwohnungen) zumindest für die Zwecke des Massnahmeverfahrens davon auszugehen, dass das Kabelnetz und der Satelliten-Direktempfang im Moment faktisch nicht substituierbar sind. Als sachlich relevanter Markt ist deshalb die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze anzunehmen.

22. In räumlicher Hinsicht ist in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU nicht ohne Weiteres auf die einschlägigen Erwägungen in der Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 20. Januar 1997 an den Bundesrat betreffend die Beteiligung der PTT-Betriebe an der Cablecom Holding AG (RPW 1997, S. 57 ff., S. 62) ab-

zustellen. Damals wurde davon ausgegangen, dass aus Sicht des Konsumenten jedes einzelne Kabelnetz einen eigenen räumlich relevanten Markt bildet, da der CATV-Markt von einer Vielzahl von regionalen Gebietsmonopolen gekennzeichnet ist.

23. Aus Sicht eines Programmveranstalters, der die Übertragung von Fernsehsignalen – analog und digital – in einer bestimmten Region nachfragt, trifft diese Abgrenzung nicht zu. Massgebend ist für ihn das Sendegebiet. Dieses ist für Teleclub auf die Schweiz beschränkt (namentlich aus urheberrechtlichen Gründen). Da die Filme in deutscher Sprache ausgestrahlt und deshalb fast ausschliesslich in Deutschschweizer Kabelnetze eingespielen werden, rechtfertigt es sich, die Deutschschweiz als räumlich relevanten Markt abzugrenzen.

24. Relevanter Markt ist damit der Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz.

1.1.2 Marktstellung

25. Die Marktanteilsangaben betreffend Cablecom sind uneinheitlich (vgl. oben Rz 4). Während Teleclub von einem gesamtschweizerischen Anteil von 61 % ausgeht, verweist Cablecom auf eine von Swisscable erstellte Statistik, wonach ihr Marktanteil 45,9 % betrage (vgl. Statistik Swisscable; Act. 3). Die der Statistik zugrundeliegenden Erhebungen datieren indes von Ende 1997. Angesichts der regelmässigen Akquisitionstätigkeit von Cablecom dürfte der tatsächliche Wert gegenwärtig zwischen 50 und 60 % liegen.

26. Mit einer gesamtschweizerischen Abdeckung von 50 bis 60 % aller Kabelhaushalte ist Cablecom die einzige landesweit tätige CATV-Netzbetreiberin. Der Abdeckungsgrad in der Deutschschweiz (räumlich relevanter Markt) beträgt ca. 80 %. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Kabelnetzbetreiber über Gebietsmonopole verfügen und ihre Verteilgebiete exklusiv bedienen.

27. 8 % der Teleclub-Abonnenten sind Direktempfänger. 92 % der Teleclub-Abonnenten empfangen das Programm über einen Kabelnetzanschluss, 85 % über einen solchen von Cablecom, 7 % werden von anderen Kabelnetzanbietern versorgt. Ohne Zugang zum Cablecom-Netz könnte Teleclub in ihrem Konzessionsgebiet somit nur noch 15 % der Abonnenten bedienen.

28. Alternativen bestehen angesichts der Gebietsmonopole keine. Auch mit Marktzutritten ist infolge hoher Zutrittsschranken nicht zu rechnen. So setzen Bau und Betrieb eines Kabelnetzes eine Konzession des BAKOM voraus (im Einzelnen: Art. 40 RTVG). Ferner wäre ein solcher Marktzutritt mit sehr hohen Anfangsinvestitionen und hohen „sunk costs“ verbunden, ohne dass Möglichkeiten bestehen würden, sich durch ein differenziertes Angebot von der Konkurrenz abzuheben. Das gilt selbst für Unternehmen im Telekommunikationsbereich

mit eigenem Netz, da auch für dessen Aufrüstung beträchtliche Investitionen erforderlich sind.

29. Angesichts des hohen Anteils der Teleclub-Abonnenten, die das Programm über einen CATV-Anschluss von Cablecom empfangen sowie der faktischen Unmöglichkeit, dieser Einrichtung auszuweichen, ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass Cablecom im relevanten Markt als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG qualifiziert werden muss.

1.1.3 Unzulässige Verhaltensweisen

30. Teleclub macht mehrere angeblich unzulässige Verhaltensweisen von Cablecom im Sinne von Art. 7 KG geltend. Im Einzelnen beklagt sie die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), den Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) sowie die Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG). Für die Belange des Massnahmeverfahrens sind insbesondere der erste und der letzte Vorwurf von Interesse. Auf die übrigen wird gegebenenfalls in der Untersuchung zurückzukommen sein.

31. Gemäss Teleclub liege insofern ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vor, als ihr Cablecom den Zugang zu den für die Einführung der D-Box notwendigen Kabelkanälen verweigere (Gesuch, Rz 260). Tatsächlich hat Cablecom Teleclub mit Schreiben vom 17. März 1999 (Act. 8) unmissverständlich mitgeteilt, dass Cablecom den Einsatz von parallelen Plattformen – z.B. basierend auf der D-Box-Technologie – auf ihren Netzen nicht zulassen werde. Gleichzeitig hat Cablecom aber auch klargemacht, dass sie Teleclub bei der Verbreitung und Vermarktung ihres Programmes unterstützen und nicht blockieren werde. Zudem bleibe die analoge Weiterverbreitung des analog und allenfalls digital angelieferten Teleclub-Programms gemäss Vereinbarung vom 1./12. Oktober 1998 selbstverständlich weiterhin möglich. Auch stellte Cablecom in Aussicht, dass sie das Teleclub-Signal dann digital über ihr Netz weiterverbreiten werde, wenn dafür die von Swiscable ausgewählte Digital-TV-Plattform benützt werden könne.

32. Grundsätzlich schafft eine marktbeherrschende Stellung nicht per se einen Kontrahierungszwang für das betreffende Unternehmen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, S. 103). So können sachlich gerechtfertigte Gründe vorliegen, welche das Nicht-Eintreten eines marktbeherrschenden Unternehmens auf konkrete Begehren eines Vertragspartners durchaus nicht als missbräuchlich erscheinen lassen. Ob in casu die Verweigerung der Installation einer parallelen Plattform objektiv rechtfertigbar ist, kann indes im Rah-

men des Massnahmeverfahrens angesichts der nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden.

33. Der Vorwurf der Einschränkung der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ist vor dem Hintergrund des Übergangs vom analogen zum digitalen Fernsehen zu sehen. Während das bestehende Kabelnetz für die Übermittlung von digitalen Signalen nicht zwingend aufgerüstet zu werden braucht, können heutige Fernsehgeräte digitale Signale nicht ohne Weiteres verarbeiten. Der Konsument benötigt eine Set-top-Box. Solche Geräte gelangen bislang weitgehend erst für den Empfang digitaler Fernsehprogramme ab Satellit zum Einsatz und sind in entsprechender Vielfalt auf dem Markt erhältlich. Über Kabelnetze werden digitale Programme derzeit noch kaum angeboten. Set-top-Boxen sind aber auch in diesem Fall unerlässlich.

34. Der Veranstalter eines digitalen Pay-TV-Programms muss sein Programm zusätzlich verschlüsseln. Dies erfolgt entweder direkt beim Programmveranstalter oder beim Kabelnetzbetreiber mit Hilfe einer speziellen Software, dem sogenannten „Conditional Access“ (CA). Dieser stattet das codierte Signal mit einem zusätzlichen CA-Signal aus. Die Freischaltung des Programms beim Konsumenten erfolgt mittels einer entsprechend codierten Chipkarte – der sogenannten „Smart Card“ – in der Set-top-Box. Die Kontrolle und Verwaltung der Abonnenten liegt dabei bei derjenigen Partei, welche über den CA beim Konsumenten verfügt, also entweder beim Programmveranstalter oder beim Kabelnetzbetreiber.

35. Mit der Einführung der D-Box durch Teleclub würde das deutschsprachige digitale Fernsehen in der Schweiz Einzug halten. Dies dürfte den Wettbewerb um die Einführung (neuer) schweizerischer Digital-Pakete, gegebenenfalls mit anderen technischen Normen und Standards, beschleunigen. Mit anderen Worten könnte Wettbewerb zwischen verschiedenen digitalen Plattformen auf dem Cablecom-Netz entstehen. Dies würde nicht nur auf den betroffenen Hard- und Software-Märkten wettbewerblich begrüßenswerte Auswirkungen zeitigen, sondern in letzter Konsequenz auch unter den verschiedenen Programmanbietern.

36. Mit der Weigerung, dass Teleclub das Programm mittels D-Box codieren bzw. decodieren kann, behindert Cablecom diese technischen Entwicklungen, was Verzögerungen bei der Einführung des deutschsprachigen Digitalfernsehens zur Folge hätte. Zudem könnte Cablecom versucht sein, mittels geplanter Einführung der von ihr bevorzugten Plattform von Anfang an den Set-top-Standard zu monopolisieren, also keinen Wettbewerb um Standards aufkommen zu lassen. Damit ist mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegt.

1.1.4 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

37. Wettbewerbslich relevantes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, welches andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb behindert, kann unter Umständen aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann (Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, S. 102). Cablecom führt denn auch an, dass ein Kabelnetzbetreiber beim Betrieb mehrerer Digital-TV-Plattformen das Netzmanagement, die Signalqualität und die Datensicherheit nicht gewährleisten könne (Stellungnahme, S. 18). In einer zusätzlichen Stellungnahme vom 15. Juni 1999 (Act. 9) weist Cablecom darauf hin, dass sie aufgrund dieser technischen Probleme die Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses nicht garantieren könne. Ebenso bedeute die Führung mehrerer Kundenstämme zusätzlichen Aufwand und ergebe Probleme in Bezug auf den Datenschutz.

38. Träfe es zu, dass ein paralleler Betrieb von zwei oder mehreren Digital-Plattformen technisch nicht möglich ist, könnte das Vorliegen von „Legitimate business reasons“ allenfalls bejaht werden. Zweifel sind indes angebracht. So ist Cablecom seit geraumer Zeit konsequent daran, ihr Netz zu modernisieren und damit die Leistungsfähigkeit in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu erhöhen (z.B. im Hinblick auf Internettauglichkeit). Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, dass schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt – geschweige denn später – ernsthafte technische Probleme dem gleichzeitigen Betrieb zweier oder mehrerer digitaler Plattformen entgegenstehen sollen. Dies wurde dem Sekretariat im Übrigen von zwei Technikern von Cablecom anlässlich einer telefonischen Unterredung bestätigt (vgl. Telefonnotiz vom 17. Juni 1999 [Act. 12]). Es kann deshalb mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Einführung der auf der D-Box basierenden Plattform die spätere Einführung der von Cablecom bevorzugten Plattform keineswegs beeinträchtigen wird.

39. Cablecom begründete gegenüber Teleclub die Verweigerung, die Installation einer alternativen Digital-Plattform zuzulassen, denn auch nie mit Konfigurationsproblemen oder anderen technischen Hindernissen. Sie erachtete es lediglich als für den TV-Konsumenten unzumutbar, gleichzeitig mehrere Set-top-Boxen zu betreiben (Schreiben von Cablecom an Teleclub vom 15. März 1999 [Act. 6] und vom 16. März 1999 [Act. 7]). Ob dies aber dereinst tatsächlich zutreffen wird, soll sich am Markt erweisen. Als sachlicher Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsbeschränkung eignet sich dieses Argument nicht.

40. Die technische Unmöglichkeit des gleichzeitigen Betriebs mehrerer Digital-Plattformen ist damit nicht erstellt. Hinzu kommt, dass

Teleclub die notwendigen Anpassungen an den Head-Ends des Cablecom-Netzes selbst und vor allem auf eigene Kosten ausführen will (Gesuch, Rz 313).

41. Cablecom verlangt die Einholung eines Gutachtens des BAKOM zum Thema „Conditional Access“ (vgl. oben Rz 13). Im Rahmen eines summarischen Verfahrens hat die zuständige Behörde indessen auch aufgrund der knappen Zeitverhältnisse auf der Grundlage der von den Parteien beigebrachten Akten zu entscheiden. Der Einbezug einer anderen Behörde ist deshalb nicht angezeigt. Eine allfällige Befragung des BAKOM im Rahmen des Hauptverfahrens ist dagegen nicht ausgeschlossen.

1.2 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

42. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und – bei Anordnung auf Gesuch hin – subsidiär dazu der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. In Bezug auf die Gesuchstellerin liegt dieser Nachteil auf jeden Fall dann vor, wenn die wirtschaftliche Existenz derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt ist. Zudem muss zwischen dem Nachteil und der wahrscheinlichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen.

43. Die Nicht-Zulassung der Realisierung einer parallelen digitalen Plattform auf dem Cablecom-Netz wirkt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innovationshemmend im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (vgl. oben Rz 36) und ist daher geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Der daraus entstehende Nachteil ist aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs und in Anbetracht der aktuellen Marktphase mit ausreichender Wahrscheinlichkeit nicht leicht wiedergutzumachen.

44. Die Digitalisierung im Bereich des Fernsehens befindet sich hierzulande noch in den Anfängen. Die Nachfrage nach digital übermittelten TV-Programmen ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch sehr klein. Es ist indessen absehbar, dass die digitale Übermittlung nicht zuletzt aus technischen und wirtschaftlichen Gründen Überhand gewinnen wird, da bestehende Übertragungskapazitäten effizienter genutzt werden können.

45. Teleclub ist der erste bedeutende Anbieter in der Schweiz, der die Verbreitung seines Programms auf digitale Technologie umstellen möchte. Das Angebot für die vergünstigte Übernahme der D-Boxen

reduziert das finanzielle Risiko für Teleclub und ist deshalb geeignet, die Realisierung des Vorhabens zu ermöglichen. Kann sie das Angebot nicht annehmen, würde die Umstellung angesichts der wesentlich höheren Kosten (vgl. unten Rz 49 ff.) auf unbestimmte Zeit verschoben. Aus Sicht des Wettbewerbs wäre diese Entwicklung insbesondere deshalb bedauerlich, da der Wettbewerbsdruck auf Cablecom im Hinblick auf die Einführung des von ihr bevorzugten, im Moment noch nicht installierten Standards nicht erhöht würde. Im Gegenteil: Gelänge es Cablecom, den von ihr bevorzugten Standard durchzusetzen, wäre zu erwarten, dass keine alternative Technologie eingeführt werden könnte.

46. Cablecom wendet ein, die D-Boxen seien nur für Programme der Kirch-Gruppe (namentlich „Premiere“ und „DF1“) nutzbar, da die „Common-Interface-Technologie“ nicht integriert würde (Stellungnahme, S. 4 f.). Dieser Einwand ist indes nicht stichhaltig. Zum Einen können gleichzeitig mehrere Plattformen auf einem einzigen Netz in Konkurrenz zueinander betrieben werden. Die Einführung der D-Box präjudiziert somit in keiner Weise einen Standard. Zum Anderen kann dem Konsumenten durchaus zugemutet werden, nötigenfalls mehrere Set-top-Boxen zu betreiben. Sollte sich dabei die D-Box als nicht konkurrenzfähig erweisen, wird sie kraft der dynamischen Effizienz des Marktes verdrängt und durch ein anderes System ersetzt.

47. Wenn sich hingegen der führende Kabelnetzbetreiber – und mit ihm der Branchenverband – von Beginn weg auf ein System festlegt und sich gleichzeitig weigert, auf seinem Netz alternative Plattformen zu dulden, drohen tatsächlich irreversible Strukturen zu entstehen. Damit wird aber nicht nur die technologische Innovation gehemmt. Der Kabelnetzbetreiber erlangt nämlich eine sogenannte „Gate-Keeper“-Position, die es ihm erlaubt, seine Marktmacht auch auf benachbarte Märkte auszudehnen, indem er u.a. in verstärktem Masse die Kontrolle über das auf seinem Netz verbreitete Programmangebot innehat. Die Gefahr, dass sich Strukturen etablieren, welche aus Wettbewerbssicht gravierende Nachteile aufweisen, ist somit auch in diesen Bereichen vorhanden.

48. Aus technischer Sicht ist es also nicht erforderlich, dass der Kabelnetzbetreiber die Art der verwendeten digitalen Plattform bestimmt. Es ist sehr wohl möglich, dass mehrere Programmanbieter auf dem Netz des Betreibers eine eigene Plattform installieren und gegebenenfalls Dritten zur Mitbenützung zur Verfügung stellen. Genau dies möchte Teleclub realisieren. Aus wettbewerblicher Sicht ist die zweite Variante denn auch zu begrüßen, schafft sie doch die Voraussetzungen dafür, dass Wettbewerb zwischen Plattformen auf einem an Dynamik gewinnenden Markt entstehen kann. Dann wird sich auch im Wettbewerb weisen können, ob – wie von Cablecom behauptet (Stellungnahme, S. 5) – der schweizerische Markt für den

„entbündelten Netzzugang“ nicht geeignet ist, da er für den technisch und wirtschaftlich sinnvollen Betrieb mehrerer Digital-TV-Plattformen zu klein sei.

49. Der der Gesuchstellerin erwachsende Nachteil erscheint grundsätzlich plausibel. Zudem ist ein Kausalzusammenhang mit der wahrscheinlichen Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen, da Cablecom die Installation einer alternativen Digital-Plattform mit D-Boxen nicht zulassen will. Teleclub macht geltend, dass sie ein bis Ende Juni 1999 gültiges Angebot von Pro 7 vorliegen hat, wonach sie 100'000 D-Boxen von Pro 7 statt für DEM [...] Mio. für DEM [...] Mio. beziehen könnte. Der Kaufpreis wäre in Raten über fünf Jahre verteilt zu bezahlen (vgl. Vereinbarung zwischen Pro 7 Medien GmbH und Teleclub [Act. 4]). Wenn nun Cablecom nicht vor Ende Juni 1999 verpflichtet wird, den Einsatz der D-Boxen durch Teleclub zuzulassen, dann würde gemäss Aussage von Teleclub das „ausserordentlich vorteilhafte Geschäft für die Gesuchstellerin zum Scheitern [gebracht]“.

50. Teleclub führt an, dass der Zeitdruck auch daher rühre, dass Pro 7 für die im Herbst 1999 geplante Lancierung eines Nachrichtenkanals über deren Satelliten-Transponderkapazität verfügen möchte und Teleclub einen gewissen zeitlichen Vorlauf für Umrüstarbeiten im Hinblick auf digitale Übertragung benötige. Wenn Cablecom nicht verpflichtet werde, den Zugang zu gewähren, würde das Angebot von Pro 7 gegenstandslos.

51. Der drohende finanzielle Schaden belaufe sich nicht nur auf den Betrag, der der Vergünstigung entspricht. Insgesamt beziffert Teleclub den Schaden auf über CHF 50 Mio. (Gesuch, Rz 146 ff.). Müsste sie die Umstellung später durchführen, würden ihr zusätzliche Kosten entstehen. Dies gelte insbesondere im Zusammenhang mit der angeblich längeren Simulcast-Periode, d.h. den Zeitabschnitt während der Umstellungsphase, in welchem das Signal gleichzeitig analog und digital verbreitet werden muss. Die übrigen geltend gemachten Zusatzkosten sind dagegen in jedem Fall umstellungsbedingt und daher nicht vom Zeitpunkt abhängig. In Relation zu den 80'000 Teleclub-Abonnenten sind die Beträge aber dennoch substantiell, belaufen sich die Umstellungskosten doch auf mindestens CHF 300.— pro Abonnent. Da es sich dabei um Zusatz-Kosten handelt, die von den laufenden Abonnementsgebühren nicht gedeckt sind, ist das Entstehen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils für Teleclub mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erstellt.

52. Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Verhalten von Cablecom aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs mit ausreichender Wahrscheinlichkeit einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat. Dasselbe trifft im vorliegenden Fall auch aus Sicht von Teleclub zu, selbst wenn das Angebot von Pro 7 für den Verkauf der D-Boxen als gruppeninternes Geschäft qualifiziert würde. Wenn Tele-

club auf die Umstellung (vorläufig) verzichten muss, drohen frühzeitig Strukturen zementiert zu werden, indem Cablecom einen Standard festsetzt, der sich nicht im Wettbewerb zu behaupten braucht.

1.3 Dringlichkeit der Massnahme

53. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

54. Das Verhalten von Cablecom ist mit ausreichender Wahrscheinlichkeit geeignet, auf Dauer den Innovationswettbewerb im Bereich der Übertragung von digitalem Fernsehen auf kartellrechtlich relevante Weise zu beschränken. Die zeitliche Dringlichkeit ist durch das bis Ende Juni 1999 befristete Angebot von Pro 7 gegeben. Wird Teleclub der Zugang zu den Head-Ends des Cablecom-Netzes verweigert, wird die Umstellung auf digitale Signal-Übertragung angesichts der substantiellen Kostendifferenz mit grosser Wahrscheinlichkeit erheblich verzögert. Folge ist ungenügender Innovationswettbewerb von Beginn weg auf unbestimmte Zeit. Um dies zu verhindern, ist Teleclub unter Vorbehalt der Verhältnismässigkeit der Massnahme Zugang zu den Head-Ends im Cablecom-Netz zu gewähren und die Weiterverbreitung des Teleclub-Signals in analoger und digitaler Form zu gewährleisten.

1.4 Verhältnismässigkeit

55. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden bzw. eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind, und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

56. Der Zugang zum Kabelnetz ist zwingende Voraussetzung dafür, dass Teleclub das Angebot von Pro 7 annehmen und auf digitale Übertragung umstellen kann. Nur so wird der Innovationswettbewerb frühzeitig ermöglicht. Die angebehrte Massnahme ist daher nicht nur geeignet, den drohenden Nachteil abzuwenden, sie ist auch erforderlich.

57. Angesichts des Umstandes, dass Teleclub gewillt ist, sämtliche finanziellen Konsequenzen der Umstellung selbst zu tragen und die Gewährung des Zugangs zum Kabelnetz für Cablecom keinerlei Nachteile zeitigt, erfüllt die Massnahme den Verhältnismässigkeitstest.

2 Ergebnis

58. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind damit gegeben.

59. Cablecom wird verpflichtet, Teleclub unverzüglich Zugang zu den Head-Ends der Sendeanlagen in ihrem Netz zu gewähren, damit Teleclub die für die Einführung der D-Box erforderlichen Anpassun-

gen und Kontrollen für die Übertragung des Signals an ihre Kunden auf eigene Kosten vornehmen kann. Gleichzeitig hat Cablecom jede Handlung zu unterlassen, welche die Übertragung des Teleclub-Signals in analoger und digitaler Form sowie dessen Decodierung und Empfang behindert oder verunmöglicht.

60. Gemäss Art. 55 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand hat. Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung erfüllt. Da zudem mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung weder der Entscheid der Rekursinstanz präjudiziert noch das Rekursrecht illusorisch wird, entzieht die Wettbewerbskommission einer allfälligen Beschwerde insbesondere angesichts der zeitlichen Dringlichkeit die aufschiebende Wirkung.

61. Da sich im vorliegenden Verfahren Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Massgabe von Art. 7 KG ergeben haben, hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 21. Juni 1999 im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet.

C. Kosten

62. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

63. Die Parteien haben die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt. Weder das VwVG bzw. die darauf gestützt erlassene Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR. 172.041.0) noch das KG sehen im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer Parteientschädigung vor.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Auf das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch von Teleclub um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird gutgeheissen.
3. Demgemäss wird Cablecom verpflichtet, Teleclub unverzüglich Zugang zu den Head-Ends der Sendeanlagen in ihrem Netz zu gewähren, damit Teleclub die für die Einführung der D-Box erforderlichen Anpassungen und Kontrollen für die Übertragung des Signals an ihre Kunden auf eigene Kosten vornehmen kann.

4. Ferner wird Cablecom verpflichtet, jede Handlung zu unterlassen, welche die Übertragung des Teleclub-Signals in analoger und digitaler Form sowie dessen Decodierung und Empfang behindert oder verunmöglicht.
5. Widerhandlung gegen diese Anordnungen werden nach Massgabe von Art. 50 KG bzw. Art. 54 KG sanktioniert.
6. Parteientschädigung
7. Kosten
8. Rechtsmittel
9. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG entzogen.
10. Eröffnet

B 2

2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste

B 2.2

1. Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. April 1999 betreffend Visana und CSS wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede sowie unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG

A. Sachverhalt

1 Überblick

1. Visana und CSS haben die neuen Halbprivatversicherungsprodukte gemeinsam mit Arcovita entwickelt und lanciert. Arcovita stand zu je 50 % im Besitz von Visana und CSS und handelte in deren Auftrag. Sie war ein Dienstleistungsunternehmen für Visana und trat selber nicht als Versicherungseinrichtung am Markt auf. Ihre Aufgaben bezogen sich vor allem auf den Leistungseinkauf (Vertragsausarbeitung, gemeinschaftliche Vertragsverhandlung, gemeinschaftliche Informationsbeschaffung). Arcovita übernahm aber auch Aufgaben bei Planung und Realisierung alternativer Krankenversicherungsmodelle, Analyse von Sparpotentialen sowie Verwaltungs- und Management-

aufgaben. Teilweise war Arcovita auch als Anbieterin von Gesundheitsdienstleistungen (HMO-Praxen) tätig (vgl. auch Aktennr. 3.1.5, Beilage 26). Arcovita wurde per 1. Januar 1999 aufgelöst.

2. Zu klären ist in vorliegender Untersuchung erstens die Frage, ob und inwiefern die gemeinsame Entwicklung von Versicherungsprodukten mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit und die in den Verträgen hinsichtlich diverser ärztlicher Leistungen koordinierten Preise den Tatbestand der Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) erfüllen, und ob sie gegebenenfalls in Anwendung von Art. 5 KG als unzulässig gewertet werden müssen.

3. Zu klären ist zweitens die Frage, ob die ursprüngliche Zuweisung der Privatspitäler zu den Halbprivatversicherungsprodukten mit voller Spitalwahlfreiheit (Einteilungskriterien) sowie die Ungleichbehandlung gegenüber den provisorisch auf die Listen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit gesetzten Spitälern (Erfordernis der Einhaltung von Vertrag und Anhängen bereits vor 1998) gegebenenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG darstellen.

2 Vorgehen der Versicherer

4. Visana hat per 1997 zwei neue Halbprivatversicherungsprodukte geschaffen. Diese charakterisieren sich im Vergleich zur traditionellen Halbprivatversicherungsdeckung durch eine eingeschränkte Spitalwahlfreiheit, verbunden mit Prämienrabatten zugunsten der Versicherten. Diese Versicherungsprodukte sind nur für Akutspitäler, nicht auch für Pflegeheime, von Bedeutung (vgl. Aktennr. 2.1, Beilage 5). Bei Abschluss einer dieser Policen gewährt Visana der versicherten Person einen Prämienrabatt, der bei Wahl der Spitalkategorie A (starke Einschränkung der Wahlfreiheit) 25%, und bei der Wahl der Spitalkategorie B (leichte Einschränkung der Wahlfreiheit) 16,7 % beträgt. Diese Rabatte werden nach der Prämie des Halbprivatversicherungsprodukts mit voller Spitalwahlfreiheit (Spitalkategorie C) berechnet. Visana hat die Berner Privatspitäler aufgrund diverser Preis-, Versorgungs- und Qualitätskriterien (regionale oder überregionale Zentrums- und Versorgungsfunktionen, Bettenbelegung und Aufenthaltsdauern, Betriebsaufwand pro Pfl egetag, Reporting des Spitals u.a.) mit einer Ausnahme alle provisorisch in die Kategorie C eingeteilt. Die Ausnahme bildete die Klinik Siloah aufgrund ihres damaligen preisgünstigen Angebotes in teilstationärer Chirurgie.

5. CSS hat am 12. Dezember 1996 per 1. Januar 1997 ein neues Halbprivatversicherungsprodukt lanciert. Es charakterisiert sich durch eine Einschränkung der Spitalwahlfreiheit und einen Rabatt von 20 % auf der Prämie für das Halbprivatversicherungsprodukt mit uneingeschränkter Spitalwahlfreiheit. Die Spitalliste des neuen Produktes entsprach ursprünglich - mit einer Ausnahme (Klinik Siloah)- der Spitalli-

ste A der Visana gemäss deren Stand am 1. Januar 1997. Auch dieses Versicherungsprodukt ist nur für Akutspitäler von Bedeutung.

6. Die Zuteilung der Privatspitäler mit Ausnahme der Klinik Siloah zur Spitalkategorie C wurde nach Angabe der Versicherer einerseits aufgrund des Erfüllungsgrades verschiedener Einteilungskriterien vorgenommen und andererseits auf statistische Daten abgestützt, laut welchen die verrechneten Kosten für erbrachte Dienstleistungen von Arzt und Spital in diesen Privatspitälern rund 20 % über den entsprechenden Kosten der Spitäler der Kategorien A und B gelegen haben sollen (Daten der KKB für 1994 und 1995; Aktennr. 3.1.8, Beilage 3 sowie ausführlicher Aktennr. 8.3, Beilage 5; vgl. Rz. 102). Die Einteilung dieser Privatspitäler in die Kategorie mit voller Spitalwahlfreiheit hatte zur Folge, dass diese Spitäler von den bei Visana oder CSS versicherten nur gewählt werden konnten, wenn diese sich mit dem entsprechend teuren Halbprivatversicherungsprodukt ohne Prämienrabatt versicherten.

7. Die Versicherer haben das Vorgehen der einseitigen Zuteilung der Spitäler zu den Kategorien gewählt, nachdem Vertragsverhandlungen mit dem Verband der Bernischen Krankenhäuser (VBK), der auch die Mitglieder des Verbandes der Privatspitäler des Kantons Bern (VPSB) umfasst, Ende Mai 1996 gescheitert waren. Die beiderseitigen Tarifvorstellungen erwiesen sich als nicht vereinbar. Der VBK liess daher mit Schreiben vom 10. Juni 1996 verlauten, Zugeständnisse entsprechend den Vorstellungen der Versicherer seien ausgeschlossen (Aktennr. 2.1, Beilage 9).

8. Die Frist zur Einreichung der 1997er Prämientarife beim Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) ist Ende Juli 1996 abgelaufen. Die Versicherer sahen sich nach dem Scheitern der Vertragsverhandlungen veranlasst, die Verhältnisse in der Halbprivatversicherung ohne tarifvertragliche Einigung mit den Leistungserbringern einseitig zu regeln (Aktennr. 3.1.5, Frage 1).

Arcovita hat die Spitäler im Auftrag der Visana am 17. September 1996 darüber informiert, welcher Kategorie sie provisorisch bis Ende 1997 zugeteilt worden seien. Sie wurden auch darüber aufgeklärt, dass "aufstiegswillige" Spitäler (Umteilung von C nach B oder A, Umteilung von B nach A) die Möglichkeit hätten, per 1997 durch Unterzeichnung eines Vertrags

- mit Anhang I (Aufstieg nach Kategorie B) bzw.
- mit Anhängen I und II (Aufstieg nach Kategorie A)

in eine "günstigere" Kategorie eingeteilt zu werden. Der Vertrag hätte bis 31. Oktober 1996 unterzeichnet werden müssen (Aktennr. 2.1, Beilage 5). Faktisch sind, aus verschiedenen, für den vorliegenden Fall nicht relevanten Gründen, die beiden Visana-Halbprivatver-

sicherungs-Produkte schliesslich erst per 1. Juli 1997 wirksam geworden, was den Mitgliedern des VPSB Ende 1996 mitgeteilt worden ist.

10. Der Vertragsschluss für den Aufstieg in die Kategorie B implizierte das Einverständnis, verschiedene Bedingungen (u.a. Spitalleistungstaxen, Taxen für ärztliche Leistungen, Reportingpflichten, Form der Rechnungsstellung, Verpflichtung zur Auskunftserteilung (vgl. Aktennr. 2.1, Beilage 5)) bereits ab 1. Januar 1997 (bzw. wegen späterem Wirksamwerden per 1. Juli 1997) einzuhalten. Für die Privatspitäler bildete die Integration der Taxen für ärztliche Leistungen in das Vertragsverhältnis mit den Versicherungseinrichtungen ein Novum.

11. Der Vertragsschluss für den Aufstieg in die Kategorie A beinhaltete einerseits das Einverständnis mit den Bedingungen gemäss Rz. 10, andererseits die Bereitschaft, bei 40 bestimmten Operationen nach Fallpreispauschalen abzurechnen. Diese 40 Fallpreispauschalen umfassen alle hierbei jeweils anfallenden Leistungen der Ärzte, des Spitals und gegebenenfalls externer Leistungserbringer.

12. Diejenigen Spitäler, welche von Visana aufgrund der genannten Kriterien provisorisch den Kategorien A bzw. B zugeteilt worden sind, mussten die Bedingungen gemäss Vertrag und Anhängen I und II bzw. Anhang II im Gegensatz zu den "aufstiegswilligen" Spitälern im Jahr 1997 nicht erfüllen (vgl. Aktennr. 3.1.5, Frage 40). Bei CSS mussten die Spitäler, welche vorläufig in die Liste mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit eingeteilt worden sind, die Vertragskriterien 1997 ebenfalls nicht erfüllen (vgl. Aktennr. 3.1.5, Frage 59).

13. Nach den Vorstellungen der Visana müssen ab 1. Januar 1998 - mit Ausnahme des Inselspitals, für das aus Gründen seiner speziellen Stellung als Universitätsspital immer besondere Bedingungen gelten werden - alle Spitäler, die

- in der Kategorie A figurieren wollen, Vertrag und Anhänge I und II,
- in der Kategorie B figurieren wollen, Vertrag und Anhang I erfüllen.

14. Nach den Vorstellungen der CSS müssen ab 1. Januar 1998 mit Ausnahme des Inselspitals alle Spitäler, die auf der Spitalliste mit eingeschränkter Wahlfreiheit figurieren wollen, den Vertrag mit Anhängen I und II erfüllen.

3 Anträge des VPSB

15. Der VPSB hat mit Schreiben an das Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 1996 (Aktennr. 2.1) den Erlass vorsorglicher Massnahmen und die Eröffnung einer Untersuchung beantragt. Den Versicherungseinrichtungen sei „zu untersagen, die neuen Produkte

- auf den Markt zu bringen,
- bei den Spitälern weiter zu propagieren,
- bei den Versicherten für die neuen Produkte Werbung zu betreiben“.

Dies alles unter Androhung der Straffolgen von Art. 50 und 54 KG im Widerhandlungsfall. Eventualiter hat sich der VPSB für die Einteilung aller Spitäler in die Kategorie C ausgesprochen, dies bis Ende 1997.

16. In der Eingabe vom 7. Februar 1997 (Aktennr. 4.2.7) hat der VPSB an seinen Begehren vom 1. Oktober 1996 festgehalten und weiter verlangt,

- „sämtliche Halbprivatversicherten von Visana und CSS sollten bis 31. Dezember 1997 nur die Prämie für Versicherte mit Deckung gemäss Kategorie A bezahlen müssen;
- Arcovita, Visana und CSS seien zu verpflichten, neue Halbprivatversicherungsprodukte erst zu lancieren, nachdem entsprechende Einzelverträge mit den Leistungserbringern hätten abgeschlossen werden können;
- eventualiter seien Arcovita, Visana und CSS zu verpflichten, bei einseitiger Aufstellung von Spitallisten ohne vertragliche Einigung mit den Leistungserbringern die Grundsätze des freien Wettbewerbs zu berücksichtigen; entsprechend seien Ausschreibungsverfahren durchzuführen und die Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der Qualität zu beachten“.

4 Anträge von Arcovita, Visana und CSS

17. Arcovita, Visana und CSS beantragten in ihrer Stellungnahme vom 4. Oktober 1996 (Aktennr. 2.9),

- „auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten, soweit es sich gegen Arcovita und CSS richte. Ein Rechtsschutzinteresse an einer vorsorglichen Massnahme fehle in dieser Hinsicht, da Arcovita und CSS nicht Anbieter der strittigen Versicherungsprodukte seien (im Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen war erst das Verhalten der Visana geschildert worden);
- das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei hinsichtlich Visana abzuweisen, da ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden, zeitliche Dringlichkeit der Massnahme und eine marktbeherrschende Stellung nicht glaubhaft gemacht worden seien;
- eventualiter, d.h. im Falle der Anordnung vorsorglicher Massnahmen, sei der VPSB zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 1'000'000.- zugunsten der Visana zu verpflichten;

- vom Erlass einer Verfügung gegen Arcovita, Visana und CSS sei mangels Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und Art. 7 KG abzusehen“.

5 Verfahren

18. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission am 2. Oktober 1996 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet. Arcovita, Visana und CSS wurden gleichentags aufgefordert, zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen. Die Eröffnung ist in Anwendung von Art. 28 KG amtlich publiziert worden (siehe Schweizerisches Handelsamtsblatt vom 15. Oktober 1997).

19. Mit Schreiben vom 4. Oktober 1996 (Aktennr. 2.12) teilte das Sekretariat dem Gesuchsteller mit, dass mangels Erfüllung der Voraussetzungen auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen verzichtet werden muss, dagegen eine Untersuchung eröffnet werde.

20. In der Folge stellte das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Sachverhalt fest, dies einerseits mit Fragebogen an die Parteien (Aktennr. 3.1.1 und 3.2.1), den VBK (Aktennr. 3.3.1) sowie die Gesundheitsdirektion des Kantons Bern (Aktennr. 3.4.1), andererseits durch mündliche Befragung der Parteien. Die mündliche Befragung ist protokolliert worden (Aktennr. 4.1.3, 4.1.4, 4.2.6), und die Parteien hatten Gelegenheit, sich zu den Niederschriften zu äussern (Aktennr. 4.1.6, 4.2.10).

21. Der Entwurf der Verfügung ist den Beteiligten mit Schreiben vom 2. Mai 1997 (Aktennr. 6.1) und unter Einräumung einer Frist bis zum 15. Mai 1997 erstmals zur Stellungnahme zugestellt worden.

22. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Aktennr. 6.2) bestritten die Versicherer insbesondere, dass die Fallpauschalen überhaupt Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellten. Sie machten geltend, es handle sich bei diesen Pauschalen um blosser Verhandlungsgrundlagen, von denen im Einzelfall abgewichen werden könne, und von denen in mehreren mit den Privatspitälern in der Zwischenzeit abgeschlossenen Verträgen tatsächlich abgewichen worden sei. Zudem beantragten sie, dass ihnen als obsiegender Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen sei.

23. In der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Aktennr. 6.3) hielt der VPSB an seiner Argumentation, die erwähnten Versicherungen seien marktbeherrschend und hätten diese Stellung missbraucht, fest. Unter anderem schlug er eine modifizierte Berechnungsweise für die Marktanteile von Visana und CSS vor. Zudem beanstandete er, das Sekretariat der Wettbewerbskommission hätte die Angemessenheit und Begründetheit einzelner Auswahlkriterien der Versicherer bei der provisorischen Zuteilung zu den Spalkategorien nicht gewürdigt.

24. Am 17. November 1997 hat die Kommission beschlossen, in ihrem Entscheid näher auf die Fragestellung des Missbrauchs einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung einzugehen. Zu diesem Zweck wurden weitere Abklärungen nötig.

25. Ein weiterer Verfügungsentwurf wurde den Parteien am 5. November 1998 mit einer Frist bis zum 30. November 1998 zur Stellungnahme zugestellt (Aktennr. 9.5). Die Stellungnahmen gingen fristgerecht ein.

26. Die Versicherer waren im wesentlichen mit dem Verfügungsentwurf einverstanden (Aktennr. 9.7), während der VPSB (Aktennr. 9.6) grundsätzlich an seiner Argumentation festhielt. Er beanstandete insbesondere fehlende rechtlich relevante Sachverhaltselemente sowie die kartellrechtliche Würdigung der analysierten Sachverhalte. Im Wesentlichen beanstandete er die fehlende Würdigung der Kostenstatistik, der Forderung nach Angabe der ICD-Codes sowie der Tatsache, dass öffentliche Spitäler teilweise kostenüberdeckende Tarife fordern.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

27. Das KG gilt u.a. für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

1.1.1 Unternehmen

28. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen auftreten. Visana und CSS treten den Spitälern gegenüber selbständig als Nachfrager von stationär erbrachten Gesundheitsdienstleistungen. In den weiteren Ausführungen werden sie aus methodischen Gründen als Anbieter von Vertriebswegen für stationär erbrachte Gesundheitsdienstleistungen, und den Versicherten gegenüber als Anbieter von Versicherungsdienstleistungen betrachtet. Sie sind daher als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

1.1.2 Wettbewerbsabrede

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

30. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) eine bezweckte oder bewirkte eine Wettbewerbsbeschränkung.

31. Die Kooperation der Versicherer im Rahmen ihrer gemeinsamen Dienstleistungsgesellschaft Arcovita lässt darauf schliessen, dass die beiden Versicherungseinrichtungen in folgenden Bereichen bewusst und gewollt zusammengewirkt haben:

- bei der Entwicklung der Halbprivatversicherungsprodukte (Produkteentwicklungs-kooperation);
- bei den Ansätzen für die Honorierung ärztlicher Dienstleistungen (Preise).

32. Die Entwicklungskooperation bezieht sich auf die Produktpolitik, d.h. die Konzeption der Halbprivatversicherungsprodukte sowie teilweise deren inhaltliche Ausgestaltung. Die Vereinheitlichung der Produktpolitik bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

33. Das Zusammenwirken in tariflicher Hinsicht bezieht sich auf einen Teil des Preises für die im konkreten Fall anfallenden stationär erbrachten Gesundheitsdienstleistungen, nämlich die Abgeltung der ärztlichen Leistungen (exkl. Abgeltungen für Pflege und Hotellerie). Angesichts ihrer Wirkungen sowohl im Gesundheitsdienstleistungs- wie auch im Zusatzversicherungsmarkt ist der Marktbezug dieses Zusammenwirkens klar; die Vereinheitlichung in tariflicher Hinsicht bewirkt daher auch eine Wettbewerbsbeschränkung.

34. Die Vereinbarungen stellen aus diesen Gründen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

35. Da somit der Tatbestand von Art. 2 Abs. 1 KG erfüllt ist, gilt für den vorliegenden Fall das Kartellgesetz.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

36. Öffentlich-rechtliche Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG).

37. Im Bereich der stationären Gesundheitsversorgung bestehen zahlreiche staatliche Vorschriften von Bund und Kantonen. Diese beziehen sich unter anderem auf die Erstellung von Spitallisten (Pflichtleistungsbereich der Grundversicherung) entsprechend der kantonalen Planung für eine bedarfsgerechte Versorgung, die Kostenbeteiligung aus öffentlichen Mitteln bei der Behandlung von Kantonsbürgern im Kanton oder ausserhalb des Kantons (Grund- und Zusatzversicherung), die Rechnungsstellung öffentlicher Spitäler gegenüber ausserkantonalen grund- und zusatzversicherten Personen sowie die Tragung von Investitionskosten und Defiziten der öffentlichen Spitäler. Diese Vorschriften begründen im Bereich der stationären Ge-

sundheitsversorgung eine weitgehende staatliche Markt- und Preisordnung, letzteres jedenfalls im vertragslosen Zustand. Sie betreffen vor allem die unterschiedliche Wettbewerbsstellung der öffentlichen und privaten Spitäler.

38. Im Bereich der Versicherungsdienstleistungen ist zwischen der obligatorischen Grund- und der freiwilligen Zusatzversicherung zu unterscheiden. Bei Zusatzversicherten übernimmt die Grundversicherung entsprechend der Tarifierung in der Grundversicherung einen Teil der Rechnung für die stationäre Gesundheitsversorgung, sofern das rechnungsstellende Spital der kantonalen Spitalplanung entspricht. Handelt es sich bei diesem Spital um ein öffentliches oder ein öffentlich subventioniertes Spital, bezahlt die Grundversicherung maximal 50 % der anrechenbaren Betriebskosten (gemäss Tarifierung in der Grundversicherung); die restlichen Kosten gehen zulasten der öffentlichen Hand. Handelt es sich um ein spitalplanungskonformes, nicht subventioniertes privates Spital, ist die Grundversicherung für einen höheren Anteil oder gar die gesamten Betriebskosten leistungspflichtig. Entspricht das rechnungsstellende Spital nicht der Spitalplanung, werden aus Grundversicherung keine Leistungsanteile bezahlt; die Zusatzversicherung muss ihren Zusatzversicherten gegenüber in diesen Fällen für die gesamte Rechnung selber aufkommen. Im Kanton Bern entsprechen alle Privatspitäler der Spitalplanung. Wegen den Zusammenhängen zwischen Grund- und Zusatzversicherung wird die Existenz von Vorschriften gemäss Art. 3 KG im folgenden sowohl für die Grund- wie auch für die Zusatzversicherung geprüft.

39. In der Grundversicherung gemäss KVG existieren diverse Vorschriften, die wesentliche Wettbewerbsparameter regeln (Versicherungspflicht, Grundsatz der Gegenseitigkeit, Rechtsformen, Definition des Leistungsbereichs, Subventionierung bestimmter Versichertenkategorien, Eingriffe in die Prämienfestsetzung, Risikoausgleich unter Versicherern, Kostenbeteiligung der Versicherten etc.). Trotzdem lässt das KVG Wettbewerb unter Versicherern grundsätzlich zu (und bezweckte dessen Verstärkung mit Blick auf die neue Rolle der Versicherer als Einkäufer von Gesundheitsdienstleistungen zwecks Beeinflussung der Kostenentwicklung in der Krankenversicherung). Die den Zusatzversicherungsbereich betreffenden Bestimmungen des Versicherungsvertrags- (VVG) und des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) lassen Wettbewerb im Zusatzversicherungsbereich ebenfalls zu.

40. Vorschriften, welche die Anwendbarkeit des KG beschränken oder ausschliessen könnten, bestehen somit auch hinsichtlich der Tätigkeit der Versicherungseinrichtungen als Anbieter von Grund- und Zusatzversicherungsprodukten nicht.

2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden über die partielle Vereinheitlichung des Versicherungsproduktes (inkl. Tarifabreden)

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

42. Die Beseitigung wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei Abreden über Preise, Mengen oder Gebiete vermutet, sofern die Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

43. Die Abrede der Versicherer im Rahmen der Arcovita bezieht sich auf die gemeinsame Entwicklung von Halbprivatversicherungsprodukten. Sie enthält u.a. auch die Festsetzung von Tarifen resp. Preisen.

44. Die an der Abrede beteiligten Versicherer sind beide im selben Markt tätig und stehen daher tatsächlich miteinander im Wettbewerb. Daher ist vorliegend der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt.

2.1 Der relevante Markt

2.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

46. Der Begriff "Marktgegenseite" bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird. Vorliegend bilden daher die Privatspitäler die Marktgegenseite.

47. Das von den Leistungserbringern angebotene und von den Versicherern nachgefragte Produkt besteht in einer Palette von Dienstleistungen (dem Einzelfall angepasste Spitalleistung [z.B. Röntgen- und andere diagnostische Untersuchungen, Anästhesie bei Operationen], ärztliche Leistung [z.B. chirurgischer Eingriff], Pflegeleistungen, Hotellerie). Für diese Leistungen suchen die Privatspitäler Absatzkanäle. Sie können daher als Nachfrager von Vertriebswegen für ihre Leistungen bezeichnet werden.

48. Die medizinischen Leistungen sowie Verpflegung und Unterkunft werden von den Spitälern in drei Klassen angeboten (allgemeine, halbprivate und private Betten). Der Unterschied zwischen dem Angebot in Betten des allgemeinen und denjenigen des Halbprivat-

und Privatbereichs besteht weniger im Ausmass der versicherten medizinischen Leistung als im Komfort (Einzel- oder Doppelzimmer, höhere "Kundenfreundlichkeit" des Personals, Arztwahlfreiheit). So ist der Umfang der medizinischen Betreuung in der Grundversicherung in aller Regel nicht geringer als in der Zusatzversicherung. Die Preise für dieselbe Leistung sind in der allgemeinen, der halbprivaten und der privaten Abteilung unterschiedlich und beruhen auf unterschiedlichen Berechnungsarten.

49. Die Privatspitäler offerieren insbesondere Hotellerie- und Pflegeleistungen sowie ärztliche Leistungen entsprechend den Spezialitäten bzw. Disziplinen der Belegärzte. Es stellt sich daher die Frage, ob die zum Teil unterschiedlichen Leistungen der Privatspitäler über dieselben Vertriebswege abgesetzt werden können. Die Abnehmer aller Leistungen, welche im Gesundheitsbereich erbracht werden, sind jeweils dieselben Personen (Versicherte und Selbstzahler). Die Marktanteile eines Versicherers entsprechen in den einzelnen Bereichen (Grund-, Halbprivat- und Privatversicherung) jedoch in etwa denjenigen, die er im gesamten Bereich hält, so dass die Wettbewerbsverhältnisse unabhängig von dieser Frage jeweils dieselben sind. Die gestellte Frage kann daher letztlich unbeantwortet bleiben.

50. Im vorliegenden Fall kann daher von Vertriebswegen für die Leistungen im Halbprivatbereich ausgegangen werden. Für diese Abgrenzung spricht auch der Umstand, dass sich die Kooperationsabrede auf diese Leistungen bezieht. Die durch die Kooperationsabrede geregelten Elemente (insbesondere Modell der eingeschränkten Spitalwahlfreiheit, Grundvertrag mit Anhängen I und II, Kriterien für die provisorische Zuteilung der Spitäler zu den Listen) beziehen sich auf die halbprivat erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen.

51. Als sachlich relevanter Markt kann für die Zwecke des vorliegenden Falls somit der Markt für Vertriebswege für im Halbprivatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen definiert werden. Der Einfachheit halber wird in der Folge von Vertriebswegen für HP-Leistungen gesprochen.

2.1.2 Räumlich relevanter Markt

52. Der räumlich relevante 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).

53. Vertriebswege für HP-Leistungen können von den Privatspitälern grundsätzlich in der gesamten Schweiz nachgefragt werden.

54. Tatsächlich werden Verträge zwischen Versicherern und Spitälern aber kantonal abgeschlossen, was mit Gegebenheiten in der obligatorischen Grundversicherung (z.B. Tarifgenehmigung, Kostendeckungsgrad, Spitalplanung) und der gemeinsamen Finanzierung der HP-Leistungen durch Grund- und Zusatzversicherung zusammenhängt.

55. Die Hospitalisation ausserkantonaler Patienten führt zudem regelmässig zu höheren Preisen, als sie für Kantonseinwohner gelten, da letztere über die Steuern an die Kosten der stationären Versorgung beitragen. Daher ist der Anteil von HP-Leistungen eines Spitals, welche mit Einwohner anderer Kantone umgesetzt werden, in der Regel gering. Obwohl die Kantons Grenzen in konkreten Fällen durchlässig sind [z.B. bei ausserkantonaler Behandlung aus medizinischen Gründen (Notfall, fehlendes Angebot im Wohnsitzkanton bzw. Planungslücke) oder im Falle einer interkantonal koordinierten Spitalplanung], ist somit im vorliegenden Fall von kantonalen Märkten auszugehen.

56. Für diese Marktabgrenzung spricht auch der Umstand, dass sich die angefochtenen Halbprivatversicherungsprodukte auf den Kanton Bern beziehen (Kategorien nach Spitalern im Gebiete des Kantons).

57. Räumlich relevanter Markt ist somit das Gebiet des Kantons Bern.

2.2 Widerlegung der Vermutung

58. Bei der Prüfung der Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung sind folgende Faktoren entscheidend:

- der **aktuelle Wettbewerb**, welcher sich unterteilen lässt in
- den Wettbewerb durch Kartellaussenseiter (Aussenwettbewerb) im Vergleich zur Situation vor der Abrede;
- den Wettbewerb zwischen den Kartellmitgliedern (Innenwettbewerb) im Vergleich zur Situation vor der Abrede;
- der **potentielle Wettbewerb**, d.h. die Wahrscheinlichkeit von Zutritten von neuen Wettbewerbern zum Markt;
- die **Marktstellung der Nachfrager** (allgemeiner: der Marktgegenseite);

2.2.1 Aktueller Wettbewerb

59. Die Marktstruktur gibt Auskunft über die Anbieter der Waren oder Leistungen auf dem relevanten Markt sowie über das relative Gewicht der einzelnen Anbieter auf diesem Markt.

60. Im vorliegenden Fall haben die Ermittlungen ergeben, dass die kumulierten Marktanteile von Visana und CSS an den Vertriebswegen für HP-Leistungen im Kanton Bern im zu beurteilenden Zeitraum je nach Art der Berechnung zwischen 45 % und 50 % lagen (seither hat Visana gesamtschweizerisch ca. 20 % der Versicherten verloren.). Der Anteil von Visana liegt dabei zwischen 40 % - 45 %, derjenige von CSS bei ca. 5 %. Genauere Schätzungen der Marktanteile lässt das verfügbare Datenmaterial nicht zu. Aus den vorhandenen Daten lässt sich ferner schliessen, dass diese Anteile in den letzten Jahren vor 1997 in etwa stabil geblieben sind.

61. Gefolgt wurden Visana und CSS im massgeblichen Zeitraum von der Helsana (ca. 20 % Marktanteil), der KPT (ca. 7 %), der KFW (ca. 5 %), von Sanitas, Intras und Innova (vormals: KUKO) (alle etwa 3 %) und vielen anderen.

62. Die Marktstruktur zeigt, dass Visana und CSS zusammen im Kanton Bern im Beurteilungszeitraum einen bedeutenden Marktanteil hielten. Der hohe gemeinsame Anteil ist jedoch nur in geringem Ausmass auf die aus der Abrede folgende Kumulation der Marktanteile zurückzuführen und beruht vor allem auf der im Kanton Bern damals relativ starken Marktstellung der Visana. Hätte Visana die vom VPSB gerügten Halbprivatversicherungsprodukte somit alleine entwickelt und angeboten, hätten den VPSB-Spitälern an zusätzlichen Ausweichmöglichkeiten heute bloss 5 % des Marktes zur Verfügung gestanden. Es ist daher fraglich, ob sich durch die Abrede für die Privatspitäler eine nennenswerte Veränderung der Situation ergab bzw. ob die Abrede den Wettbewerb zu beseitigen vermochte.

63. Ferner ist grundsätzlich fraglich, ob die Kumulation der Marktanteile im vorliegenden Fall angezeigt und zulässig ist, da die beiden Versicherungseinrichtungen trotz der Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Strategien am Markt auftreten (zwei bzw. ein neues Produkt, unterschiedliche Auflagen für die Privatspitäler [Visana: 1997 ist für Privatspitäler Anhang I erforderlich, CSS: 1997 besteht für Bezirks- und Privatspitäler kein Handlungsbedarf, weil die Versicherten ohne gegenlautende Meldung im traditionellen Versicherungsprodukt verbleiben], unterschiedliches zeitliches Wirksamwerden der neuen Versicherungsprodukte u.a.). Vgl. hierzu die Ausführungen zum Innenwettbewerb (Rz. 70 ff.).

64. Ein Ausweichen auf andere Anbieter ist nur möglich, wenn diese in der Lage sind, die zusätzliche Nachfrage zu befriedigen. Theoretisch ist dies hier möglich. Helsana, KPT, KFW, Sanitas und die anderen Versicherer verfügen zumindest über die administrativen Kapazitäten, auch diejenigen Leistungen zu vertreiben, welche der VPSB bisher über die Visana und die CSS absetzte. Tatsächlich hängt die Ausweichmöglichkeit aber insbesondere von der Stellung der Versicherer im Markt für HP-Versicherungsverhältnisse ab. Die Anteile der Versicherer in diesem Markt verhalten sich ungefähr gleich wie ihre Anteile im Markt für Vertriebswege von HP-Leistungen. Differenzen können sich allenfalls durch die unterschiedliche Versichertenstruktur ergeben, die eine unterschiedliche Inanspruchnahme von HP-Leistungen bewirken und damit zu leicht abweichenden Marktanteilen der Versicherer auf der Absatzseite (Versicherungsmarkt) und der Beschaffungsseite (Einkauf von HP-Leistungen bzw. Vertrieb dieser Leistungen) führen kann.

65. Die Tatsache, dass die Ausweichmöglichkeiten der Spitäler von der Stellung der Versicherer im Markt für HP-Versicherungs

verhältnisse abhängen, erschwert das Ausweichen der Spitäler auf andere Anbieter von Vertriebswegen für HP-Leistungen. Dies ist jedoch typisch für Konstellationen mit vorgelagerten Märkten bzw. Beschaffungsmärkten. Die Abrede zwischen Visana und CSS hat - wegen der geringen Marktanteilsakkumulation - auf die erschwerten Ausweichmöglichkeiten aber keine nennenswerten Auswirkungen.

66. Bezüglich des Innenwettbewerbs bewirkt eine konzeptionelle Vereinheitlichung des Halbprivatversicherungsproduktes von Visana und CSS eine partielle Vereinheitlichung des Inhalts dieses Versicherungsproduktes und damit der Produktequalität.

67. Die Kooperationsabrede von Visana und CSS vereinheitlicht die Produktequalität nicht derart, dass der Wettbewerb zwischen CSS und Visana zum Erliegen kommen würde. Visana und CSS treten am Markt denn auch trotz der konzeptionellen Vereinheitlichung mit inhaltlich teilweise unterschiedlichen Produkten auf. Diese Unterschiede wirken sich sowohl auf Seiten der Versicherten wie auch auf Seiten der Spitäler aus. (vgl. Ausführungen im Sachverhalt, Kap. A.2)

68. Die preisrelevante Abrede zwischen Visana und CSS bezieht sich nur auf einen Teil des im konkreten Behandlungsfalle jeweils zu entrichtenden Preises. Nicht durch die Versicherer festgelegt werden insbesondere die Preise für die Hotellerie und die Pflege.

69. Der Innenwettbewerb ist daher zwar sowohl hinsichtlich des Versicherungs- wie auch hinsichtlich des Gesundheitsdienstleistungsmarktes beschränkt, aber nicht beseitigt.

70. Der VPSB bringt vor, dass aufgrund ihrer hohen Reserven Visana und CSS über eine besondere Position verfügen. Die Finanzkraft der Versicherer ist im Vergleich zu den Konkurrenten nicht überragend. In diesem Zusammenhang sind die von den Versicherungseinrichtungen zu bildenden Reserven sowie die Rückstellungen zu erwähnen. Die Rückstellungen können aufgrund ihrer Zweckgebundenheit nicht als strategische Ressourcen eingesetzt werden. Bezüglich der Reserven sind im Laufe des Verfahrens die Daten verschiedener Versicherer (CSS, Visana, Helvetia, Artisana, KPT, KFW, vgl. Aktennr. 5.22 und 5.23 [Amtsgeheimnisse]) für das Jahr 1995 verglichen worden. Die finanziellen Ressourcen von Visana und CSS erwiesen sich dabei nicht als so hoch, als dass sie zu nennenswerten Prämienvorteilen zulasten der übrigen Wettbewerber eingesetzt werden könnten.

71. Das Zusammenwirken von Visana und CSS hat keinen nennenswerten Einfluss auf die Ausweichmöglichkeiten im Vergleich zur Situation vor der Abrede. Die Bedeutung der geringen Marktanteilsaddition wird zusätzlich dadurch geschmälert, dass Visana und CSS mit unterschiedlichen Strategien am Markt auftreten.

2.2.2 Stellung der Marktgegenseite (vorliegend: Spitäler)

72. Die bernischen Privatspitäler erbringen zusammen insgesamt ca. 33 % der Leistungen zugunsten HP-Versicherter im Kanton; ca. 50 % entfallen auf die Regional- und die Bezirksspitäler, ca. 16 % auf das Insel- und das Frauenspital. Der Anteil der Privatspitäler an den über Visana und CSS vertriebenen HP-Leistungen beläuft sich gemäss Schätzungen des VPSB insgesamt auf maximal 48 % (42 % Visana, 5 - 6 % CSS) (Aktennr. 3.2.2, Beilage 18, Zahlen für 1995 und 1996).

73. Dieser relativ hohe Anteil der VPSB-Mitglieder an den über Visana und CSS vertriebenen HP-Leistungen erlaubt den Privatspitälern tendenziell die Ausübung von Gegendruck auf die an der Abrede beteiligten Versicherungsunternehmen. Je grösser der Anteil eines Spitals an den HP-Leistungen eines Versicherers bzw. einer Gruppe von Versicherungen ist, desto abhängiger sind diese Versicherer ihrerseits vom betreffenden Spital.

74. Die Mitglieder des VPSB haben sich zusammen mit den übrigen Mitgliedern des Verbandes Bernischer Krankenhäuser gegen die Kooperationsabrede auch tatsächlich gemeinsam zur Wehr gesetzt und Druck ausgeübt (z.B. Empfehlung, auf den Abschluss von Verträgen mit Visana und CSS zu verzichten).

75. Mittlerweile haben die Privatspitäler mit Visana einzeln verhandelt, dabei Modifikationen gegenüber dem ursprünglichen Vertrag mit Anhängen erreicht und sich zum grössten Teil für 1997 auf die Listen B bzw. A setzen lassen (auch für 1998 konnten Verträge ausgehandelt werden).

76. Die Mitglieder des VPSB konnten die Möglichkeit von Visana und CSS, ihre Abrede durchzusetzen, somit beschränken.

2.2.3 Zwischenergebnis

77. Selbst wenn eine Analyse der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten zum Ergebnis führen sollte, mit Marktzutritten sei nicht zu rechnen, wird der Wettbewerb durch die Kooperationsabrede angesichts

- der Vielzahl von ernstzunehmenden Wettbewerbern (Versicherungen) sowie
- des getrennten Marktauftritts von Visana und CSS bzw. des verbleibenden Innenwettbewerbs;
- der geringen Marktanteilsaddition und damit der geringen Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Spitäler durch die Abrede;
- der Möglichkeit der VPSB-Mitglieder zur Begrenzung des Verhaltensspielraums der Versicherer

nicht beseitigt. Die Vermutung des Art. 5 Abs. 3 KG (vorn, Rz. 43) ist damit widerlegt.

2.3 Keine Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

78. Bei der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede kann auf die Ausführungen bezüglich der Beseitigung des Wettbewerbs (vorn, Rz. 58-77) verwiesen werden. Die durch die Abrede bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist aus den genannten Gründen so gering, dass bei der Abrede von Visana und CSS nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung gesprochen werden kann.

2.4 Ergebnis

79. Die Wettbewerbsabrede von Visana und CSS im Rahmen der Arcovita ist demzufolge zulässig.

3 Unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

3.1 Marktbeherrschendes Unternehmen

80. Als marktbeherrschendes 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).

81. Vorliegend ist bei der Beurteilung der Wettbewerbsabreden (Rz. 59-79) gezeigt worden, dass die Abrede von Visana und CSS den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt. Diese Folgerung schliesst aus, dass Visana und CSS sich dank der Abrede unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten können. Somit können sie auch nicht gemeinsam marktbeherrschend sein.

82. Eine marktbeherrschende Stellung hätte allenfalls bereits vor der Abrede bestehen können (ihre Entstehung durch die Abrede ist ausgeschlossen, da die durch sie bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung sonst erheblich sein müsste). Angesichts der Marktanteile von Visana und CSS hätte im fraglichen Zeitraum höchstens Visana alleine eine marktbeherrschende Stellung innehaben können. Die Frage der Marktbeherrschung ist somit nur hinsichtlich von Visana zu prüfen.

83. In wesentlichem Umfang unabhängig verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG) kann sich nur, wer nicht mit Nachfrage- und Angebotssubstitution rechnen muss und wer nicht selbst in wesentlichem Umfang auf die Marktgegenseite angewiesen ist. Zu prüfen gilt es daher im Rahmen der Marktstellung der Visana:

- den aktuellen Wettbewerb;
- den potentiellen Wettbewerb und
- die Stellung der Marktgegenseite.

3.1.1 Marktstellung

I. Aktueller Wettbewerb

84. Ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, lässt sich nicht in erster Linie aus dem Verhalten einer Unternehmung ableiten, sondern daraus, ob ein bestimmtes Verhalten von den anderen Marktteilnehmern hingenommen werden muss. Dies ist nur der Fall, wenn diese keine Ausweichmöglichkeiten haben. Die von Visana vorformulierten Verträge sind daher kein Indiz für Marktbeherrschung, ebensowenig wie deren Äusserung des Willens, auf die Marktgegenseite Druck ausüben zu wollen.

85. Das Verhalten von Visana gegenüber den Privatspitälern wirkt sich offensichtlich im selben Markt aus wie die vorne geprüften Abreden. Für die Abgrenzung des relevanten Marktes kann daher auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (Rz. 45 ff). Der relevante Markt umfasst somit die Vertriebswege für HP-Leistungen im Kanton Bern.

86. Im Zusammenschlussverfahren Migros/Globus hat die Wettbewerbskommission festgestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung im Angebot für Vertriebswege in der Regel nur angenommen werden kann, wenn das betreffende Unternehmen ebenfalls im Absatz gegenüber den Kunden eine marktbeherrschende Position einnimmt. Dies sei zumindest eine notwendige Voraussetzung dafür, dass der Nachfrager nach diesen Vertriebswegen auf den Anbieter von Vertriebswegen angewiesen ist (RPW 1997, S. 380, Rz. 85).

87. Für Visana würde dies bedeuten, dass sie im Markt für Zusatzversicherungen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen müsste.

88. Visana hatte im massgeblichen Zeitpunkt mit ca. 45% Marktanteile (vgl. Rz. 60) eine relativ starke Stellung. Daraus alleine kann jedoch für die hier zu beantwortende Frage nicht auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden.

89. Im (horizontalen) Wettbewerb unter den Versicherern spielt weniger der Marktanteil als vielmehr die Risikostruktur eine ausschlaggebende Rolle für das Ausmass des unabhängigen Verhaltens. „Gute Risiken“ äufnen Deckungskapital, nehmen aber kaum Leistungen in Anspruch. Die Abwanderung „guter Risiken“ wirkt sich auf die Risikostruktur deshalb ungünstig aus. Die Bedeutung der Risikostruktur manifestiert sich im Grundversicherungsbereich im Instrument des Risikoausgleichs. Im Zusatzversicherungsbereich existiert kein solcher Ausgleichsmechanismus. Dieser wird durch Deckungsvorbehalte und risikogerechte Prämien ersetzt. Dennoch ist die Risikostruktur auch im Zusatzversicherungsbereich von grosser Bedeutung, da durch diese Instrumente nicht sämtliche Risiken wegbedungen oder vorberechnet werden können. Die Abwanderung von „guten Risiken“ wirkt sich daher schon bei relativ kleinen Marktanteilsverschiebungen stark auf

einen Versicherer aus. Eine Versicherung, die nicht über eine ausgeglichene Risikostruktur verfügt bzw. mit einem zu hohen Anteil „schlechter Risiken“ arbeiten muss, wird zwangsläufig das Preis/Leistungsverhältnis anpassen müssen, was wiederum zu Marktanteilsverlusten führen kann.

90. Der Wettbewerb um „gute Risiken“ unter den Versicherern führt letztlich dazu, dass die Innovationsintensität im Zusatzversicherungsbereich eine gewisse Stärke erreicht hat. Dies ist zusätzlich auch auf die Marktphase im Beurteilungszeitraum zurückzuführen, in der sich der Markt in einem Schrumpfungsprozess befand. Die Versicherer versuchten, mit neuen Produkten die Preise in den Griff zu bekommen, um einen weiteren Nachfragerückgang zu stoppen. Dies schlug sich in der Anzahl neuartiger Produkte nieder (Variantenvielfalt). Die häufige Lancierung neuer Produkte spricht für intensiven Wettbewerb unter den Versicherern und relativiert die starke Stellung von Visana.

91. Da der (horizontale) Wettbewerb unter den Versicherern, besonders bezüglich der guten Risiken mit intakter Mobilität, spielt, kann ausgeschlossen werden, dass sich Visana gegenüber den Konkurrenten unabhängig verhalten kann und somit im Absatz ihrer Halbprivatversicherung gegenüber den Endkunden eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Diese Feststellung ist – in Analogie zu Migros/Globus (vgl. oben, Rz. 87) – auch auf den Markt für Vertriebswege für HP-Leistungen übertragbar.

II. Stellung der Marktgegenseite (vorliegend: Spitäler)

92. Die bernischen Privatspitäler erbringen insgesamt ca. 33 % der HP-Leistungen im Kanton. Der Anteil der Privatspitäler an den über Visana vertriebenen HP-Leistungen beläuft sich gemäss Schätzungen des VPSB insgesamt auf maximal 42 % (vgl. Rz. 72).

93. Dieser relativ hohe Anteil der VPSB-Mitglieder an den über Visana vertriebenen HP-Leistungen erlaubt den Privatspitälern tendenziell die Ausübung von Gegendruck (vorn, Rz. 74).

94. Mittlerweile haben die Privatspitäler mit Visana einzeln verhandelt, dabei Modifikationen gegenüber dem ursprünglichen Vertrag mit Anhängen erreicht und zum grössten Teil erreicht, für 1997 auf die Listen B bzw. A gesetzt zu werden (auch für 1998 konnten Verträge ausgehandelt werden).

95. Ferner bleibt der Markt für Vertriebswege von HP-Leistungen auch nach Änderung der Rahmenbedingungen im Grundversicherungsbereich (Möglichkeit spital- und versicherungsindividueller Sonderverträge) und trotz Einführung von Versicherungsprodukten mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit insofern noch ein Nachfragermarkt, als die Versicherer nur die Taxen (bzw. nur einen Teil derselben) beeinflussen können. Die Menge der erbrachten Leistungen

können sie - ausser über Fallpauschalen mit teilweise mengenbeschränkender Wirkung im Einzelfall - praktisch nicht beeinflussen. Ärzteschaft und Spitäler bleiben Bedarfsfixierer. Nur hinsichtlich der Preise (Tarife) verliert der relevante Markt ein charakteristisches Element des Nachfragermarktes.

96. Aufgrund dieser Überlegungen ist davon auszugehen, dass der VPSB das Verhalten der Visana zumindest teilweise beeinflussen kann.

III. Ergebnis

97. Gegen eine beherrschende Stellung von Visana im Markt für Vertriebswege für halbprivat erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen sprechen die Vielzahl ernstzunehmender Konkurrenten, eine gewisse Innovationsintensität und die bedeutende Stellung der Spitäler auf dem Markt. Die Wettbewerbskommission verzichtet auf die Prüfung des potentiellen Wettbewerbs, denn letztlich kann die Frage der marktbeherrschenden Stellung offen bleiben, da - wie im Folgenden gezeigt wird (Kap. B.3.2) - keine unzulässige Verhaltensweisen vorliegen.

3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

98. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich gemäss Kartellgesetz dann missbräuchlich, wenn es durch den Missbrauch seiner Marktstellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Art. 7 Abs. 1 KG).

99. Visana wurde vom VPSB vorgeworfen, eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunützen. Dies täte sie

- durch die willkürliche Einstufung der Privatspitäler in die Liste C mit voller Spitalwahlfreiheit, die nur den (wenigen) Versicherten offen stehe, welche das teuerste Versicherungsprodukt wählten (Kapitel B.3.2.a);
- indem sie im Vertrag mit Anhang 1 (B-Liste), die anwendbaren Tarife einseitig festlege (Kapitel B.3.2.b.I);
- indem sie im Vertrag mit Anhang 2 (A-Liste) unangemessene Fallpreispauschalen festsetze (Kapitel B.3.2.b.I);
- indem diese Verträge die Privatspitäler entschädigungslos zu zusätzlichen administrativen Pflichten zwingen (Kapitel B.3.2.c);
- indem sie sich im Vertrag von den Spitalern eine Garantieleistung gegenüber der Visana und den Versicherten ausbedinge, die sicherstelle, dass die Ärzte keine weiteren Forderungen geltend machen könnten, als die durch die Zahlungen im Rahmen des Vertrages abgegoltene (Kapitel B.3.2.d).

Im Folgenden werden diese Vorwürfe im einzelnen untersucht. Die Wettbewerbskommission lässt sich dabei auch von den folgenden Überlegungen leiten:

Das Verhalten von Visana und auch von CCS gegenüber den Privatspitälern ist nicht frei bestimmt. Das Verhalten dieser Versicherer ist vielmehr eine marktkonforme Reaktion auf das Verhalten der Versicherungsnehmer. Diese sind zunehmend nicht mehr bereit, Prämien erhöhungen hinzunehmen und führen daher Zusatzversicherungen nicht mehr weiter. Diesem Trend können die Versicherer nur mit günstigeren Angeboten entgegenwirken. Daher versuchen sie, bisherige Quersubventionierungen zu vermeiden bzw. kostenentsprechende Versicherungsprodukte herzustellen. Zu diesem Zweck müssen die Leistungserbringer entsprechend ihren Kosten in unterschiedliche Kategorien mit entsprechend eingeschränkter Spitalwahlfreiheit eingeteilt werden. Ein solches Verhalten muss grundsätzlich als gerechtfertigt (legitimate business reasons) beurteilt werden.

3.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

100. Der VPSB wirft Visana vor, die Privatspitäler durch die (provisorische) Einteilung der Spitäler in die Kategorien A, B und C zu diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Die Ungleichbehandlung sieht er darin, dass die Privatspitäler die Vertragsbedingungen gemäss Anhang 1 und 2 ein halbes Jahr früher als die A-Spitäler bzw. die Bedingungen gemäss Anhang 2 ein halbes Jahr früher als die B-Spitäler erfüllen mussten, um auf diese Listen zu gelangen. Ein Verbleib in der C-Liste hätte automatisch Umsatzeinbussen zur Folge, da sämtliche Kunden der Visana ohne anderslautende Willenserklärung dem Versicherungsprodukt der Kategorie B zugeteilt würden.

101. Visana hat bei der Einteilung der Spitäler einen eigenen Beurteilungsraster angewendet, in welchem unter anderem auch das Versorgungskriterium ein wichtiges Element darstellt. Dieser Raster muss als unvollständig betrachtet werden, da wichtige betriebswirtschaftliche Daten nicht verfügbar waren und sind. Abgesehen davon haben die Versicherer den Beurteilungsraster für einige A- und B-Spitäler erst am 8. April 1998 vorgelegt (Aktennr. 8.3, Beilage 4). Ob der Raster für alle Spitäler im Zeitpunkt der Listeneinteilung bereits bestanden hat und ob Visana sämtliche in die Listen A, B und C eingeteilten Spitäler gemäss diesem Raster beurteilen konnte, kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Der Raster alleine kann daher die Listeneinteilung sachlich nicht rechtfertigen. Die folgenden Erwägungen zeigen jedoch auf, dass die Listeneinteilung von Visana zulässig ist, da sie aufgrund sachlich gerechtfertigter Gründe (vgl. Botschaft 1995 I 569) erfolgte.

102. Neben dem Raster zog die Visana zur Einteilung der Spitäler eine Statistik der ehemaligen KKB-Versicherung heran (Aktennr. 8.3, Bei-

lage 5). Die Statistik ergibt auf den ersten Blick durchschnittlich ca. 20 % höhere Kosten pro Behandlungstag in einem C-Spital als in den B- und A-Spitälern. Sie kann jedoch auch anders interpretiert werden, da sie weiter die mittlere Aufenthaltsdauer enthält. Gewichtet man die mittleren Tageskosten mit der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer, sind die C-Spitäler durchschnittlich günstiger. Da die Statistik allerdings keinerlei Aussagen über die Zusammensetzung des Patientengutes macht, lässt sich aus ihr letztlich keine gültige Aussage über die Kosten in öffentlichen Spitälern einerseits und Privatspitälern andererseits ableiten.

103. In der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Aktennr. 9.6) geht der VPSB davon aus, dass der umfassende Leistungsauftrag der öffentlichen Spitäler sich kostenerhöhend auswirke. Dieser umfassende Leistungsauftrag bewirkt nach Auffassung der Wettbewerbskommission einen entscheidenden Unterschied zwischen öffentlichen Spitälern einerseits und den privaten Spitälern andererseits. Mit dem umfassenden Leistungsauftrag kann der Versicherer bei der Auswahl von öffentlichen Spitälern sicherstellen, dass die gesamte Palette notwendiger Leistungen abgedeckt ist. Dies rechtfertigt die oben erwähnten Versorgungskriterien (vgl. Rz. 101) bei der Einteilung der Spitäler zumindest teilweise zu berücksichtigen. Gerade bei multimorbiden Patienten wird wegen des umfassenden Leistungsauftrages für öffentliche Spitäler sichergestellt, dass das Spital sämtliche notwendigen Eingriffe tätigen kann.

104. Unabhängig von diesen Überlegungen ergibt sich aufgrund struktureller Unterschiede, dass der Versicherer im geltenden System der Spitalfinanzierung i.d.R. von einem Kostenvorteil ausgehen kann, wenn sich ein Patient im öffentlichen Spital behandeln lässt. Dies wird auch vom VPSB – zumindest was die Wirkung der Subventionen anbelangt - anerkannt (Aktennr. 3.2.2, Antwort auf Frage B 11). Er argumentiert lediglich, dass die tatsächlich anfallenden Kosten im Privatspital letztlich für den Versicherer nicht signifikant höher seien als im öffentlichen Spital. Der Kostenvorteil beruht im wesentlichen auf folgenden Elementen:

- Im öffentlichen Spital werden die Investitionskosten durch den Kanton übernommen. Dies gilt im öffentlichen Spital auch für Halbprivat- und Privatabteilungen. Das Privatspital muss diese Kosten sowie die Zinskosten demgegenüber selber tragen (vgl. Aktennr. 3.2.2, Beilage 27 „Die Privatspitäler des Kantons Bern“ Informationsschrift des VPSB, S. 7). Die Versicherer gehen davon aus, dass ein angenommener Entzug der Subventionen (inkl. Investitionskostenübernahme durch öffentliche Hand) zu einer erneuten Prämienenerhöhung und wahrscheinlich dem Ende der Zusatzversicherung führen würde (vgl. Aktennr. 3.1.5, Antwort auf Frage 41);

- Im öffentlichen Spital können nur Ärzte mit der Befugnis zur privatärztlichen Tätigkeit ein Privathonorar im Rahmen entsprechender individueller Verträge mit dem Spitalträger in Rechnung stellen. Durch diese Verträge fließt ein Teil dieses Honorars an das öffentliche Spital. In den Privatspitälern arbeiten alle Belegärzte nach eigener Tarifierung und eine teilweise Abführung ihres Honorars an das Spital ist nicht vorgesehen;
- Die Abgeltungen für grundversicherte Patienten - im Durchschnitt sind 25 % der Patienten in den elf privaten Akutkliniken nur grundversichert - weisen lediglich einen Kostendeckungsgrad von rund 70 % auf. Die Deckung dieser Kosten erfolgt im öffentlichen Spital über Subventionszahlungen. Die Privatspitäler müssen diesen Kostenausfall quersubventionieren (vgl. Aktennr. 3.2.2, Frage B 2, Beilage 27 „Die Privatspitäler des Kantons Bern“ Informationsschrift des VPSB, S. 7). Die Gesundheitsdirektion des Kantons Bern hat zwar eingeräumt, dass die Versicherer im Zusatzversicherungsbereich teilweise betriebskostenüberdeckende Tarife akzeptierten (Aktennr. 3.4.4, Frage 13). Dennoch bleibt die Tatsache, dass die Hotellerie- und Pflegepauschale in den Privatspitälern generell höher ist als in den öffentlichen Spitälern. Daher kann der Versicherer trotz kostenüberdeckender Tarife davon ausgehen, dass die verrechneten Leistungen der öffentlichen Spitäler tiefer sind als diejenigen der Privatspitäler.

105. Eine Ungleichbehandlung von privaten und öffentlichen Spitälern bei der Listeneinteilung kann dem Versicherer bei Vorliegen solcher gesetzlichen Wettbewerbsverzerrungen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Gleichbehandlungspflicht nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG „besteht lediglich bezüglich Handelspartnern, die sich dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Lage befinden“ (vgl. Botschaft, BBl 1995 I 571). Diskriminierung setzt Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte (oder Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte) voraus. Die Leistungen der öffentlichen Spitäler werden unter dem geltenden Regime der Spitalfinanzierung immer anders finanziert als diejenigen der Privatspitäler. Die öffentlichen Spitäler sind daher für den Versicherer kostengünstiger.

106. In den Hearings (Aktennr. 4.1.4, S. 7) haben sich die Versicherer davon distanziert, dass sie für den Staat Strukturpolitik betreiben würden und sich ausdrücklich auf den oben erwähnten Raster und die Statistik gestützt (Rz. 101, 102). Obwohl diese mit den oben beschriebenen Mängel behaftet sind, führen sie zu einem vertretbaren Resultat. Im Prinzip hätten die Versicherer keine weiteren Überlegungen zur Listeneinteilung anstellen müssen, denn aus den grundsätzlich unterschiedlichen Finanzierungsarten je nach Trägerschaft

der Spitäler ergibt sich, dass Visana von einem Kostenvorteil im öffentlichen und öffentlich subventionierten Spital ausgehen kann.

107. Da Daten, die Preise definierten Leistungen zuordnen, nicht existieren, können die Versicherer keine Preisvergleiche für bestimmte Leistungen anstellen. Aus demselben Grunde können die Privatspitäler nicht nachweisen, dass sie trotz der unterschiedlichen Finanzierung aus Effizienz- oder anderen Gründen für den Versicherer gleichviel oder weniger Kosten verursachen. Deshalb ist es für die Versicherer sachlich gerechtfertigt, öffentliche Spitäler grundsätzlich anders zu behandeln als Privatspitäler.

108. Bei der Einteilung der öffentlichen und privaten Spitäler in unterschiedliche Listen kann aus den dargestellten Gründen nicht von einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte ausgegangen werden. Unterschiedliche Bedingungen für den Aufstieg in eine andere Liste sind demzufolge ebenfalls nicht diskriminierend.

109. Wegen des innovativen Leistungsangebotes in der teilstationären Chirurgie ist auch die provisorische Einteilung der Privatklinik Si-loah in die Liste A sachlich gerechtfertigt.

3.2.2 Erzwingung unangemessen tiefer Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

I. Erzwingung unangemessen tiefer Preise durch den Vertrag mit Anhang 1

110. Der Vertrag mit Anhang 1, der zum Aufstieg in die Kategorie B berechtigt, sieht vor, dass die Spitäler die Hotellerie- und die Pflegepauschale selber festlegen. Dieser Teil des Preises kann daher nicht unangemessen sein. Für die ärztliche Leistung wird der Tarif gemäss dem Spitalleistungskatalog (SLK) zuzüglich 55 % auf den Taxpunkt-wert festgelegt. Für sämtliche anderen Spitalleistungen erfolgt die Verrechnung auf der Grundlage des SLK und zusätzlich der Eidg. Analyseliste. Diese werden jedoch ergänzt und angepasst. Anhang 1 gilt im übrigen auch für den Vertrag mit Anhang 2, sofern keine Fallpreispauschalen festgelegt sind.

111. Infolge des ungenügenden verfügbaren Zahlenmaterials und fehlender Kostenrechnungsdaten stützte sich Visana auf Hilfsgrössen wie Vorgespräche mit Spitalern, Verträge in anderen Kantonen (SO, ZH) sowie auf die SLK-Tarife. Mit dieser Preisbestimmung will Visana verhindern, dass die Kosten pro Tarifpunkt durch die zuvor einseitige Festlegung der Tarife durch die Ärzteschaft unbegrenzt ansteigen. Um dieses Ziel zu erreichen, wurde den Spitalern im Vertrag mit Anhang 1 die Pflicht auferlegt zu garantieren, dass die Ärzte keine weitergehenden Forderungen an die Visana oder die Versicherten stellen (vgl. hierzu unten Kapitel B.3.2.d).

112. Die Verwendung der sog. „Kostenmethode“, d.h. Berechnung des Preises aufgrund der Gestehungskosten zuzüglich einer angemessenen Marge ist aufgrund des ungenügend verfügbaren Datenmaterials nur näherungsweise möglich. Man kann jedoch davon ausgehen, dass die Taxpunkte gemäss SLK im Durchschnitt kostendeckend sind. Für die ärztliche Leistung wird der Taxpunktwert 55 % über dem SLK-Wert angesetzt. Die Hotellerie- und Pflegepauschalen werden von den Privatspitälern selber festgelegt (bisher hat Visana eine solche Pauschale nie zurückgewiesen). Die anderen Leistungen werden mindestens gemäss SLK - i.d.R. aber besser - abgegolten.

113. Aus diesen Gründen ist die Festsetzung des Privatärztertarifes 55 % über dem SLK-Tarif nicht als unangemessener Preis im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

II. Erzwingung unangemessen tiefer Preise durch den Vertrag mit Anhang 2

114. Im Anhang 2 des Vertrages werden zusätzlich zu den bereits umschriebenen Regeln Fallpreispauschalen festgesetzt. Neben der Kosteneindämmung gemäss Anhang 1 kommt mit den Fallpreispauschalen gemäss Anhang 2 das Element der Mengenbeschränkung im Einzelfall hinzu. Der Arzt kann für einen bestimmten Eingriff nicht nach freiem Ermessen Leistungen erbringen, sofern er seine vollen Kosten vergütet erhalten will.

115. Die Pauschalen beinhalten die ärztlichen Leistungen, die Hotellerie- und Pflegepauschale sowie OP-Steuer, zusätzliche ärztliche Leistungen, Material und Medikamente. Nimmt man einen Durchschnitt von 500.— Franken für die täglichen Hotellerie- und Pflegepauschalen und den einem Fall entsprechenden Taxpunktwert (inkl. 55 %iger Zuschlag gemäss Anhang 1) an, so übertreffen sämtliche Pauschalen den auf diese Weise berechneten Preis. Die Differenz liegt im Schnitt bei 76 % des berechneten Preises. Diese Hilfsgrösse beinhaltet die oben erwähnten übrigen Kosten nicht, da diesbezüglich kein Datenmaterial vorliegt. Trotzdem ist die Differenz Indiz dafür, dass die Fallpreispauschalen nicht missbräuchlich sind.

116. Die vom Sekretariat durchgeführten Berechnungen weisen nicht darauf hin, dass es sich bei den geforderten Pauschalen tatsächlich um unangemessene Preise handelt. Dasselbe gilt für die vom VPSB eingereichten Berechnungen. Es wurden zwar für einzelne Behandlungen Einzelkalkulationen angestellt, die Unterdeckungen aufzeigten. Doch auch der VPSB hat eingeräumt, dass vereinzelt Kostenüberdeckungen festgestellt werden können.

117. Da in der Regel die jeweils grösste Kostenkomponente das Arzthonorar ist, wird bei einer allfälligen Kostenunterdeckung seine Einbusse die verhältnismässig grösste sein. Wenn nun der Arzt in einzelnen Fällen von diesem Taxpunktwert (der einen Spielraum von

55 % über SLK enthält) abweichen muss, so ist dies nach Auffassung der Wettbewerbskommission zumutbar, zumal auch Überdeckungen vorkommen. Abgesehen davon ist die Aufteilung der Fallpreispauschale Spital und Belegarzt überlassen.

118. Die Tatsache, dass die Fallpreispauschalen nur bei Spitälern der Liste A gefordert werden und die Versicherten grundsätzlich in die Liste B eingeteilt wurden, muss bei der Beurteilung dieser Preise angemessen berücksichtigt werden. Daher können an das Kriterium der Angemessenheit weniger hohe Anforderungen gestellt werden, als dies bei den Preisen nach Anhang 1 der Fall war.

119. Aus diesen Gründen sind die Fallpreispauschalen nicht als unangemessene Preise im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

3.2.3 Erzwingung sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

120. In den Verträgen mit Anhang 1 und 2 verlangt Visana von den Spitälern einen grösseren Verwaltungsaufwand, als dies früher üblich war. Die Privatspitäler rügen, dieser Mehraufwand sei missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG, da er nicht abgegolten werde.

121. Da der administrative Aufwand gemäss VESKA (heute H+) in die Hotelleriepauschale einfließt, und die Spitäler diese Pauschale selber bestimmen, kann kein Missbrauch vorliegen.

122. Der VPSB wirft Visana ferner vor, die Klausel, nach welcher die ICD-Codes 9 und 10 in der Rechnungsstellung angegeben werden müssen, führe zu einem Verstoss gegen das Datenschutzgesetz gefordert. Die Beurteilung dieser Problematik ist Sache des Datenschutzbeauftragten, nicht Gegenstand der kartellrechtlichen Beurteilung.

123. Ein detaillierteres Reporting und detailliertere Rechnungen, wie von Visana gefordert, sind angesichts der unübersichtlichen Kostenstrukturen und sozusagen nicht-existenten Grundlagen für einen zuverlässigen Kostenvergleich (vgl. Rz. 113) sachlich gerechtfertigt.

124. Der von den Privatspitälern in diesem Zusammenhang zusätzlich erhobene Vorwurf, Kostentransparenz wäre damit nur auf ihrer Seite gegeben, ist nicht relevant.

3.2.4 An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung

125. Der VPSB wirft der Visana im weiteren vor, dass die Klausel in Anhang 1, wonach das Spital garantieren muss, dass die Ärzte keine weitergehenden Forderungen an die Visana oder die Versicherten stellen, rechtswidrig sei. Der VPSB rügt, es handle sich dabei um einen Vertrag mit einer Behinderungswirkung zu Lasten Dritter und damit um eine vom Kartellgesetz nicht tolerierte Koppelungsbedingung.

126. Diese Klausel kann grundsätzlich im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG geprüft werden, da die Spitäler eine zusätzliche Garantieleistung erbringen müssen. Diese Garantieleistung kann zwar nicht als klassischer Koppelungstatbestand bezeichnet werden, welcher das Spital dazu zwingt, eine zusätzliche Leistung zu erbringen und so der Visana ermöglichen würde, Mitbewerber aus dem Markt zu drängen bzw. potentielle Konkurrenten den Marktzutritt zu verwehren (Verdrängungseffekt; vgl. Komm. KG – Dallafior, Art. 7 Rz 144 ff.). Dennoch können bei der Beurteilung dieses Tatbestandes ähnliche Kriterien angewandt werden.

127. Gemäss Botschaft sind Koppelungsgeschäfte nur dann unzulässig, wenn sie in keinem vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft stehen (BBl 1995 I 576/577). Da die Leistungen im relevanten Markt durch Spital und Arzt gemeinsam erbracht werden, stehen diese in einem sachlichen Zusammenhang. Versicherer kaufen ein Leistungspaket ein. Dieses beinhaltet sowohl Spital- als auch ärztliche Leistungen. Auch seitens des VPSB wird festgehalten, dass Belegärzte und Spitäler vom wirtschaftlichen Zweck her eine Einheit bilden. Leistungen im stationären und teilstationären Bereich werden von Arzt und Spital gemeinsam erbracht. Es ist daher nicht missbräuchlich, für dieses Leistungspaket auch nur eine Rechnung zu erwarten.

128. Die Forderung nach einer Garantie, dass der Belegarzt keine weiteren Leistungen in Rechnung stellt, begründet daher keine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG.

C. Schlussfolgerungen

129. Die Kooperation von Visana und CSS im Rahmen der Arcovita bewirkt keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

130. Die preisrelevante Abrede zwischen Visana und CSS führt weder zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs noch zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung.

131. Weder behindert Visana andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs noch benachteiligt sie die Marktgegenseite in unzulässiger Weise. Deshalb ist ihr Verhalten selbst dann nicht unzulässig, wenn man – entgegen den festgestellten Indizien - eine marktbeherrschende Stellung unterstellen würde.

D. Kosten

132. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2), welche am 1. April 1998 in Kraft getreten ist, ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

133. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht allerdings dann, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 lit. a KG-Gebührenverordnung).

134. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 9 KG-Gebührenverordnung erfolgt bei Verwaltungsverfahren, die wie in casu beim Inkrafttreten der Verordnung bereits hängig waren, die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, die vor dem Inkrafttreten getätigt worden ist, gestützt auf das bisherige Recht.

135. Als das bisherige Recht gilt die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041). Gestützt auf Art. 13 der genannten Verordnung kann die Wettbewerbskommission für den Erlass von Verfügungen Verfahrenskosten erheben.

136. Im vorliegenden Fall ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Untersuchung ohne vorgängige Durchführung einer Vorabklärung erfolgte. Wäre eine Vorabklärung durchgeführt worden, erscheint es aufgrund des definitiv festgestellten Sachverhalts eher als unwahrscheinlich, dass die Wettbewerbskommission eine Untersuchung eröffnet hätte. In diesem Fall wären keine Gebühren erhoben worden. Deshalb rechtfertigt es sich nicht, die Parteien als gebührenpflichtige Verursacher im Sinne der KG-Gebührenverordnung zu betrachten. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, welche nach dem Inkrafttreten der KG-Gebührenverordnung entstanden sind, werden folglich keine Kosten erhoben.

137. Zu berücksichtigen ist andererseits, dass das untersuchte Verhalten der Parteien keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Folglich werden gestützt auf das bisherige Recht für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der KG-Gebührenverordnung entstanden ist, ebenfalls keine Kosten erhoben.

138. Schliesslich ist der Antrag von Arcovita, Visana und CSS auf Entrichtung einer Parteientschädigung abzuweisen. Für das vorliegende nichtstreitige Verwaltungsverfahren sehen weder das VwVG und noch das KG sowie die gestützt darauf erlassenen Ausführungsbestimmungen die Entrichtung einer derartigen Entschädigung vor.

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Kooperationsvereinbarung und die preisrelevanten Abreden von Visana und CSS im Markt für HP-Vertriebsdienstleistungen sind keine unzulässigen Abreden im Sinne von Art. 5 des Kartellgesetzes.

2. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes durch Visana liegt nicht vor.
3. Die Untersuchung wird eingestellt.
4. Kosten
5. Parteientschädigung
6. Rechtsmittel
7. Eröffnet

B 2.2	2. Minolta
-------	-------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 1er mars 1999 concernant l'enquête sur le cas Minolta relatif à des prétendues pratiques illicites selon l'art. 7 LCart (Un recours contre la décision de la Commission de la concurrence est pendant.)

A. En fait

1. Felix S.A. (Nyon) s'est plainte auprès de la Surveillance des prix du fait que Minolta refuse de livrer des pièces de rechange. La Surveillance des prix a transmis le dossier au Secrétariat de la Commission de la concurrence (Secrétariat). Le 28 avril 1997, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable. Il a conclu à l'existence d'indices d'une position dominante et d'un abus au sens de l'article 7 LCart.
2. Le 7 juin 1997, le Secrétariat a ouvert une enquête en accord avec un membre de la présidence.
3. Minolta (Schweiz) S.A. (Minolta), Dietikon, est l'importateur exclusif pour la Suisse des appareils de photo de la marque Minolta. L'entreprise commercialise en outre des appareils de mesurage de la lumière et des couleurs (application industrielle et pour la photographie), des scanner 3D et des jumelles.
4. Le matériel photographique comprend notamment les appareils réflex, les compacts, les appareils digitaux, les jumelles et les appareils de mesure de la lumière et des couleurs. Les produits photographiques sont distribués en Suisse par l'intermédiaire de centaines de représentants officiels de la marque, dont la taille varie du simple photographe aux grands distributeurs.

5. Les appareils Minolta sous garantie sont réparés directement par Minolta. Minolta, à l'instar d'autres marques, ne sous-traite pas ses réparations sous garantie. Les appareils hors garantie peuvent être et sont pour une faible partie réparés par des réparateurs indépendants.

6. Le cheminement d'un appareil qui doit être réparé est essentiellement le suivant: le client apporte l'appareil généralement à l'endroit où il l'a acheté; la grande majorité des détaillants contactés envoie par la poste l'appareil directement chez Minolta, qui le retourne chez le détaillant également par la poste. D'autres voies sont possibles: une infime minorité des consommateurs envoie leur appareil directement chez Minolta; une minorité de détaillants confie les appareils à réparer à des réparateurs indépendants (surtout en Suisse romande): ces derniers, soit viennent chercher directement les appareils chez les détaillants, soit les reçoivent par la poste.

7. Si un réparateur ne peut réparer un appareil qui lui a été confié par un détaillant, il l'envoie au fabricant, qui le lui retourne. A cet égard, le montant des réparations facturées aux réparateurs par Minolta représente le 1.26 % du chiffre d'affaires total des réparations effectuées par Minolta. Ainsi, par exemple, Felix SA indique qu'en 1997 des appareils à réparer ont été transmis à Minolta pour un montant de 11'141 francs. Selon Minolta, la part des réparations facturées aux réparateurs a toujours été insignifiante. Par ailleurs, elle indique que les réparateurs transmettent 9 mandats de réparation sur 10 à Minolta par manque de connaissances techniques.

8. Minolta indique que ses principaux concurrents (Canon, Pentax, Nikon, Olympus) disposent de leur propre service de réparation, la plupart des réparations étant donc effectuées par le fabricant même. En revanche, parmi les concurrents les plus petits, certains ne disposent pas d'un tel service, les réparations étant donc effectuées par les réparateurs indépendants.

9. Minolta vend depuis plusieurs années des pièces de rechange. L'entreprise a notamment livré les réparateurs suivants: Felix Service S.A. (Nyon), Schupbach Ceraphot S.A (Givrins), Karl Ziegler AG (Volketswil), Walter Baumgartner (Zurich). Minolta ne vend pas des pièces électroniques (en raison des connaissances spécifiques requises), mais uniquement des pièces mécaniques. Minolta indique que pour l'année 1996, elle a livré des pièces de rechange mécaniques aux réparateurs indépendants pour un chiffre d'affaires total de 2'792 francs, dont 1'468 francs à Felix SA.

10. Les pièces de rechange Minolta sont distribuées aux succursales européennes Minolta depuis une centrale sise à Ahrensburg en Allemagne. Les pièces de rechange pour un modèle sont disponibles pendant environ 10 ans pour les appareils réflex. Selon Minolta, il est possible d'obtenir des pièces de rechange Minolta auprès des filiales Minolta en Europe, ainsi qu'auprès de plusieurs sources aux Etats-

Unis. Les réparateurs soulignent que cette possibilité se traduit par des temps de livraison trop longs et des coûts trop élevés.

11. Il n'est pas rentable, ni la plupart du temps possible à cause des connaissances techniques requises, de fabriquer des pièces de rechange Minolta. De plus, Minolta ne délivre pas d'information sur la manière de réparer les appareils en raison des connaissances très spécifiques qui sont requises et qui obligent Minolta à former continuellement ses propres techniciens.

12. En janvier 1997, Minolta a informé par écrit les réparateurs cités au point 9 qu'elle ne livrerait plus de pièces de rechange mécaniques pour la réparation d'appareil photo Minolta. Minolta a par la suite adressé une circulaire aux détaillants leur enjoignant de ne plus confier la réparation d'appareil Minolta hors garantie à des réparateurs. Il peut être constaté que Minolta ne discrimine pas les réparateurs car le refus de livraison est général, c'est-à-dire il s'applique à tous les réparateurs avec qui elle était en relation commerciale.

13. Felix SA indique que Minolta France livre les schémas et toutes les pièces de rechange, mécaniques et électroniques, aux ateliers agréés. Pour être tels, il est nécessaire de remplir certains critères tels que des cours de formation et l'achat d'instruments spécifiques. S'agissant de Felix SA, il a été désigné atelier agréé pour les appareils photographiques par les marques Hasselblad, Angenieux, Kodak, Bauer et Nikon.

14. Minolta Suisse fait état de plaintes de clients pour des réparations qui n'ont pas été effectuées par Minolta. Selon Minolta, le nombre des plaintes se serait monté à 40 en 1994, 50 en 1995 et 60 en 1996. Toutefois, la teneur, le nombre exact et la provenance des plaintes ne peuvent être connus car ni les parties, ni les détaillants contactés ne tiennent de statistiques fiables des plaintes des consommateurs. Minolta a fait parvenir au Secrétariat des prises de position écrites du directeur et du chef du service après-vente attestant l'existence de ces plaintes. La Commission de la concurrence considère que ces allégations ne sont pas prouvées. Les détaillants contactés quant à eux ne citent que rarement l'existence de plaintes.

15. Selon Minolta, les clients feraient un lien direct entre le fabricant et la qualité de la réparation, le client partant de l'idée que c'est Minolta qui fait la réparation. Dans la plupart des cas c'est en effet le commerçant qui choisit le lieu de réparation sans en informer le client.

16. La plupart des détaillants qui envoient des appareils chez des réparateurs ont indiqué qu'il n'existait pas de différence entre la qualité des réparations de Minolta et du réparateur ou qu'une comparaison n'était pas possible. Sans les décrire, des détaillants ont affirmé que des différences existent toutefois en ce qui concerne les prix et les délais de réparation. Un détaillant a affirmé que les réparations de

Minolta sont meilleures que celles des réparateurs au niveau des prix et des délais.

17. Malgré le fait que la plupart des détaillants semble ne voir aucune différence dans la qualité de la réparation, seulement une minorité des détaillants s'adresse directement aux réparateurs. Ceci confirme les chiffres indiqués sous point 7. Certains d'entre eux ont indiqué qu'ils s'adressent aux réparateurs surtout pour les anciens appareils Minolta.

18. Minolta indique que l'intermédiation du réparateur conduit à un prix final de réparation plus élevé en raison des marges et des frais d'envois supplémentaires supportés par le client.

19. Plusieurs questionnaires ont été envoyés à des détaillants choisis au hasard, de différentes tailles et répartis dans les trois régions linguistiques de la Suisse, ainsi qu'aux réparateurs indépendants cités au point 9.

20. Le 1er juillet 1998, un projet de décision a été soumis aux parties pour prise de position. Suite à la prise de position des parties, le Secrétariat a procédé à des mesures d'enquête supplémentaires.

B. En droit

1 Champ d'application

21. La loi sur les cartels (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 LCart).

1.1.a Entreprise

22. On entend par entreprise toute entité 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. Les entreprises en question tombent dans le champ d'application de la LCart.

1.1.b Entreprise en position dominante

23. On entend par entreprise dominant le marché, 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.

24. La constatation d'une position dominante suppose la détermination préalable du marché de référence.

I Le marché de référence

25. Le marché de référence a une dimension matérielle (marché des produits) et une dimension territoriale (marché géographique).

a Marché des produits

26. 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 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

27. Dans l'enquête présente, il se pose la question de savoir si le marché doit être défini comme étant le marché pour la réparation d'appareils de photo Minolta, ou si, en raison des interdépendances existantes entre l'achat d'un appareil de photo et les services après-vente y relatifs, il est possible de définir le marché des produits comme étant un marché-système.

28. S'agissant de la vente d'appareils photographiques, Minolta fait face à un nombre important de concurrents. Les produits des différentes marques, tout en étant différenciés, sont destinés au même usage et par là substituables. Dans ces circonstances, la concurrence peut se manifester non seulement de manière directe sur le marché des équipements principaux mais aussi de manière indirecte au niveau du service après-vente. Il se pose alors la question de savoir si le marché des équipements est en mesure de discipliner le comportement de l'entreprise dans l'offre de services après-vente.

29. Le comportement de l'entreprise dans les marchés en aval est discipliné lorsque, si elle essaie de facturer ses services de manière « abusive », autrement dit à un prix supérieur aux prix pratiqués pour les services comparables par les autres marques, il s'en suit une diminution des achats des consommateurs des équipements de la marque en question.

30. Lorsque cet effet disciplinant a lieu, il convient de considérer le marché des produits comme étant un marché-système sur lequel les appareils photographiques et les services après-vente y relatifs forment un produit composé et par conséquent un seul marché de référence.

31. Dans le cas présent, la durée de vie du produit, la fréquence des réparations, le coût des réparations, la transparence et le comportement des concurrents plaident en faveur d'une telle délimitation du marché :

a) La durée de vie du produit est, parmi d'autres, un facteur qui permet d'évaluer si les consommateurs sont en mesure de sanctionner le marché des équipements lors d'un abus dans l'offre de services après-vente.

Les appareils de photo Minolta ont une durée de vie moyenne qui s'élève à 10-15 ans. Minolta indique que la durée de vie d'un appareil

moderne est rarement supérieure à 15 ans en raison de l'importance croissante des pièces électroniques.

Une telle durée de vie paraît être relativement longue. En raison de cette durée de vie, il peut toutefois être estimé que chaque année environ 10% des clients doivent changer d'appareil de photo car celui-ci est devenu obsolète ou inutilisable. Il faut s'attendre à ce que cette proportion soit encore plus importante à cause des réparations qui, souvent, accélèrent la décision de remplacement de l'appareil. Dès lors, chaque année au moins 10% des clients deviennent des acheteurs potentiels informés des conditions existantes sur le marché des services après-vente et devant décider si acheter un appareil Minolta ou un appareil d'une autre marque.

b) S'agissant de la fréquence des réparations, Minolta indique que pendant la période de garantie, c'est-à-dire dans l'année suivant l'achat, environ 5% des appareils vendus doivent être réparés. En revanche, entre la deuxième et la dixième année de vie, environ 50% des appareils doivent être réparés au moins une fois.

c) Les factures de réparation à disposition du Secrétariat montrent que les coûts liés à la réparation d'appareils Minolta sont relativement importants. En moyenne, ceux-ci varient entre 100 et 200 francs pour des appareils de photo dont le prix peut varier entre une centaine de francs et quelques milliers de francs. De tels coûts de réparation peuvent induire certains consommateurs à remplacer leur équipement plus tôt.

d) La transparence du marché, autrement dit la qualité de l'accès à l'information dont disposent les clients existants et potentiels, peut rendre ces clients plus ou moins captifs. Dans le cas présent, les détaillants jouent un rôle fondamental dans la mesure où ils renseignent les nouveaux clients sur les particularités de l'appareil en question et ses services après-vente. Le détaillant accroît la transparence du marché : il découragera tout acheteur potentiel d'acheter une marque qui offre un service après-vente anormalement cher. Par ailleurs, le détaillant, contrairement à la majorité des consommateurs, dispose de connaissances techniques. L'intermédiation du détaillant permet au consommateur d'être informé; ce dernier ne doit donc pas supporter des coûts d'acquisition de l'information importants.

Il convient en outre de mentionner que le détaillant doit défendre son image. Il est dès lors dans son intérêt de conseiller valablement le client.

e) On constate que les concurrents de Minolta les plus importants disposent de leur propre service de réparation. Par ailleurs, il existe une tendance de la part d'autres marques (cf. point 13) à désigner des ateliers agréés et à lier ces derniers par des contrats. Pour être agréé,

le réparateur devra suivre des cours de formation et procéder à des investissements spécifiques à la marque.

32. Les éléments qui précèdent ont conduit la Commission de la concurrence à la conclusion que la concurrence qui règne sur le marché des équipements est en mesure de discipliner le comportement de Minolta dans l'offre de services après-vente. En effet, en raison de la durée de vie des appareils, de la fréquence des réparations, de l'importance des coûts de réparation et de la transparence pourvue par les détaillants, il n'est pas dans l'intérêt de Minolta de se comporter de manière « abusive » dans l'offre de services après-vente, car elle risquerait d'être sanctionnée par une diminution des ventes de ses appareils au profit des autres marques.

33. Le service après-vente a en effet une influence importante sur la capacité de fidélisation du client et sur la capacité d'attirer des clients potentiels. Ainsi, un service après-vente avec un rapport qualité-prix satisfaisant contribue au maintien et à l'amélioration de l'image et de la réputation de la marque.

34. Compte tenu de ce qui précède, la Commission de la concurrence définit le marché des produits comme étant un marché système : les appareils photographiques des différentes marques et les services après-vente y relatifs forment un produit composé et par conséquent un seul marché de référence.

b Marché géographique

35. 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 (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

36. Il n'existe en Suisse aucun producteur d'appareils photographiques. Toutefois, le consommateur fait face à un nombre importants de détaillants, à la fois des petits magasins régionaux spécialisés et de gros détaillants vendant toutes marques dans toute la Suisse. Les conditions de concurrence sur l'ensemble du territoire suisse sont donc suffisamment homogènes.

37. Il serait aussi possible de considérer les achats effectués à l'extérieur du territoire suisse (lors de séjours à l'étranger). Bien qu'une définition plus large du marché n'est pas à exclure, elle n'est pas relevante pour le cas en question car elle n'influence pas les considérations qui suivent.

38. Au vu de ce qui précède, le marché géographique peut être limité à la Suisse.

II Position sur le marché

39. Concernant les ventes d'appareils de photo, Minolta détenait en 1998 une part s'élevant à 24%. Minolta fait face à un nombre impor-

tant de concurrents (entre 15 et 20). Etant donné que le marché des produits est défini comme étant un marché-système, il convient de considérer que la part des ventes d'appareils photographiques correspond à la part sur le marché-système.

40. Au vu de ce qui précède, Minolta ne détient pas de position dominante sur le marché-système. Son comportement ne soulève dès lors pas de problèmes d'un éventuel abus de position dominante.

1.2 Prescriptions réservées

41. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (art. 3 al. 2 LCart).

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

C. Dispositif

La Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et le développement qui précède, décide que:

1. Minolta ne détient pas de position dominante sur le marché de référence au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart. Dès lors, le refus de Minolta de livrer des pièces de rechange mécaniques aux réparateurs ne constitue pas une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart.
2. Emoluments
3. Voies de droit
4. Notification

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. BAT - Rothmans

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

Résumé

L'opération, notifiée le 3 mars 1999, avait pour objet la concentration des activités de production de tabac des deux entreprises British American Tobacco plc (ci-après BAT), sise à Londres, et Rothmans International B.V. (ci-après Rothmans), sise à Amsterdam.

Les deux entreprises sont actives dans la production de cigarettes et, de manière marginale, dans celle de tabac à rouler. Les deux entreprises sont présentes au niveau mondial. Au niveau de la Suisse, Rothmans était le second plus grand producteur de cigarettes, BAT le quatrième. La nouvelle BAT allait occuper la seconde place, avec des parts de marché d'environ 40%, derrière le leader Philip Morris, dont les parts de marché en Suisse s'élèvent à environ 46%.

Les particularités du marché mondial des cigarettes sont largement reflétées sur le marché suisse. En effet, les cigarettes, indépendamment de leur marque, présentent des caractéristiques semblables. Cependant, le paramètre concurrentiel influençant le plus fortement le choix du consommateur repose dans l'image que transmet la marque choisie. A ce niveau-là, la marque Marlboro, produite par Philip Morris, est le leader incontestable sur le continent européen. Sa forte expansion au détriment de ses concurrents dans les dernières années provoque des consolidations dans l'industrie, comme la concentration de BAT et Rothmans et celle de RJ Reynolds, le troisième producteur en Suisse, et Japan Tobacco, qui s'allient afin de renforcer leur position mondiale.

Ayant observé des différences de prix très faibles entre les différentes marques sur le marché, le secrétariat a fait des recherches afin de comprendre la cause de ce phénomène. Les informations recueillies ont permis de constater que les impôts représentent environ 60% du prix d'un paquet de cigarettes, ce qui rend une concurrence par les prix peu efficace. En effet, une variation importante du prix de vente de la part du producteur ne serait répercutée qu'en partie sur le prix final à la consommation et donc difficilement ressentie par le consommateur. Par ailleurs, tous les acteurs du marché, dont notamment les gros clients des producteurs de tabac, s'accordent à dire

qu'une forte concurrence s'exerce entre les marques et que l'image de marque est effectivement le facteur décisif pour le choix du consommateur. Cette concurrence est d'ailleurs perceptible à travers le grand nombre de lancements de nouvelles marques ou de nouveaux types de cigarettes d'une marque déjà connue (Camel Red, Philip Morris Ultra Light, Marlboro Ultra Light, pour ne citer que quelques exemples).

Dans cet environnement de concurrence inter-marques, il était peu probable que la fusion BAT / Rothmans soit en mesure de créer ou renforcer une position dominante.

En outre, la question d'un éventuel danger de collusion entre les grands fabricants de cigarettes a aussi pu être écartée. En effet, hormis la concurrence que se livrent les différentes marques, le marché du tabac est marqué par des structures asymétriques des entreprises productrices, ainsi que par une vive dynamique, dont témoigne notamment la forte croissance de Philip Morris au détriment de ses concurrents (voir aussi la décision de la Commission Européenne du 17 mars 1999, réf. IV/M 1415, par laquelle la Commission estime que l'opération ne soulève pas de problème au niveau du droit européen de la concurrence).

Sur la base de ces considérations, la Commission de la concurrence a estimé que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi de l'opération de concentration BAT / Rothmans n'étaient pas remplies et a autorisé sa réalisation le 30 mars 1999.

B 2.3	2. Panalpina - Jacky Maeder
-------	------------------------------------

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

Zusammenfassung

Am 29. April 1999 wurde der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Panalpina Welttransport (Holding) AG ("Panalpina") und Jacky Maeder Holding AG ("Jacky Maeder") eingereicht. Die Panalpina beabsichtigt, 100% der Aktien der Jacky Maeder von der SAirLogistics AG zu übernehmen. Die heute von Jacky Maeder gehaltenen Beteiligungen in Asien werden gleichzeitig an einen Dritten (Hans Geis Cargo JM International GmbH, Bad Neustadt, Deutschland) verkauft. Panalpina wird nach dem Vollzug des Geschäfts die alleinige Kontrolle über Jacky Maeder ausüben.

Für die Beurteilung des Zusammenschlusses ergaben sich die relevanten Märkte Luftfracht Import, Luftfracht Export, Seefracht Import und Seefracht Export, wobei unter "Import" der Transport in die Schweiz und unter "Export" der Transport aus der Schweiz verstanden wird. Aufgrund der gemeldeten Marktanteilsangaben, welche sich auf Statistiken der IATA (International Air Transport Association) und auf Schätzungen der Unternehmen stützen, ist nur der Markt für Luftfracht Exporte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vom Zusammenschluss betroffen. Panalpina und Jacky Maeder weisen bei den Luftfrachtexporten aus der Schweiz vor dem Zusammenschluss rund 19% bzw. gut 16% Marktanteil auf, was einen kumulierten Marktanteil von 35% ergibt.

Der Luftfrachtmarkt gilt generell als Wachstumsmarkt. Zwischen 1990 und 1998 wuchs der Markt um jährlich rund 7%. Prognosen sagen auch für die kommenden Jahre ähnliche Wachstumsraten voraus. In der Schweiz nimmt Panalpina im Markt für Luftfrachtexporte nach dem Zusammenschluss eine führende Stellung ein. Grösste Konkurrentin ist Danzas (ca. 11% Marktanteil), welche nach der Übernahme durch die Deutsche Post die eigene Wettbewerbsposition weiter stärken konnte. Da das Datenmaterial aus dem Jahr 1997 stammt, werden diese Auswirkungen noch nicht berücksichtigt. Daneben sind im Markt für Luftfrachtexporte rund 90 Anbieter tätig, wobei die hinter Panalpina grössten sechs Anbieter einen Marktanteil von 26% aufweisen.

Der gesamte Speditionsmarkt bewegt sich in einem ausgesprochen internationalen Umfeld. Bei einer Betrachtung, welche nicht nur die Speditionsdienstleistungen aus der bzw. in die Schweiz umfasst, weist der Markt auf Angebotsseite eine nahezu atomistische Struktur auf. So erreichen die grössten Unternehmen weltweit Marktanteile von 4-5% und die sechs grössten Unternehmen zusammen einen Marktanteil von knapp 21% (Panalpina: 3.8%; Jacky Maeder: 0.5%).

Für potentielle Konkurrenten bestehen kaum Markteintrittsbarrieren. In der Schweiz können denn auch viele Marktein- und -austritte festgestellt werden. So sind vom Verband schweiz. Speditions- und Logistikunternehmen alleine in den letzten fünf Jahren über 30 Markteintritte verzeichnet worden. Drei davon sind Niederlassungen von weltweit tätigen Unternehmen. Die grösste Gefahr für etablierte Unternehmen droht von potentiellen Konkurrenten, welche in benachbarten räumlich relevanten Märkten tätig sind. Diese können jederzeit und ohne grossen Zusatzaufwand einen rasch zu verwirklichenden und nachhaltigen Markteintritt ins Auge fassen.

Insgesamt ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG).

B 2.3	3. Renault - Nissan
-------	----------------------------

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

Zusammenfassung

Dieses Zusammenschlussvorhaben ist wettbewerblich in weiten Teilen gleich zu beurteilen wie der Zusammenschluss Daimler - Chrysler (RPW 1998/3, 418 – 420). Dies gilt für die Bereiche Personenwagen, Nutzfahrzeuge, Ersatzteile und Vertriebsnetz.

Betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU ist einzig ein Teilmarkt aus dem Markt „Mehrzweckfahrzeuge“, nämlich die „Assimilés Véhicules Passagers“ (Renault Express u.ä.). Da es sich nur um einen Teilmarkt handelt und der Zusammenschluss den Marktanteil nur marginal verändert, da zudem der Marktanteil von Jahr zu Jahr sehr stark schwankt, bestehen auch hier keine wettbewerblichen Bedenken. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer Prüfung waren deshalb nicht gegeben.

B 2.3	4. ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA
-------	---

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

Zusammenfassung

Die ABB Handels- und Verwaltungs AG und die Alstom SA beabsichtigen, das Gemeinschaftsunternehmen ABB Alstom Power NV zu gründen. Beide Unternehmen sind im Bereich der Turbinen-Technik tätig. Betroffen vom Zusammenschluss sind die Märkte für Gasturbinen > 10 MW, Dampfturbinen < 70 MW, Hydrogeneratoren und fossilgefeuerte Boiler, auf denen die Beteiligten sehr grosse Marktanteile halten. Der Zusammenschluss bewirkt auf dem schweizerischen Markt einzig im Bereich der Hydrogeneratoren eine Marktanteilsaddition, die jedoch unter 1 % liegt.

Angeichts der grossen und wirtschaftlich starken Konkurrenten der zukünftigen ABB Alstom Power NV, wie z.B. General Electric, Mitsubishi, Siemens/Westinghouse und angesichts der wirtschaftlichen Stärke der Nachfrager, die meistens grössere Gemeinwesen sind, kann

diese Marktanteilsaddition vernachlässigt werden. Die gegenwärtigen Marktanteile allein sagen hier zudem wenig aus, da diese Investitionsgüter in unregelmässigen Abständen beschafft werden, was vorübergehend zu sehr grossen Marktanteilen führen kann (vgl. dazu RPW 1997/4 535 i.S. Adtranz CH). Die Beschaffung erfolgt zudem auf dem Weltmarkt.

Auf Grund der Ergebnisse der vorläufigen Prüfung waren die Voraussetzungen zur Einleitung des Prüfungsverfahrens daher nicht gegeben.

B 2.3

5. La Tribune de Genève (Edipresse) - SDP
--

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

Résumé

Le 11 février 1999, le secrétariat a reçu une notification portant sur l'acquisition par la Tribune de Genève SA ("La Tribune"), contrôlée par Edipresse SA ("Edipresse"), de la totalité du capital-actions de la société Serge Dournow Presse SA ("SDP").

SDP est une société anonyme éditant huit journaux de quartier dans la région genevoise. Ces journaux, qui paraissent de 8 à 10 fois par an, ont un tirage allant de 11'000 à 25'600 exemplaires. Le contenu de ces journaux, distribués gratuitement, a un caractère publicitaire très prononcé (annonces des commerces et associations de quartier). La partie "rédactionnelle", extrêmement limitée, ne concerne que des événements à caractère local (événements organisés par les associations sportives, religieuses, culturelles de quartier). La Tribune est un quotidien d'analyse de la région genevoise. Son contenu, à caractère régional, développe également une information supra-régionale. Du point de vue des annonceurs, la Tribune revêt une importance correspondante.

Dès lors que l'opération de concentration concerne des entreprises actives sur des marchés voisins et qu'il a par ailleurs été constaté dans une décision passée en force que l'une d'entre elles détient une position dominante (DPC 1998/1, p. 40), elle est soumise à l'obligation de notifier en vertu de l'article 9 alinéa 4 LCart. L'opération n'est cependant pas à l'origine de modifications structurelles déterminantes du point de vue de l'art. 10 LCart. En effet, pour ce qui est du marché des lecteurs, l'acquisition de SDP par la Tribune ne procure pas de parts de marché supplémentaires à cette dernière, puisque la partie rédactionnelle de SDP ne revêt qu'une importance marginale. Par ailleurs,

pour ce qui est du marché des annonces, les deux journaux offrent des espaces publicitaires à des annonceurs différents, notamment en raison de leurs périodicités et de leurs diffusions géographiques respectives. L'opération de concentration n'est donc pas en mesure de conduire à une addition de parts de marché.

Sur la base des résultats de l'examen préalable, la Commission de la concurrence a établi le 3 mars 1999 que l'opération ne soulevait aucune objection et que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi n'étaient donc pas remplies.

B 2

6. Empfehlungen Préavis Preavvisi

B 2.6

1. Pachtverträge über die Aussenwerbung

Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI

Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen

A. Einleitung

1. In der Presse sind in letzter Zeit vermehrt Berichte über die Praxis der Gemeinwesen betreffend Pachtverträge für die Aussenwerbung erschienen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist mit mehreren Anfragen diesbezüglich befasst worden. Es wurde insbesondere geltend gemacht, dass die mit den Pachtverträgen erteilten Konzessionen zum Teil ohne Publikation vorgenommen wurden oder geplante neue Konzessionserteilungen nicht publiziert werden sollen. Ausserdem wurde darauf hingewiesen, die Vertragsdauer sei jeweils zu lange. Zudem würden die Pachtverträge Bestimmungen wie stillschweigende Vertragserneuerungen und Optionsklauseln enthalten, welche den Wettbewerb auf sehr lange Zeit hinaus in ungerechtfertigter Weise ausschliessen.

2. Die Kartellkommission hat 1982 einen "Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Aussenwerbung" verfasst¹. Sie hat den Gemeinden damals empfohlen, "bei der Vergabe von Werbepachtverträgen keine Optionsklauseln anzunehmen und ein öffentliches Submissionsverfahren durchzuführen." Der Allgemeinen Plakatgesellschaft hat sie nahegelegt, "künftig bei neuen oder der Erneuerung von bestehenden Pachtverträgen auf die Verwendung einer Optionsklausel zu verzichten"². Unter dem neuen KG von 1995 hat sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit der Aussenwerbung im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag von Stadt und Kanton Genf mit der Allgemeinen Plakatgesellschaft befasst³. Die Wettbewerbskommission hat sich aus binnenmarktrechtlicher Sicht ebenfalls 1997 dazu geäußert⁴. Die Empfehlungen ergehen in Fortführung dieser Bemühungen und richten sich in allgemeiner Art an Gemeinwesen, welche mit Aussenwerbeunternehmen Pachtverträge über die Aussenwerbung abschliessen.

3. Im Sekretariat sind zur Zeit Abklärungen betreffend die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Vorschriften des KG auf diese Pachtverträge im Gange. Im Vordergrund steht die Frage, ob im Zusammenhang mit den Pachtverträgen eine missbräuchliche Verhaltensweise von Seiten der Gemeinwesen oder einzelner Aussenwerbeunternehmen vorliegt. Diese Arbeiten werden unabhängig von diesen Empfehlungen weiter geführt.

B. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)

4. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist es vollumfänglich anwendbar⁵. Das BGBM richtet sich gegen Marktzugangsbeschränkungen im öffentlichen Recht von Bund, Kantonen und Gemeinden.

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung des Gesetzes durch Bund, Kantone, Gemeinden sowie anderer Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben. Sie kann ferner Untersuchungen durchführen

¹ Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Aussenwerbung, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, VKKP 1982 Heft 4, S. 235 ff., (Bericht Kartellkommission).

² Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 267f.

³ RPW/DPC 1997/2 S. 132 ff.

⁴ RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff.

⁵ SR 943.02. Die Rechtsschutzbestimmungen in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind auf den 1. Juli 1998 hin in Kraft gesetzt worden. Mit diesem Datum endet auch die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 11 Abs. 1 BGBM, AS 1996 1738, 1742.

und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM).

1 Die Anwendbarkeit des BGBM

6. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM fallen sämtliche Auslagen von Kantonen, Gemeinden oder anderen Trägern öffentlicher Aufgaben, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, unter das BGBM (vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM, Art. 2 Abs. 2 BGBM und Art. 11 Abs. 2 BGBM: ". . . und andere Träger öffentlicher Aufgaben"). Erfasst werden somit sämtliche Beschaffungen, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, unabhängig vom Beschaffungsvolumen, von Schwellenwerten oder von der Art der Beschaffung⁶.

7. Die Pachtverträge der Gemeinwesen mit Aussenwerbegesellschaften betreffend Aussenwerbung weisen Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens auf. Die konzessionierten Unternehmen nehmen öffentliche Aufgaben der Gemeinwesen wahr (z. B. zeitliche und tarifmässige Vorzugsbehandlung der politischen Werbung, Anschlagens der offiziellen Militärplakate, Plakatstellen für kulturelle Werbung) und nehmen dabei zum Teil für die Gemeinden erhebliche Investitionen vor (Aufstellen von Busunterständen, Bau und Unterhalt von öffentlichen Toiletten, etc.)⁷. Art. 5 BGBM ist daher auf die Pachtverträge anwendbar, im Rahmen derer öffentliche Aufgaben übernommen und Investitionen für die Gemeinwesen getätigt werden.

8. Die Pachtverträge können für die Gemeinwesen gleichzeitig eine Einnahmequelle darstellen. Dies spricht jedoch nicht gegen die Anwendbarkeit des BGBM. Die Übernahme der öffentlichen Aufgaben und die Investitionstätigkeiten durch die Aussenwerbegesellschaften erfolgen im Austausch mit der Verleihung des ausschliesslichen Rechts zur Bewirtschaftung des öffentlichen Grundes für die Aussenwerbung. Der wirtschaftliche Wert der Konzession überwiegt dabei den Geldwert der Aufwendungen der Aussenwerbegesellschaften, so dass für die Gemeinwesen aus den Pachtverträgen ein Ertrag resultiert. Würden die Aufgaben von Unternehmen übernommen, ohne dass sie eine Konzession erhielten, so hätten die Gemeinwesen für diese Leistungen entsprechend zu bezahlen, was ohne Zweifel als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist.

⁶ ATF 125 II 86 ff., considérant 1 c; Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998, RPW/DPC 1998/2 S. 336 ff., Ziffer 9 S. 338.

⁷ Vgl. Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 252, Fn. 12.

2 Die Mindestanforderungen des BGBM an das Submissionswesen von Kantonen und Gemeinden

9. Das BGBM enthält für das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden verbindliche Mindestvorschriften. Es sind dies:

- Die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (Art. 5 i.V.m. Art. 3 BGBM),
- die Publikation umfangreicher Vorhaben sowie der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren (Art. 5 Abs. 2 BGBM), und
- die Vorschrift, dass Beschränkungen des Marktzuganges in Form von Verfügungen zu erfolgen haben (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsieht (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

10. Von diesen Minimalanforderungen darf nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM abgewichen werden. Die Beschränkungen müssen demnach gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Ferner dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Das BGBM stellt demnach keine detaillierten Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auf, sondern dient der Durchsetzung des diskriminierungsfreien Marktzuganges.

C. Die Pflicht zur Publikation von Pachtverträgen betreffend Aussenwerbung

11. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sind umfangreiche Vorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag zu publizieren. Der Begriff "umfangreich" ist im Zusammenhang mit den Mindestanforderungen von Art. 5 in Verbindung mit Art. 3 BGBM zu interpretieren und verweist auf die Vergabeverfahren. Das offene Vergabeverfahren ist aus Sicht des diskriminierungsfreien Marktzugangs und des Wettbewerbs gegenüber dem Einladungsverfahren oder der direkten Vergabe zu bevorzugen.

12. Die Aufwendungen der Aussenwerbegesellschaften für die Investitionen und die Übernahme der öffentlichen Aufgaben für die Dauer von bis zu 12 Jahren können einen Wert von mehreren Millionen Franken betragen. Es handelt sich somit um umfangreiche Vorhaben im Sinne des BGBM. Die Gemeinwesen sind gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet, bezüglich der Verpachtung des öffentlichen Grundes zu Zwecken der Aussenwerbung ein offenes Verfahren

durchzuführen und sämtliche Kriterien für Teilnahme und Zuschlag in der Publikation aufzuführen⁸.

13. Werden diese Pachtverträge über die Aussenwerbung auf dem öffentlichen Grund der Gemeinwesen nicht im Wettbewerb vergeben, so stellt dies eine Beschränkung des Marktzuganges nach Art. 9 Abs. 1 BGBM dar. Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, welche bei der Vergabe nicht berücksichtigt worden sind, haben das Recht auf den Erlass einer Verfügung, welche bei einer verwaltungsunabhängigen kantonalen Beschwerdeinstanz angefochten werden kann. Dieser Entscheid kann allenfalls mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 9 Abs. 2 BGBM)⁹.

D. Die Dauer der Pachtverträge, die stillschweigende Erneuerung und die Optionsklausel

14. Gemäss den Darstellungen in den schriftlichen Eingaben und in der Presse haben die Pachtverträge eine Vertragsdauer, die zum Teil zwölf Jahre erreichen kann. Zudem sind sie mit Klauseln über die stillschweigende Erneuerung versehen, wonach der Pachtvertrag für weitere 5 Jahre dauern soll, sofern er nicht eineinhalb Jahre vor Ablauf gekündigt wird. Ergänzt wird diese Regelung durch sogenannte Optionsklauseln, wonach der Aussenwerbegesellschaft bei einer Neuverpachtung des Anschlagsrechts bei gleichen Bedingungen das Vorzugsrecht gegenüber andern Aussenwerbegesellschaften zusteht.

15. In den Pachtverträgen räumen die Gemeinwesen den Aussenwerbegesellschaften das Alleinrecht für den Anschlag von Plakaten und anderen Formen der Aussenwerbung ein. Das betreffende Unternehmen verfügt auf dem Gebiet des Gemeinwesens für die Dauer des Vertrages über ein Monopol betreffend die Aussenwerbung, da Drittunternehmen der Marktzugang verwehrt wird.

1 Angemessene Dauer der Pachtverträge

16. Aus Sicht des Binnenmarktes und aus wettbewerblicher Sicht sind eine solche Marktzugangsbeschränkung und damit Monopolisierung der Aussenwerbung auf dem Gebiet des Gemeinwesens nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig. Insbesondere ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren. Die Einräumung eines ausschliesslichen Rechts sowie die Dauer der Pachtverträge müssen aus betriebswirtschaftlichen Gründen (z. B. Amortisation von Investitionen, Pachtzins) angezeigt und den Verhältnissen angemessen sein. Geht die Laufzeit der Pachtvertrages über die aus betriebswirtschaft-

⁸ Vgl. RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff., 215.

⁹ Vgl. RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff., 214.

lichen Gründen angezeigte Dauer hinaus, so liegt für die zu lange Zeitdauer eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung vor.

2 Keine stillschweigende Erneuerung

17. Klauseln betreffend die stillschweigende Vertragserneuerung verhindern, dass nach dem ordentlichen Vertragsablauf eine Publikation durchgeführt und den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern die Möglichkeit gegeben wird, sich um den Pachtvertrag zu bewerben. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission schliesst eine stillschweigende Vertragserneuerung in vorliegendem Fall die anderen Anbieterinnen und Anbieter über das aus betriebswirtschaftlichen Gründen notwendige Mass hinaus vom Markt aus und stellt daher eine Marktzugangsbeschränkung nach Art. 9 Abs. 1 BGBM dar. Vorbehalten bleibt der Nachweis des Gegenteils im Einzelfall.

18. Die laufenden Pachtverträge mit stillschweigender Erneuerung sind daher auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und nach Ablauf im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens mit derjenigen Aussenwerbegesellschaft neu abzuschliessen, welche nach Massgabe der publizierten Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot macht.

3 Keine Optionsklauseln

19. Optionsklauseln, welche der Aussenwerbegesellschaft bei einer Neuverpachtung des Anschlagsrechts bei gleichen Bedingungen ein Vorzugsrecht gegenüber Konkurrenzunternehmen einräumen, sind aus Sicht des Vergaberechts abzulehnen. Sie stellen eine Diskriminierung der Konkurrenzunternehmen dar, da die neue Vergabe nicht in einem offenen Verfahren erfolgt, im Rahmen dessen sich alle Unternehmen gleichberechtigt bewerben können. Optionsklauseln stehen im Widerspruch zum BGBM.

20. Eine Publikation der Vergabe von Pachtverträgen ermöglicht es den Gemeinwesen zudem, dass sie zu den besten Bedingungen abschliessen können. Kurzfristig betrachtet und auf den Einzelfall angewendet scheint dies zwar auch mit einer Optionsklausel möglich zu sein. Die Aussenwerbegesellschaft offeriert schlussendlich zu den günstigsten Bedingungen der Konkurrenz. Diese Ansicht lässt jedoch ausser Betracht, dass der Aussenwerbegesellschaft gegenüber den Konkurrenzunternehmen ein erheblicher Wettbewerbsvorteil eingeräumt wird. Sie kann ihre Offerte solange der Konkurrenz anpassen, wie sie es für angemessen erachtet und hat damit jederzeit die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie die Pacht übernehmen und damit die Konkurrenz ausschliessen will oder nicht. Zudem werden die Konkurrenzunternehmen diskriminiert, da sie keine derartige "Nachbesserungsmöglichkeit" haben.

21. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die allfällige Bündelungswirkung. Schliessen eine Vielzahl von Gemeinwesen mit ein und demsel-

ben Aussenwerbeunternehmen Pachtverträge mit Optionsklausel ab, so erreicht dieses eine Marktposition, welche es Konkurrenzunternehmen verunmöglichen kann, auf dem Markt überhaupt Fuss zu fassen oder ihre Marktposition mit innovativen Dienstleistungen aufzubauen. Mit einer Optionsklausel können somit die aktuelle Konkurrenz verdrängt und Marktzutrittsschranken für neue Konkurrenz geschaffen werden¹⁰. Dies kann schlussendlich dazu führen, dass die Gemeinwesen die Bedingungen eines Aussenwerbeunternehmens mit sehr starker Marktposition akzeptieren müssen, da keine Alternative zur Verfügung steht. Optionsklauseln sind aus wettbewerblicher Sicht daher abzulehnen. Ob und inwiefern sie nach Massgabe des materiellen Kartellrechts zu beanstanden sind, wird im Rahmen der laufenden Arbeiten im Sekretariat abgeklärt.

22. Auf die Aufnahme von Optionsklauseln in die Pachtverträge ist somit zu verzichten. Aktuelle Pachtverträge mit Optionsklauseln sind auf den ordentlichen Ablauf des Pachtvertrages hin zu kündigen, neu auszuschreiben und mit derjenigen Aussenwerbeengesellschaft neu abzuschliessen, welche nach Massgabe der publizierten Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot macht.

E. Empfehlungen

23. Die Wettbewerbskommission empfiehlt den Gemeinwesen daher:

1. Vorhaben für den Abschluss von Pachtverträgen mit Aussenwerbeengesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung im offenen Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen, wie dies Art. 5 Abs. 2 BGBM vorschreibt;
2. Die Laufzeit von Pachtverträgen mit Aussenwerbeengesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung auf die betriebswirtschaftlich notwendige Dauer zu beschränken;
3. Laufende Pachtverträge mit stillschweigender Vertragserneuerung auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen, sowie beim Abschluss neuer Pachtverträge auf Klauseln betreffend stillschweigende Vertragserneuerungen zu verzichten;
4. Laufende Pachtverträge mit Optionsklauseln auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme-

¹⁰ Vgl. auch Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 253, 261.

und Vergabekriterien durchzuführen sowie beim Abschluss von neuen Pachtverträgen auf Optionsklauseln zu verzichten.

Anmerkung: Das Bundesgericht hat mit dem erst kürzlich publizierten Urteil vom 26. April 1999 im Fall JC Decaux Entscheide gefällt, die mit den Empfehlungen der Wettbewerbskommission zum Teil nicht übereinstimmen. Das Urteil 2P.262/1997 ist zur amtlichen Publikation vorgesehen.

B 2.6	2. Contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure
-------	---

Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI

Recommandations de la Commission de la concurrence du 17 mai 1999 à l'attention des collectivités publiques des cantons et communes concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure

A. Introduction

1. Plusieurs articles relatifs à la pratique des communes en matière de contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure ont parus récemment dans la presse. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a aussi reçu différentes plaintes en rapport avec ce sujet. Leur contenu concernait l'attribution des concessions sans publication – que celles-ci aient déjà été attribués ou sont sur le point de l'être –, la trop longue durée des contrats de bail et certaines dispositions excluant d'une façon injustifiée la concurrence pour une longue période, comme la reconduction tacite ou les clauses d'option.

2. En 1982, la Commission des cartels avait établi un " Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure¹". Elle avait recommandé aux communes " de ne pas accepter la clause d'option lors de la cession de nouveaux baux et d'exécuter une soumission publique ". Elle avait invité la Société Générale d'Affichage " de renoncer à l'avenir, lors de renouvellements ou de nouvelles

¹ Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure, Publications de la Commission suisse des cartels, Publ. CCSPR. 1982 Fascicule 4, p. 273 ss (Rapport de la Commission des cartels).

conclusions de contrats à l'utilisation de la clause d'option " ². Sous le régime de la LCart de 1995, le secrétariat de la Commission de la concurrence s'est occupé de la publicité extérieure en relation avec le contrat de la Ville et du canton de Genève avec la Société Générale d'Affichage³. La Commission de la concurrence s'est aussi exprimée à ce sujet en 1997 sous l'angle du droit des marchés publics⁴. Les présentes recommandations s'inscrivent dans la lignée des interventions des autorités de la concurrence. Elles s'adressent de façon générale aux collectivités publiques qui concluent des contrats de bail sur la publicité extérieure avec les sociétés d'affichage.

3. Le secrétariat éclaircit actuellement la question de la conformité de ces contrats aux dispositions matérielles de la LCart. Il s'agit principalement de déterminer s'il existe une pratique illicite des collectivités publiques ou de certaines entreprises d'affichage en relation avec les contrats de bail à ferme. Cette tâche se poursuivra indépendamment des présentes recommandations.

B. La loi sur le marché intérieur (LMI)

4. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) s'applique aux restrictions à la liberté d'accès au marché en matière de droit public de la Confédération, des cantons et des communes. Elle est entrée en vigueur le 1er juillet 1996 et est entièrement applicable depuis le 1er juillet 1998⁵.

5. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, la Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi. Elle peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants. Elle peut en outre effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 2 et 3 LMI).

1 L'application de la LMI

6. Toutes les dépenses des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales servant à la réalisation d'une tâche publique sont régis par la LMI selon l'art. 5 al. 1er (cf. art. 5 al. 2, art. 2 al. 2 et art. 11 al. 2 LMI : " ... et d'autres organes assumant des tâches publiques "). Cette soumission à la LMI

² Rapport de la Commission des cartels, Publ. CCSPr. 1982, p. 304 s.

³ RPW/DPC 1997/2, p. 132 ss.

⁴ RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss.

⁵ RS 943.02. Les dispositions relatives aux voies de droit en matière de marchés publics sont entrées en vigueur le 1er juillet 1998. A cette date a pris fin le délai transitoire de deux ans prévu à l'art. 11 al. 1 LMI, RO 1996 1738,1742.

concerne alors tous les achats publics, indépendamment des quantités achetées, de certaines valeurs-seuils ou du type d'achat⁶.

7. Les contrats de bail à ferme des collectivités publiques avec les sociétés d'affichage concernant la publicité extérieure touchent aux aspects des marchés publics. L'entreprise au bénéfice d'une concession d'affichage assume des tâches publiques du ressort des collectivités publiques (p. ex. délais et tarifs de faveur accordés à l'affichage politique modulé ou de la pose des affiches militaires officielles, emplacements de publicité à vocation culturelle). Elle se charge également de certains investissements importants (constructions d'abris pour les usagers de transports publics, construction et entretien de toilettes publiques, etc.)⁷ en faveur des communes. L'art. 5 de la LMI est donc applicable aux contrats de bail à ferme qui visent l'achèvement d'activités publiques et qui portent sur des investissements des collectivités publiques.

8. Le fait que les contrats de bail à ferme représente aussi une source de recettes pour les collectivités publiques ne s'oppose pas à l'application de la LMI. La prise en charge de tâches publiques et les investissements consenties par les sociétés d'affichage constituent en fait la contrepartie de l'attribution du droit exclusif d'utiliser le domaine public pour la publicité extérieure. La valeur économique de la concession dépasse ainsi la valeur monétaire des dépenses des sociétés d'affichage. Les contrats de bail à ferme constitue donc une source de revenus pour les collectivités publiques. Si les tâches étaient assumées par des entreprises ne bénéficiant pas d'une concession, les collectivités publiques devraient payer pour ces prestations, ce qui devrait être qualifié sans aucun doute d'achats publics.

2 Les exigences minimales de la LMI pour les marchés publics des cantons et des communes

9. La LMI ne comprend pas de dispositions détaillées sur les marchés publics. Elle sert à garantir l'accès non discriminatoire au marché. A cet effet, elle contient des exigences minimales pour les marchés publics des cantons et des communes. Il s'agit des exigences suivantes:

- le respect du principe de non discrimination (art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI),

⁶ ATF 125 II 86 ss, cons. 1c: recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998. RPW/DPC 1998/2 p. 336 ss, chiffre 9 p. 338.

⁷ Cf. Rapport de la Commission des cartels, Publ. CCSP. 1982, p. 290, note 10.

- la publication des projets de grande importance ainsi que des critères de participation et d'attribution dans le cadre des procédures d'adjudication (art. 5 al. 2 LMI) et
- la disposition selon laquelle les restrictions d'accès au marché doivent être prises sous forme de décisions (art. 9 al. 1 LMI) et que le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

10. Il est possible de déroger à ces exigences minimales uniquement sous les conditions de l'art. 3 LMI. Ainsi, les restrictions doivent s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux, être indispensables à la prévention d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de la proportionnalité. De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux.

C. L'obligation de la publication des contrats de bail à ferme concernant la publicité extérieure

11. Selon l'art. 5 al. 2 LMI, les projets de grande importance ainsi que les critères de participation et d'attribution des marchés doivent être publiés. La notion " de grande importance " est à interpréter en tenant compte des dispositions de l'art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI. Elle se réfère à la procédure d'adjudication. Du point de vue de l'accès libre et non discriminatoire au marché, une procédure d'adjudication ouverte est préférable à une procédure d'invitation ou à une attribution directe.

12. Les dépenses des sociétés d'affichage destinées à des investissements et à la prise en charge de tâches d'intérêt public pour une durée allant jusqu'à 12 ans peuvent atteindre une valeur de plusieurs millions de francs. Il s'agit donc de projet de grande importance conformément à la LMI. Les collectivités publiques sont obligées, selon l'art. 5 al. 2 LMI, de prévoir une procédure ouverte pour la concession concernant la publicité extérieure sur sol public et de préciser les critères de participation et d'attribution dans la publication⁸.

13. Constitue une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 9 al. 1 LMI, les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure sur le domaine public des collectivités publiques qui ne sont pas attribués selon une procédure d'adjudication. Les entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse qui n'ont pas été prises en considération lors de l'adjudication, ont le droit de recevoir une décision qui peut être sujette à recours devant une instance cantonale indépen-

⁸ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 215.

dante de l'administration. La décision de cette instance peut faire l'objet d'un recours de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 9 al. 2 LMI)⁹.

D. La durée des contrats de bail à ferme, la reconduction tacite et la clause d'option

14. Selon les différentes questions posées au secrétariat et les articles parus dans la presse, les contrats de bail à ferme ont une durée qui atteint parfois 12 ans. En outre, ils contiennent des clauses pour la reconduction tacite qui prévoient que le contrat sera prolongé encore de 5 ans, s'il n'est pas résilié six mois avant son expiration. Cette règle est complétée par de soi-disantes clauses d'option qui prévoient que, à offre égale, la société d'affichage a la préférence sur d'autres sociétés d'affichage lors d'un renouvellement de la concession.

15. Dans les contrats de bail à ferme, les collectivités publiques accordent aux sociétés d'affichage un droit absolu pour l'emplacement d'affiches et d'autres formes de publicité extérieure. L'entreprise concessionnée dispose ainsi d'un monopole en matière de publicité extérieure sur le domaine public des collectivités publiques pour la durée du contrat. L'accès au marché est donc impossible pour les autres entreprises.

1 Durée justifiée des contrats de bail à ferme

16. Du point de vue du marché intérieur et de la concurrence, la restriction à l'accès au marché et la monopolisation correspondante de la publicité extérieure sur le domaine de la collectivité publique ne sont licites que si elles répondent aux conditions de l'art. 3 LMI. En particulier, le principe de la proportionnalité doit être garanti. L'octroi d'un droit exclusif ainsi que la durée des contrats de bail à ferme doivent être justifiés par des motifs économiques (par ex. amortissements des investissements, intérêts) et doivent être proportionnels aux circonstances. Si la durée du contrat dépasse ce qui est économiquement nécessaire et justifiable, l'accès au marché est illicitement restreint durant toute cette période.

2 Pas de reconduction tacite

17. Les clauses prévoyant une reconduction tacite des contrats empêchent non seulement qu'une publication soit effectuée après l'expiration normale du contrat, mais aussi que des concurrents aient la possibilité d'envoyer leur candidature pour le contrat de bail à ferme. La Commission de la concurrence est d'avis que la reconduction tacite d'un contrat exclut du marché les autres candidats dans une mesure qui dépasse ce qui est économiquement nécessaire et re-

⁹ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 214.

présente ainsi une restriction à la liberté d'accès au marché selon l'art. 9 al. 1 LMI. La preuve du contraire est réservée.

18. Les contrats de bail à ferme en cours avec reconduction tacite sont donc à résilier au moment de leur expiration. Ils doivent ensuite être nouvellement conclu, après un appel d'offres ouvert, avec la société de publicité extérieure qui fait la meilleure offre conformément aux critères de participation publiés.

3 Pas de clauses d'option

19. Les clauses d'option qui, à offre égale, octroient à la société de publicité extérieure la préférence sur d'autres sociétés en concurrence lors d'un renouvellement de la concession sont, sous l'aspect du droit d'adjudication, à refuser. Elles représentent en effet une discrimination pour les entreprises en concurrence vu que la nouvelle adjudication n'est pas faite par le biais d'une procédure publique qui permet à toutes les entreprises de participer sur un pied d'égalité. Les clauses d'option sont donc en contradiction avec la LMI.

20. Une publication de l'adjudication de contrats de bail à ferme permet en outre aux collectivités publiques de conclure les contrats aux meilleures conditions. A court terme et appliqué à chaque cas d'espèce, ce résultat semble également possible avec les clauses d'option, car la société de publicité extérieure bénéficiant de la clause d'option offrira en fin de compte des conditions plus avantageuses que ses concurrents. Toutefois, cette opinion ne tient pas compte du fait que la société de publicité extérieure dispose d'un important avantage concurrentiel par rapport aux entreprises concurrentes. En effet, elle peut adapter son offre à celle de la concurrence aussi longtemps qu'elle l'estime justifié et elle a toujours la possibilité de décider si elle choisira de renouveler le contrat, et partant exclure la concurrence, ou de mettre fin au contrat. Comme les entreprises concurrentes ne disposent pas d'une telle " possibilité d'amélioration ", elle sont discriminées par rapport à l'entreprise concessionnée bénéficiant de la clause d'option.

21. Il faut aussi prendre en considération les conséquences liées à une telle situation. Si un nombre important de collectivités publiques concluent des contrats de bail à ferme comprenant des clauses d'option avec la même entreprise de publicité extérieure, cette société disposera d'une position dominante qui empêchera les entreprises concurrentes de s'installer sur le marché ou d'élargir leur position sur le marché au moyen de prestations innovatrices. La concurrence actuelle peut ainsi être écartée par les clauses d'option qui créent des

barrières à l'entrée pour de nouveaux concurrents¹⁰. Enfin, cela peut conduire à une situation où les collectivités publiques seraient contraintes d'accepter les conditions d'une entreprise de publicité extérieure avec une forte position sur le marché étant donné qu'il n'y a pas d'autres alternatives. Les clauses d'option doivent ainsi être rejetées du point de vue du droit de la concurrence. Dans le cadre des travaux en cours, le secrétariat essaiera d'établir si, et dans quelle mesure, ces clauses contreviennent aux dispositions du droit matériel de la concurrence.

22. Il faut donc renoncer à utiliser des clauses d'option dans les contrats de bail à ferme. Les contrats de bail à ferme contenant ce type de clause doivent être résiliés au moment de l'expiration, puis faire l'objet d'une nouvelle procédure d'adjudication et finalement conclus avec l'entreprise qui, selon les critères d'attribution publiés, s'est révélée être la plus avantageuse.

E. Recommandations

23. La Commission de la concurrence recommande donc aux collectivités publiques de :

1. soumettre les projets pour la conclusion de contrats de bail à ferme avec des sociétés de publicité extérieure concernant l'octroi de concessions pour la publicité extérieure à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et d'attribution, comme prévu par l'art. 5 al. 2 LMI;
2. limiter la durée de validité des contrats de bail à ferme avec les sociétés de publicité extérieure concernant l'octroi de concessions pour la publicité extérieure à ce qui est économiquement nécessaire;
3. résilier les contrats de bail à ferme en cours qui contiennent une reconduction tacite lors de l'expiration de la durée normale des contrats, les soumettre à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et d'attribution, renoncer à des clauses prévoyant la reconduction tacite de la concession lors de la conclusion de nouveaux contrats de bail à ferme;
4. résilier les contrats de bail à ferme en cours qui contiennent des clauses d'option, les soumettre à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et

¹⁰ Cf. Rapport de la Commission des cartels, Publ. CCSP. 1982, p. 290, 304.

d'attribuzione, renoncer à des clauses d'option lors de la conclusion de nouveaux contrats de bail à ferme.

Remarque: Dans son arrêt du 26 avril 1999 dans la cause JC De-caux le tribunal fédéral a pris des décisions qui partiellement ne correspondent pas aux recommandations de la Commission de la concurrence. Il est prévu que l'arrêt 2P.262/1997 fasse l'objet d'une publication officielle.

B 2.6	3. Contratti d'affitto per la pubblicità esterna
-------	---

Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI

Raccomandazioni della Commissione della concorrenza del 17 maggio 1999 all'indirizzo delle collettività pubbliche cantonali e comunali in merito ai contratti d'affitto per la pubblicità esterna

A. Introduzione

1. Diversi articoli relativi alle pratiche dei comuni in materia di contratti per la pubblicità esterna sono apparsi recentemente sulla stampa. La segreteria della Commissione della concorrenza ha inoltre ricevuto delle lamentele a questo riguardo. Il loro contenuto portava sull'attribuzione di concessioni senza pubblicazione sia nel caso in cui queste fossero già attribuite o sul punto di esserlo, sulla durata troppo lunga dei contratti d'affitto e su alcune disposizioni che escludono in modo ingiustificato la concorrenza per un lungo periodo, come il rinnovo tacito e le clausole d'opzione.

2. Nel 1982, la Commissione dei cartelli aveva preparato un "Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure"¹. Aveva raccomandato ai comuni "de ne pas accepter la clause d'option lors de la cession de nouveaux baux et d'exécuter une soumission publique". Aveva invitato la Società Generale d'Affissioni "de renoncer à l'avenir, lors de renouvellements ou de nouvelles conclusions de contrats à l'utilisation de la clause d'option"². Sotto il

¹ Rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure, Pubblicazioni della Commissione svizzera dei cartelli, Pubbl. CCSPR. 1982 Fascicolo 4, p. 273 ss. (Rapporto della Commissione dei cartelli).

² Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSPR. 1982, p. 304 ss.

regime della LCart del 1995, la segreteria della Commissione della concorrenza si è occupata della pubblicità esterna in relazione al contratto d'affitto della città e cantone di Ginevra con la Società Generale d'Affissioni³. La Commissione della concorrenza si è inoltre espressa nel 1997 in merito all'applicazione del diritto dei mercati pubblici⁴. Queste raccomandazioni s'inseriscono nella serie di interventi delle autorità della concorrenza. Si indirizzano in modo generale alle collettività pubbliche che concludono dei contratti per la pubblicità esterna con le società d'affissione.

3. Attualmente, la segreteria sta chiarendo la questione della conformità di questi contratti con le disposizioni materiali della LCart. Si tratta principalmente di stabilire se esiste una pratica illecita delle collettività pubbliche o di alcune imprese d'affissione in relazione ai contratti d'affitto. Questo compito continuerà indipendentemente da queste raccomandazioni.

B. La legge sul mercato interno (LMI)

4. La legge federale sul mercato interno (LMI) si applica alle restrizioni del libero accesso al mercato in materia di diritto pubblico della Confederazione, dei cantoni e dei comuni. È entrata in vigore il 1° luglio 1996 ed è interamente applicabile dal 1° luglio 1998⁵.

5. Secondo l'articolo 8, capoverso 1 LMI, la Commissione della concorrenza sorveglia il rispetto della legge da parte della Confederazione, dei cantoni e dei comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici. Può sottoporre alla Confederazione, ai cantoni e ai comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti. Può inoltre svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8, cpv. 2 e 3 LMI).

1 L'applicazione della LMI

6. Tutte le spese dei cantoni, dei comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali che servono alla realizzazione di compiti pubblici sono rette dalla LMI secondo l'articolo 5, capoverso 1 (Cf. art. 5, cpv. 2; art. 2, cpv. 2 e art. 11, cpv. 2 LMI: "... e altri enti preposti a compiti pubblici. "). Questa subordinazione alla LMI riguarda

³ RPW/DPC 1997/2, p. 132 ss.

⁴ RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss.

⁵ RS 943.02. Le disposizioni relative alle vie di diritto in materia di mercati pubblici sono entrate in vigore il 1° luglio 1998. A questa data è scaduto il termine transitorio di due anni previsto all'articolo 11, capoverso 1 LMI, RO 1996 1738,1742.

quindi tutti gli acquisti pubblici, indipendentemente dalle quantità acquistate, dai valori soglia o dal tipo di acquisto⁶.

7. I contratti delle collettività pubbliche con le società d'affissione per la pubblicità esterna toccano aspetti dei mercati pubblici. L'impresa che beneficia di una concessione d'affissione assume dei compiti pubblici di competenza delle collettività pubbliche (per es. termini e tariffe di favore accordati per l'affissione politica modulata o per la posa di affissioni militari ufficiali, spazi pubblicitari a vocazione culturale). Si incarica inoltre di alcuni investimenti importanti (costruzioni di tettoie per gli utenti di mezzi pubblici, costruzione e manutenzione di servizi igienici pubblici, ecc.)⁷ in favore dei comuni. L'articolo 5 della LMI è dunque applicabile ai contratti che mirano alla realizzazione di attività pubbliche e che sono relativi ad investimenti delle collettività pubbliche.

8. Il fatto che i contratti d'affitto rappresentino anche una fonte di ricavi per le collettività pubbliche non s'opponesse all'applicazione della LMI. La presa a carico di compiti pubblici e gli investimenti fatti dalle società d'affissione costituiscono, infatti, la contropartita all'attribuzione del diritto esclusivo di utilizzare il suolo pubblico per la pubblicità esterna. Il valore economico della concessione è più importante del valore monetario delle spese delle società d'affissione. I contratti costituiscono dunque una fonte di ricavi per le collettività pubbliche. Se i compiti assunti dalle imprese non beneficiassero di una concessione, le collettività pubbliche sarebbero costrette a pagare queste prestazioni, ciò che sarebbe qualificato senza dubbio come acquisto pubblico.

2 Le esigenze minime della LMI per i mercati pubblici dei cantoni e dei comuni

9. La LMI non prevede delle disposizioni dettagliate sui mercati pubblici. Serve a garantire l'accesso non discriminato al mercato. In questo senso, la legge contiene delle esigenze minime per i mercati pubblici dei cantoni e dei comuni. Si tratta delle esigenze seguenti :

- il rispetto del principio della non discriminazione (art. 5 in relazione con l'art. 3 LMI),

⁶ ATF 125 II 86 ss., cons. 1c: raccomandazioni della Commissione della concorrenza del 6 luglio 1998 relative al progetto di legge sui mercati pubblici del cantone di Neuchâtel del 6 maggio 1998. RPW/DPC 1998/2 p. 336 ss., cifra 9 p. 338.

⁷ Cf. Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSP. 1982, p. 290, nota 10.

- la pubblicazione di progetti di considerevole importanza così come i criteri di partecipazione e di aggiudicazione nel quadro delle procedure d'appalto (art. 5, cpv. 2 LMI) e
- la disposizione secondo la quale le restrizioni dell'accesso al mercato devono essere prese sotto forma di decisioni (art. 9, cpv. 1 LMI) e che il diritto cantonale deve prevedere almeno una via di ricorso presso un'istanza cantonale indipendente dall'amministrazione (art. 9, cpv. 2 LMI).

10. È possibile derogare a queste esigenze minime unicamente su riserva dell'articolo 3 LMI. Così le restrizioni devono applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali, essere indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e rispondere al principio della proporzionalità. Inoltre queste non devono in alcun caso costituire un ostacolo dissimulato agli scambi, destinato a favorire interessi economici locali.

C. L'obbligo della pubblicazione dei contratti per la pubblicità esterna

11. Secondo l'articolo 5, capoverso 2 LMI, i progetti di considerevole importanza come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dei mercati devono essere pubblicati. La nozione di "considerevole importanza" deve essere interpretata tenendo conto delle disposizioni dell'articolo 5 in relazione con l'articolo 3 LMI. Essa si riferisce alla procedura d'attribuzione. Dal punto di vista dell'accesso libero e non discriminato al mercato, una procedura d'attribuzione aperta è preferibile ad una procedura ad invito o ad un'attribuzione diretta.

12. Le spese delle società d'affissione destinate a degli investimenti e alla presa a carico di compiti d'interesse pubblico per una durata che si estende fino a dodici anni, possono raggiungere un valore di diversi milioni di franchi. Si tratta quindi di progetti di considerevole importanza conformemente alla LMI. Le collettività pubbliche sono obbligate, giusta l'articolo 5, capoverso 2 LMI, a prevedere una procedura aperta per la concessione relativa alla pubblicità esterna su suolo pubblico e di precisare i criteri di partecipazione e di aggiudicazione nella pubblicazione⁸.

13. I contratti per la pubblicità esterna su suolo pubblico delle collettività pubbliche che non sono aggiudicati secondo una procedura d'attribuzione, sono da considerare una restrizione dell'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 9, capoverso 1 LMI. Le imprese con domicilio o sede in Svizzera che non sono state prese in considerazione al momento dell'attribuzione, hanno il diritto di ricevere una decisio-

⁸ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 215.

ne che può essere soggetta a ricorso presso un'istanza cantonale indipendente dall'amministrazione. La decisione di questa istanza può essere oggetto di un ricorso di diritto pubblico davanti al Tribunale federale (art. 9, cpv. 2 LMI)⁹.

D. La durata dei contratti, il rinnovo tacito e la clausola d'opzione

14. Secondo le molteplici domande poste alla segreteria e gli articoli apparsi sulla stampa, i contratti per l'affissione hanno una durata che raggiunge talvolta i dodici anni. Inoltre, questi contengono delle clausole per il rinnovo tacito che prevedono il prolungamento del contratto d'affitto di altri cinque anni se questo non è disdetto sei mesi prima della sua scadenza. Questa regola è completata da cosiddette clausole d'opzione che prevedono che, a pari condizioni, la società d'affissione ha la preferenza sulle altre società d'affissione al momento del rinnovo della concessione.

15. Nei contratti d'affitto, le collettività pubbliche accordano alla società d'affissione un diritto assoluto per la posa di impianti d'affissione e per altre forme di pubblicità esterna. L'impresa che ottiene la concessione, dispone così d'un monopolio in materia di pubblicità esterna sul suolo pubblico per la durata del contratto d'affitto. L'accesso al mercato è dunque impossibile per le altre imprese.

1 Durata giustificata dei contratti

16. Da un punto di vista del mercato interno e della concorrenza, la restrizione dell'accesso al mercato e la monopolizzazione della pubblicità esterna sul suolo della collettività pubblica che ne consegue, non sono lecite se non rispondono alle condizioni dell'articolo 3 LMI. In particolare, il principio della proporzionalità deve essere garantito. L'attribuzione di un diritto esclusivo così come la durata del contratto d'affitto devono essere giustificati da motivi economici (per es. ammortamenti degli investimenti, interessi) e devono essere proporzionali alle circostanze. Se la durata del contratto d'affitto va al di là di ciò che è economicamente necessario e giustificabile, l'accesso al mercato è illecitamente limitato durante tutto questo periodo.

2 Nessun rinnovo tacito

17. Le clausole che prevedono un rinnovo tacito dei contratti impediscono da un lato, che una pubblicazione sia effettuata dopo la scadenza normale del contratto d'affitto e, d'altro lato, che dei concorrenti abbiano la possibilità d'inviare la loro candidatura per il contratto d'affitto. La Commissione della concorrenza è d'avviso che il rinnovo tacito di un contratto d'affitto esclude dal mercato gli altri candi-

⁹ Cf. RPW/DPC 1997/2 p. 212 ss., 214.

dati in un modo che va al di là di ciò che è economicamente necessario e rappresenta così una restrizione del libero accesso al mercato secondo l'articolo 9, capoverso 1 LMI. La prova del contrario è riservata.

18. I contratti per l'affissione in corso con rinnovo tacito devono dunque essere disdetti al momento della scadenza. Devono in seguito essere conclusi di nuovo con la società di pubblicità esterna che ha fatto la migliore offerta conformemente ai criteri di partecipazione pubblicati.

3 Nessuna clausola d'opzione

19. Le clausole d'opzione che, a parità di offerta, attribuiscono alla società di pubblicità esterna la preferenza sulle altre società in concorrenza al momento del rinnovo della concessione, sono da rifiutare sotto l'aspetto del diritto d'appalto. Queste clausole rappresentano, in effetti, una discriminazione per le imprese in concorrenza visto che l'attribuzione non è fatta attraverso una procedura pubblica che permette a tutte le imprese di partecipare a pari condizioni. Le clausole d'opzione sono dunque in contraddizione con la LMI.

20. La pubblicazione dell'attribuzione dei contratti per l'affissione permette inoltre alle collettività pubbliche di concludere i contratti alle migliori condizioni. A corto termine e in casi particolari, questo risultato sembra essere ugualmente possibile con le clausole d'opzione, visto che la società d'affissione che beneficia della clausola, offrirà comunque delle condizioni più vantaggiose dei suoi concorrenti. Tuttavia, questa opinione non tiene conto del fatto che la società per la pubblicità esterna dispone di un importante vantaggio rispetto alle imprese concorrenti. In effetti, essa può adattare la sua offerta a quelle della concorrenza tanto quanto lo ritiene giustificato ed ha sempre la possibilità di decidere se rinnovare il contratto d'affitto, e quindi escludere la concorrenza, o porre fine al contratto d'affitto. Visto che le imprese concorrenti non dispongono di un tale " margine di miglioramento ", queste sono discriminate rispetto all'impresa che ottiene la concessione e beneficia della clausola d'opzione.

21. È importante tenere presente anche le conseguenze legate a questa situazione. Se un numero importante di collettività pubbliche concludono dei contratti d'affitto che contengono delle clausole d'opzione con la stessa società di pubblicità esterna, questa società disporrà di una posizione dominante che impedirà alle imprese concorrenti di installarsi sul mercato o di rinforzare la loro posizione sul mercato attraverso delle prestazioni innovatrici. La concorrenza attuale può così essere eliminata dalle clausole d'opzione che creano

delle barriere all'entrata per dei nuovi concorrenti¹⁰. Infine, questo può condurre a una situazione in cui le collettività pubbliche sarebbero costrette ad accettare le condizioni di una società d'affissione con una forte posizione sul mercato visto che mancherebbe un'alternativa. Le clausole d'opzione sono quindi da respingere da un punto di vista del diritto della concorrenza. Nel quadro dei lavori in corso, la segreteria cercherà di stabilire se, e in che misura, queste clausole contravvengono alle disposizioni del diritto materiale della concorrenza.

22. È indispensabile rinunciare ad utilizzare delle clausole d'opzione nei contratti per l'affissione. I contratti d'affitto che contengono questo tipo di clausola devono essere disdetti al momento della loro scadenza, essere oggetto di una nuova procedura d'attribuzione e essere conclusi con l'impresa che, secondo i criteri di aggiudicazione pubblicati, si è rivelata essere la più vantaggiosa.

E. Raccomandazioni

23. La Commissione della concorrenza raccomanda quindi alle collettività pubbliche di:

1. sottoporre i progetti per la conclusione di un contratto d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, come previsto dall'articolo 5, capoverso 2 LMI;
2. limitare la durata della validità dei contratti d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna a ciò che è economicamente necessario;
3. disdire i contratti per l'affissione in corso che contengono un rinnovo tacito alla scadenza della durata normale dei contratti, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole che prevedono il rinnovo tacito della concessione al momento della conclusione di nuovi contratti;
4. disdire i contratti d'affitto in corso che contengono delle clausole d'opzione, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole d'opzione al momento della conclusione di nuovi contratti per l'affissione.

¹⁰ Cf. Rapporto della Commissione dei cartelli, Pubbl. CCSPR. 1982, p. 290, 304.

Osservazione: il Tribunale Federale con la sua sentenza del 26 aprile 1999 nel caso JC Decaux ha preso una decisione che non concorda parzialmente con le raccomandazioni della Commissione della concorrenza. La sentenza 2P.262/1997 sarà resa pubblica.

B 2.6	4. Projet de loi sur les médicaments et les dispositifs médicaux
-------	---

Empfehlungen nach Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations selon l'art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni giusta l'art. 45 cpv. 2 LCart

Recommandations de la Commission de la concurrence concernant le projet de loi sur les médicaments et les dispositifs médicaux à l'intention du Conseil fédéral

A. Introduction

1. Le domaine des produits thérapeutiques est fortement réglementé. Ainsi, nombreuses sont les prescriptions étatiques qui ont trait à la fabrication, à la mise sur le marché et à la distribution de médicaments. Ces structures de marché imposées par l'Etat (par ex. un système de distribution fixe) peuvent notamment avoir pour conséquence des entraves peu souhaitables à la concurrence.

2. Les restrictions à la concurrence y relatives peuvent provenir:

- a) de prescriptions étatiques susceptibles d'influencer la concurrence sur un marché (en particulier la future loi fédérale sur les produits thérapeutiques s'agissant des médicaments)
- b) de certains principes découlant de la législation en matière de propriété intellectuelle, et/ou
- c) d'accords privés en matière de concurrence ou d'entreprises occupant une position dominante, selon l'art. 4 LCart.

3. Le fait de vouloir supprimer les restrictions étatiques figurant dans le projet de loi fédérale n'est en soi qu'une étape; il n'en demeure pas moins que la Commission est intervenue à plusieurs reprises dans le domaine des produits thérapeutiques et qu'elle continue de le faire:

- En janvier 1995 déjà, l'ancienne Commission des cartels avait ouvert une enquête dans le secteur des médicaments. Cette procédure a été suspendue, étant donné l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1996, de la nouvelle loi sur les cartels. L'enquête a été re-

prise le 20 avril 1998. Elle a pour but d'étudier le système de calcul des marges de Sanphar¹ et de la Société suisse de pharmacie.

- La Commission de la concurrence, respectivement son secrétariat, ont pris position le 23 juin 1997 ainsi que le 29 septembre 1998 s'agissant de l'avant-projet et du projet de loi sur les agents thérapeutiques (apLAth, pLAth). Lesdites autorités ont émis des réserves par rapport à certaines dispositions restreignant la concurrence. Il s'agissait surtout de la procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments, de l'autorisation de fabrication et de distribution de médicaments, ainsi que de la vente de médicaments par correspondance.
- La Commission de la concurrence a été invitée à plusieurs reprises à prendre position, dans le cadre des procédures de consultation de l'OICM (Office intercantonal pour le contrôle des médicaments). Les normes de cet Office réglementaient l'ensemble du domaine des produits thérapeutiques, depuis la fabrication, en passant par l'enregistrement et la distribution, jusqu'à la publicité des médicaments. L'entrée en vigueur de la future loi sur les médicaments et les dispositifs médicaux aura pour conséquence de rendre obsolètes les normes de l'OICM.
- En vertu de l'art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur², la Commission de la concurrence a émis une recommandation quant à la vente par correspondance de médicaments, en décembre 1998, destinée aux cantons. La vente par correspondance devrait être admise et les conditions y relatives, identiques dans tous les cantons. En outre, une autorisation de délivrer des médicaments par correspondance par un canton devrait être valable pour l'ensemble du territoire helvétique.
- L'autorité en matière de concurrence s'occupera en 1999 des prescriptions de droit public régissant le domaine des médicaments, que ce soit au niveau cantonal ou fédéral. Ces travaux pourraient, selon toute vraisemblance, aboutir à des recommandations au sens de l'art. 45 LCart.

4. Les médicaments et les dispositifs médicaux touchent à la santé des individus. Ils nécessitent par conséquent des réflexions quelque peu particulières. Tout d'abord, il faut tenir compte de certains aspects liés à la politique de la santé. De l'avis des autorités en matière de concurrence, la protection de la santé est bien évidemment une priorité absolue, mais elle peut néanmoins être atteinte, sans pour

¹ Sanphar est une personne juridique de droit privé. Elle est l'association des branches intervenant à tous les échelons s'agissant du commerce des médicaments.

² LMI, RS 943.02.

autant que des restrictions étatiques limitent, voire empêchent la concurrence. Dès lors, l'obligation d'obtenir une autorisation de mise sur le marché ainsi que de soumettre la délivrance de médicaments à une ordonnance médicale sont des garanties suffisantes.

5. Le projet de loi fédérale sur les médicaments et dispositifs médicaux fait actuellement l'objet d'une procédure de co-rapport, et sera prochainement examiné par le Parlement. Il contient des dispositions légales qui, de l'avis de la Commission, limitent la concurrence et ne sont dès lors pas souhaitables.

6. En vertu de l'art. 45 al. 2 LCart, la Commission de la concurrence est compétente pour adresser des recommandations aux autorités, visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique.

2 Définitions

2.1 Médicaments

7. Les médicaments sont définis à l'art. 4 al. 1^{er} lit. a du projet de loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques [ci-après: pLPT]). Ce sont "les produits d'origine chimique ou biologique destinés à agir médicalement sur l'organisme humain ou animal, ou présentés comme tels, notamment en vue de diagnostiquer, de prévenir ou de traiter des maladies, des blessures et des handicaps; le sang et les produits sanguins sont considérés comme des médicaments".

8. Cette définition correspond pour l'essentiel à la notion de médicament précisée dans la loi sur la pharmacopée (LPha)³.

2.2 Dispositifs médicaux

9. L'art. 4 al. 1^{er} lit. b pLPT donne une définition des dispositifs médicaux, complétée à l'art. 3 lit. a de l'Ordonnance sur les dispositifs médicaux (ODim)⁴:

"Tout instrument, appareil, équipement et objet médico-technique, utilisé seul ou en association, y compris les accessoires au sens de la lettre b, et mis sur le marché par une personne ou une entreprise (responsable de la mise sur le marché) qui le destine à être appliqué à l'homme aux fins ci-après et dont l'action principale voulue dans ou sur le corps humain n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques, mais dont l'action peut être soutenue par ces moyens:

³ LPha, RS 812.21.

⁴ ODim, RS 819.124.

1. diagnostic, prévention, contrôle, traitement ou atténuation d'une maladie;
2. diagnostic, contrôle, traitement, atténuation ou compensation d'une blessure ou d'un handicap;
3. étude, remplacement ou modification de l'anatomie ou d'un processus physiologique;
4. maîtrise de la conception".

10. Au sens de l'art. 4 lit. b ODim sont des accessoires: "Tout composant ou programme informatique qui, selon l'emploi auquel le destine le responsable de la mise sur le marché, doit être utilisé avec un dispositif médical selon les instructions de son fabricant".

3 Les Médicaments

3.1 Introduction

11. L'admission et la surveillance des médicaments destinés à l'homme et aux animaux relevait en Suisse de la compétence de l'OICM. Créé il y a environ 100 ans, sur la base du droit public des cantons, il s'agissait d'un établissement non indépendant, dépourvu de personnalité juridique. Nonobstant le fait que l'OICM n'avait pas de compétence pour légiférer, les cantons adaptaient cependant leur législation à ses décisions. L'enregistrement d'un médicament était, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une recommandation non susceptible de recours⁵.

12. Le pLPT a pour but de garantir, en vue de protéger la santé humaine et animale, un haut niveau de qualité des agents thérapeutiques mis sur le marché, leur sûreté, leur efficacité et leur emploi correct. Il vise à assurer un contrôle uniforme et optimal des médicaments sur l'ensemble du territoire helvétique, conformément aux normes de la police de la santé. La législation doit pouvoir être adaptée à l'évolution du droit européen et du droit international.

13. Ce projet de loi prévoit la création de l'Institut national. Il s'agira d'un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique et organisé selon les principes de la gestion administrative axée sur l'efficacité (New Public Management). Contrairement aux enregistrements actuels de l'OICM, l'autorisation des médicaments par l'Institut sera un acte qui aura valeur de décision et sera susceptible de recours. Pour l'essentiel, l'Institut sera appelé à remplacer l'OICM.

⁵ ZBI 92/1991, p. 117 ss., décision du Tribunal fédéral du 19 juin 1989.

3.2 Les principales dispositions du projet

3.2.1 Autorisation de mise sur le marché

14. Hormis certaines catégories (ex. préparations destinées à des essais cliniques) les médicaments prêts à l'emploi (sous-entendu, dans leur forme définitive) ne peuvent pas être mis sur le marché avant que l'Institut ait délivré une autorisation officielle, sans égard à leur dénomination ou à leur présentation. L'OICM et l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) utilisaient jusqu'ici le terme d'enregistrement.

3.2.1.1 Conditions liées à l'autorisation de mise sur le marché (art. 10 pLPT)

15. Par analogie avec les critères appliqués dans la CE (Directive 65/65/CEE), les conditions de l'admission d'un médicament sur le marché sont sa qualité, sa sécurité et son efficacité.

16. Le pLPT exige pour ce faire que le requérant soit domicilié en Suisse. La raison est de permettre, en cas d'incidents, de se retourner contre l'établissement responsable.

17. L'Institut vérifie si les conditions liées à l'autorisation de mise sur le marché sont remplies. A cet effet, il peut effectuer des inspections ciblées sur le produit. Ces dernières permettent de vérifier si les renseignements (par. ex. au sujet de la fabrication ou de la qualité) fournis par celui qui sollicite une autorisation de mise sur le marché sont fondés. De telles inspections ont une importance particulière pour l'industrie destinée à l'exportation et correspondent à la pratique en vigueur à l'étranger (UE, USA).

3.2.1.2 Demande d'autorisation de mise sur le marché (art. 11 pLPT)

18. La demande d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament doit comporter les données et documents nécessaires à son appréciation, notamment des renseignements qui ont trait au fabricant ou au distributeur.

19. La demande peut se référer aux résultats d'études pharmacologiques, toxicologiques et cliniques effectuées par un requérant précédent pour un médicament identique ou similaire pour l'essentiel, si:

- cette personne a donné son consentement écrit, ou
- la durée de protection de la préparation originale est échuë.

20. Il appartient au Conseil fédéral de fixer la durée de cette protection.

21. En fait, il ne s'agit pas de la protection conférée par un brevet, mais de celle du savoir-faire (know-how).

22. Cette protection est mentionnée à l'art. 39 al. 3 du TRIPS⁶, lequel dispose que "(...) the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use(..)". Toutefois, le TRIPS ne prévoit pas de délai minimum.

23. On retrouve une protection analogue dans le droit communautaire, le délai de protection étant en principe de six ans, à l'exception des médicaments de "haute technologie" pour lesquels le délai peut être prolongé jusqu'à dix ans. Les Etats membres de la CE ont la possibilité de porter le délai de protection à dix ans pour la totalité des médicaments, mais ils peuvent également maintenir le délai de six ans pour tous les médicaments s'ils ne sont pas protégés par un brevet⁷.

3.2.1.3 Procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché (art. 14 pLPT)

24. L'Institut prévoit une procédure simplifiée de mise sur le marché pour certaines catégories de médicaments

25. Cela permet de réduire les exigences matérielles attachées à une préparation. L'Institut introduit une telle procédure pour autant qu'elle soit compatible avec les exigences en matière de qualité, de sécurité et d'efficacité et qu'aucun intérêt ni engagement international de la Suisse ne s'y opposent.

26. Le pLPT dispose ainsi que l'Institut prévoit une procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché pour toute demande émanant d'un autre responsable de la mise sur le marché d'un médicament importé parallèlement à partir d'un Etat ayant institué un système équivalent d'autorisation de mise sur le marché. Les conditions suivantes doivent cumulativement être remplies:

- le médicament fait déjà l'objet d'une autorisation de mise sur le marché dans l'Etat en question et en Suisse;
- son identité est suffisamment établie;
- les exigences concernant l'étiquetage et l'information sur le médicament sont respectées;
- aucune exigence en matière de sécurité ne s'y oppose.

3.2.2 Publicité (art. 31-33 pLPT)

27. Est licite, d'une part la publicité pour des médicaments qui s'adresse aux personnes qui les prescrivent et d'autre part, celle destinée au public pour des médicaments non soumis à ordonnance. Sont cependant illicites, toute publicité trompeuse, fausse ou contraire à

⁶ Agreement on Trade-related aspects of intellectual property.

⁷ Article 4 de la directive 65/65/CEE.

l'ordre public et aux bonnes mœurs, et toute publicité pouvant inciter à un emploi abusif, inconsidéré ou irrationnel de médicaments. La publicité pour des médicaments qui ne peuvent pas être mis dans le commerce en Suisse est également interdite.

28. Il est notamment illicite d'octroyer, d'offrir ou de promettre des avantages pécuniaires aux personnes qui prescrivent des médicaments et vice-versa, de solliciter et d'accepter des avantages pécuniaires de personnes qui remettent des médicaments.

29. En outre, la publicité destinée au public est interdite pour les médicaments qui ne peuvent être remis que sur ordonnance.

3.3 Appréciation

3.3.1 Exigence d'un domicile en Suisse

30. Le pLPT exige que **quiconque sollicite l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament possède un domicile en Suisse, un siège sociale, ou y ait fondé une filiale.**

31. Une telle exigence n'est pas nécessaire pour atteindre le but voulu par la disposition légale en question, à savoir qu'une personne compétente doit en tout temps procurer les données nécessaires et garantir l'exécution immédiate des mesures décrétées par l'Institut. Pour ce faire, la création d'une personne juridique, telle que prévue par le pLPT est donc superflue. En effet, ce n'est pas parce qu'une personne, respectivement une entreprise, possède un domicile en Suisse, qu'elle peut être atteinte 24 heures sur 24 et 365 jours par an; il faut ainsi penser aux personnes morales légalement constituées sous forme de "boîte aux lettres" qui n'ont en fait qu'une adresse en Suisse.

32. L'exigence d'une personne pouvant être atteinte en tout temps pourrait tout aussi bien être remplie par l'institution d'un mandataire établi en Suisse qui aurait pour fonction de fournir les données et de représenter l'importateur domicilié à l'étranger devant les autorités administratives et judiciaires helvétiques. Ce même mandataire pourrait également résorber les difficultés engendrées lors de l'exercice d'actes de souveraineté exercés par la Suisse sur un territoire étranger (par ex. dispositions à prendre contre un distributeur domicilié à l'étranger).

33. En outre, les moyens de communication actuels permettent de véhiculer toute information sur un produit pharmaceutique sans pour autant qu'il soit nécessaire que l'entreprise soit domiciliée en Suisse.

34. Il faut souligner que la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits⁸ permet d'agir en cas de produit défectueux contre cha-

⁸ RS 221.112.944.

que fournisseur du produit, si le producteur ne peut pas être identifié ou traduit en justice.

35. Il convient d'ajouter que des précisions quant aux qualifications techniques de la personne, resp. de l'entreprise pourraient très bien figurer dans la future Ordonnance d'exécution.

36. La Commission aboutit à la conclusion que l'exigence d'un domicile en Suisse est superflue. Qui plus est, la création d'un domicile en Suisse constitue une limitation à la concurrence, dans la mesure où elle accroît les difficultés d'importer des médicaments dans notre pays.

Proposition: l'exigence d'un domicile, respectivement d'un siège ou d'une filiale en Suisse est superflue et doit être supprimée.

3.3.2 Protection du savoir-faire

37. La Commission de la concurrence a pris position à deux reprises à propos du délai de protection du savoir-faire, soit le 23 juin 1997 concernant l'avant-projet de loi sur les agents thérapeutiques et le 22 décembre 1997, s'agissant de la révision du Règlement d'exécution de l'OICM. Elle a dans les deux cas estimé qu'un délai de protection du savoir-faire de 10 ans était trop long.

38. Dès lors, la nouvelle version du pLPT laissant au Conseil fédéral le soin de fixer la durée de protection du savoir-faire est pleinement satisfaisante, dans la mesure où l'exécutif national a la possibilité d'adapter ce délai à ceux en vigueur dans les autres pays, en particulier au sein de l'UE.

3.3.3 Application d'une procédure simplifiée aux importations

39. Le pLPT prévoit une procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché pour les médicaments importés parallèlement. La Commission de la concurrence se réjouit de cette innovation qui n'existait pas au stade de l'avant-projet. Il convient de préciser que sont non seulement visés les produits importés parallèlement au sens étroit, mais encore sous d'autres formes (voir ci-dessous, ch. 40 a) et b).

40. Cette procédure simplifiée trouve application pour les produits importés, à condition que le produit concerné bénéficie au préalable d'une autorisation de mise sur le marché **dans l'Etat d'où il est exporté et en Suisse**. Cette condition cumulative constitue une restriction aux importations et n'est pas nécessaire au but voulu, à savoir la protection de la santé:

a) Dans l'hypothèse où un médicament a déjà fait l'objet d'une procédure d'autorisation "normale" en Suisse, l'importateur est à même de prouver l'identité des deux produits. Il serait dès lors injustifié de refuser l'importation pour motif que l'importateur n'est pas en

mesure de fournir la preuve de l'autorisation étrangère (ex. le médicament est déjà livré à l'étranger, mais n'a pas encore été autorisé officiellement, en raison d'une procédure plus longue à l'étranger). Une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'Etat d'où il est exporté est dès lors superflue. Il serait opportun que la Suisse se rallie à la conception, plus large, de la notion d'identité telle qu'adoptée par l'UE⁹.

b) Un importateur pourrait être intéressé par l'introduction sur le marché helvétique d'un médicament ayant déjà été autorisé dans un Etat étranger, mais pas encore en Suisse, pour autant qu'il existe un accord sur la reconnaissance des autorisations de mise sur le marché entre la Suisse et l'Etat concerné. De tels accords sont expressément prévus dans le pLPT (art. 9 al. 1^{er}). Il n'est plus nécessaire que le médicament fasse l'objet d'une procédure d'autorisation "normale" en Suisse.

41. A ce propos, il convient de préciser qu'une reconnaissance unilatérale de la Suisse des autorisations délivrées à l'étranger est compatible avec l'interdiction de la clause de la nation la plus favorisée, telle que prévue par les accords du GATT/OMC. Une discrimination interviendrait cependant dans l'hypothèse où la Suisse refuserait de reconnaître des autorisations délivrées par des pays remplissant pourtant les critères requis.

Proposition: Un médicament importé doit pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée, pour autant qu'il ait fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché, dans l'Etat d'où il est exporté ou en Suisse.

3.3.4 Publicité

42. L'interdiction de la publicité se rapporte à:

- l'octroi d'avantages pécuniaires;
- la publicité pour des médicaments prescrits uniquement sur ordonnance.

43. **L'interdiction de l'octroi d'avantages pécuniaires** est basée non seulement sur la crainte que la décision d'un prescripteur soit dictée par l'obtention d'avantages matériels plutôt que par le choix de la meilleure indication thérapeutique mais encore, que les avantages d'ordre financier profitent aux prescripteurs et ne soient pas répercutés sur les patients.

44. Une telle argumentation est infondée. D'une part l'octroi d'avantages pécuniaires n'implique pas des avantages personnels tels

⁹ Arrêt "de Peijper" (104/75) de la Cour de justice du 20 mai 1976: deux médicaments sont identiques, lorsque les différences entre eux n'ont pas d'incidence thérapeutique.

que présents, voyages etc. D'autre part, il convient de se référer à l'art. 56 al. 3 LAMal qui précise "qu'un fournisseur de prestations doit répercuter sur le débiteur de la rémunération les avantages directs ou indirects qu'il perçoit d'un autre fournisseur de prestations agissant sur son mandat (let. a) de personnes ou d'institutions qui fournissent des médicaments ou des moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques (let. b)".

45. Ainsi, dans l'exemple où un fournisseur de prestations se serait procuré un médicament à un meilleur prix (par ex. auprès d'un importateur parallèle), il serait obligé de répercuter cet avantage auprès du débiteur de la rémunération (patient ou assureur-maladie). Le gain réalisé par le fournisseur de prestation s'élèverait à la différence entre le prix maximal imposé par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et le prix auquel il peut commercialiser le médicament en question, en conservant la même marge.

46. Il appartiendrait alors en premier lieu aux assureurs-maladie d'inciter les fournisseurs de prestations à prescrire des médicaments meilleur marché, par exemple par le biais de nouveaux modèle d'assurance alternative.

47. Dans ces conditions, l'octroi d'avantages pécuniaires peut être approuvé, puisqu'il pourrait favoriser la concurrence et permettre une éventuelle diminution des coûts des médicaments.

48. La Commission a renoncé à établir une recommandation y relative, étant donné que le Message du Conseil fédéral relatif au projet de loi fédérale sur les produits thérapeutiques mentionne expressément que "les rabais usuels, liés aux résultats d'exploitation, qui ont une influence directe sur les prix sont autorisés. Des avantages sur les prix peuvent être accordés si les règles de la concurrence sont respectées et ils doivent profiter directement aux patients qui paient eux-mêmes les médicaments ou indirectement (cf. art. 56 al. 3, LAMal)".

49. **L'interdiction de la publicité pour des médicaments uniquement prescrits sur ordonnance médicale** est motivée par des considérations de politique de la santé. Elle vise en effet à empêcher que la publicité favorise une augmentation incontrôlée de la consommation de médicaments. Cet argument est infondé, car le risque d'abus de médicaments est moindre que pour les médicaments non soumis à ordonnance médicale. S'agissant de médicaments prescrits uniquement sur ordonnance, il s'avère que le patient ne peut pas déterminer lui-même la nature et la quantité de sa médication, lesquelles dépendent à la fois du diagnostic et de l'ordonnance établis par le médecin. Qui plus est, l'autorisation de la publicité également pour les médicaments prescrits sur ordonnance permettrait de corriger l'asymétrie de l'information entre praticien et patient. Ce dernier serait ainsi en mesure d'approfondir ses connaissances en la matière

et d'adopter une attitude plus critique face à la prescription du médecin.

50. La suppression de l'interdiction de la publicité pour les médicaments prescrits sur ordonnance signifie également que le patient sera informé du prix applicable aux mêmes médicaments et aura tendance à opter pour le meilleur marché, respectivement pour la pharmacie où il obtiendra des rabais. Son attitude contribuera à favoriser la concurrence dans ce domaine, respectivement à diminuer les coûts imputables aux fournisseurs de prestations.

51. Dans l'hypothèse où cette forme de publicité favoriserait une consommation de médicaments, il y aurait alors lieu d'augmenter la quote-part de la participation financière des patients, en modifiant les dispositions afférentes en matière d'assurance sociale

52. Il appert dès lors qu'il n'y a pas de motifs de politique de la santé permettant de justifier l'interdiction de la publicité pour les médicaments prescrits uniquement sur ordonnance. Une telle interdiction doit donc être supprimée.

53. Enfin, la Commission de la concurrence est d'avis que la suppression de l'interdiction de la publicité pour les médicaments prescrits uniquement sur ordonnance entraînera automatiquement une modification des prescriptions en matière d'assurances sociales ayant trait à la publicité des médicaments, en particulier l'art. 65 al. 6 de l'OA-Mal. Elle renonce par conséquent à établir une recommandation y relative.

Proposition: L'interdiction de la publicité pour les médicaments uniquement prescrits sur ordonnance doit être supprimée.

4. Les dispositifs médicaux

4.1 Situation des dispositifs médicaux en Europe

54. Dans ce domaine, il existe deux directives émanant de l'Union européenne relatives aux dispositifs médicaux:

- Directive 90/385/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs¹⁰
- Directive 93/42/CEE relative aux dispositifs médicaux¹¹

55. Ces directives constituent une législation cadre qui fixe uniquement les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les produits. Les prescriptions d'exécution sont précisées dans des normes que le fabricant est libre d'appliquer. S'il ne le fait pas, il lui incombe

¹⁰ Journal Officiel n° L 189/17 du 20.7.1990.

¹¹ Journal Officiel n° L 169/1 du 12.7.1993.

de prouver à l'autorité que le dispositif répond aux exigences essentielles (= renversement du fardeau de la preuve).

56. Le Comité européen de normalisation (CEN) et le Comité européen de normalisation électrique (CENELEC) sont des organismes de droit privé chargés de l'élaboration de normes harmonisées au niveau européen visant la prévention contre les risques liés à la conception, à la fabrication et au conditionnement des dispositifs médicaux. La Suisse est représentée au sein de ces organismes par l'Association suisse de normalisation (ASN). Elle est membre à part entière de ces organisations et elle a participé à l'élaboration de ces normes.

57. Les dispositifs sont groupés en 4 classes de produits (Classes I, IIa, IIb ou III). Les règles de classification sont fondées sur la vulnérabilité du corps humain et tiennent compte des risques potentiels liés à la conception technique des produits et à leur fabrication. La classification se fait conformément aux règles figurant dans l'annexe IX de la directive 93/42/CEE.

58. Ces différentes classes ont pour conséquence que la déclaration CE de conformité requise n'est pas la même, eu égard justement au risque potentiel du dispositif médical pour le corps humain. Selon la classe dans laquelle entre le dispositif médical, la déclaration CE de conformité peut consister en un système:

- d'assurance de la qualité pour la production
- d'assurance de la qualité des produits
- d'assurance complet de qualité (conception, fabrication et contrôle final des produit concernés).

59. L'article 4 de la directive 93/42 CEE est important, puisqu'il dispose que les Etats membres ne font pas obstacle, sur leur territoire, à la mise sur le marché et à la mise en service des dispositifs portant le marquage CE indiquant qu'ils ont été soumis à une évaluation de leur conformité et matérialisant leur conformité aux dispositions de la directive.

60. La mise en circulation de dispositifs médicaux intervient donc indépendamment de toute procédure d'admission ou d'autorisation émanant d'une autorité.

4.2 Situation en Suisse

61. Quelques dispositions du pLPT ont trait aux dispositifs médicaux. Il s'agit en l'occurrence des articles 44-48 pLPT. Ces dispositions légales ne contiennent toutefois pas de restrictions à la concurrence.

62. L'Ordonnance sur les dispositifs médicaux (ODim) est entrée en vigueur le 1er avril 1996. Elle met un terme à des dispositions éparses de droit cantonal et surtout, reprend dans le droit suisse les deux directives CE susmentionnées. Elle est par conséquent eurocompatible.

63. Ce faisant, la Suisse a adopté le système de la nouvelle conception et de la conception globale ("New and Global Approach"). Ce concept a ceci de particulier que les directives en question ne fixent que les exigences essentielles attachées au produit. Quant aux dispositions techniques, les directives renvoient aux normes internationalement reconnues. Ces normes sont adaptées au fur et à mesure à l'évolution de la technique par les autorités, en commun avec l'industrie.

64. Les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les dispositifs médicaux pour pouvoir être mis sur le marché (art. 4 al. 1er ODim) portent avant tout sur la qualité, la sécurité et l'efficacité du produit. Elles sont fixées à l'article 4 ODim qui renvoie à l'annexe I de la directive 93/42/CEE et à l'annexe I de la directive 90/385/CEE. Il est entendu que la définition de "dispositif médical" comprend les éléments suivants:

- le produit lui-même
- la publicité
- l'emballage
- l'information sur le produit
- le marquage.

65. Comme cela a été évoqué ci-dessus, les dispositifs médicaux sont définis à l'art. 3 ODim. Pour le surplus, la définition correspond à la notion européenne. L'éventail des dispositifs médicaux est très vaste. Il comprend notamment le matériel de bandage, les seringues, les instruments chirurgicaux, les stimulateurs cardiaques, les prothèses d'articulations, les tomographes assistés par ordinateur y compris les programmes informatiques correspondants, les pompes à insuline implantables¹². Il convient de relever que c'est le responsable de la mise sur le marché qui détermine si un produit doit être considéré comme un dispositif médical ou non, par le fait qu'il est tenu de décrire de manière précise, dans les informations concernant le produit, l'emploi auquel il le destine.

66. L'art. 5 ODim précise que les dispositifs médicaux sont également répartis en 4 classes, en fonction des risques qu'il peuvent présenter lors de l'utilisation prévue. La classification s'effectue conformément à l'annexe IX de la directive 93/42/CEE.

67. Pour les dispositifs médicaux de la classe I, le responsable de leur mise sur le marché assume seul la responsabilité de leur conformité (art. 6 ODim). Le fabricant/ responsable de la mise sur le marché établit une déclaration de conformité avant la mise sur le marché du dis-

¹² Rapport explicatif relatif à l'ODim, ad art. 3.

positif. Elle est conservée dans le dossier de l'entreprise et remise, sur demande, à l'autorité compétente.

68. S'agissant des dispositifs médicaux des classes IIa, IIb et III, le responsable de la mise sur le marché doit faire appel à un organe responsable de l'évaluation de la conformité (OEC). L'OEC établit un certificat de conformité dans lequel il atteste que soit, le système d'assurance de qualité, soit le produit est conforme aux exigences. L'organe certificateur donne au fabricant la permission d'apposer sur le dispositif son numéro d'identification (CE nnnn ou MD nnnnn). Ce numéro identifie l'organe certificateur qui endosse une part de responsabilité pour la conformité. Le certificat porte le numéro d'identification de l'OEC.

69. En Suisse, les OEC ont uniquement la possibilité d'inscrire sur un produit le numéro d'identification MD-nnnnn¹³ (MD signifiant "medical devices"). Cela signifie concrètement qu'un dispositif médical muni d'un tel numéro d'identification ne pourra être distribué qu'en Suisse. Par conséquent, dans l'hypothèse où un fabricant désire commercialiser un dispositif médical dans d'autres pays européens, il lui appartient de faire procéder au marquage CE (CE-nnnn) par un OEC compétent dans un pays autre que la Suisse. Ainsi, le marquage CE est pour l'instant unilatéralement reconnu par la Suisse puisque l'Europe ne reconnaît pas les numéros d'identification émanant d'organes certificateurs suisses.

70. On admet que les exigences essentielles sont remplies lorsque le fabriquant se conforme à certaines normes techniques d'exécution.

71. Si le fabriquant/responsable de la mise sur le marché ou un organe de certification confirme que les produits ou la production satisfont aux exigences posées par ces normes, l'autorité présume une conformité des produits aux exigences essentielles attachées au produit.

72. Si le fabricant ne s'en tient pas aux normes, il doit alors être en mesure de prouver d'une autre manière le respect des exigences essentielles.

73. La procédure d'évaluation de la conformité à suivre est mentionnée à l'Annexe 2 de l'ODim pour chacune des classes IIa, IIb et III. Il s'agit de la même procédure qui est appliquée au sein de l'Union européenne. Elle dépend de la classe du dispositif. Le fabricant, d'entente avec l'organisme de certification, choisit la procédure la plus adéquate à suivre pour son dispositif.

¹³ Situés à St-Gall, Itingen, Zollikofen et Zürich, les OEC suisses utilisent respectivement les numéros d'évaluation MD-10001, MD-10002, MD-20001 et MD-20002.

74. Selon la conception globale, la mise sur le marché d'un produit ne nécessite plus l'autorisation ou l'admission préalable d'une autorité. Le responsable de la mise sur le marché d'un dispositif médical doit avant de mettre celui-ci sur le marché, disposer d'une déclaration de conformité et, si le dispositif médical fait partie de la classe IIa, IIb ou III, d'un certificat de conformité délivré par un OEC.

75. Une fois le produit sur le marché, le fabricant s'engage à recenser les expériences faites avec son produit et tous les incidents qui y sont liés et à les communiquer à l'autorité sanitaire dans la mesure où les incidents ont conduit ou auraient pu conduire (vigilance) au décès ou à une aggravation importante de l'état de santé d'un patient ou d'un usager du produit.

76. L'Office fédéral de la santé publique est chargé de procéder à des contrôles dits ultérieurs afin de vérifier que les produits mis sur le marché sont conformes aux normes.

77. Par conséquent, les obstacles au libre-échange n'existent pas, du moins à ce stade-là. Contrairement au marché des médicaments, il n'existe pas de procédure d'admission.

4.3. Les différences entre les systèmes suisse et européen

78. Contrairement aux directives CE, l'ordonnance ne définit pas la notion de fabricant comme la source la plus importante d'obligations découlant des prescriptions relatives aux produits. C'est la notion de mise sur le marché qui l'est. Les éléments déterminants de la définition de mise sur le marché sont le transfert et la mise à disposition du produit. C'est en premier lieu au responsable de la mise sur le marché en Suisse à qui il incombe de fournir la preuve de la conformité d'un dispositif. Celui qui lui est lié par contrat et effectue la revente des produits doit au moins s'assurer que le produit est conforme et il doit être en mesure d'en apporter la preuve, sur demande des autorités. Si pour une raison ou pour une autre le responsable de la mise sur le marché fait défaut, le revendeur prend sa place.

79. Deux exigences supplémentaires suisses sont demandées: l'information sur le produit rédigée dans les trois langues officielles et le nom et l'adresse du responsable de la mise sur le marché en Suisse.

80. Le système de vigilance de la Suisse ainsi que les contrôles ultérieurs sont immédiatement applicables en Suisse et pas soumis au droit transitoire comme en Europe.

4.4 Appréciation

81. Par le biais de l'ODim, la Suisse s'est dotée d'un instrument euro-compatible qui permet la mise sur le marché de dispositifs médicaux sans passer par le biais d'une autorisation de mise sur le marché, comme c'est le cas pour les médicaments.

82. La Commission considère par conséquent que ni le pLPT ni l'ODim ne contiennent de restrictions à la concurrence concernant les dispositifs médicaux.

83. Elle se réserve néanmoins le droit d'émettre des recommandations y relatives, dans l'éventualité où la législation, respectivement des décisions d'exécution seraient différentes.

5. Conclusions et recommandations

84. De nombreuses restrictions à la concurrence figuraient d'une part dans le Règlement de l'OICM et d'autre part, dans l'avant-projet de loi sur les agents thérapeutiques. Dans le premier cas, il appert que les dispositions de l'OICM deviendront obsolètes, compte tenu justement du projet de loi fédérale.

85. Ensuite, grâce à l'intervention des autorités en matière de concurrence, bon nombre de restrictions à la concurrence ne figurent plus dans le pLPT, soit:

- l'exigence d'une seule entreprise de distribution;
- la durée de protection du savoir-faire de 6 ans, respectivement de 10 ans pour les produits de haute technologie;
- l'autorisation de fabrication pour quiconque entendait importer des médicaments en Suisse;
- l'absence de traités négociés avec des Etats étrangers et la Commission européenne, aux fins de reconnaître des admissions délivrées dans d'autres pays, du moins celles provenant de l'UE, des pays membres de l'AELE, des Etats-Unis, du Canada et du Japon, respectivement aux fins de procéder à l'échange des documents de contrôle;
- l'absence de procédure simplifiée aux médicaments importés parallèlement;
- l'interdiction d'influencer les personnes qui prescrivent ou délivrent des médicaments en leur offrant des avantages pécuniaires.

86. La Commission de la concurrence part du principe que les restrictions à la concurrence qui figuraient dans l'avant-projet de loi fédérale ne seront pas reprises dans le cadre des travaux parlementaires, respectivement qu'elles ne figureront pas dans le texte légal.

87. Formellement, il s'agit d'un projet de loi fédérale, dont le Parlement doit encore débattre, de sorte que des recommandations doivent être adressées au Conseil fédéral.

Recommandations:

88. La Commission recommande au Conseil fédéral d'adapter le projet de loi en fonction des modifications suivantes:

1. supprimer l'art. 10 al. 1^{er} let. C pLPT dans la mesure où il impose l'exigence d'un domicile en Suisse et modifier ladite disposition légale, en ajoutant une formule qui pourrait être la suivante: "*pouvoir être atteinte en tout temps par l'intermédiaire d'une personne de contact, aux fins de procurer les données nécessaires et garantir l'exécution immédiate des mesures décrétées par l'Institut*";
2. modifier l'art. 14 al. 2 lit. a pLPT: "si ce médicament a déjà fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché dans l'Etat en question *ou* en Suisse;
3. supprimer l'art. 32 al. 2 lit. a pLPT interdisant la publicité pour les médicaments prescrits uniquement sur ordonnance.

B 2

7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi

B 2.7

1. Teilrevision des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) betreffend die Spitalfinanzierung

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 zur Teilrevision des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) betreffend die Spitalfinanzierung

I Allgemeine Bemerkungen

1. Die Revision soll gemäss erläuterndem Bericht „...eine verbesserte Funktionsweise der bestehenden Mechanismen an[zu]streben. **Insbesondere sind die Anreize konsequenter auf das Ziel der Kosteneindämmung auszurichten**“ (S. 6, 1. Abschnitt).
2. Die Wettbewerbskommission ist der Ansicht, dass dieses Ziel mit der Vorlage nicht erreicht wird.
3. Neben dem Hauptziel einer stationären Pflege auf hohem Niveau (gewährleistet durch die Grundversicherung) sind aus wettbewerblicher Sicht nicht nur eine Kostenminderung, sondern ein optimales Kosten-/Nutzenverhältnis anzustreben.
4. Die Wettbewerbskommission erachtet eine vertiefte Prüfung der Möglichkeiten, durch die Verbesserung der Anreizstrukturen effiziente Lösungen herbeizuführen, als unerlässlich. Eine Revision der Spitalfinanzierung zum jetzigen Zeitpunkt wäre verfrüht.

5. Vertiefter Prüfung bedürfen insbesondere:
 - Die Spitalplanung durch die Kantone und damit verbunden die Frage der Finanzierung der Spitäler (insbesondere Subventionierung der Spitäler und/oder der Prämienverbilligung).
 - Anreize zum Abbau der Überkapazitäten.
 - Die Frage der Genehmigung (Art. 46. Abs. 4 KVG) der Tarifverträge resp. Festsetzung der Tarife (Art. 47 Abs. 1 KVG) durch die Kantone.
6. Die Problematik, die sich aus diesen drei Punkten ergibt, muss im Kontext der Anreizstrukturen des KVG betrachtet werden.
7. Den Versicherern und damit auch indirekt den Kopfprämienzahlern soll nicht bloss ein grösserer Teil der Kosten auferlegt werden. Die Versicherer müssten gleichzeitig **auch eine stärkere Wettbewerbsposition erhalten**, die es ihnen ermöglicht, die Kosten im Gesundheitswesen nachhaltig zu beeinflussen und damit ihrer Rolle im schweizerischen Gesundheitssystem gerecht zu werden.

II Besondere Bemerkungen

1. Spitalplanung

8. Einleitend ist festzuhalten, dass die Spitalplanung in enger Beziehung zur Spitalfinanzierung steht. Grundsätzlich muss daher in die Diskussion über Spitalplanung auch die Frage, auf welche Art und Weise die Spitäler finanziert werden, einfließen. Aus Sicht der Wettbewerbskommission müsste dabei der Vorschlag geprüft werden, ob nicht die heute geleisteten Direktzahlungen (Subventionen) anstatt den Spitälern den Versicherten in Form von Prämienverbilligungen zukommen sollten. In der Folge würde die Leistungsfähigkeit der Spitäler stärker ausschlaggebend sein für deren Berücksichtigung durch die Versicherer. Voraussetzung ist, dass diese durch die Gesetzgebung nicht gezwungen werden, alle planungskonformen Spitäler - zumindest in ihrem Basisangebot - zu berücksichtigen (vgl. unten: 3. Tarifgenehmigung durch die Kantone, 1. Gedankenstrich).
9. Zurzeit wird im KVG für den stationären Pflegebereich den Kantonen die Pflicht zugewiesen, eine **wirtschaftlich sinnvolle** Spitalplanung aufzustellen (vgl. erläuternder Bericht zu vorliegender Teilrevision, S. 3, Kap. 12).
10. Neu werden gemäss der Vorlage sämtliche halbprivaten und privaten Betten öffentlicher, öffentlich subventionierter Spitäler und Privatspitäler in die Spitalplanung mit einbezogen (vgl. erläuternder Bericht, S. 8, 3. Abschnitt). Dadurch wird - ohne gleichzeitige Strukturbereinigung - ein Überhang an planungskonformen stationären Kapazitäten fortgeführt.

11. Die Kantone können nun, da die Finanzierung neu subjektbezogen und nicht mehr objektbezogen durchgeführt wird (vgl. erläuternder Bericht, S. 12, 4. Abschnitt), die Kostendeckung der Spitäler erhöhen, indem sie für diejenigen Spitäler, bei denen sie in der Trägerschaft sind, eine möglichst hohe Auslastung schaffen. Für die Kantone werden somit Anreize geschaffen, diejenigen Spitäler zu bevorzugen, bei welchen sie (Mit-)Träger sind. Folglich wird ein Anreiz gesetzt, private Spitalbetreiber von der Liste zu streichen.

12. Der neue Art. 39 Abs. 2 KVG, wonach private Spitalträgerschaften angemessen zu berücksichtigen seien, bietet aufgrund ihrer Offenheit keine Gewähr dafür, dass die Folgen des oben erwähnten Anreizes nicht eintreten.

13. Bis anhin haben die Kantone die Spitallisten mehr oder weniger als Inventarlisten geführt. Sämtliche Privatspitäler waren finanzierungsseitig gleichgestellt bzw. kein Privatspital erhielt Kantonsbeiträge. Durch die gleichzeitige Ausweitung der Kapazitäten aufgrund des Einbezugs der Halbprivat- und Privatbetten in die Planung und die Gleichstellung der planungskonformen Spitäler bezüglich der Finanzierung ergibt sich nun neu folgendes Problem:

14. Diejenigen Spitäler, die nicht Eingang in die Planung finden, werden in Zukunft kaum mehr existieren können, da sie im Gegensatz zu den planungskonformen Spitalern weder grundversicherte Personen behandeln können, noch bei halbprivat- und privatversicherten Patienten den Grundversicherungsanteil erhalten. Die Listenzugehörigkeit wird damit noch stärker als bisher zur *conditio sine qua non* für die Spitäler. Sie ist eine rein planwirtschaftlich konzipierte Marktzutrittsschranke resp. auch Marktaustrittsschranke, da ein Spital – einmal auf der Liste – sich hüten wird, von sich aus einzelne ineffiziente Abteilungen zu schliessen oder ganz aus dem Markt auszuscheiden.

15. Bisher scheint die Spitalplanung nicht zu effizienten Lösungen zu führen, da dieselbe Instanz, welche Trägerin eines Grossteils der Spitäler in einem Kanton ist, gleichzeitig auch die Spitalplanung durchführt. Mit dem Revisionsvorschlag wird, wie oben beschrieben, der kantonalen Spitalplanung eine noch grössere Bedeutung zugemessen.

16. Die Durchführung der Spitalplanung durch die Kantone behindert daher eine effektive Kosteneindämmung. Die Wettbewerbskommission ist überzeugt, dass nur ein wettbewerblich ausgestaltetes Anreizsystem zum postulierten Ziel der Kosteneindämmung führen wird.

2. Abbau der Überkapazitäten

17. Bisher ist im geltenden KVG festgehalten worden, dass die Kosten für Überkapazitäten, Investitionen sowie Lehre und Forschung

keine anrechenbaren Kosten sind, und somit gänzlich vom Kanton übernommen werden (Art. 49 Abs. 1 KVG). Gemäss Vorschlag sollen auch die Versicherer die Hälfte der Kosten für Investitionen und Überkapazitäten tragen.

18. Angesichts der politischen Dimension der Spitalplanung ist mittelfristig wohl kaum mit einer konsequenten Reduktion der Kapazitäten zu rechnen. Hinzu kommt, dass jeder Ausschluss eines Spitäles aus der kantonalen Spitalliste erfahrungsgemäss langwierige Beschwerdeverfahren gem. Art. 53 KVG nach sich zieht und der Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens ungewiss ist. Dies bedeutet, dass eine redimensionierende Planung allenfalls auch wieder rückgängig gemacht werden kann.

19. Die Spitäler werden aufgrund der neu einzuführenden leistungsbezogenen Finanzierung zunächst einen grossen Anreiz haben, ihre Kosten durch eine grössere Anzahl erbrachter Leistungen zu decken. Infolge der Kapazitätsausweitung, wie sie oben beschrieben wurde, besteht die Gefahr, dass die Kosten überdurchschnittlich ansteigen.

20. Aus Sicht der Wettbewerbskommission kann mit dieser Anreizstruktur das Ziel der Kosteneindämmung zumindest mittelfristig nicht erreicht werden.

3. Genehmigung der Tarife durch die Kantone

21. Art. 41 Abs. 4 KVG bietet die Möglichkeit, Produkte zu entwickeln, welche durch die Einschränkung der Leistungserbringer und individuelle Tarifverträge für den Versicherten günstiger sind, als diejenigen mit der vollen Spitalwahlfreiheit. Die Grundlage für ein wettbewerbliches System besteht damit bereits:

22. Den Versicherern wird es schon heute im Ansatz ermöglicht, die kantonale Spitalplanung zu arrondieren bzw. durch die Einführung einer eigenen Liste selber "Spitalplanung" zu betreiben und so direkten Wettbewerbs- resp. Kostendruck auf die Spitäler auszuüben. Offenbar wurde bis anhin jedoch nur äusserst zurückhaltend von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Der verstärkten Nutzung dieser Möglichkeit stehen entgegen a) eine schwache Verhandlungsposition der Versicherer und b) fehlende Anreize für den Versicherer solche Produkte zu erarbeiten:

- a) Einerseits muss der Versicherer bei der Aushandlung der Tarife für solche innovativen Produkte immer berücksichtigen, dass der Kanton diese genehmigen muss. Andererseits ist der Kanton gleichzeitig auch oft Träger der Spitäler, die an diesen Verhandlungen teilnehmen. Ein Grossteil der Spitäler hat damit einen doppelten Verhandlungsvorteil: erstens, dass der Tarif durch den eigenen Träger - den Kanton - genehmigt werden muss (Art. 46 Abs. 4 KVG). Sie haben zweitens die Sicherheit von Art. 41 Abs. 1

KVG, dass sie immer in wenigstens einem Produkt des Versicherers aufgeführt sein werden, da dieser die volle Spitalwahlfreiheit zumindest bei einem Produkt gewährleisten muss.

- b) Aufgrund von Art. 101 der Verordnung zum KVG in den ersten fünf Jahren auch nur höchstens 20% der Einsparungen weitergeben kann. Dies untergräbt die Anreize solche Produkte zu entwickeln.

Ein einzelner Versicherer ist somit ein äusserst schwacher Verhandlungspartner.

III Antrag

23. Aus den dargelegten Gründen ist die Wettbewerbskommission der Auffassung, dass die Teilrevision zwar gewisse Verbesserungen mit sich bringt, diese aber nicht ausreichen, um das vom EDI formulierte Ziel der Eindämmung der Kosten (vgl. Allgemeine Bemerkungen) zu erreichen. Im Gegenteil besteht sogar die Gefahr, dass aufgrund der Revision insgesamt mit einer Kostenerhöhung zu rechnen ist.

24. Die vorgeschlagenen Anpassungen werden sich nicht nur auf die Finanzierung der Spitäler – wie fälschlicherweise dem Titel der Teilrevision zu entnehmen ist –, sondern auch auf die gesamte stationäre und teilstationäre Gesundheitsversorgung auswirken.

25. Die Wettbewerbskommission beantragt daher, auf die vorliegende Teilrevision zum jetzigen Zeitpunkt zu verzichten, damit ungewollte Auswirkungen aufgrund der fehlerhaften Anreizstrukturen vermieden werden. Die Wettbewerbskommission erachtet eine vertiefte Diskussion der wirtschaftlichen Interdependenzen als notwendig, bevor zu einer Neuordnung der Spitalfinanzierung geschritten werden kann.

B 2	8. Diverses Divers Diversi
B 2.8	1. Weitergabe von Zinssenkungen an Unternehmen

Antwort der Wettbewerbskommission vom 29. März 1999 auf die Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats betreffend der Weitergabe von Zinssenkungen an Unternehmen

Die Wettbewerbskommission nimmt Bezug auf das Schreiben der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-NR) vom 1. Februar 1999, in welchem sie um eine Stellungnahme zum Ergebnis der Studie der prognos über die Weitergabe von Zinssenkungen auf dem Kapitalmarkt an die kleinen und mittleren Unternehmungen (die „Studie“) gebeten wird.

Die Studie gelangt zum Schluss, dass in den letzten Jahren auf dem Kapitalmarkt festzustellende Zinssenkungen nur jedem fünften KMU weitergegeben wurden. Dabei gaben die Regionalbanken (in 33% aller Fälle) und die Raiffeisenbanken (29%) Zinssenkungen doppelt so häufig weiter wie die Grossbanken (16%), und rund eineinhalb mal häufiger als die Kantonalbanken (20%). Die Studie zeigt weiter, dass die Weitergabe von Zinssenkungen an Unternehmen, welche in den letzten drei Jahren immer mit Gewinn abgeschlossen haben, nicht häufiger erfolgt als an Unternehmen, welche Verluste erlitten haben.

Die WAK-NR hat die WEKO um

- eine Beurteilung dieses Befundes,
- Angaben über allfällige Steuerungsmöglichkeiten aus Sicht der WEKO, sowie
- die Beurteilung eines allfälligen Handlungsbedarfs aus Sicht der WEKO

gebeten.

Die Wettbewerbskommission nimmt zu den Fragen wie folgt Stellung:

Executive Summary

Das Resultat der Studie bestätigt im wesentlichen die Argumentation der Wettbewerbskommission im Zusammenschlusskontrollverfahren UBS, dass im Markt für Kredite an kleine und mittlere Unternehmungen aufgrund der starken Konzentration eine implizite Kollusion der drei grossen Marktteilnehmer (UBS, Kantonalbank, CS) zwecks Hochhaltung der Zinsen und Verbesserung der Renditen im Firmenkreditgeschäft für KMUs zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.

Dafür gibt es ökonomische Erklärungen: Die Banken haben wenig Anreize, ihren Zinssenkungsspielraum auszuschöpfen, weil sie erstens damit nur dasselbe Verhalten der Konkurrenten und damit das Einpendeln der Zinssätze auf tieferem Niveau provozieren (und damit ihre Marge schmälern) werden und weil sie sich zweitens der geringen Preiselastizität ihrer Kunden bewusst sind.

Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass die einzig sinnvolle und richtige Massnahme die Stimulierung des Wettbewerbs ist, was insbesondere durch eine Vergrösserung der Anzahl bedeutender Konkurrenten auf dem Markt für Firmenkredite zu bewirken versucht

wurde. Mit der Vergrößerung der Zahl der gewichtigen Wettbewerber nimmt die Gefahr eines kollusiven Oligopols progressiv ab, und damit wird *die Chance* verbessert, dass die Senkung der Zinsen durch intensiveren Wettbewerb bewirkt werden kann.

In diesem Sinne hat die Wettbewerbskommission den Unternehmenszusammenschluss UBS – SBV nur unter der Auflage zugelassen, dass die UBS zwei Bankinstitute in kritischen Regionen sowie 25 Filialen verkauft. Dadurch ist es gelungen, die Migrosbank und die Coop Bank (als die beiden - nach den Grossbanken - nächstgrösseren gesamtschweizerisch tätigen Universalbanken) substantiell zu stärken.

Jede Art von Intervention in die Zinsbildungsmechanismen würde die Gefahr der ungerechtfertigten Behinderung oder gar Einschränkung der Banken bei ihrer Risikoevaluation und Berechnung eines risikoadäquaten Zinssatzes mit sich bringen und würde letztlich das Risiko einer nächsten Welle von Verlusten in diesem Geschäft erhöhen. Dies wäre weder aus gesamtwirtschaftlicher Sicht effizient noch aus wettbewerblicher Sicht erwünscht.

Die Wettbewerbssituation auf dem Markt für Firmenkredite im Urteil der Wettbewerbskommission

Die Wettbewerbskommission hatte im ersten Trimester 1998 anlässlich der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens UBS – SBV Gelegenheit, sich vertieft mit der Lage auf dem Markt für Firmenkredite in der Schweiz zu befassen. Die Resultate dieser Untersuchung sind in Recht und Politik des Wettbewerbs 1998/2, 278 ff. publiziert (Beilage).

Die Wettbewerbskommission hat die Märkte für Firmenkredite bis zu 2 Mio. CHF untersucht, also insbesondere die Kredite an kleinere Unternehmen, welche kaum die Möglichkeit haben, einen Kredit von einer ausländischen Bank zu erhalten (RPW 1998/2, Rz 58 ff., 292 ff.). Sie hat somit die Abgrenzung nicht wie die prognos nach Umsatz der Unternehmung, sondern nach der Kredithöhe vorgenommen. Weiter hat die Wettbewerbskommission die Berechnungen für regional definierte Märkte vorgenommen (RPW 1998/2, Rz 46 ff., 288 ff.), und nicht wie die prognos gesamtschweizerische Zahlen ermittelt. Diese Unterschiede führen aber, wie noch zu zeigen ist, nicht zu grossen Unterschieden in der Beurteilung der Marktpositionen der diversen Bankengruppen.

Die Wettbewerbskommission hat festgestellt, dass in den von ihr untersuchten regionalen Märkten die zwei verbleibenden Grossbanken (UBS und CS) sowie die jeweilige Kantonalbank auf Marktanteile von 85 bis 95 Prozent der ausstehenden Firmenkredite kommen (RPW 1998/2, Rz 87 f., 297 f.). Die Raiffeisenbanken und die Regionalbanken, Migrosbank und Coop Bank teilen sich im wesentlichen in die jeweils verbleibenden rund 10%. Mit einer Ausnahme (Region Solothurn/Oberaargau/Seeland, wo die neue UBS 55 – 60 % Marktanteil

aufweist) kann aber in keinem Markt von der beherrschenden Stellung einer einzelnen Bank gesprochen werden.

Dieser Befund (jeweils drei dominierende Anbieter in jedem untersuchten Markt) hat die Wettbewerbskommission dazu bewogen, die Frage zu prüfen, ob eine kollektive Beherrschung dieser Märkte und als Folge davon Zinssätze, welche (nicht abgesprochen, aber bewusst) über dem bei intensivem Wettbewerb zu erwartenden Niveau angesetzt werden, zu erwarten seien.

Die Wettbewerbskommission fand folgende Elemente in der aus der Fusion resultierenden Marktstruktur, welche für eine kollektive Marktbeherrschung sprechen (RPW 1998/2, Rz 148 ff., 310 ff.):

- ähnlich grosse und über die letzten Jahre stabile Marktanteile der beiden gewichtigsten Konkurrenten auf den meisten der untersuchten Märkte;
- vergleichbare Kostenstrukturen im Retailgeschäft bei allen grossen Marktteilnehmern;
- hohe Marktzutrittsschranken sowohl für ausländische Banken wie auch für Kantonalbanken benachbarter Kantone, welche insbesondere aus der Tatsache resultieren, dass ein Zutritt auf den Markt für Firmenkredite an KMU nicht ohne Eintritt in die übrigen Märkte für Retail- und Geschäfts-Bankdienstleistungen möglich ist;
- niedrige Preiselastizität auf Seiten der Firmenkreditkunden; d.h. die Kunden reagieren nur sehr beschränkt auf die Änderung (oder die unterlassene Änderung) der Zinssätze (dies, weil die Kosten und der Aufwand für einen Wechsel der Hausbank beträchtlich sind);
- das Vorliegen eines gesättigten Marktes mit – im Vergleich zu andern Banksparten – relativ bescheidenen Wachstumsraten;
- genügende Markttransparenz auf Seiten der Banken, um das Abweichen eines Konkurrenten von der impliziten Abrede rasch festzustellen und darauf zu reagieren;
- identische Anreize aller grossen Wettbewerber im Bereich der Firmenkredite, die in den letzten Jahren erlittenen grossen Verluste in diesem Geschäft durch eine erhöhte Rendite zumindest teilweise zu kompensieren;
- die Möglichkeit der Banken, mittels relativ geringfügiger (und wie erwähnt beim Kunden noch keine Absatzbewegung nach sich ziehender) Erhöhung von Zinssatz und Marge die Rendite auf den unterlegten Eigenmitteln massiv zu verbessern, und damit entsprechende Anreize, den Raum für Zinssenkungen nicht voll auszuschöpfen.

Die Wettbewerbskommission konnte angesichts der Bereitschaft der Fusionsparteien zu Massnahmen, welche die Bedenken der Kommission zu beseitigen geeignet waren, letztlich offenlassen, ob effektiv von einer konkreten Gefahr kollektiver Marktbeherrschung und erhöhter Zinsen ausgegangen werden müsse. Die Argumentation im UBS-Entscheid legt jedoch nahe, davon auszugehen, dass die Wettbewerbskommission – ganz neue Erkenntnisse in der letzten Phase des Verfahrens vorbehalten – Auflagen mit der Begründung der Gefahr kollektiver Marktbeherrschung erwogen hätte, wenn keine vorherige Einigung zustande gekommen wäre.

Der Befund der prognos im Vergleich mit den Ergebnissen der Wettbewerbskommission

Die Studie hat für die Investitionskredite den Marktanteil der Grossbanken (UBS und CS) gesamtschweizerisch mit 35 % und denjenigen der Kantonalbanken mit 44 % berechnet (S. 33); bei den Betriebskrediten betragen die entsprechenden Prozentsätze 57 % und 31 % (S. 20). Berücksichtigt man, dass die Summe der Betriebskredite rund viermal grösser ist als die der Investitionskredite, resultieren gewichtet kombinierte Marktanteile von 53 % für die Grossbanken, 34 % für die Kantonalbanken, was total rund 88% ergibt. Diese Zahlen decken sich im wesentlichen mit den Berechnungen der Wettbewerbskommission für die regionalen Märkte für Firmenkredite, welche kombinierte Marktanteile von zwischen 85 % und 95 % ergeben haben.

Die Studie hat weiter ergeben, dass Zinssenkungen von Gross- und Kantonalbanken deutlich seltener – beinahe nur halb so häufig – weitergegeben wurden als bei Regional-, Raiffeisenbanken sowie Migrosbank und Coop Bank (S. 48). Dabei wurde kein signifikanter Unterschied zwischen guten und schlechten Risiken festgestellt (S. 49), so dass eine allfällige Nichtweitergabe nicht mit der Abgeltung eines erhöhten Risikos erklärt werden kann. Dies stützt die der Argumentation der Wettbewerbskommission zugrundeliegende Annahme, dass Gross- und Kantonalbanken aufgrund ihrer in der Vergangenheit erlittenen Verluste in diesem Geschäft gleichgerichtete Anreize haben, die Margen zu erhöhen, um die früher erlittenen Verluste teilweise zu kompensieren. Eine solche Politik wird – auch wegen der geringen Preiselastizität und der Kosten des Wechsels auch für „gute Risiken“ – nicht zwischen guten und schlechten Risiken differenzieren.

Die Studie geht weiter davon aus, dass gute Risiken „schon bei kleinsten Zinsunterschieden die Bank wechseln“ (S. 49). Dies steht im Widerspruch zur Auffassung der Wettbewerbskommission, dass für alle Firmenkunden, welche auf umfassende Bankdienstleistungen angewiesen sind, relativ hohe „switching costs“ existieren, weil der Vergleich der unterschiedlich ausgestalteten Gesamtpakete (Kosten der verschiedenen Dienstleistungen, unterschiedliche Verknüpfungen und Gebührenfreiheitsbedingungen) für alle mit relativ grossen Ko-

sten verbunden ist, welche sich angesichts der möglichen Einsparungen bei kleinen Kreditbeträgen nicht rechnen (RPW 1998/2, Rz 125 ff., 306 f.). Die Aussage der prognos wird allerdings durch die Ergebnisse der Studie in keiner Weise belegt. Dass die Zinssatzsenkungen insbesondere von Grossbanken im Durchschnitt etwas höher ausfielen als bei anderen Banken, kann auch daran liegen, dass dieselben Banken auch bei Zinssatzerhöhungen i.d.R. massiver korrigierten als die übrigen Institute (S. 48).

Beurteilung des Handlungsbedarfs und möglicher Steuerungsinstrumente durch die WEKO

Die WEKO ist überzeugt, dass diese Situation primär durch Stimulierung des Wettbewerbs und die Vergrösserung der Anzahl ernstzunehmender Konkurrenten korrigiert werden sollte.

Die Wettbewerbskommission ist sich bewusst, dass damit nur eine Chance für mehr Wettbewerb eröffnet wird, ohne dass dieses Resultat durch die Erhöhung der Anzahl Wettbewerber gesichert wäre. Dies insbesondere deshalb, weil auch für die Kunden der neuen Wettbewerber das Argument der geringen Preiselastizität zutrifft, was ebenso für die Kosten des Wechsels der Bankbeziehung gilt.

Hinzu kommt, dass vor zu raschen Schlüssen zu warnen ist: Ob ein Institut durch Herabsetzung der Zinsen und Gewinnung neuer Kunden seine Gewinne erhöhen kann und somit einen Anreiz zu solchem Verhalten hat, hängt auch von der Kostenstruktur des Instituts und seinen Verarbeitungskapazitäten ab. Denkbar ist im Einzelfall, dass die Anreize zur Zinssenkung angesichts der zu erwartenden neuen Kundschaft, der dadurch notwendig werdenden Investitionen sowie der damit verbundenen Kosten wiederum wegfallen.

Dennoch darf erwartet werden, dass durch die Erhöhung der Anzahl Wettbewerber eine ungerechtfertigte Nichtweitergabe der Zinssenkungen auf dem Kapitalmarkt tendenziell unwahrscheinlicher wird.

Im Sinne obiger Überlegungen hat die Wettbewerbskommission die neue UBS zu Desinvestitionen verpflichtet: Die Auflagen sehen vor, dass die UBS zwei Bankinstitute, welche in wettbewerbsrechtlich kritischen Regionen gelegen sind, sowie 25 Bankstellen (Filialen mit Kunden- und Mitarbeiterbeziehungen) an Konkurrenten veräussert. Diese Auflage hat die UBS dadurch erfüllt, dass sie – neben einem kleinen Paket an die RBA Gruppe - sowohl der Migrosbank als auch der Coop Bank grössere Pakete von Bankstellen und/oder Kundenbeziehungen verkauft hat. Damit werden die beiden wichtigsten inländischen Konkurrenten der Gross- und Kantonalbanken erheblich gestärkt. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei beiden um Bankinstitute handelt, welche nicht im selben Ausmass von Verlusten im bisher nur zurückhaltend gepflegten Firmenkunden-Kreditgeschäft betroffen waren und auch im Bereich der Hypothekarkredite schon in der Ver-

gangenheit ein Vorreiterrolle gespielt haben (Migrosbank), kann von diesen Massnahmen eine Stimulierung des Wettbewerbs erwartet werden.

Eine Verschärfung des Wettbewerbs erwartet die Wettbewerbskommission auch vom im letzten Jahr erfolgten Marktzutritt der General Electric Capital Corp. durch den Erwerb der beiden Konsumkredit- und Leasingbanken Aufina und Prokredit. Die GECC hat auch in andern europäischen Staaten, in welchen sie in den vergangenen Jahren den Marktzutritt vollzogen hat, bewiesen, dass sie auch gerade im Bereich der Investitionsgüterfinanzierung mit neuen und innovativen Instrumenten auf dem Markt auftritt und damit den Wettbewerb belebt.

Die Wettbewerbskommission hält es nicht für angezeigt, auf die festgestellte zögerliche Weitergabe von Zinssenkungen mit nicht wettbewerbskompatiblen Eingriffen zu reagieren. Die Wettbewerbskommission hat insbesondere auch bei der Formulierung ihrer Auflagen darauf geachtet, nicht in die Risikobeurteilungs- und Zinsfestsetzungsmechanismen der Banken einzugreifen. Eingriffe, welche die Banken anhalten, nicht risikogerechte Zinsen zu verlangen oder zumindest deren Freiheit bei der Festlegung der Zinsen beschneiden, würden letztlich zu erneuten Fehlallokationen und somit zu ineffizienten Lösungen führen.

Die Lösung des festgestellten fehlerhaften Funktionierens des Wettbewerbs muss durch die Verstärkung des Wettbewerbsdruckes auf die grossen Institute in den jeweiligen relevanten Märkten und durch die Verhinderung der weiteren Abnahme der Zahl der ernstzunehmenden Konkurrenten in einem im internationalen Vergleich schon sehr hoch konzentrierten Schweizer Bankenmarkt angestrebt werden.

Dazu könnte – nebst den schon erwähnten Auflagen im Zusammenschlussverfahren UBS – insbesondere die konsequente Reduktion der Marktzutrittsschranken für wettbewerbswillige – insbesondere ausländische - Institute beitragen. In diesem Sinne bedauert die Wettbewerbskommission die im Rahmen der Zulassung von remote members an der Schweizer Börse geplanten steuerlichen Massnahmen, welche ausländischen Instituten einen vorhandenen Anreiz, trotz des Standort-Nachteils den Schweizer Bankkunden Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Wertpapierhandel anzubieten, nimmt.

Es war in der uns zur Stellungnahme zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich, weitere eigene Abklärungen durchzuführen. Unsere Stellungnahme beschränkt sich deshalb darauf, die Übereinstimmung der Studie mit den im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens UBS erhobenen Daten und entwickelten Modellen zu konstatieren. Nachdem aber auch die Studie die Folgerung nahelegt, dass der Wettbewerb auf dem Markt für Firmenkredite nicht uneingeschränkt funk-

tioniert, fasst die Kommission vertiefte Abklärungen auf diesem Markt ins Auge und wird Sie zu gegebener Zeit gerne über ihre neuen Erkenntnisse informieren.

B 2.8	2. Das öffentliche Beschaffungswesen der Gemeinden und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)
-------	--

Informationsblatt vom 15. April 1999

I. Einleitung

Die finanziellen Mittel, die von den Gemeinwesen für öffentliche Beschaffungen aufgewendet werden, stellen einen wichtigen Teil ihres Budgets dar. In der Schweiz beläuft sich dieser Betrag auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene auf mehr als 26 Milliarden Franken jährlich. Die Öffnung der Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb erlaubt es den Gemeinwesen, durch gewichtige Kosteneinsparungen den öffentlichen Haushalt zu entlasten.

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) enthält unter anderem Vorschriften für die kantonalen und kommunalen Beschaffungen. Das BGBM ist am 1. Juli 1996 grundsätzlich in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist die Übergangsfrist für die Anpassung von Rechtsvorschriften abgelaufen. Auf denselben Zeitpunkt hin sind die Vorschriften über den Rechtsschutz bei öffentlichen Beschaffungen in Kraft getreten. **Seit dem 1. Juli 1998 ist das BGBM somit umfassend anwendbar.**

Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ist bewusst, dass sich das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden gegenwärtig in einem Übergangsstadium befindet. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) setzt zur Hauptsache die Verpflichtungen der Kantone aus dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen um. Den Anforderungen des BGBM wird im Entwurf für eine revidierte IVöB entsprochen. Der Revisionsprozess ist jedoch vom zuständigen interkantonalen Organ sistiert worden.

Die Mindestvorschriften des BGBM gelten jedoch unabhängig von der konkreten Umsetzung in den Kantonen und Gemeinden. Sie sind daher bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu respektieren.

II. Der Geltungsbereich des BGBM

Das BGBM hat in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden einen sehr breiten Geltungsbereich.

- Es gilt für die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, unabhängig von der Rechtsform der Beschaffungsstelle (Gemeinwesen, Genossenschaft, Aktiengesellschaft, Anstalt etc.).
- Es erfasst sämtliche Beschaffungen zur Erledigung öffentlicher Aufgaben, unabhängig vom Typ der Beschaffung (Baufträge, Güter oder Dienstleistungen).
- Die Mindestvorschriften des BGBM gelten für sämtliche Beschaffungen, unabhängig von einem Schwellenwert.

III. Die Mindestvorschriften des BGBM

Die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM). Für diese Vorschriften und darauf abgestützte Verfügungen sind jedoch die Mindestvorschriften, welche das BGBM aufstellt, einzuhalten. Es handelt sich um folgende Mindestvorschriften:

- Diskriminierungsfreier Marktzugang (Art. 5 i. V. m. Art. 3 BGBM),
- die Publikation umfangreicher Vorhaben sowie der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren (Art. 5 Abs. 2 BGBM), und
- die Vorschrift, dass Beschränkungen des Marktzuganges in Form von Verfügungen zu erfolgen haben (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsieht (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

Der Ausschluss von Anbieterinnen und Anbietern bei öffentlichen Beschaffungen der Gemeinde ist nur unter bestimmten, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen zulässig: Für die Ortsfremden müssen dieselben Regeln gelten wie für die Ortsansässigen. Die Marktzugangsbeschränkung muss zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sein. Die Beschränkungen dürfen in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen darstellen.

IV. Die wichtigsten Grundsätze des BGBM für das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden

In der folgenden nicht abschliessenden Liste werden die wichtigsten Grundsätze des BGBM für das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden dargestellt:

Gleichbehandlung von Ortsansässigen und Ortsfremden: Es ist nicht zulässig, Ortsfremde anderen Vorschriften zu unterwerfen als Ortsansässige, um dadurch Ortsfremde vom lokalen Markt auszuschliessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM).

Keine Sitzerfordernisse: Sitz oder Geschäftsniederlassung in der Gemeinde sind für die Teilnahme am Vergabeverfahren nicht notwendig. Es ist unverhältnismässig und daher unzulässig nach BGBM, nur jene Anbieterinnen oder Anbieter zum Vergabeverfahren zuzulassen, welche ihren Sitz oder eine Geschäftsniederlassung in der Gemeinde haben (Art. 3 Abs. 3 Bst. c BGBM).

Keine Gegenrechtsvorbehalte: Es ist nicht zulässig, die Teilnahme von Ortsfremden vom Gegenrecht abhängig zu machen.

Keine Prozentklauseln: Es ist nicht zulässig, über sogenannte Prozentklauseln den Ortsansässigen einen Vorrang bei der Vergabe einzuräumen.

Keine Bevorzugung von Ortsansässigen im Einladungsverfahren: Es widerspricht dem BGBM, in Submissionsreglementen vorzusehen, dass im Einladungsverfahren in der Regel nur die Einheimischen einzuladen sind.

Publikation aller Teilnahme- und Vergabekriterien: Bei der Publikation von Beschaffungsvorhaben sind sämtliche Kriterien für Teilnahme und Zuschlag mit Angabe ihrer Wichtigkeit bekannt zu geben.

V. Verfügungsform und unabhängige Beschwerdeinstanz

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des Marktzugangs zu öffentlichen Beschaffungen in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Ausserdem ist wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorzusehen. Somit sind unter anderem der Zuschlag oder der Ausschluss von einem Vergabeverfahren in Form einer Verfügung auszugestalten.

VI. Weitere Informationen

Dieses Informationsblatt ist ebenfalls auf Internet abrufbar (www.wettbewerbskommission.ch). Weitere Informationen sind erhältlich beim Sekretariat der Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern (Tel.: 031 322 20 40, Fax: 031 322 20 53).

B 2.8	3. Les marchés publics des communes et la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)
-------	---

Note d'information du 15 avril 1999

I. Introduction

Les marchés publics constituent une part importante du budget des collectivités publiques. En Suisse, les marchés publics de niveau fédéral, cantonal et communal totalisent une somme annuelle de plus de 26 milliards de francs. L'ouverture des marchés publics à la concu-

rence permet aux collectivités publiques de réaliser des économies importantes.

La loi fédérale sur le marché intérieur suisse du 6 octobre 1995 (LMI; RS 943.02) contient des règles minimales qui doivent être respectées dans le cadre des marchés publics des cantons et des communes. La LMI est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996 alors que le délai pour l'adoption des dispositions d'organisation nécessaires et des voies de recours est arrivé à échéance le 1^{er} juillet 1998. **Ainsi, depuis le 1^{er} juillet 1998, la LMI est entièrement applicable.**

Le secrétariat de la Commission de la concurrence est conscient que les marchés publics des cantons et des communes se trouvent actuellement dans une phase de transition. L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) transpose au niveau cantonal les obligations qui découlent de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. Le projet de révision d'AIMP tient dûment compte des exigences de la LMI. La procédure de révision a cependant été suspendue par l'organe intercantonal compétent.

Les exigences minimales de la LMI s'appliquent indépendamment de la transposition dans les cantons et les communes. Elles doivent par conséquent être respectées dans le cadre de l'adjudication des marchés publics.

II. Le champ d'application de la LMI

Le champ d'application de la LMI dans le domaine des marchés publics est large. En effet :

- La LMI s'applique aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches d'intérêt public, indépendamment de leur forme juridique.
- La LMI s'applique sans distinction à tous les types de marchés publics (de fournitures, de services ou de travaux).
- Les principes de la LMI s'appliquent indépendamment de valeurs seuils.

III. Les exigences minimales de la LMI

Les marchés publics des cantons et des communes et des autres organes assumant des tâches d'intérêt public sont régis par le droit cantonal ou intercantonal (art. 5 al. 1, 1^{ère} phrase LMI). Ces dispositions et les décisions fondées sur elles doivent respecter les exigences minimales de la LMI. Il s'agit des exigences suivantes:

- L'accès non discriminatoire au marché (Art. 5 et 3 LMI),
- La publication des marchés publics de grande importance ainsi que des critères de participation et d'attribution (Art. 5 al. 2 LMI), et

- La disposition selon laquelle les limitations de l'accès au marché doivent être prises sous forme de décisions (Art. 9 al. 1 LMI) et que le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours à une instance indépendante de l'administration (Art. 9 al. 2 LMI).

Les limitations d'accès au marché d'offreurs dans le cadre de marchés publics des communes doivent respecter un certain nombre de conditions cumulatives: les mêmes règles doivent être applicables aux offreurs externes et aux offreurs internes. La limitation d'accès au marché doit être nécessaire à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de proportionnalité. Enfin, elle ne doit en aucun cas constituer un obstacle déguisé destiné à favoriser les offreurs locaux.

IV. Les principes essentiels de la LMI concernant les marchés publics des cantons et des communes

La liste non-exhaustive qui suit décrit les principes essentiels de la LMI relatifs aux marchés publics des cantons et des communes:

L'égalité de traitement des offreurs externes et locaux: il est contraire à la LMI d'appliquer des dispositions différentes aux offreurs externes et aux offreurs locaux, et de cette manière d'exclure les offreurs externes (Art. 3 al. 1 lit. a LMI).

Pas d'exigence de siège: La participation à un marché public ne saurait dépendre de l'exigence d'un siège ou d'un établissement dans la commune. Il est disproportionné et contraire à la LMI de prévoir que seuls les offreurs qui ont un siège ou un établissement dans la commune peuvent participer à la procédure de marché public (Art. 3 al. 3 lit. c LMI).

Pas de clauses de réciprocité: Il est contraire à la LMI de faire dépendre la participation d'offreurs externes de la réciprocité.

Pas de clause de pourcentage d'offreurs locaux: Il est contraire à la LMI de donner un avantage aux offreurs locaux par le biais d'une clause de pourcentage en faveur de ces derniers.

Pas d'avantage en faveur des offreurs locaux dans la procédure d'invitation: Il est contraire à la LMI de prévoir dans des règlements de marchés publics, que seuls les offreurs locaux doivent en principe être invités à faire une offre lors des procédures invitant à soumissionner.

Publication de tous les critères de participation et d'attribution: Dans le cadre de la publication de marchés publics, tous les critères de participation et d'attribution doivent être mentionnés dans leur ordre d'importance.

V. Décision sujette a recours et instance de recours indépendante de l'administration

Conformément à l'article 9 LMI, les limitations d'accès au marché dans le cadre des marchés publics doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours. Par ailleurs, une voie de recours doit être prévue auprès d'une instance indépendante de l'administration. Ainsi, doivent être prises sous forme de décisions administratives entre autres la décision d'adjudication et l'exclusion de la procédure de marchés publics.

VI. Autres informations

La présente note d'information peut être consultée sur le site Internet de la Commission de la concurrence (www.wettbewerbskommission.ch). De plus amples informations sont disponibles auprès du Secrétariat de la Commission de la concurrence, Effingerstrasse 27, 3003 Berne (Tel.: 031 322 20 40, Fax: 031 322 20 53).

B 2.8	4. Gli acquisti pubblici dei comuni e la legge federale sul mercato interno (LMI)
-------	--

Foglio informativo del 15 aprile 1999

I. Introduzione

I mezzi finanziari che i comuni utilizzano per gli acquisti pubblici, rappresentano un'importante parte dei loro budget. In Svizzera la somma di queste spese a livello federale, cantonale e comunale si aggira a più di 26 miliardi di franchi l'anno. L'apertura alla concorrenza dei mercati pubblici permette ai comuni di alleggerire la spesa pubblica grazie ad economie importanti.

La Legge federale sul mercato interno (LMI; RS 943.02) contiene fra l'altro delle disposizioni che toccano gli acquisti cantonali e comunali. La LMI è entrata in vigore il 1° luglio 1996. Il periodo transitorio previsto per l'adeguamento delle prescrizioni è scaduto il 1° luglio 1998. Allo stesso tempo, sono entrate in vigore le disposizioni sulla protezione giuridica in materia d'acquisti pubblici, così che **a partire dal 1° luglio 1998 la LMI è completamente applicabile.**

La segreteria e la Commissione della concorrenza sono coscienti che l'ambito degli acquisti pubblici cantonali e comunali, si trova attualmente in uno stadio di transizione. Il concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) prevede principalmente l'applicazione degli impegni dei cantoni legati all'accordo GATT/OMC sugli acquisti pubblici. Le esigenze della LMI saranno prese in considerazione nell'ambito della revisione del concordato. Il processo di revisione è però stato sospeso dai competenti organi intercantionali.

Le esigenze minime della LMI valgono in ogni caso indipendentemente dall'applicazione concreta fatta da cantoni e comuni. Sono quindi da rispettare nel l'assegnazione di mandati pubblici.

II. Il campo d'applicazione della LMI

La LMI ha un ampio campo d'applicazione rispetto agli appalti pubblici cantonali e comunali.

- È valida per i mercati pubblici dei cantoni, comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali, indipendentemente dalla forma giuridica del servizio d'acquisto (collettività, consorzio, società anonima, istituto ecc.).
- Comprende tutti gli acquisti necessari alla realizzazione dei compiti pubblici senza tenere conto del tipo d'acquisto (mandato di costruzione, beni o servizi).
- Le esigenze minime della LMI valgono per tutti gli acquisti indipendentemente da valori soglia.

III. Le esigenze minime della LMI

I mercati pubblici dei cantoni, dei comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali sono retti dal diritto cantonale o inter-cantonale (art. 5, cpv. 1, prima frase LMI). Per queste prescrizioni e per le decisioni fondate sulle stesse devono quindi essere rispettate le seguenti esigenze minime previste dalla LMI:

- accesso al mercato libero da ogni discriminazione (art. 5 in relazione con art. 3 LMI),
- pubblicazione dei progetti importanti così come dei criteri di partecipazione e d'aggiudicazione dell'appalto (art. 5, cpv. 2 LMI), e
- disposizione che le restrizioni dell'accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni impugnabili (art. 9, cpv. 1 LMI) e che il diritto cantonale prevede almeno un rimedio giuridico presso un'istanza cantonale di ricorso indipendente dall'amministrazione (art. 9, cpv. 2 LMI).

L'esclusione di offerenti da appalti pubblici a livello comunale è lecita unicamente se fondata su determinate disposizioni che devono essere riempite cumulativamente: Per gli offerenti esterni devono valere le stesse regole che per gli offerenti locali. La restrizione dell'accesso al mercato deve essere proporzionale e indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti. Le restrizioni non devono in alcun caso costituire un ostacolo dissimulato in favore di interessi economici locali.

IV. I principi più importanti della LMI per gli acquisti pubblici dei cantoni e dei comuni

Nella seguente lista non esaustiva sono presentati i principi più importanti nell'ambito degli acquisti pubblici dei cantoni e dei comuni:

Uguaglianza di trattamento fra offerenti esterni e offerenti locali: Non è lecito imporre altre disposizioni agli offerenti esterni rispetto agli offerenti locali così da escludere gli offerenti esterni dal mercato locale (art. 3, cpv. 1, lett. a LMI).

Nessun'imposizione relativa alla sede: La sede o il domicilio in un comune non è indispensabile per la partecipazione ad un appalto. Non è proporzionale e quindi illecito, secondo la LMI, accettare solamente gli offerenti che hanno il domicilio o la sede dell'attività nel comune (art. 3, cpv. 3, lett. c LMI).

Nessuna riserva fondata sulla reciprocità: Non è lecito rendere la partecipazione di un offerente esterno dipendente dalla reciprocità.

Nessuna clausola percentuale: Non è lecito accordare dei vantaggi nell'aggiudicazione agli offerenti locali attraverso le cosiddette clausole percentuali.

Nessun trattamento di favore per offerenti locali nelle procedure mediante invito: È in contraddizione con la LMI prevedere nei regolamenti sui concorsi pubblici che solamente gli offerenti locali sono ammessi alle procedure mediante invito.

Pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto: Nell'ambito della pubblicazione di progetti di acquisto bisogna far conoscere tutti i criteri per la partecipazione e l'aggiudicazione con le precisioni sulla loro importanza.

V. Forma della decisione e istanza di ricorso indipendente

Conformemente all'art. 9, cpv. 1 LMI le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni impugnabili. Inoltre è necessario prevedere almeno un rimedio giuridico presso un'istanza cantonale di ricorso indipendente dall'amministrazione. Di conseguenza, anche l'aggiudicazione o l'esclusione da una gara d'appalto deve rivestire la forma di una decisione.

VI. Informazioni supplementari

Questo foglio informativo è disponibile anche su Internet (www.wettbewerbskommission.ch). Altre informazioni sono ottenibili presso la segreteria della Commissione della concorrenza, Effingerstrasse 27, 3003 Berna (tel. 031 322.20.40, fax 031 322.20.53).

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Commission de recours pour les questions de
concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	1. Décision de radiation
-----	---------------------------------

Décision de radiation du 29 avril 1999 en la cause A et B (recours du 5 mai 1998) contre la Commission de la concurrence (décision du 16 février 1998) en matière de concentration d'entreprises

Vu les faits suivants:

A. Par décision du 16 février 1998, notifiée le 24 mars 1998, la Commission de la concurrence a astreint les sociétés A et B au paiement d'une somme de 60'000 francs chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable.

B. Par écritures du 5 mai 1998, mises à la poste le même jour, les sociétés A et B recourent contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence et demandent :

Principalement:

1. Annuler la décision du 16 février 1998 rendue par la Commission fédérale de la concurrence dans la procédure de sanction administrative ouverte contre les recourantes;
2. Libérer chacune des recourantes de toute sanction;
3. Condamner la Commission fédérale de la concurrence à tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Subsidiairement:

1. Réduire l'amende infligée à chacune des recourantes par la Commission de la concurrence dans sa décision du 16 février 1998;
2. Condamner la Commission fédérale de la concurrence à tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

C. Dans sa réponse du 10 juillet 1998, la Commission de la Concurrence propose le rejet des recours et, partant, la confirmation de la décision querellée.

L'échange d'écritures a été clos le 14 juillet 1998. Le 15 octobre 1998, les recourantes ont transmis à la Commission de recours pour les questions de concurrence des documents ayant trait à la pratique de

l'autorité de première instance en matière de sanctions administratives. Ces documents ont été communiqués à la Commission de la concurrence qui, par courrier du 16 novembre 1998, a signalé son intention de reconsidérer sa décision.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a décidé ce qui suit :

1. Le chiffre 1 de la décision du 16 février 1998 dans la cause création de l'entreprise commune C est remplacé comme suit:

Les entreprises participantes ayant contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois de l'article 32 alinéa 2 LCart, sur la base de l'article 51 alinéa 1er LCart, sont astreintes aux paiements suivants:

A CHF 23'625.-

B CHF 11'625.-

2. Aucun émolument ne sera perçu.
3. Notification

Dans un courrier du 28 janvier 1999, adressé également au Président de l'autorité intimée, les recourantes demandent de continuer à traiter le recours introduit le 5 mai 1998. Elles considèrent que la plupart de leurs moyens n'ont pas été examinés par l'autorité de première instance dans sa décision du 21 décembre 1998.

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 16 février 1998 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 d'un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart; RS 251] et art. 44 ss et 71a 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]).
2. De prime abord, il convient d'examiner quelle est la nature juridique de la mesure prise par la Commission de la concurrence en date du 21 décembre 1998.

Pour les recourantes, il est douteux que l'autorité de première instance soit habilitée à rendre une nouvelle décision en application de l'article 58 de la loi sur la procédure administrative. Elles estiment que malgré les termes et la forme utilisés par la Commission de la concurrence tout indique que l'acte en question n'est qu'une réponse au courrier du 15 octobre 1998 des recourantes. On doit admettre avec ces dernières que la mesure prise par l'autorité inférieure le 21 décembre 1998 est pour le moins équivoque.

Cependant, il appert des considérants de ladite mesure que l'autorité inférieure entendait procéder à un réexamen de la décision attaquée. Il ressort par ailleurs du dispositif qu'elle entend alléger la sanction administrative en réduisant l'amende pour A de 60'000 à 23'625 francs et pour B de 60'000 à 11'625 francs. Vu l'ampleur de la réduction, force est de reconnaître qu'il s'agit d'une nouvelle décision qui crée une situation factuelle et juridique totalement nouvelle. Une telle interprétation se justifie pleinement dès lors que la décision que l'on conteste a pour unique objet le versement d'une somme d'argent, prononcé à titre de sanction administrative (art. 51 al. 1 LCart). Les recourantes soutiennent que leurs moyens n'ont pas été examinés dans la nouvelle décision; elles ne précisent cependant pas si elles entendent maintenir leurs conclusions dans leur intégralité. Comme l'ampleur de la réduction de la sanction administrative crée une situation totalement nouvelle, les motifs du recours, hormis ceux concernant le principe même de la sanction, doivent également être adaptés. Ainsi donc, force est d'admettre qu'il serait absolument nécessaire de procéder à de nouveaux échanges d'écritures.

Toutefois, il paraît nécessaire vu l'ambiguïté relevée ci-dessus de clarifier l'objet de la procédure sous peine, sinon, d'une violation du droit d'être entendu. La commission de céans a eu l'occasion de relever que, dans le domaine des cartels et autres restrictions à la concurrence et, plus particulièrement lorsqu'il en va de sanctions administratives, il y avait lieu de faire preuve de rigueur s'agissant de la conduite des procédures (décision du 12 novembre 1998 de la REKO/WEF en la cause S. c. Commission de la concurrence [98/FB-001]). Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la mesure prise par la Commission de la concurrence en date du 21 décembre 1998 constitue une nouvelle décision qui se substitue à celle faisant l'objet de la présente procédure.

3. Il découle de ce qui précède que les recours déposés le 5 mai 1998 contre la décision du 16 février 1998 deviennent sans objet et, partant, doivent être rayés du rôle. Quant à la lettre des recourantes du 28 janvier 1999, elle doit être considérée comme un recours contre la nouvelle décision du 21 décembre 1998.

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 63 PA et art. 4a de l'ordonnance du 10 septembre 1969

sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]); l'avance de frais doit donc être restituée.

Cette procédure ayant occasionné aux recourantes des frais indispensables et relativement élevés, il y a lieu de leur allouer des dépens (art. 64 PA et art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative).

**Par ces motifs, la Commission de recours
pour les questions de concurrence:**

1. Déclare le recours sans objet et radie l'affaire du rôle.
2. Frais de procédure
3. Indemnité globale
4. Voie du recours
5. Notification

B 5 Bundesrat
Conseil fédéral
Consiglio federale

B 5	1. Preis- und Gebietsabsprachen des Roche-Konzerns; Antwort auf dringliche Einfache Anfrage
-----	--

Dringliche Einfache Anfrage der sozialdemokratischen Fraktion des Nationalrats an den Bundesrat betreffend Preis- und Gebietsabsprachen des Roche-Konzerns (99.1067) und Antwort des Bundesrates

Wortlaut der dringlichen Einfachen Anfrage vom 31. Mai 1999

Der Roche-Konzern hat mit den Firmen BASF, Rhône-Poulenc und einigen japanischen Unternehmen im Vitamingeschäft seit rund zehn Jahren ein ausgeklügeltes System von Preisabsprachen organisiert. Diese haben sowohl die USA als auch Europa betroffen. Das illegale internationale Kartell ist vom US-Justizdepartement aufgedeckt und Roche unter anderem mit einer 500 Millionen Dollar Busse bestraft worden.

Die drei genannten Konzerne beherrschen bis zu 95 % des Weltmarktes für die Vitamine A und E. Roche erreichte gemäss Geschäftsbericht 1998 in der Division Vitamine und Feinchemikalien einen Umsatz von 3 630 Millionen Franken, wovon 54 % auf die Produktgruppe Vitamine fallen. Der Roche-Konzern ist nach eigenen Angaben in diesem Bereich weltweiter Kosten- und Marktführer.

Die Schweiz ist durch die vom Roche-Konzern begangene Wirtschaftskriminalität in mehrfacher Hinsicht angesprochen. Der Bundesrat ist deswegen höflich gebeten, die folgenden Fragen zu beantworten:

1. Auswirkungen auf die Schweiz

Allein die US-Konsument/innen sollen schätzungsweise um 500 Millionen Dollar betrogen worden sein.

Inwiefern ist der Schweizer Markt (Produktion, Handel, Konsum) über Importprodukte aus den USA und andern Ländern sowie durch inländische Geschäfte von den internationalen Preis- und Gebietsabsprachen insbesondere in den Bereichen a) Tierernährung/Futtermittel b) Lebensmittel c) Pharma und Gesundheit und d) Kosmetik betroffen?

2. Zusammenarbeit mit ausländischen Kontrollbehörden im vorliegenden Falle

Internationale Problemstellungen bedürfen internationaler Zusammenarbeit.

2.1. Welches sind die wichtigsten Unterschiede im Vergleich der hier relevanten Rechtslage in den USA, der EU und der Schweiz bezüglich Verbote, Kontrollpflichten, Sanktionen und anderer Eingriffsmöglichkeiten?

2.2. Ist der Bundesrat bereit, die Untersuchungen der EU, Kanadas und auch der USA zu unterstützen? Welche konkreten Möglichkeiten bestehen und zieht der Bundesrat im vorliegenden Fall in Erwägung?

3. Versagen der Selbstkontrolle

Der Roche-Konzern hat bereits in den Siebzigerjahren mit illegalen Treuerabatten an Vitamin-Grosskunden die EU-Wettbewerbsvorschriften gravierend verletzt. Es handelt sich hier also um einen Wiederholungsfall. Da ein Kartell in der vorliegenden Grössenordnung kaum ohne Wissen der obersten Unternehmensleitung gebildet werden kann und zwei von acht Mitgliedern der Geschäftsleitung bereits entlassen worden sind, hat die unternehmensinterne Kontrolle versagt. Es stellen sich Fragen der Verantwortung:

3.1. Sind Pflichten des Verwaltungsrates (siehe Aktienrecht) und weiterer Mitglieder des obersten Managements verletzt worden?

3.2. Welche Konsequenzen zieht der Bundesrat aus dem offensichtlichen Versagen der Selbstkontrolle?

4. Schweizerische Wettbewerbsbehörde

Die Gesetzgebung in der Schweiz ist so ausgestaltet, dass keine Strafen für Vergehen der Vergangenheit ausgesprochen werden können. Zudem werden die schweizerischen Wettbewerbsbehörden in der Regel nur auf eine Beschwerde hin tätig. Obwohl der Sprecher der

Wettbewerbskommission vermutet, dass die Preisabsprachen auch in der Schweiz wirksam waren, sieht er auf Grund der Gesetzgebung keinen Handlungsbedarf (vgl. Basler Zeitung vom 22./23. Mai 1999, Seite 3).

4.1. Teilt der Bundesrat diese Ansicht und findet er sie befriedigend?

4.2. Ist der Bundesrat bereit, die rechtlichen und personellen Voraussetzungen für eine effektivere konstante Aufsicht, die nicht nur bei Anzeige zu funktionieren beginnt, zu schaffen ?

4.3. Ist der Bundesrat bereit, dem Parlament einen Gesetzesvorschlag zur Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten vorzulegen ?

5. Weltkartellbehörde

Die internationale Wettbewerbspolitik bedarf einer Weltkartellbehörde.

5.1. Gibt es Bemühungen eine solche global wirksame Wettbewerbsbehörde zu schaffen ?

5.2. Unterstützt der Bundesrat entsprechende Bemühungen?

Antwort des Bundesrates

Kurz vor der Veröffentlichung des Vergleichs, der zwischen dem US-Department of Justice und der Firma Hoffmann-La Roche abgeschlossen wurde, erhielten die schweizerischen Behörden direkt durch Informationen der US-Behörden Kenntnis von diesem sogenannten "Vitamin-Kartell". Über Details wurde die schweizerische Botschaft in Washington anschliessend in einem Gespräch mit dem Department of Justice und der US-Vertretung von Roche orientiert, soweit dies das nach wie vor hängige Verfahren in den USA zuliess.

1. Auswirkungen in der Schweiz

Es bestehen kaum Zweifel daran, dass das weltweit wirksame "Vitamin-Kartell" auch in der Schweiz Auswirkungen zeitigte. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat Schritte in die Wege geleitet, um deren Art und Ausmass abzuklären. Die Firma Hoffmann-La Roche hat von sich aus ihre Kooperation für diese Abklärungen angeboten. Erst nach Vorliegen der Resultate werden sich gegebenenfalls die konkreten Fragen der Einfachen Anfrage präziser beantworten lassen.

2. Zusammenarbeit mit ausländischen Kontrollbehörden im vorliegenden Falle

Kartelle dieser Art können nach der Aufdeckung, die hier durch die US-Behörden erfolgte, relativ leicht durch die Wettbewerbsbehörden der betroffenen Länder untersucht werden. Innerhalb der OECD be-

steht ein Notifikationsmechanismus, über den das aufdeckende Land die Sitzstaaten der betroffenen Unternehmungen über die Verfahrensöffnung informiert. Die Schweiz wurde - wie bereits gesagt - im Vitamin-Fall durch die US-Behörden informiert. Mehr Informationen, namentlich über die Auswirkungen auf das eigene Land, muss sich die Wettbewerbsbehörde des Sitzstaates (hier die Schweiz) selbst beschaffen.

Weitergehende Formen der Zusammenarbeit bestehen auf Grund der von der Schweiz abgeschlossenen Freihandelsabkommen, insbesondere dem Freihandelsabkommen der Schweiz mit der EU. Im Rahmen solcher Abkommen sind die Vertragsparteien gehalten, sich gegenseitig alle zweckdienlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, wenn es um die Untersuchung einer für den Handel zwischen den Vertragsparteien schädlichen Wettbewerbsbeschränkung geht. Der Bundesrat befürwortet eine konsequente Nutzung dieser Möglichkeiten.

2.1 Es bestehen keine wesentlichen materiellen oder verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen der schweizerischen Missbrauchsgesetzgebung und der europäischen oder amerikanischen Verbotsgesetzgebung. Dies gilt besonders für sogenannte "harte" Kartelle, welche horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden betreffen. Das "Vitamin-Kartell" war ein solches hartes Kartell und dürfte somit auch nach schweizerischem Kartellgesetz unzulässig gewesen sein.

Ein wesentlicher Unterschied besteht indes in der Durchsetzung der Wettbewerbsgesetzgebung: In den Kartellverbotssystemen der USA oder der EU können Kartelle rückwirkend sanktioniert bzw. mit Bussen in der Höhe des durch sie verursachten volkswirtschaftlichen Schadens belegt und - im Recht der USA - die verantwortlichen Personen strafrechtlich belangt werden. Demgegenüber können Bussen und Strafen in der Schweiz erst dann verhängt werden, wenn die Unzulässigkeit der Abrede rechtskräftig festgestellt worden war und das Kartell trotzdem weiter praktiziert wird, also sozusagen im Wiederholungsfall. Damit verliert das schweizerische Kartellgesetz an Wirksamkeit, offensichtlich besonders in präventiver Hinsicht.

Der Vorsteher des EVD hat deshalb das Sekretariat der WEKO mit der Abklärung beauftragt, gegen welche Missbräuche die Ausfällung von Sanktionen denkbar ist und wo allenfalls einzig ein Kartellverbot helfen könnte. Der Bundesrat wird nach Abklärung des genauen Handlungsbedarfs die notwendigen Änderungen des KG und/oder der Verfassung vorschlagen.

2.2 Eine Unterstützung ausländischer Kartellbehörden erwies sich im Vitamin-Fall nicht als notwendig. Die Kartellmitglieder kooperierten - in unterschiedlichem Ausmass - mit den jeweiligen Wettbewerbsbehörden, so dass diese den Sachverhalt ermitteln konnten.

3. Versagen der Selbstkontrolle

Das Aktienrecht stellt dem Aktionär wie dem Gläubiger die notwendigen Mittel zur Verfügung, um eine allfällige Schädigung durch die Gesellschaft oder deren Organe vor dem Richter geltend zu machen. Damit sind an sich Anreize zur Selbstkontrolle gegeben. Diese werden jedoch durch den erwähnten Mangel in der Durchsetzbarkeit des Kartellrechts (keine Möglichkeit der rückwirkenden Sanktionen in der Schweiz) abgeschwächt.

4. Schweizerische Wettbewerbsbehörde

4.1 Für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden besteht insofern kein zusätzlicher Handlungsbedarf, als das weltweite Kartell auch mit Wirkung für die Schweiz aufgehoben sein dürfte. Ob dem wirklich so ist, ist bereits Gegenstand von Abklärungen der WEKO. Aufgrund der erwähnten geltenden Rechtslage besteht kein Grund, ein Sanktionsverfahren durchzuführen; eine Verfügung, deren Verletzung einzig sanktioniert werden könnte, liegt nicht vor.

4.2 Die WEKO handelt durchaus nicht nur auf Anzeige oder Beschwerde hin. Ihr Sekretariat wurde seit dem Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes so ausgebaut, dass laufende Marktbeobachtungen ermöglicht werden. Diese erlaubt ein Vorgehen im Sinne des "agieren statt reagieren" und die Setzung von wirkungsorientierten Prioritäten.

Der Vorsteher des EVD hat vom Sekretariat der WEKO eine erste Zwischenbilanz zum Vollzug des Kartellgesetzes einverlangt. Diese wird aufzeigen, ob sich die 1995 eingeführte Organisation der Wettbewerbsbehörden bewährt oder ob hier Handlungsbedarf besteht. Der Bundesrat wird nötigenfalls die sich aufdrängenden Massnahmen ergreifen.

4.3 Die nötigen Abklärungen sind angeordnet.

5. Weltkartellbehörde

Die internationale Gemeinschaft arbeitet zur Zeit insbesondere im Rahmen der WTO auf Fortschritte im Bereich der Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen hin. Die Schweiz unterstützt diese Bemühungen. Eine eigentliche Vereinheitlichung des Weltkartellrechts mit einer Weltkartellbehörde steht dagegen nicht im Vordergrund.

C Zivilrechtliche Praxis
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali canonali

C 1	1. Handelsgericht des Kantons St. Gallen: Belieferung mit „Nintendo“-Videokonsolen
-----	--

Entscheid des Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. April 1998 in Sachen ABC Software AG, Sevelen gegen Waldmeier AG, Basel betreffend vorsorgliche Massnahmen wegen Wettbewerbsbehinderung gemäss Kartellgesetz und UWG (HP 6/1998, 2194d)

Der Präsident des Handelsgerichts hat [...] auf das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung von Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, die Gesuchstellerin marktgerecht und branchenüblich, d.h. gleichzeitig und zu gleichen Preis- und Lieferungskonditionen wie vergleichbare Grossisten und Rackjobber inkl. ihren eigenen Rackjobber-Aussendienst mit Nintendo-Hard- und Softwareprodukten zu beliefern.
2. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung von Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten, gegenüber irgendwelchen Dritten wörtlich oder sinngemäss zu behaupten, die Gesuchstellerin würde nicht mehr mit Nintendo-Hard- und Softwareprodukten beliefert.
3. Es sei bereits auf Einreichung dieses Gesuchs hin ohne Anhörung der Gegenpartei eine vorläufige Verfügung betreffend Ziff. 1 und 2 dieses Rechtsbegehrens zu erlassen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin.

und auf das Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

1. Das Gesuch sei abzuweisen.
2. Eventualiter: Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, innert gerichtlich festgesetzter Frist eine unbedingte und unwiderrufliche Bankgarantie im Betrag von Fr. 1'000'000.-- als Sicherheit zu hin-

terlegen unter Androhung, dass die vorsorglichen Massnahmen bei Nichtleistung dieser Sicherheit nicht in Kraft treten.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

in Erwägung gezogen:

I.

1. Die 1992 gegründete ABC Software AG (Gesuchstellerin) führt als Gesellschaftszweck den Import und Export auf dem Gebiet der Computer, Computerprogramme, elektronischen Spiele, Computerspiele, des Computerzubehörs und artverwandter Artikel an (kläg.act. 3). Sie importiert und vertreibt nach ihrer eigenen Darstellung vor allem Videospiele und Computersoftware. Gemäss eigenen Angaben unterhält sie in der Schweiz 264 Verkaufsstellen für Computer-Software und 354 Verkaufsstellen für Konsolenspiele. Rund die Hälfte des 1996 erzielten Umsatzes von knapp DM 70 Mio. erziele sie mit Computer-Software, knapp die Hälfte, oder 30 Mio. DM Umsatz, mit Konsolen-Software, davon 23 Mio. DM in der Schweiz. Wiederum einen Drittel dieses Schweizer Umsatzes, nämlich rund Fr. 6 Mio. Verkaufs- bzw. Fr. 5 Mio. Einstandspreis, mache die Gesuchstellerin als Rackjobberin mit Nintendo-Artikeln, die sie von der Gesuchsgegnerin beziehe (vgl. kläg. act. 9). Gemäss Firmenprofil ist sie für einige Softwareprodukte als Exklusivvertreiberin in der Schweiz tätig, so für ELECTRONIC ARTS, LUCAS ARTS, SEGA-PC, EIDOS, KONAMI, CODEMASTERS, T-HQ etc. (kläg.act. 4). Die Gesuchsgegnerin (Waldmeier AG) wies darauf hin, dass die Gesuchstellerin insbesondere auch als Parallelimporteurin tätig sei. Die Gesuchsgegnerin ist seit 1989 offizielle Alleinimporteurin von Nintendo-Hard- und Softwareprodukten in der Schweiz (vgl. kläg.act. 5 Ziff. 1).

Beide Parteien sind auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik, insbesondere der Video-Games, tätig. Diese Produkte bestehen aus einer Hardware und der dazugehörigen Software. Die Hardware besteht, damit sie transportabel ist, aus einer Videokonsole, welche von drei Unternehmen, Sega, Sony (Playstation) und Nintendo (Game Boy, Super Nintendo und Nintendo 64) angeboten werden (vgl. kläg.act. 6). In den Konsolenspielen können verschiedene Softwareprodukte eingesetzt werden, wobei deren Absatzvolumen naturgemäss Modetrends unterliegen (vgl. kläg.act. 7 sowie die Prospekte der Gesuchstellerin). Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, die Nintendo-Software könne, allerdings in einer von der Konsolensoftware abweichenden Datenträgerform, auch auf dem PC und einer TV-gebundenen Konsole eingesetzt werden, wobei das Verhältnis zwischen auf Konsolen eingesetzter Software und auf PC's eingesetzter Software ungefähr 50:50 betrage.

2. Die Gesuchstellerin wendet als Zwischenhändlerin und Lieferantin von Unterhaltungselektronikartikeln von verschiedenen Herstellerfirmen seit 1993/94 das sogenannte Rackjobbing-Distributionsystem an und hat dieses bei verschiedenen Detailhändlern in der Schweiz (z.B. Franz Carl Weber, Manor, Migros, Fust, Eschenmoser, Globus) installiert. Gemäss eigenen Angaben vertreibt die Gesuchsgegnerin die von ihr importierten Produkte (d.h. ausschliesslich Nintendo-Produkte) seit 1995 u.a. über ihr eigenes Rackjobbing-System. Rackjobbing bedeutet, dass der Detaillist dem Rackjobber einen "point of sale" in seinen Verkaufsräumlichkeiten zur Verfügung stellt und diesem gleichzeitig die Verantwortung für die Sortimentsbewirtschaftung (inkl. Festlegung der Verkaufspreise) sowie besondere Werbe- und Verkaufsmassnahmen an den Verkaufsstellen einräumt. In der Regel kauft der Detaillist die gelieferte Ware, die er zum Verkauf bietet, wobei sich jedoch der Rackjobber und Warenlieferant üblicherweise verpflichtet, nicht verkaufte Software zum fakturierten Preis zurückzunehmen. Damit trägt der Rackjobber in der Regel das Warenrisiko, wobei er jedoch den Vorteil hat, aufgrund der Produktekenntnisse den Markt aktiver zu bearbeiten zu können, ohne von den Verkaufsbemühungen der Detaillisten abhängig zu sein. Vielfach verpflichtet sich der Rackjobber gegenüber dem Detaillisten, aktuelle Software-Produkte zu liefern, wobei der Verkaufserfolg unter anderem davon abhängt, wie schnell der Rackjobber an den "point of sales" mit allen Neuheiten verschiedener Hersteller präsent sein kann (vgl. kläg.act. 8).

3. Die Gesuchsgegnerin ist als Alleinimporteurin von Nintendo-Produkte tätig und steht in einem Konkurrenzverhältnis zur Gesuchstellerin, soweit sie selber Rackjobbing in bezug auf die Nintendo-Produkte betreibt. Die Gesuchstellerin wiederum führt Produkte als Parallelimporteurin direkt in die Schweiz ein. Die Gesuchsgegnerin lieferte der Gesuchstellerin seit 1993 Nintendo-Produkte, wobei sich der Umsatz 1993 auf rund Fr. 1,5 Mio. belief und 1997 rund Fr. 5 Mio. (Einkaufspreise) betrug (kläg.act. 9). Mit Schreiben vom 20. März 1997 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass sie "unsere mündlich mit Ihnen abgeschlossene Vertriebsvereinbarung per 30. September 1997 vorsorglich" auflöse (kläg.act. 10). Gleichzeitig sicherte sie der Gesuchsgegnerin zu, dass sie bereit sei, über eine eventuelle weitere Zusammenarbeit zu diskutieren. Am 30. Mai 1997 äusserte sich die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin dahingehend, dass sie die Gesuchstellerin ohne schriftliche Vereinbarung nicht mehr beliefern werde, "da Sie wissen, wie sensibel wir auf Ihre Parallelaktivitäten reagieren" (kläg.act. 11). Die Gesuchsgegnerin legte daraufhin der Gesuchstellerin am 1. Juli 1997 einen Liefervertragsentwurf vor, worauf die Gesuchstellerin am 3. Juli verschiedene Änderungsvorschläge machte (kläg.act. 5, 12). Am 14. August 1997 erklärte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin, eine Offert-

stellung in bezug auf diverse Gameboy Software werde erfolgen, sobald ein Liefervertrag zwischen den beiden Parteien unterzeichnet sei (kläg.act. 13). Im Sommer 1997 verhandelten die Parteien über einen schriftlichen Liefervertrag, wobei sich die Parteien insbesondere über die Frage, wie weit sie gegenseitig ein Exklusivvertriebs- und Abnahmerecht eingehen wollten, nicht einigen konnten (kläg.act. 14-16, bekl.act. 7). Eine vertragliche Einigung der Parteien konnte auch in der Folgezeit nicht gefunden werden. Mit Schreiben vom 15. Januar 1997 kündigte die Gesuchsgegnerin die Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin per sofort auf (kläg.act. 19). Die Gesuchsgegnerin informierte gemäss eigenen Angaben einzelne Kunden, teilweise auf deren Anfrage hin, über die Beendigung des Lieferverhältnisses (kläg.act. 1). Gemäss Ausführungen der Gesuchstellerin seien sämtliche grossen Kunden von ihr über diesen Schritt informiert worden.

4. Mit dem vorliegenden Gesuch vom 23. Januar 1998 verlangt die Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegnerin zu befehlen sei, sie (Gesuchstellerin) marktgerecht und branchenüblich mit Nintendo-Hard- und Softwareprodukten zu beliefern. Im weiteren sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, gegenüber Dritten zu behaupten, die Gesuchstellerin würde nicht mehr mit Nintendo-Produkten beliefert. Die Gesuchstellerin verlangte den Erlass einer dringlichen Verfügung. Zur Begründung des Gesuchs brachte sie vor, die Gesuchsgegnerin sei als Alleinimporteurin von Nintendo Hard- und Softwareprodukten ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes. Sie beherrsche den Markt auf dem Gebiet der Computerspiele zu mehr als 50% und habe gegenüber der Gesuchstellerin mit dieser Marktstärke operiert, indem sie weitere Geschäftsbeziehungen mit der Gesuchstellerin verweigert und sie gegenüber andern Abnehmern diskriminiert habe. Angesichts der kurzen "Verfallzeit" von Computerspielen sei die Gesuchstellerin durch die angeordnete Späterbelieferung mit Nintendo-Neuheiten in einem ganz empfindlichen Punkt getroffen worden (vgl. kläg.act. 17, 18). Die Gesuchsgegnerin habe ferner gegen das Wettbewerbsgesetz verstossen, indem sie ihren eigenen Lieferboykott gegen die Gesuchstellerin systematisch deren Kunden zur Kenntnis gebracht habe mit dem Ziel, diese abzuwerben.

Mit Entscheid vom 27. Januar 1998 wies der Handelsgerichtspräsident das Gesuch um Erlass einer dringlichen Verfügung ab.

Die Gesuchsgegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 12. Februar 1998 die kostenfällige Abweisung des Gesuch und verlangte eventualiter eine Sicherheitsleistung von Fr. 1 Mio. Sie stellte in Abrede, dass sie ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sei. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin beschränke sich der rechtlich relevante Markt nicht auf denjenigen der Konsolenspiele, sondern der Markt sei wesentlich breiter, indem elektronische Spielwaren wie die Nintendo-Produkte Teil des Unterhal-

tungselektronik- und Spielwarenmarktes seien. Der Marktanteil der Gesuchsgegnerin im Bereich der Elektronikspiele betrage gut 40% und liege damit unter der kartellrechtlich als bedenklich angesehenen Grenze von 45%. Sie bestritt, dass sie die Gesuchstellerin diskriminiert habe, indem die Auslieferungsanweisung (kläg.act. 18) zum Zwecke der Gleichbehandlung der Abnehmer erfolgt sei, da nur die Gesuchstellerin die Neuheiten per Express zustelle. Die Information einzelner Kunden über die Aufhebung der Belieferung mit Nintendo-Produkten sei nicht in wettbewerbswidriger Weise erfolgt.

II.

1. Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ab. Die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten wird von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 KG und Art. 12 Abs. 2 UWG. Sachlich besteht eine ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. d und e in Verbindung mit Art. 9 lit. a ZPO.

2. Gemäss Art. 17 KG und Art. 14 UWG in Verbindung mit Art. 28c bis 28f ZGB können vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er in seinen Rechten widerrechtlich verletzt wird oder eine solche Verletzung befürchten muss, und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Glaubhaftmachung bedeutet, dass dem Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln ist. Nicht leicht wiedergutzumachen sind vor allem Schäden, die zwar naheliegen, aber kaum beweisbar und auch schwierig bezifferbar sind. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, indem vorsorgliche Massnahmen nur soweit zu erlassen sind, als sie zur Abwehr des erwarteten Nachteils notwendig sind (L. David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, S. 181, 189).

3. Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 ff. KG vor. Die Gesuchsgegnerin könne sich als Alleinimporteurin von Nintendo Hard- und Softwareprodukten, welche den Hard- und Softwaremarkt auf dem Gebiet der Computerspiele mit einem Marktanteil von deutlich über 50% beherrsche, von andern Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten. Dies habe sich insbesondere darin gezeigt, dass sie die Weiterführung der Geschäftsbeziehung mit der Gesuchstellerin verweigert habe. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass sie ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sei, indem sie davon ausgeht, der sachlich relevante Markt umfas-

se nicht nur Konsolenspiele. Dieser sei wesentlich breiter, d.h. etwa als Markt der elektronischen Spielwaren, zu umschreiben.

a) Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin insbesondere eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. a und b KG vor. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Art. 7 KG setzt einerseits Marktbeherrschung des fraglichen Unternehmens und andererseits den Missbrauch dieser Marktstellung voraus (L. David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. A., S. 118 f.; M. Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 1996, S. 835 f.). Da sich nur Unternehmen mit einer gesteigerten Marktmacht mit Aussicht auf Erfolg missbräuchlich verhalten können, knüpft Art. 7 KG an den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens an, wie er in Art. 4 Abs. 2 KG definiert ist. Danach gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten. Um im Einzelfall festzustellen, ob Marktbeherrschung vorliegt, ist zunächst der "relevante Markt" in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht festzulegen. In einem zweiten Schritt sind die Marktanteile als Ausgangspunkt der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung zu ermitteln (Ruffner, AJP 1996, S. 836).

b) Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird hauptsächlich auf das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer abgestellt. Dieser umfasst damit sämtliche Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die vom Konsumenten oder Abnehmer hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und des Verwendungszwecks vernünftigerweise als substituierbar angesehen werden. Indem die subjektive Austauschbarkeit im Bewusstsein der Verbraucher ausschlaggebend sein müsse, wurde etwa entschieden, dass Wein nicht mit anderen Getränken wie Bier, Traubensaft, Mineralwasser, Spirituosen oder Schaumwein oder ein Dach mit Ziegeln nicht mit einem solchen aus Eternit, Stein, einem Flachdach aus Beton oder Glas austauschbar seien. Dabei darf die individuelle Austauschbarkeit im Einzelfall nicht soweit gehen, dass eine einzelne Produktmarke einen eigenen Markt darstellt (Watter/Lehmann, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellrecht, AJP 1996, S. 866 f.; Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Komm. KG-Schmidhauser, Art. 4 Rz 58 f.; vgl. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, SR 251.4).

In Übereinstimmung mit der Gesuchsgegnerin ist davon auszugehen, dass die von den Parteien importierten bzw. vertriebenen Produkte

Teil des Unterhaltungselektronik- und Spielwarenmarktes sind und dementsprechend in erster Linie in den Spielwarenabteilungen der Warenhäuser, Grossverteiler oder in sonstigen Detailhandelsgeschäften angeboten werden. Wird nun aber auf das Kriterium der subjektiven Austauschbarkeit abgestellt, ist ohne Zweifel zwischen Computerspielen und andern Spielwaren (insbesondere herkömmlichen Gesellschaftsspielen) zu unterscheiden. Des weiteren stellt sich die Frage, ob auch im Bereich der Computerspiele eine weitere Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Zu beachten ist vorliegend, dass zwischen Hard- und Software eine technische Abhängigkeit besteht, indem die Software nicht auf den Konsolen verschiedenster Herkunft eingesetzt werden kann, sondern zum Einsatz auf der Konsole eines Unternehmens bezogen ist (vgl. die Prospekte der Gesuchstellerin sowie kläg.act. 6, 20: Software-Titel "Only for Nintendo 64" bzw. mit dem Hinweis "Nintendo Gameboy", "Playstation"). Damit besteht zumindest bei den Konsolen eine Abhängigkeit zwischen Zahl und Qualität der angebotenen Software-Titel und der vom Abnehmer gewählten Konsole. Eine solche Abhängigkeit zwischen Soft- und Hardware besteht nicht, sofern, wie die Gesuchsgegnerin ausführt (Vernehmlassung S. 7), ein erheblicher Teil der Nintendo Software mit identischem Inhalt aber in anderer technischer Ausführung insbesondere auf dem "normalen" Personal Computer eingesetzt werden kann (vgl. kläg.act. 7, bekl.act. 5). Damit erscheint es sachgerecht, den sachlich relevanten Markt dahingehend abzugrenzen, als dieser Computerspiele umfasst, d.h. die Hardware in Form der Konsolen sowie die Software ("Games"), welche für die Konsolen oder PC's vorgesehen ist (vgl. kläg.act. 6: im Cash-Artikel weist die Gesuchstellerin selber darauf hinweist, dass sie die "Läden mit Software für PC's und alle drei Konsolen beliefert"). In diesem Markt eingeschlossen zu betrachten sind weitere entsprechende Spiele, z.B. die "Tamagotchi" (vgl. kläg.act. 21). Als geografisch relevanter Markt (vgl. Watter/Lehmann, AJP 1996, S. 867; Art. 11 Abs. 3 lit. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) gilt vorliegend der schweizerische Markt, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Möglichkeit von Parallelimporten, wie sie auch von der Gesuchstellerin praktiziert werden, besteht.

c) Der Begriff der Marktbeherrschung ist dahingehend zu umschreiben, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es sich auf dem Markt, auf dem es präsent ist, weitgehend unabhängig verhalten kann. Bei der Beurteilung, ob eine solche "wesentliche Unabhängigkeit" vorliegt, sind etwa zu berücksichtigen allfällige rechtliche und tatsächliche (technische und wirtschaftliche) Marktzutrittschranken, die wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, die mögliche Konkurrenz vor allem ausländischer multinationaler Konzerne sowie die Marktstellung, die sich aus dem Marktanteil

ergibt. Dabei ist der Marktanteil nicht allein ausschlaggebend, sondern zu berücksichtigen ist auch der Abstand zum nächsten Mitbewerber, d.h. die Frage, ob ein ähnlich grosser Konkurrent auf dem Markt tätig ist. Im allgemeinen werden dabei Marktanteile bis 45% nicht als problematisch empfunden, wobei z.T. von der Lehre die Auffassung vertreten wird, dass dem Kriterium des Marktanteils kein zu hohes Gewicht beizumessen ist (Watter/Lehmann, AJP 1996, S. 870 f.; Ruffner, AJP 1996, S. 837; Komm. KG-Schmidhauser, Art. 4 Rz 72). Unabhängiges Verhalten wird von der Lehre insbesondere auch darin gesehen, wenn ein Unternehmen die Preise, Produktpalette oder die Qualität der Produkte ohne Rücksicht auf Konkurrenten gestalten kann, oder, sofern eine nachfolgende Marktstufe besteht, den Gütertausch willkürlich verweigern und Diskriminierungen vornehmen kann (Komm. KG-Schmidhauser, Art. 4 Rz 66).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass ihr als schweizerische Alleinimporteurin von Nintendo Hard- und Softwareprodukten (vgl. kläg.act. 5 Ziff. 1) eine marktbeherrschende Stellung zukomme. Dem Cash-Artikel vom 12. Dezember 1997 (kläg.act. 6) kann entnommen werden, dass das Institut für Marktanalysen (IHA) den Markt für Computerspiele im Jahr 1997 auf mehr als Fr. 100 Mio. schätzt, wobei rund 120'000 Nintendo Gameboys und gemäss Angaben von Sony 66'000 Playstations verkauft worden seien. Der Markt befinde sich insoweit in Bewegung, als die Konsole Sega Saturn praktisch aus den Verkaufregalen verschwunden sei, während nunmehr Sony Playstation und Nintendo 64 als Hauptkonkurrenten auf dem Markt aufträten. Gemäss den von der IHA-GfM per 10. Februar 1998 für "Elektronikspiele" ermittelten Zahlen entfällt auf Nintendo ein mengenmässiger Anteil von 41,7% und ein wertmässiger Marktanteil von 44,1% (bekl.act. 6). Auf die Marken Bandai, MB, Nathan, Playmates, Sega, Sony, Team Concepts, V-Tech und Yeno entfällt ein wertmässiger Marktanteil von 23,5% und auf die übrigen Marken und markenlosen Produkten ein solcher von 32,5%. Beim wertmässigen Marktanteil von Nintendo von 44,1% handelt es sich um einen Durchschnittswert, bei welchem in bezug auf einzelne Produktkategorien starke Unterschiede bestehen. Bei den Konsolen-Hardware verfügt Nintendo einen wertmässigen Marktanteil von 56%, bei der Konsolen-Software einen solchen von 84,1%, bei der Konsolenzubehör einen solchen von 37,5% und bei der PC-Software einen solchen von 2,2%. Die Gesuchstellerin hat selber ausgeführt, dass der Unterhaltungs-Software-Markt ein sehr schnell wechselnder sei (Gesuch S. 5). Dies trifft, wie der Cash-Artikel zeigt, auch auf die Hardware (z.B. leistungsfähigere Konsolen) zu, ferner sind auch Verschiebungen der Marktanteile durch neue Spiele (z.B. "Tamagotchi") vorstellbar. Stellt man auf den Marktanteil der Gesuchsgegnerin im Bereich der Elektronikspiele von rund 44% ab, so kommt ihr zwar eine recht dominante Stellung im Schweizer Markt zu, ohne dass allein aufgrund dieses Kriteriums von einer Marktbe-

herrschaft gesprochen werden könnte. Dem Cash-Artikel kann entnommen werden, dass insbesondere zwischen den Konkurrenten Sony und Nintendo ein Konkurrenzkampf besteht, so dass die Konsolen (Playstation und Nintendo 64), die bei beiden Unternehmen Fr. 250.-- kosten, teilweise auch unter dem Einstandspreis verkauft würden. Damit kann von einer konkurrenzlosen Preisführerschaft der Gesuchsgegnerin in bezug auf die von ihr angebotenen Nintendo-Produkte nicht ausgegangen werden. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Nintendo-Produkte in der Schweiz in einem hinreichenden Ausmass mit andern Produkten in Konkurrenz stehen. Damit gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft darzulegen, dass sich die Gesuchsgegnerin als Alleinimporteurin von Nintendo-Produkten auf dem Markt der Computerspiele in wesentlichem Umfang unabhängig von andern Konkurrenten verhalten kann.

4. Bei den bisherigen Ausführungen betreffend die behauptete Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin wurden die angebotenen Produkte auf dem Schweizer Markt einander gegenübergestellt, wogegen nicht berücksichtigt wurde, auf welcher Marktstufe die Parteien tätig sind. Zu unterscheiden ist zwischen dem Import der Computerspiele, dem Vertrieb der Spiele über das Rackjobbing-System und dem direkten Verkauf an den Endabnehmer über den Detaillisten. Die Gesuchsgegnerin hat selber ausgeführt, dass sie seit 1995 die von ihr importierten Produkte über ihr eigenes Rackjobbing vertreibt (Vernehmlassung S. 12). Dies hat zur Folge, dass sie auf zwei Marktstufen tätig ist, womit sie ihre Handelsmarge erhöht und zugleich über eine verstärkte Präsenz auf dem Schweizer Markt verfügt. Die von der Gesuchsgegnerin verfasste Anweisung zur Auslieferung von Nintendo Neuheiten vom 3. Oktober 1997 nennt als Kunden (Detaillisten und Rackjobber) die Simeco AG (Interdiscount AG), "eigene Kunden + Rackjobber (Aussendienst)" sowie die Gesuchstellerin (kläg.act. 18). Daraus ist zu schliessen, dass die Zahl der direkten Abnehmer der importierten Nintendo-Produkte äusserst klein ist. Sofern die Gesuchstellerin als Rackjobbing-Unternehmen von Nintendo-Produkten wegfallen würde, wäre die Gesuchsgegnerin weitgehend das einzige Unternehmen in der Schweiz, welches Nintendo-Produkte im Rackjobbing-System anbietet. Wird zudem berücksichtigt, dass Nintendo-Produkte, welche von der Gesuchsgegnerin importiert werden, bei der Konsolen-Hardware einen wertmässigen Marktanteil von 56% und bei der Konsolen-Software einen solchen von 84,1% haben, so drängt sich aufgrund der im vorliegenden Massnahmeverfahren eingereichten Unterlagen der Schluss auf, dass der Gesuchsgegnerin eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Diese Feststellung wird immerhin durch die Tatsache relativiert, dass die Gesuchstellerin Nintendo-Produkte als Parallelimporteurin einführt. Aufgrund der von ihr an Schranken eingereichten Prospekte "ABC News" ist zu schlie-

ssen, dass es ihr nach wie vor möglich ist, Nintendo-Software als Parallelimporteurin in der Schweiz anzubieten.

5. Die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verbietet marktbeherrschenden Unternehmen alle Verhaltensweisen, die durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Voraussetzung des Missbrauchs ist dabei der Gebrauch der Marktmacht, also deren instrumentaler und kausaler Einsatz. Dabei kann insbesondere eine Verdrängungsabsicht, etwa durch Abbruch von Geschäftsbeziehungen, einen Hinweis für einen Missbrauch darstellen. Ein weiterer Ansatz besteht darin, Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen zu beurteilen, indem die "Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegeneinander" abgewogen werden (Ruffner, AJP 1996, S. 838 ff.).

a) Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin vor, sie habe als marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber der Gesuchstellerin eine Späterbelieferung von zwei Tagen mit Nintendo-Neuheiten praktiziert (kläg.act. 18) und habe damit die Gesuchstellerin in einem ganz empfindlichen Punkt im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG diskriminiert. Mit der Verhängung einer Liefersperre gegenüber der Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin die Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG verweigert mit dem Ziel, sie im Wettbewerb zu behindern und aus dem Markt zu drängen. Die Gesuchsgegnerin wies darauf hin, dass die Gesuchstellerin Neuheiten per Express zustelle, wogegen die Gesuchsgegnerin aus Kostengründen ihre Ware mit normaler Paketpost ausliefere. Die von ihr verfasste Anweisung bezwecke nichts anderes als die Kompensation des zeitlichen Vorsprungs, den sich die Gesuchstellerin durch die Expresszustellung verschafft habe. Die Gesuchsgegnerin berief sich auf die Vertragsfreiheit und führte im übrigen an, die Gesuchstellerin habe selber eine Entwurf zu einem Liefervertrag mit der ausgesprochen kurzen Kündigungsfrist von drei Monaten vorgelegt, so dass sie sich nicht auf den Standpunkt stellen könne, sie werde in ihrem Wettbewerbsverhalten behindert. Ein solcher Vorwurf sei auch deshalb nicht glaubhaft dargetan, als die Gesuchstellerin nach wie vor in der Lage sei, Nintendo-Produkte zu beziehen und zu gleichen Bedingungen in der Schweiz auf den Markt zu bringen.

b) Bei der Prüfung der einzelnen in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten, unzulässigen Verhaltensweisen sind die generellen Missbrauchskriterien von Art. 7 Abs. 1 sowie die Generalklausel von Art. 1 KG zu beachten, indem etwa die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nur unzulässig ist, wenn dafür sachliche Gründe fehlen. Es besteht somit das Recht, frei über die Aufnahme oder die Fortführung von Geschäftsbeziehungen zu entscheiden, wogegen eine Geschäftsver-

weigerung mit Behinderungswirkung dann vorliegt, wenn mit einem Vertragsabbruch die Disziplinierung wettbewerbswilliger Unternehmen angestrebt wird. Unzulässig kann eine Geschäftsverweigerung auch sein, wenn der Wettbewerb auf den vor- oder nachgelagerten Märkten beschränkt werden soll, um etwa einen zum direkten Konkurrenten gewordenen Abnehmer vom Markt zu verdrängen. Der Schluss der Unzulässigkeit einer Geschäftsverweigerung wird dabei aus einem Vergleich des früheren mit dem gegenwärtigen Marktverhalten gezogen (Ruffner, AJP 1996, S. 841).

Im vorliegenden Fall bestanden zwischen den Parteien seit 1993 Geschäftsbeziehungen, wobei die Menge der von der Gesuchstellerin abgenommenen Nintendo-Produkte stetig gestiegen und 1997 rund Fr. 5 Mio. betragen hatte (kläg.act. 9). Aufgrund der IHA-GfM-Zahlen vom 10. Februar 1998 (bekl.act. 6) ist festzuhalten, dass der Marktanteil von Nintendo-Produkten bei Konsolen-Hardware- und Software teilweise erheblich über 50% liegt, womit der Schluss zu ziehen ist, dass ein Rackjobber, der die gebräuchlichsten und beliebtesten Computerspiele anzubieten hat, faktisch gezwungen ist, Nintendo-Produkte zu führen, ansonsten er seine Wettbewerbsfähigkeit bei den Warenhäusern etc. verliert. Nachdem die Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen als Alleinimporteurin von Nintendo-Produkten auch im nachgelagerten Markt, d.h. im Rackjobbing, tätig ist und damit in einem direkten Konkurrenzverhältnis zur Gesuchstellerin steht, erscheinen die Vorbringen der Gesuchstellerin glaubhaft, wonach es der Gesuchsgegnerin mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen auch darum ging, die Gesuchstellerin im Wettbewerb zu behindern und aus dem Markt zu drängen. Unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips und in Berücksichtigung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit erscheint es gerechtfertigt, der Gesuchsgegnerin zu befehlen, die Gesuchstellerin mit mindestens einer der drei Videokonsolen (Nintendo Gameboy, Super Nintendo, Nintendo 64, je inkl. verfügbare Software) zu den gleichen Preiskonditionen wie vergleichbare Grossisten oder Rackjobber zu beliefern. Mit dieser teilweisen Lieferverpflichtung wird angemessen berücksichtigt, dass die Gesuchstellerin bis heute die Möglichkeit hatte, sich durch Parallelimporte Nintendo-Produkte zu beschaffen. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Lieferverzögerung von zwei Tagen erscheint einerseits nicht als derart gravierend, dass sie deshalb als diskriminierend betrachtet werden könnte (kläg.act. 18). Zum andern hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft dargelegt, dass ihr eine Versendung per Express nicht zumutbar ist und sie mit dieser Massnahme lediglich eine Gleichbehandlung der andern Mitbewerber bezweckte. Ziff. 1 des Rechtsbegehrens der Gesuchstellerin ist damit entsprechend einzuschränken.

6. Die Gesuchstellerin wirft des weiteren der Gesuchsgegnerin einen Verstoss gegen das Wettbewerbsgesetz (Art. 3 lit. a UWG) vor,

indem sie die Auflösung des Vertragsverhältnisses mit der Gesuchstellerin systematisch deren Kunden zur Kenntnis gebracht habe mit dem einzigen Ziel, diese zu verunsichern und der Gesuchstellerin abzuwerben. Die Gesuchsgegnerin bestritt einen Wettbewerbsverstoss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, indem sie insbesondere darauf hinwies, die Information einzelner Abnehmer sei nicht in einer geschäftsschädigenden Weise erfolgt.

Die Faxmitteilung der Gesuchsgegnerin an die Eschenmoser AG vom 19. Januar 1998 (kläg.act. 1) enthält nun aber im wesentlichen eine Sachverhaltsfeststellung, ohne dass dieser eine herabsetzende Äusserung entnommen werden könnte. Dass sich die Gesuchsgegnerin gegenüber weiteren Kunden der Gesuchstellerin herabsetzend geäußert haben soll, wird von der letzteren nicht hinreichend glaubhaft dargelegt. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens ist damit abzuweisen.

7. Die Gesuchstellerin legt auch glaubhaft dar, dass ihr durch die Nicht-mehr-Belieferung mit Nintendo-Produkten ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden droht, indem sie Gefahr laufe, ihre Marktposition als führende Rackjobberin in der Schweiz bei ihren Grosskunden zu verlieren. Die Gesuchsgegnerin stellte die Gefahr einer Schädigung in Abrede und wies insbesondere darauf hin, dass das Rackjobbing mit Nintendo-Artikeln lediglich 6% der von der Gesuchstellerin erzielten Umsatzes ausmache, und sie nach wie vor in der Lage sei, Nintendo-Produkte in der Schweiz anzubieten. Beim Erlass einer vorsorglichen Massnahme geht es um eine Interessenabwägung, wobei es nicht erheblich sein kann, welchen Anteil des Umsatzes bei der Gesuchstellerin die Nintendo-Produkte ausmachen, sofern die Gefahr eines irreparablen Schadens besteht (vgl. U. Schenker, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1985, S. 69 ff.). Vorliegend besteht die Gefahr des Verlusts von Rackjobbing-Kunden, sofern es der Gesuchstellerin nicht mehr gelingen sollte, Nintendo-Produkte durch Parallelimporte zu beschaffen. Dagegen hat die Gesuchsgegnerin nicht hinreichend glaubhaft dargelegt, inwiefern sie einen Schaden erleide, wenn sie die Gesuchstellerin auch in Zukunft in einem gewissen Umfang zu beliefern hat. Insbesondere hat sie zu wenig dargelegt, in welcher Weise sie seit dem Lieferstopp ihre Verteilungsorganisation angepasst haben will.

Des weiteren ist auch angesichts der offensichtlich schnellen technischen Entwicklung in der Computer- bzw. Spielcomputerbranche die Voraussetzung der Dringlichkeit gegeben, nachdem eine relative Dringlichkeit, die sich an der Dauer des Hauptprozesses zu messen hat, genügt (David, SIWR I/2, S. 179).

8. Die Gesuchsgegnerin verlangt für den Fall des Schutzes des Gesuchs eine den wirtschaftlichen Risiken und dem von der Gesuchstellerin behaupteten Schädigungspotential entsprechende Sicherheit

von Fr. 1 Mio. Die Gesuchstellerin beantragte, es sei auf eine Sicherheitsleistung zu verzichten.

Wie bereits ausgeführt, hat die Gesuchsgegnerin nicht hinreichend glaubhaft dargelegt, in welcher Weise sie ihre Vertriebswege umstrukturiert hat. Es trifft zwar zu, dass der vorliegende Befehl, die Gesuchstellerin in einem beschränktem Rahmen mit Nintendo-Produkten zu beliefern, ihre unternehmerische Freiheit beeinträchtigt. Indessen ist damit ein drohender Schaden nicht glaubhaft gemacht (vgl. David, SIWR I/2, S. 186 f.). Das Begehren der Gesuchsgegnerin betreffend Sicherheitsleistung ist damit abzuweisen.

9. Gemäss Art. 28e Abs. 2 ZGB ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, innert der sie den einstweilen geschützten Befehl mit der Hauptklage geltend zu machen hat. Die gesetzliche Maximalfrist von 30 Tagen erscheint dabei angemessen. Wird die Hauptklage nicht innert dieser Frist erhoben, fällt die vorsorgliche Massnahme dahin.

10. Bei der Verlegung der Kosten ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin in bezug auf die Kartellrechtsverletzung dem Grundsatz nach mit ihrer Rechtsauffassung durchgedrungen ist, wogegen ihr Begehren betreffend unlauteren Wettbewerb abgewiesen werden musste. Abgewiesen wurde auch das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung. Die Gesuchsgegnerin ist betreffend Kartellrechtsverletzung teilweise unterlegen, und ihr Gesuch betreffend Sicherheitsleistung wurde abgewiesen. Damit erscheint es angemessen, die Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 264 Abs. 2 ZPO). Da jedoch erst das Hauptverfahren zeigen wird, ob der heute gutgeheissene Befehl definitiv Schutz finden wird, erscheint es richtig, die Kosten des heutigen Verfahrens vollumfänglich bei der Gesuchstellerin zu erheben, die sie dann je nach Ausgang des Hauptprozesses in jenem Verfahren als Parteientschädigung gegenüber der Gesuchsgegnerin geltend machen kann (vgl. GVP 1988 Nr. 64; Art. 270 lit. b ZPO). Die Gesuchsgegnerin war in der Vernehmlassung von einem Streitwert auf Fr. 20 Mio. ausgegangen, welcher von der Gesuchstellerin bestritten worden war. An Schranken beantragten die Parteien übereinstimmend, der Streitwert sei nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Die Gesuchstellerin führte selber aus, dass sie mit Nintendo-Artikeln eine Jahresumsatz von Fr. 6 Mio. Verkaufspreis bzw. Fr. 5 Mio. Einstandspreis mache. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin kann nicht einfach vom Jahresbruttoertrag, multipliziert mit 20, ausgegangen werden. Zu berücksichtigen ist, dass die Gesuchstellerin bisher Nintendo-Artikel aus andern Quellen beziehen konnte und dass der Bruttoertrag nicht mit dem zu erzielenden Gewinn gleichgesetzt werden kann. Vorliegend erscheint es angemessen, den tatsächlichen Gewinn auf einen Viertel anzusetzen, womit sich ein Streitwert bei einer angenommenen zweijährigen Dauer des Hauptverfahrens von Fr. 500'000.-- ergibt (vgl. GVP 1996

Nr. 67; David, SIWR I/2, S. 28 f.). Die Entscheidegebühr ist damit auf Fr. 7'500.-- festzusetzen (Ziff. 331 i.V.m. Ziff. 304 lit. c GKT)

Aus der gleichen Überlegung erscheint es richtig, im heutigen Entscheid eine Parteientschädigung zugunsten der Gesuchsgegnerin festzusetzen, die fällig wird, sofern die Gesuchstellerin das Hauptverfahren nicht innert der angesetzten Frist einleitet. Eine Kostennote des Anwalts der Gesuchsgegnerin liegt nicht vor, so dass die Entschädigung nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist. Bei einem Streitwert von Fr. 500'000.-- beträgt die Normalgebühr Fr. 25'600.-- bzw. Fr. 30'720.-- im Verfahren vor Handelsgericht (Art. 14 lit. e i.V.m. Art. 15 HonO), wobei dieses auf abgerundet 50 Prozent, d.h. auf Fr. 15'000.--, herabzusetzen ist (Art. 16 Abs. 1 HonO). Unter Hinzurechnung der Barauslagen von Fr. 500.-- und der Mehrwertsteuer von Fr. 1'007.50 ergibt sich damit ein Entschädigungsanspruch der Gesuchsgegnerin von Fr. 16'507.50.

Demgemäss wird

v e r f ü g t :

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die Gesuchstellerin mit mindestens einer der drei Videokonsolen (Nintendo Gameboy, Supernintendo, Nintendo 64, je inkl. verfügbare Software) zu den gleichen Preiskonditionen wie vergleichbare Grossisten oder Rackjobber zu beliefern.
2. Für den Fall der Nichtbeachtung dieses richterlichen Befehls wird der Gesuchsgegnerin bzw. ihren Organen die Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB angedroht.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 30 Tagen zur Anhebung der Hauptklage angesetzt. Wird die Hauptklage nicht innert dieser Frist erhoben, fällt die angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin.
4. Gerichtskosten
5. Parteientschädigung
6. Eröffnet
7. Rechtsmittel

C 1	2. Handelsgericht des Kantons St. Gallen: Import von „Kodak“-Filmen
-----	--

Entscheid des Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 10. März 1999 in der Sache Kodak S.A., Lausanne gegen Phototrade Ltd., Tortola, British Virgin Island; Zürich betreffend vorsorgliche Massnahme / Patentrecht (HG.1998.147-HGP, HP.1998.99)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich und unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Fall der Zuwiderhandlung zu verbieten, in Verletzung des Patentes EP PS 0 028 099 Kodak-Filme unter der Bezeichnung

Kodak

- GA 100 135-12
- GA 100-135-24
- GA 100-135-36
- GB 200 135-12
- GB 200-135-24
- GB 200-135-36
- Ultra 400-135-12
- Ultra 400-135-24
- Ultra 400-135-36

Kodak Black & White

- T-400 CN 120
- T-400 CN 135-36

Kodak Profi-Filme

- GPX 160 120/5
- GPX 160 135-38/5

Kodak Vericolor / Profi

- VPS III 120 S / 5
- VPS III 135-36 / 5

APS / Advanced-Photo-System

- APS AA 100-25
- APS AA 100-40
- APS AB 200-15
- APS AB 200-25
- APS AB 200-25 Twin
- APS AB 200-40 Box
- APS AC 400-25
- APS AC 400-40 Box,

alle soweit sie nicht von der Gesuchstellerin bezogen oder von dieser selbst in der Schweiz in Verkehr gebracht wurden, in die Schweiz einzuführen und/oder hier feilzuhalten, zu verkaufen oder in Verkehr zu bringen bzw. durch Dritte einführen, feilhalten, verkaufen oder in Verkehr bringen zu lassen oder bei einer dieser Tätigkeiten in irgendeiner Weise mitzuwirken.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

Das Gesuch vom 23. September 1998 sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Erwägungen

I.

1. Die Kodak SA (Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Lausanne. Muttergesellschaft der Gesuchstellerin ist die Eastman Kodak Company, Rochester, USA (kläg. act. 3). Die Gesuchsgegnerin (Phototrade Ltd.) ist eine nach dem Recht der British Virgin Islands organisierte Gesellschaft mit einem Kapital von US\$ 50'000.--. Sie hat ihren Sitz bei der Euro American Trust & Management, P.O. Box 3161, Road Town, Tortola, British Virgin Islands. Als Direktorinnen werden Annabela und Iris Torres aufgeführt. Die Gesellschaft hat weder ein Domizil noch Zweigniederlassungen in der Schweiz (kläg. act. 4 - 6). Die Gesuchstellerin hat für die von verschiedenen ausländischen Kodak-Produktionsgesellschaften bezogenen Kodak-Filme ein exklusives Vertriebsrecht in der Schweiz, wobei sie den schweizerischen Detailhandel direkt oder über einen Grossisten beliefert. Die Gesuchsgegnerin bot seit 1996 Kodak-Filme in der Schweiz an, wobei sie auf ihrer "Preisliste/Bestellblatt" vom November 1996 als Zustelladresse in der Schweiz die "Phototrade Ltd., Postfach 7570, 8023 Zürich", aufführte (kläg. act. 8). Im Jahre 1997 ersuchte die Gesuchsgegnerin, teilweise vertreten durch Dr. A. Rosenkranz, die Gesuchstellerin, ihr eine Liste der patentierten und nicht patentierten Kodak-Produkte zuzustellen, ansonsten sie davon ausgehe, berechtigt zu sein, Kodak-Produkte an die "Schweizer Kundschaft" auszuliefern (kläg. act. 16 - 20). Am 19. Juni 1997 teilte der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, welche Kodak-Produkte insbesondere unter das europäische Patent 0 028 099 (Streitpatent) fallen würden und bekräftigte den Willen der Gesuchstellerin, den Patentschutz durchzusetzen und den unautorisierten Import und Vertrieb von patentgeschützten Erzeugnissen in der Schweiz zivil- und strafrechtlich zu verfolgen (kläg. act. 21). Im Mai 1998 gelangte die Gesuchsgegnerin ("Postadresse" Schweiz: Michelstrasse 25, 8049 Zürich) an den schweizerischen Detailhandel und bot sich unter Beilage einer Preisliste zum Verkauf von Kodak-Original-Produkten aus Herstellungsländern in Europa an (kläg. act. 24). Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin wies die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 3. Juni 1998 erneut auf den Patentschutz von Kodak-Produkten hin (kläg. act. 26). Mit einem Rundschreiben vom Juni 1998 bekräftigte die Gesuchsgegnerin ihren Willen, ihre Geschäftspartner in der Schweiz mit Kodak-Produkten zu beliefern, ungeachtet einer allfälligen rechtli-

chen Auseinandersetzung mit der Gesuchstellerin (kläg. act. 30). Im Juni 1998 erfolgte denn auch eine Lieferung von Kodak-Produkten an einen Detailhändler in St. Gallen (Separatbeilage A, welche nur vom Gericht eingesehen wurde).

2. Mit dem vorliegenden Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme vom 23. September 1998 verlangt die Gesuchstellerin insbesondere, es sei der Gesuchsgegnerin zu untersagen, in Verletzung des Patentes EP PS 0 028 099 Kodak-Filme, welche sie nicht von der Gesuchstellerin bezogen hat, in die Schweiz einzuführen und hier feilzuhalten und zu verkaufen. Die Gesuchstellerin macht geltend, die im Rechtsbegehren genannten Negativfilme von Kodak (nachfolgend Kodak-Filme) würden den Schutz des schweizerischen Ex-Europa-Patents (EP PS 0 028 099) geniessen, wobei die Gesuchstellerin Inhaberin des schweizerischen Teils des Streitpatents sei (kläg. act. 31 - 33b). Das schweizerische Patentrecht sei vom Grundsatz der nationalen Erschöpfung beherrscht, weshalb Parallelimporte und damit Graumarktangebote patentgeschützter Erzeugnisse durch den Inhaber schweizerischer Patente unterbunden werden könnten. Im Gegensatz zum Markenrecht, welches den Schutz gegen Täuschung über die betriebliche Herkunft bezwecke, habe das Patent die Funktion, dem Erfinder die ausschliessliche Verwertung seiner Erfindung zu ermöglichen, um ihm eine Amortisation seiner Forschungs- und Entwicklungskosten zu erlauben. Im Patentrecht müsse insbesondere die nationale Erschöpfung, solange der Gesetzgeber nicht etwas anderes angeordnet habe, gelten, da Patente für eine und dieselbe Erfindung in verschiedenen Staaten je nach Verlauf des Erteilungsverfahrens mit unterschiedlichem Geltungsbereich erteilt würden. Nur über die Kontrolle der nationalen Verwertung der Erfindung könne dem Patentinhaber ein "return on investment" gesichert werden. Damit seien Parallelimporte und Graumarktabsätze patentgeschützter Erzeugnisse in der Schweiz, wie sie von der Gesuchsgegnerin getätigt würden, verboten.

3. Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 31. Oktober 1998 die kostenfällige Abweisung des Gesuches. Sie bestreitet ausschliesslich die von der Gesuchstellerin aufgestellte Rechtsbehauptung, wonach in der Schweiz gemäss Patentrecht die nationale Erschöpfung gelte. Sie vertritt die Auffassung, es gelte die internationale Erschöpfung, womit die Gesuchsgegnerin mit dem Parallelimport keine patentierten Produkte der Gesuchstellerin verletze. Sie verweist insbesondere auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 1998 (BGE 124 III 321 ff.), in welchem das Bundesgericht ausgeführt habe, dass das Patentgesetz auf die internationale Erschöpfung nicht verzichtet habe. Nachdem Parallelimporte markenrechtlich und urheberrechtlich nicht mehr verboten werden könnten, sei - auch unter Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31

BV) - davon auszugehen, dass die internationale Erschöpfung in gleicher Weise auch im Patentrecht gelte.

Von einer mündlichen Verhandlung wurde abgesehen, nachdem die Parteien je eine weitere Rechtschrift eingereicht hatten.

II.

1. Das vorliegende Gesuch stützt sich auf das Patentgesetz. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a ZPO. Die Gesuchstellerin beruft sich in bezug auf die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten auf Art. 109 Abs. 1 IPRG, wonach bei Klagen betreffend Immaterialgüterrechte die schweizerischen Gerichte am Ort zuständig sind, wo der Schutz beansprucht wird. Sie hat eine entsprechende Rechnung eingereicht, aus welcher hervorgeht, dass ein Fachgeschäft in St. Gallen Kodak-Filme von der Gesuchsgegnerin bezogen hat (Separatbeilage A). Die Gesuchsgegnerin, welche ihren Sitz auf den British Virgins Islands hat, hat sich auf das vorliegende Verfahren vorbehaltlos eingelassen.

Gemäss Art. 77 Abs. 1 und 2 PatG hat der Richter vorsorgliche Massnahmen zu verfügen, wenn der Antragsteller glaubhaft machen kann, dass die Gegenpartei eine gegen das Patentgesetz verstossende Handlung begangen hat, und dass ihm daraus ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils für Kodak nicht ausdrücklich, sondern wendet sich einzig gegen die im Gesuch gemachte Rechtsbehauptung, in der Schweiz gelte gemäss Patentrecht die nationale Erschöpfung.

Die Gesuchsgegnerin stellt des weiteren nicht in Abrede, dass die im Rechtsbegehren der Gesuchstellerin genannten Kodak-Filme den Schutz des Patent EP PS 0 028 099 (kläg. act. 31) geniessen und die Gesuchstellerin legitimiert ist, in eigenem Namen aus dem schweizerischen Teil des Streitpatents Ansprüche geltend zu machen (kläg. act. 32a).

2. Zwischen den Parteien streitig ist die Rechtsfrage, ob im schweizerischen Patentrecht der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gilt. Wird dieser sogenannte Erschöpfungsgrundsatz national verstanden, gilt das Recht auf gewerbsmässige Benutzung der beanspruchten Erfindung für die aufgrund des Patents hergestellten Gegenstände als erschöpft, die mit Zustimmung des Patentinhabers auf den inländischen Markt gelangt sind. Wird dagegen die Erschöpfung international verstanden, so bewirkt auch die gewerbsmässige Benutzung der beanspruchten Erfindung im Ausland die Erschöpfung der gewerbsmässigen Benutzung, mit der Folge, dass der Patentinhaber den Import von in einem andern Staat rechtmässig hergestellten Gegenstände, wo ein paralleles Patent besteht, in die Schweiz patentrecht-

lich nicht verhindern kann (vgl. B. von Büren, Der Übergang von Immaterialgüterrechten, SIWR I/1, S. 178; Blum/Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, Bd. I, 2. A. 1975, Art. 8 N 13). Die Gesuchstellerin beantragt, es sei der Gesuchsgegnerin zu untersagen, Kodak-Filme, welche im Ausland auf dem Graumarkt erworben worden sind, in die Schweiz einzuführen und hier unter Umgehung der Gesuchstellerin als Gesellschaft mit exklusivem Kodak-Vertriebsrecht in den Verkehr zu bringen. Es geht somit im vorliegenden Fall um die patentrechtliche Zulässigkeit sogenannter Parallelimporte, d.h. um die Einfuhr immaterialgüterrechtlich geschützter Ware, die ohne Zustimmung des inländischen Schutzrechtsinhabers aus einem Drittland erfolgt, wo die betreffende Ware ebenfalls vom Schutzrechtsinhaber selbst oder jedenfalls mit seiner Zustimmung in den Verkehr gesetzt wurde (vgl. Marianne Bieri-Gut, Rechtsprobleme beim Absatz auf grauen Märkten, Diss. Zürich 1994, S. 11; SG GVP 1994 Nr. 37 E. II.2.). Der wirtschaftliche Hintergrund der Verhinderung von Parallelimporten besteht im Regelfall darin, dass die durch den Schutzrechtsinhaber im Inland auf den Markt gebrachte Originalware vor der Preiskonkurrenz durch Originalware, die er im Ausland zu tieferen Preisen auf den Markt brachte, geschützt werden soll (vgl. R. Zäch, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995, S. 302).

a) Die Gesuchstellerin beruft sich auf Art. 8 PatG, wonach das Patent seinem Inhaber das ausschliessliche Recht verschafft, die Erfindung gewerbsmässig zu benützen (Abs. 1). Als verbotenen Nutzungshandlungen gelten insbesondere auch "das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken (Art. 8 Abs. 2 PatG). Der Gesetzestext äussert sich zur Frage der Erschöpfung nicht, indem er das Ausschliesslichkeitsrecht des Patentinhabers als uneingeschränkt darstellt. Eine wörtliche Auslegung würde damit ergeben, dass der Berechtigte einem unter Schutz stehenden Erzeugnis überall folgen und sein Inverkehrbringen bis zum Erlöschen des Rechts oder dem Untergang der Sache bestimmen und lenken dürfte. Die Bestimmung wird jedoch einhellig einschränkend ausgelegt, indem das Ausschliesslichkeitsrecht nur insoweit besteht, als es der Patentinhaber nicht bezüglich eines bestimmten Produktes durch dessen Inverkehrsetzung erschöpft, womit sich die Frage der territorialen Ausdehnung dieser Erschöpfung stellt (vgl. A. Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. A., S. 763 f.; ZR 1998 Nr. 112 S. 292). Das Bundesgericht führt denn auch im Entscheid BGE 124 III 328 E. 2d aus, dass das Patentgesetz die Frage der Erschöpfung nicht regelt.

b) Die Gesuchstellerin weist zu Recht darauf hin, dass von der Lehre bisher überwiegend die Auffassung vertreten werde, es gelte im Patentrecht die nationale Erschöpfung (vgl. z.B. A. Troller, a.a.O., S. 767; M. Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2. A. 1987, S. 123; Carmen Troller, Manuelle du droit suisse des biens immatériels, Bd. II, 1996, S. 654; R. von Büren, SIWR I/1, S. 179; a.M. Marianne Bieri-Gut,

Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und dem Recht der EU, AJP 1996, S. 574; vgl. die weiteren Literaturhinweise in BGE 124 III 329 und ZR 1998 Nr. 112 S. 290 f.). Roland von Büren (Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N 641) vertritt denn auch die Auffassung, dass in der Lehre keine einheitliche Meinung bestehe und entsprechende Entscheide bisher fehlten (vgl. den Hinweis von Pedrazzini im gleichen Werk, N 140, dass die Frage der sogenannten internationalen Erschöpfung für das schweizerische PatG noch nicht entschieden worden sei). Uneinheitlich ist die kantonale Gerichtspraxis, indem die Erschöpfung bejaht wurde etwa vom Handelsgericht Zürich (SMI 1982, S. 95 ff.), vom Cour de Justice des Kantons Genf (SJ 1984, S. 31 f.) und vom Appellationsgericht des Kantons Tessin (SMI 1988, S. 202 ff.), während sich das Obergericht des Kantons Luzern für die internationale Erschöpfung ausgesprochen hatte (LGVE 1987 I Nr. 25, S. 66 ff.). Im nicht rechtskräftigen Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 23. November 1998 wird ebenfalls die Auffassung vertreten, im Patentrecht gelte die internationale Erschöpfung (ZR 1998 Nr. 112).

c) Die Gesuchstellerin bringt vor, in den letzten Jahren sei das Patentgesetz verschiedentlich revidiert bzw. Gegenstand von Gesetzgebungsvorlagen geworden, wobei teilweise auch die Frage der nationalen bzw. internationalen Erschöpfung explizit diskutiert worden sei. Im Wissen um diese Frage habe es der Gesetzgeber bis heute bei der nationalen Erschöpfung des Patentrechts belassen. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass mit Art. 8a PatG die nationale Erschöpfung eingeführt worden sei. Die regionale Erschöpfung sei bereits im Vorverfahren fallen gelassen worden, insbesondere deshalb, weil Probleme im Zusammenhang mit dem GATT ins Feld geführt worden seien.

aa) Die Gesuchstellerin beruft sich darauf, dass in der Biotechnologie-Vernehmlassungsvorlage (1988) die Einführung der regionalen, d.h. der EU- und EFTA-weiten Erschöpfung vorgeschlagen worden sei. Dabei sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass nach bisheriger Lehre und Rechtsprechung die nationale Erschöpfung gelte. Der unter dem Druck des Vernehmlassungsverfahrens erfolgte Verzicht auf eine explizite Regelung der Erschöpfungsfrage sei als Bestätigung der bisher geltenden nationalen Erschöpfung zu betrachten. In Übereinstimmung mit den Ausführungen des Bundesgerichts (BGE 124 III 328 E. 2d) ist demgegenüber festzuhalten, dass der im Entwurf von 1989 vorgesehene und in der Vorlage von 1993 wieder fallen gelassene Art. 8a EPatG lediglich eine Sonderregelung der Erschöpfung für biologisch vermehrbare Materie enthält und sich weder für diesen besonderen Bereich noch allgemein zur Frage, ob nationale oder internationale Erschöpfung im Patentrecht Anwendung finden soll, äussert (BBl. 1989 III 266). Ferner kann auch der Botschaft des Bundesrats zu Art. 8a keine entsprechende Meinungsäusserung ent-

nommen werden (BBl. 1989 III 255 f.). Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin können auch die Ausführungen in Ziff. 122.2 der bundesrätlichen Botschaft (BBl. 1989 III 246 f.) nicht in der Weise ausgelegt werden, dass in der Botschaft ausdrücklich der Grundsatz der geltenden nationalen Erschöpfung festgehalten worden sei. In der Botschaft wird zwar auf den nach Lehre und Rechtsprechung geltenden Grundsatz der nationalen Erschöpfung hingewiesen, ohne dass jedoch dazu ausdrücklich Stellung genommen wurde, da es beim Entwurf ausschliesslich um den Spezialfall der Erschöpfung für biologisch verwertbare Materie ging. Im übrigen wird in der Botschaft ausgeführt, dass der Gedanke der Einführung einer regionalen, auf die Mitgliedstaaten der EG und der EFTA ausgedehnten Erschöpfung damals bereits im Vorverfahren wieder fallen gelassen worden sei. Die Gesuchstellerin kann somit aus den Ausführungen in BBl. 1989 III 246 f. nichts zu ihren Gunsten ableiten, und es ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Bundesgerichts festzuhalten, dass das Patentgesetz die Frage der Erschöpfung nicht regelt (vgl. auch ZR 1998 Nr. 112 S. 293).

bb) Die Gesuchstellerin verweist des Weiteren auf die Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992 (Separatdruck der EDMZ 92.052, BBl. 1992 IV 1 ff.), worin sich der Gesetzgeber mit der Erschöpfungsfrage befasst habe. Die Einführung der regionalen Erschöpfung sei vom Bundesrat als "die wichtigste Neuerung" dargestellt worden. Mit einer Übergangsfrist von einem Jahr habe man Unternehmen in den EFTA-Staaten mit bisher nationaler Erschöpfung im Patentrecht (so u.a. der Schweiz) ermöglichen wollen, sich auf den Übergang zur regionalen Erschöpfung angemessen vorzubereiten. Die Gesuchsgegnerin verwies auf BGE 124 III 321 ff. und führte aus, das Bundesgericht sei klar der Auffassung, dass die nationale Erschöpfung zu einer Marktabschottung führe, und dass unter den EU-/EWR-Staaten die regionale Erschöpfung der internationalen Erschöpfung entspreche. In der Botschaft (BBl. 1992 IV 376 ff. wird Acquis der EG dargestellt und darauf hingewiesen, dass das zu revidierende Markenschutz- und Urheberrechtsgesetz sowie der Entwurf für ein Topographengesetz angesichts der grossen Bedeutung eines harmonisierten Immaterialgüterrechts die europäische Entwicklung bereits weitgehend berücksichtige. Die Einführung der regionalen Erschöpfung stelle die wichtigste Neuerung dar, was zur Folge habe, dass Parallelimporte aus EG- und EFTA-Staaten nicht mehr verhindert werden könnten. Im EG-Recht sei die regionale Erschöpfung primär über das Richterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht) und sekundär in Verordnungen und Richtlinien eingeführt worden.

Entgegen ihrer Ansicht kann die Gesuchstellerin aus den Ausführungen des Bundesrats zur Vorbereitung des vom Volk abgelehnten Beitritts der Schweiz zum EWR nichts zu ihren Gunsten ableiten. Insbe-

sondere kann aus der Darlegung des Bundesrats, wonach die Einführung der regionalen Erschöpfung die wichtigste Neuerung darstelle, nicht e contrario abgeleitet werden, bisher hätte für sämtliche Immaterialgüterrechte ausschliesslich der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gegolten. Vielmehr wird ein Trend in Richtung regionaler bzw. internationaler Erschöpfung aufgezeigt, welche für die EG-Staaten primär durch den Europäischen Gerichtshof eingeführt worden ist (vgl. BBl. 1992 IV S. 377 Ziff. 3: "Übernahme der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, einschliesslich des Grundsatzes der regionalen Erschöpfung").

cc) Die Gesuchstellerin beruft sich auf die Swisslex-Vorlage betreffend ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel und bringt vor, der Bundesrat habe die weitgehend unbestrittenen Punkte der seinerzeitigen Biotechnologie-Vorlage herausgegriffen und vorgeschlagen, sie im Zuge der Swisslex-Revision zu realisieren. Indem das entsprechende Änderungsgesetz vom 3. Februar 1995 am 1. September 1995 in Kraft getreten sei, müsse man, da die in der Biotechnologie-Vorlage erwähnte Frage der Erschöpfung unverändert übernommen worden sei, davon ausgehen, dass sich der Gesetzgeber bewusst dazu entschieden habe, am bisher geltenden Prinzip der nationalen Erschöpfung im Patentrecht festzuhalten. Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass es in der damaligen Biotechnologie-Vorlage nie um die Grundsatzfrage, ob im schweizerischen Patentrecht die nationale oder internationale Erschöpfung gelten soll, gegangen sei.

In der Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente sowie zu einem Bundesbeschluss über eine Änderung des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente vom 18. August 1993 (BBl. 1993 III 706 ff.) werden verschiedene Teilrevisionen vorgeschlagen, so etwa die Einführung sog. ergänzender Schutzzertifikate für Arzneimittel, während der Bundesrat die Abschreibung der sistierten Biotechnologie-Vorlage beantragte und darauf hinwies, dass die Anpassung des Patentrechts an die Situation bei biotechnologischen Erfindungen Gegenstand einer zukünftigen Vorlage sein werde (vgl. die Hinweise betreffend die Frage der Patentierbarkeit biotechnologischer Erfindungen in BBl. 1994 IV 960). Nachdem bereits festgehalten worden ist, dass im Rahmen der Biotechnologie-Vorlage die Grundsatzfrage der nationalen bzw. internationalen Erschöpfung nicht entschieden worden ist, kann die Gesuchstellerin aus dieser späteren Gesetzesrevision nichts für ihren Standpunkt ableiten. Es gilt somit die Feststellung des Bundesgerichts, dass das Patentgesetz die Frage der Erschöpfung nicht geregelt hat, auch nicht mit der Revision des Patentgesetzes vom 3. Februar 1995 (vgl. BGE 124 III 328).

d) Die Gesuchstellerin weist sodann auf das GATT-Recht hin und bringt vor, im Rahmen der Anpassung des schweizerischen Rechts an

das TRIPS-Abkommen sei in Art. 8 Abs. 2 PatG ausdrücklich ein Einfuhrverbot eingeführt worden. Damit sei Art. 28 Abs. 1 lit. a TRIPS-Abkommen umgesetzt worden, welcher ein Importverbot zwar vorsehe, jedoch in Art. 6 TRIPS-Abkommen einen Vorbehalt mache, dass ein Mitgliedstaat, welcher Importe zufolge Anerkennung der internationalen Erschöpfung zulasse, nicht unter dem TRIPS-Abkommen ins Recht gefasst werden könne. Die Gesuchstellerin zieht aufgrund der Tatsache, dass der schweizerische Gesetzgeber darauf verzichtete, das Importverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 PatG unter den Vorbehalt der internationalen Erschöpfung zu stellen, den Schluss, dass eine solche internationale Erschöpfung nicht gewollt gewesen sei. Die Gesuchgegnerin bestreitet die Richtigkeit der von der Gesuchstellerin gemachten Schlussfolgerung und erklärt, dass Art. 28 TRIPS-Abkommen nur das Importverbot für Produkte regle, welche das Patent verletzen, nicht aber ein Verbot von Parallelimporten. Mit der Anpassung von Art. 8 Abs. 2 PatG sei damit auch nicht der nationalen Erschöpfung das Wort geredet und gleichzeitig ein Verbot von Parallelimporten statuiert worden.

aa) Die Gesuchstellerin beruft sich zunächst auf Art. 28 Ziff. 1 lit. a TRIPS-Abkommen, wonach ein Patent seinem Inhaber das ausschliessliche Recht verleiht, wenn der Gegenstand des Patents ein Erzeugnis ist, Dritten zu untersagen, dieses ohne Zustimmung des Inhabers herzustellen, zu benutzen, anzubieten, zu verkaufen und einzuführen (das TRIPS-Abkommen ist als Anhang 1C Bestandteil des WTO-Übereinkommens; AS 1995, S. 2457 ff.; SR 0.632.20., S. 342 ff.). In der Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde, GATT-Botschaft 1, BBl. 1994 IV 301 f.) wird zu Art. 28 TRIPS-Abkommen ausgeführt, dass das in Art. 28 statuierte Recht des Patentinhabers, Importe, die ohne seine Einwilligung vorgenommen werden, zu verbieten, zwei Problemkreise berühre: Den des Importverbots für Produkte, welche das Patent verletzen, und jenen des Verbots von Parallelimporten. Ausdrücklich wird festgehalten, dass die Definition der ausschliesslichen Rechte gemäss Art. 28 nur auf das erstgenannte Verbot abziele. In der Botschaft wird des Weiteren auf die Fussnote zu Art. 28 (vgl. AS 1995, S. 2470 Fn. 1) hingewiesen, womit gestützt auf Art. 6 TRIPS-Abkommen klargestellt wird, dass ein Land, das sich für das Prinzip der internationalen Erschöpfung entschieden hat, dieses beibehalten und von daher auch Parallelimporte erlauben darf. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass beim Abschluss des TRIPS-Abkommens die Frage der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten bewusst ausgeklammert und auf eine allgemeine Einführung der internationalen Erschöpfung verzichtet wurde, wobei den einzelnen Staaten deren Praktizierung unbenommen bleibt (BGE 124 III 330 E. 2 f; zu Art. 6 des TRIPS-Abkommen vgl. BBl. 1994 IV 291 f.; ferner Alesch Staehelin, Das TRIPS-Abkommen, Diss. Bern 1997, S. 28 ff.).

bb) Nach der Auffassung der Gesuchstellerin wurde der per 1. Juli 1995 revidierte Art. 8 Abs. 2 PatG bewusst so formuliert, dass gestützt auf diese Bestimmung Parallelimporte patentgeschützter Erzeugnisse verboten worden seien. In der Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994) wird in der Tat Bezug genommen auf die als Folge der Ratifizierung des WTO-Übereinkommens notwendigen Anpassung von Art. 8 Abs. 2 PatG. Danach hatten nach bisherigem Recht als Benützungshandlungen der patentierten Erfindung neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere das Feilhalten, der Verkauf und das Inverkehrbringen gegolten, wogegen die Einfuhr zu diesen Zwecken nicht explizit erwähnt worden sei. Gemäss Art. 28 Abs. 1 TRIPS-Abkommen gelte jedoch die Einfuhr ebenfalls als Benützungshandlung. Die entsprechende Gesetzesergänzung werde es dem Patentinhaber erlauben, sich bereits bei der Einfuhr patentrechtsverletzender Erzeugnisse insbesondere mittels vorsorglicher Massnahmen zur Wehr zu setzen (BBl. 1994 IV 984). Aufgrund dieser Ausführungen in der Botschaft ist klar festzuhalten, dass es bei der Revision von Art. 8 Abs. 2 PatG ausschliesslich um eine Anpassung an Art. 28 Ziff. 1 TRIPS-Abkommen ging, welcher eben gerade die Frage von Parallelimporten nicht regelt. Damit behauptet die Gesuchstellerin zu Unrecht, mit dem revidierten Art. 8 Abs. 2 PatG seien Parallelimporte patentgeschützter Erzeugnisse verboten worden (vgl. auch ZR 1998 Nr. 112 S. 296).

e) Die Gesuchstellerin beruft sich für ihren Standpunkt des weiteren auf Art. 4bis Abs. 1 der Pariser Verbandübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ), wonach die in den verschiedenen Verbandsländern von Verbandsangehörigen angemeldeten Patente unabhängig sind von den Patenten, die für dieselbe Erfindung in andern Ländern erlangt worden sind. Gemäss Art. 4bis Abs. 2 PVÜ gelte dieser Grundsatz der Unabhängigkeit von Patenten "ohne jede Einschränkung", woraus zu schliessen sei, dass die in verschiedenen Ländern erteilten Parallelpatente territorial voneinander unabhängige Verwertungsrechte gewährten, womit die Annahme einer internationalen Erschöpfung gegen diese Bestimmung verstossen würde. Wie das Handelsgericht des Kantons Zürich in seiner Entscheid vom 23. November 1998 mit den entsprechenden Hinweisen dargelegt hat, handelt es sich bei der von Karl Beier (Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, GRUR Int. 1996, S. 5 f.) vertretenen Meinung, wonach Art. 4bis PVÜ Parallelimporte für unzulässig erkläre, nicht um die herrschende Auffassung. Das Handelsgericht weist insbesondere darauf hin, dass der EuGH, welcher im Patentrecht von der EU-weiten Erschöpfung ausgeht, implizit nicht von einem Verstoss gegen Art. 4bis PVÜ ausgeht. Damit ist davon auszugehen, dass Art. 4bis PVÜ es dem Schutzland überlässt, die Frage der Erschöpfung zu regeln (vgl. ZR 1998 Nr. 112 S. 296 f.).

f) Die Gesuchsgegnerin weist insbesondere auf Bundesgerichtsentscheide hin, welche in neuerer Zeit in bezug auf die Zulässigkeit von Parallelimporten im Marken- und Urheberrecht ergangen sind. Seit BGE 122 III 469 (Chanel) gelte im Markenrecht der Grundsatz der internationalen Erschöpfung und damit der Zulässigkeit von Parallelimporten, wobei der Entscheid vom Bundesgericht insbesondere damit begründet worden sei, dass die Kennzeichnungsfunktion der Marke durch Parallelimporte nicht beeinträchtigt werde. Mit dem Entscheid BGE 124 III 321 (Nintendo) habe sich das Bundesgericht auch im Urheberrecht für den Grundsatz der internationalen Erschöpfung entschieden. Die Gesuchsgegnerin stützte ihren Antrag auf Abweisung des Gesuchs insbesondere auf dieses Urteil, indem sie darauf hinwies, dass sich das Bundesgericht bei seiner Urteilsbegründung auch zur rechtlichen Situation im Patentrecht geäußert habe. Im einzelnen handelt es sich um folgende Ausführungen:

aa) Das Bundesgericht ging davon aus, dass das Patentrecht ein mit dem Urheberrecht funktionsverwandtes Verwertungsrecht darstelle. In bezug auf das Patentrecht hielt es fest, dass es - wie bereits festgehalten - keine feststehende Gerichtspraxis in bezug auf die Erschöpfung gebe, und dass die Frage der Erschöpfung im Gesetz nicht geregelt sei. Neben den funktionellen Ähnlichkeiten stellte es auch Unterschiede zwischen dem Urheber- und Patentrecht fest. Im Patentrecht sei im Gegensatz zum Urheberrecht insbesondere zu beachten, dass die Erlangung des Patentschutzes für jedes Land erhebliche Kosten verursache und dass auch die Aufrechterhaltung des Schutzes die periodische Entrichtung von Patentgebühren in den verschiedenen Schutzländern erfordere. Damit stelle sich die Frage, ob dem Patentinhaber durch ein Verbot von Parallelimporten die Möglichkeit eingeräumt werden soll, seine Investitionen in den Patentschutz in jedem Land gesondert zu rentabilisieren. Ohne dass das Bundesgericht die Frage abschliessend beurteilt hat, stellte es fest, dass auch beachtliche Gründe für eine einheitliche Geltung der internationalen Erschöpfung im Urheber- wie auch im Patentrecht bestünden (BGE 124 III 328 E. 2d).

In BGE 124 III 331 E. 2g traf das Bundesgericht Überlegungen im Zusammenhang mit der in Art. 31 BV gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit, welche in gleicher Weise auch im vorliegenden Entscheid zu berücksichtigen sind. Gemäss der Ansicht des Bundesgerichts ist eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit, welche auch die Aussenwirtschaftsfreiheit mit einschliesst, nur dann verfassungskonform, wenn sie durch eine ausreichende gesetzliche Grundlage gedeckt und durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre. Wie bereits festgehalten, lässt sich dem Patentgesetz und insbesondere Art. 8 PatG kein klarer Wille des Gesetzgebers entnehmen, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Produkte zu verbieten. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an ei-

nem solchen Verbot ist wohl ebenfalls zu verneinen, da die Öffentlichkeit eher an einer Liberalisierung des Welthandels interessiert sein dürfte. In Übereinstimmung mit dem Bundesgericht ist damit festzuhalten, dass der Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung dafür spricht, Art. 8 PatG im Sinne der internationalen Erschöpfung zu verstehen.

cc) Bei der teleologischen Auslegung des Urheberrechtsgesetzes hielt das Bundesgericht in BGE 124 III 332 f. E. 2i fest, angesichts unterschiedlich hoher Gewinnmöglichkeiten in den verschiedenen Ländern liege es am Rechtsinhaber, zu prüfen, wo ausreichende Gewinnmöglichkeiten bestehen, und gestützt darauf zu entscheiden, wo er das Produkt vermarkten will. Dabei sei es ihm zuzumuten, bei seiner Marktanalyse und bei der Festlegung seiner Vermarktungsstrategie auch mit allfälligen Parallelimporten zu rechnen. Das Bundesgericht wertete deshalb das Gewinninteresse des Rechtsinhabers als geringer als das allgemeine Interesse am freien Handel und an der Ermöglichung des Wettbewerbs, womit es sich nicht rechtfertige, aufgrund der nationalen Erschöpfung eine Abschottung des schweizerischen Marktes gegen Parallelimporte herbeizuführen.

g) Die Gesuchsgegnerin weist unter Hinweis auf den Bericht des Bundesrates zur Aussenwirtschaftspolitik vom 14. Januar 1998 auf den in den letzten Jahren vom Gesetzgeber neu eingeschlagenen Weg in Richtung "Öffnung gegen aussen" hin, welchem die Rechtsprechung insbesondere mit den Urteilen im Marken- und Urheberrecht betreffend Parallelimporte und dem damit verbundenen Bekenntnis zur internationalen Erschöpfung, gefolgt sei. Die Gesuchstellerin brachte dagegen vor, eine Analogie zum Markenrecht gehe am Ziel vorbei, indem dem Markeninhaber ein Ausschliesslichkeitsrecht verliehen werde, um einer Verwechslungsgefahr vorzubeugen. Dagegen wolle ein Patent dem Erfinder die ausschliessliche Verwertung seiner Erfindung ermöglichen, um ihm eine Amortisation seiner Forschungs- und Entwicklungskosten zu erlauben und einen Anreiz zu schaffen zu neuer erfinderischer Tätigkeit. Im Gegenzug offenbare der Erfinder seine Erfindung in der Patentschrift.

aa) In seiner Besprechung des Bundesgerichtsentscheids "Chanel" begrüsst François Perret die im Bereich des Markenrechts bejahte Zulässigkeit von Parallelimporten, spricht sich aber in bezug auf das Patent- und insbesondere das Urheberrecht für die nationale Erschöpfung aus (*Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, SZIER 1997, S. 267 ff., insbes. S. 283 ff.).

Lucas David erwähnt in seiner Urteilsbesprechung BGE 124 III 321 die Bedeutung der nationalen Erschöpfung bei bilateralen und multilateralen Verhandlungen hin und betont, dass im Gegensatz zum Urheberrecht das Patentrecht national sehr verschieden ausgeprägt und vor allem auch äusserst kostspielig sei: Es fielen nicht nur die jährli-

chen Patentgebühren ins Gewicht, sondern namentlich auch die weit höheren Übersetzungs- und Vertreterkosten, die es erforderlich machen würden, den territorialen Schutzzumfang der zu patentierenden Erfindung im voraus je nach deren Bedeutung und Ertragsmöglichkeit genau einzuschränken (AJP 1999, S. 108 ff.). Von andern Autoren wird dagegen die Auffassung vertreten, dass die internationale Erschöpfung im Interesse der Konsumenten liege und das Interesse des Erfinders, für den technischen Fortschritt belohnt zu werden, nicht die Ausnützung nationaler Preisgefälle durch nationale Erschöpfung rechtfertige (Marianne Bieri-Gut, AJP 1996, S. 574; Zäch, SJZ 1995, S. 301 ff., insbes. S. 310).

bb) Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat in einem einlässlich begründeten Urteil vom 23. November 1998 entschieden, dass im Patentrecht - wie im Marken- und Urheberrecht - die internationale Erschöpfung gelte. Es hielt dabei im Rahmen einer Abwägung der Interessen des Patenteigentümers als Inhaber des geistigen Eigentums gegenüber demjenigen des Erwerbers als dem sachenrechtlichen Eigentümer fest, die erste Inverkehrsetzung gebe dem Patentinhaber die Möglichkeit, die ihm zustehende Gewinnmöglichkeit zu realisieren. Würde man diesen darüber hinaus den weiteren Vertrieb verbieten bzw. dirigieren lassen, würde dies eine unerträgliche Behinderung des Wirtschaftsverkehrs, insbesondere wenn nicht nur Parallelimporte sondern auch der gewerbsmässige Gebrauch verboten wären, bedeuten (ZR 1998 Nr. 112 S. 297 f.). Nachdem das Gesetz die Frage der Erschöpfung nicht behandelt, mithin von einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage für die nationale Erschöpfung nicht die Rede sein kann (vgl. ZR 1998 Nr. 112 S. 299), sind die Voraussetzungen für das von der Gesuchstellerin vorsorglich verlangte Verbot von Parallelimporten nicht erfüllt.

Das vorliegende Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen muss aus diesen Gründen abgewiesen werden.

3. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Gesuchstellerin die Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten) zu tragen. Der Bedeutung des Streitfalles und dem Aufwand entsprechend wird die Entscheidegebühr auf Fr. XXX.-- festgesetzt. Bei der Festlegung der Parteientschädigung ist von dem von der Gesuchstellerin genannten Streitwert von Fr. 100'000.-- auszugehen, womit sich in Anwendung von Art. 14 lit. d i.V.m. Art. 15 HonO ein mittleres Honorar von Fr. XXX.-- ergibt. Im summarischen Verfahren können davon 10 bis 50% eingesetzt werden. Angesichts der Komplexität des Falles rechtfertigt es sich, vom Maximum auszugehen und das mittlere Honorar gemäss Art. 17 HonO um ein Viertel zu erhöhen. Auf diese Weise gelangt man auf ein Grundhonorar von Fr. XXX.--. Unter Hinzurechnung von 30% gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. c HonO ergibt sich ein Betrag von Fr. XXX.-- bzw.(inkl. Barauslagen) von Fr. XXX.--. Dazu kommen 6,5% Mehr-

wertsteuer, d.h. Fr. XXX.--. Der Entschädigungsanspruch zugunsten der Gesuchsgegnerin beläuft sich damit auf Fr. XXX.

entschieden:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Gebühren
3. Parteientschädigung
4. Eröffnet
5. Rechtsmittel

C 1	3. Cour de justice du canton de Genève: Demande de l'Association des Médecins du canton de Genève
-----	--

Décision de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 18 décembre 1998, statuant en instance unique entre l'Association des Médecins du canton de Genève d'une part, et la Fédération Genevoise des Assureurs-Maladie (FGAM) et les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) d'autre part (Réf. C/8243/1998, ACJC/1432/1998)

En fait

A. Les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après HUG) sont un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique. Ils ont été créés par la loi sur les établissements publics médicaux (K.2.05), art. 1 lit. a. Ils dispensent des soins hospitaliers et peuvent avoir une activité destinée à des malades traités ambulatoirement (art. 3, al. 1).

La Fédération Genevoise des Assureurs-Maladie (ci-après FGAM) regroupe presque la totalité des caisses-maladies qui exercent leur activité dans le canton de Genève et qui pratiquent l'assurance maladie sociale au sens de la LAMal. C'est une association professionnelle au sens des art. 60 ss CCS qui a notamment pour but de négocier des conventions avec les fournisseurs de soins, dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins.

L'Association des Médecins du canton de Genève (ci-après AMG) est une association professionnelle au sens des art. 60 ss CCS qui comprend 95 % des médecins privés du canton de Genève. Selon l'art. 2 de ses statuts, l'AMG assure notamment les intérêts et protège les droits de ses membres; elle vise à l'établissement et au maintien des conditions nécessaires au libre exercice de la profession médicale.

B. Le 1er mars 1998, les HUG et la FGAM ont conclu une convention concernant la tarification des traitements ambulatoires, des examens ambulatoires et des interventions de chirurgie ambulatoire. Celle-ci est entrée en vigueur après avoir été approuvée par le Conseil d'Etat, conformément à l'art. 46, al. 4 LAMal. L'AMG considère que le tarif fixé par ladite convention entraverait le jeu de la concurrence. En effet, les prix fixés pour les prestations de ce secteur par les HUG serait manifestement trop bas et ne refléterait pas la réalité économique du secteur ambulatoire par les HUG. Or, les HUG pourraient compenser cette baisse de recettes dans le secteur ambulatoire par des recettes supplémentaires dans le secteur hospitalier, notamment par le biais de subventions, ce que ne pourraient pas faire les médecins privés.

Le 16 mars 1998, l'AMG a écrit à la Commission fédérale de la concurrence pour se plaindre du fait que cette Convention ratifiée par le Conseil d'Etat serait contraire à la loi fédérale sur les cartels et pour demander une enquête et des mesures administratives.

C. Le 30 mars 1998, l'AMG déposa une demande en justice au greffe de la Cour de justice tendant à prononcer la nullité de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM. L'AMG prétend que cette convention serait contraire à l'art. 5, al. 1 LCart. parce qu'elle affecterait de manière notable la concurrence sur le marché des prestations de soins effectués ambulatoirement et parce qu'elle ne serait pas justifiée par des motifs d'efficacité économique. Elle serait donc illicite. En effet, cette convention affecterait de manière notable la concurrence sur le marché des prestations médicales ambulatoires, dans la mesure où elle fixerait le coût obligatoire des prestations à un niveau impossible à atteindre par la médecine privée non subventionnée. Par conséquent, les patients, soumis à la pression des franchises et, bientôt, à des systèmes de primes favorables en cas de recours à la consultation "publique", bon marché, de l'hôpital, seraient amenés à consulter de plus en plus fréquemment les services ambulatoires des HUG plutôt que les médecins privés. Cet accord aurait un effet notable sur la concurrence sur le marché de la médecine ambulatoire au profit des HUG. Il s'agirait donc d'une distorsion de la concurrence prohibée par l'art. 5, al. 3, lit. a LCart.

En outre, l'AMG prétend que les HUG, étant le principal fournisseur de soins et bénéficiant d'une subvention de l'Etat pour leur activité, auraient incontestablement une position dominante à Genève dans le secteur des soins. Or, la convention tarifaire avec la FGAM serait constitutive d'un abus de position dominante, prohibé par l'art. 7 LCart. En effet, cette politique de prix devrait inévitablement conduire à entraver les entreprises concurrentes, soit les médecins privés.

D. Les HUG et la FGAM soutiennent que l'AMG n'a pas la qualité pour agir. En effet, l'art. 8, al. 2 de l'ancienne loi sur les cartels et organisations analogues, du 2 décembre 1985 (RO 1986 874), conférait

expressément la qualité pour agir devant le juge civil aux associations professionnelles ou économiques dont les statuts autorisaient à défendre les intérêts matériels de leurs membres, lorsque ceux-ci ou des membres des sections affiliées avaient qualité pour agir. Or, cette disposition n'a pas été reprise dans la nouvelle loi sur les cartels du 6 octobre 1995. Il s'agissait donc d'un silence qualifié. La demande en justice formée par l'AMG était donc irrecevable.

E. L'AMG prétend avoir la qualité pour agir. Elle invoque à ce propos une ordonnance de la Cour de justice du 6 janvier 1997 ainsi que les normes générales de procédure telles qu'elles prévalaient avant la aLCart de 1985.

F. Dans leurs répliques et dupliques, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

En droit

1. La Cour de justice est l'autorité compétente pour connaître, en qualité de juridiction cantonale unique des causes pour lesquelles la loi fédérale prévoit une seule juridiction cantonale (art. 4 et 31, al. 1 let. b ch. 2 LOJ). Tel est ici le cas puisque l'art. 14 LCart. prévoit que les cantons désignent pour leur territoire un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour restriction à la concurrence.

2. Contrairement à l'ancienne loi sur les cartels qui conférait expressément un droit de recours des associations (art. 8, al. 2 aLCart), la nouvelle loi est muette sur cette question. En effet, les art. 12 à 17, qui traitent de la procédure devant les juges civils, réservent la qualité pour agir uniquement à la personne qu'une restriction illicite ou licite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci. En revanche, cette même loi prévoit expressément que les associations économiques peuvent participer comme tiers à l'enquête administrative. Il s'agit donc d'examiner si cette omission est constitutive d'une lacune ou d'un silence qualifié.

3. Contrairement à l'art. 8 aLCart, l'art. 12 ne mentionne pas de droit de recours des associations ni des organisations de protection des consommateurs. Selon la doctrine, il n'y a aucune explication au sujet de cette omission dans le bulletin officiel. Mais, elle observe que le droit de recours des associations et des organisations de protection des consommateurs prévu par l'avant-projet rencontra de sérieuses critiques, lors de la procédure de consultation. Comme une procédure administrative a été aménagée et que des droits procéduraux ont été accordés dans une large mesure à ceux qui sont entravés dans la concurrence et aux tiers, ainsi qu'expressément aux associations professionnelles et économiques, il s'est avéré superflu de prévoir une légitimation active de ces dernières dans la procédure civile. Contrai-

rement à la loi sur la concurrence déloyale, la procédure administrative prévue dans la LCart joue un rôle central et accru par rapport à l'ancienne loi pour la protection d'une concurrence efficace. Au vu de l'art. 15, al. 1 LCart., qui oblige le juge civil, à certaines conditions, d'obtenir l'avis de la Commission de la concurrence sur l'appréciation d'une éventuelle restriction à la concurrence, il serait peu judicieux d'aménager un droit d'action des associations dans le procès civil. L'art. 12 contient donc un silence qualifié, de sorte que la légitimation active des associations économiques et professionnelles, qui était jusque là défendue par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, ne peut plus être admise. (Regula WALTER, in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 no 36-37).

Selon Beat BRECHBUHL, il ressort de la loi que seuls ont la légitimation active ceux qui sont gênés par une restriction illicite, c'est-à-dire les personnes lésées. Le fait que, contrairement à l'ancienne loi (art. 8, al. 2), la procédure soit limitée à deux parties - les tiers étant exclus - se justifie parce que, selon le nouveau droit, la légitimation active en procédure administrative a été élargie. (Beat BRECHBUHL, Das neue Kartellgesetz - ein Überblick, in Recht 1996, Heft 3, pp. 89-93).

Selon Ursula Nordmann - Zimmermann, "contrairement à l'avant-projet, la LCart 95 ne confère la qualité pour agir ni aux associations économiques ou professionnelles ni aux organisations des consommateurs. La qualité pour agir des organisations et associations sur le plan civil a été remplacée par la participation des organisations et associations à la procédure d'enquête, qui a d'ailleurs l'avantage d'être gratuite." (Nordmann - Zimmermann Ursula, la nouvelle loi, in Agenda de droit suisse de la consommation, pp. 109-119).

La Cour conclura donc que le silence de l'art. 12 constitue un silence qualifié. L'Association des médecins du canton de Genève, qui a fondé sa demande uniquement sur la loi sur les cartels, n'a donc pas la légitimation active dans cette procédure. Elle sera par conséquent déboutée des fins de la demande.

4. La Cour observera au surplus que la demanderesse s'appuie en vain sur une ordonnance de la Cour de justice du 6 janvier 1997 qui avait admis la qualité pour agir d'une association. En effet, il s'agit d'une décision rendue sur mesures provisionnelles où la légitimation active n'a pas été examinée parce qu'à côté de l'association, certains membres de celle-ci avaient également agi dans la procédure. Il n'en va pas de même dans le cas d'espace où l'association agit seule dans l'intérêt de ses membres. Au surplus, l'affaire concernait essentiellement l'application de la loi fédérale sur la concurrence déloyale.

5. Les dépens seront mis à la charge de l'Association des médecins du canton de Genève qui succombe.

Par ces motifs**La Cour:**

Déboute l'Association des médecins du canton de Genève des fins de la demande.

La condamne aux dépens lesquels comprennent une indemnité de procédure de XXX fr. pour chaque partie adverse, constituant une participation aux honoraires d'avocat de chacune d'elles.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

C 1	4. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich: Vergabe von Abschleppaufträgen gemäss Submissionsverordnung der Stadt Zürich
-----	---

Entscheid der 1. Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999 betreffend Vergabe von Abschleppaufträgen gestützt auf Art. 13 der Submissionsverordnung der Stadt Zürich (VB.98.00363)

In Sachen Pannenhilfe A. AG (Zürich) [...] gegen das Polizeidepartement der Stadt Zürich [...], Autohilfe D. E (F.) und G. Pannendienst AG (Zürich) [...] betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I. Mit Publikation vom 3./5. Juni 1998 schrieb die Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich den Auftrag für das Abschleppen von falsch parkierten Fahrzeugen sowie von Pannen- und Unfallfahrzeugen öffentlich aus. Die Offertöffnung erfolgte am 10. Juli 1998. Mit Verfügung vom 19. Oktober 1998 vergab die Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich den ausgeschriebenen Auftrag zu 2/3 der Firma **Autohilfe D. E.**, in F. und zu 1/3 der Firma **G. Pannendienst AG**, in Zürich. In den Erwägungen zum Vergabeentscheid hielt die Vorsteherin des Polizeidepartements fest, bei den nachfolgenden Abklärungen durch die Stadtpolizei sei festgestellt worden, dass vier der sechs Bewerbenden den Anforderungen gemäss Ausschreibung in wesentlichen Belangen nicht entsprechen und deshalb bei der Auftragserteilung gestützt auf Art. 13 der Submissionsverordnung der Stadt Zürich vom 20. Dezember 1989 (SubmissionsV) nicht in Frage kämen.

II. Der Vergabeentscheid der Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich vom 19. Oktober 1998 wurde den nicht berücksichtigten Anbietenden, unter anderem der **Pannenhilfe A. AG**, in Zü-

rich, schriftlich eröffnet. Diese liess mit Eingabe vom 30. Oktober 1998 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, es sei die Verfügung der Vorsteherin des Polizeidepartements vom 19. Oktober 1998 aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Vergabe von Abschleppaufträgen mit zu berücksichtigen. Die Vorsteherin des Polizeidepartements stellte in ihrer Beschwerdeantwort vom 20. November 1998 Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Präsidialverfügung vom 2./3. Dezember 1998 erteilte das Verwaltungsgericht der Beschwerde aufschiebende Wirkung und ordnete einen zweiten Schriftenwechsel an. In Replik und Duplik hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Mit Eingabe vom 11./12. Februar 1999 reichte die Mitbeteiligte **Autohilfe D. E.** ihre Mitbeantwortung der Replik ein.

Die Ausführungen der Parteien und der Mitbeteiligten werden - soweit erforderlich - nachstehend wiedergegeben.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Im Streit liegt ein kommunaler Vergabeentscheid vom 19. Oktober 1998. Die Beschwerdeführerin rügt zur Hauptsache eine Verletzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; BGBM). Dieses Gesetz wurde auf den 1. Juli 1996 in Kraft gesetzt. Ausgenommen hiervon waren die Art. 9 Abs. 1 - 3 BGBM über den Rechtsschutz mit Bezug auf Art. 5 BGBM betreffend die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben; diese Bestimmungen traten auf den 1. Juli 1998 in Kraft. Ferner beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB), welcher der Kanton Zürich mit Gesetz vom 22. September 1996 beigetreten ist (Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [Beitrittsgesetz; IVöB-Beitrittsg]; in Kraft seit 1. November 1997). Die Stadt Zürich war im hier massgeblichen Zeitpunkt der IVöB allerdings nicht unterstellt (vgl. E. 2c).

a) Nach § 2 Abs. 2 IVöB-Beitrittsg kann der Regierungsrat weitere Auftragsarten und Verfahrensbereiche sowie Auftraggeberinnen und Auftraggeber, wie die Gemeinden, die Gemeindeverbände und andere öffentlichrechtliche Körperschaften in die Regelung des Beschaffungswesens einbeziehen und sie namentlich den Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren und die Haftung unterstellen. § 7 Abs. 1 IVöB-Beitrittsg ermächtigt den Regierungsrat ferner zur Regelung der Einzelheiten des Beschaffungswesens, auch soweit dieses nicht von der IVöB erfasst ist, in einer Verordnung. Gestützt auf diese Bestimmung erklärt die Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (Submissionsverordnung; SubmV) in § 1 Abs. 3 die Bestimmungen des

Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden und anderer Träger kommunaler Aufgaben anwendbar, soweit es durch das Binnenmarktgesetz verlangt wird und die Gemeinden für ihren Zuständigkeitsbereich keine eigenen genügenden Regelungen getroffen haben.

b) Das Verwaltungsgericht hat mit zur Publikation bestimmtem Urteil vom 24. März 1999 (VB.98.00372) entschieden, dass die direkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht in allen Vergabeverfahren kantonaler und kommunaler Amtsstellen möglich sei, mithin nicht davon abhängt, ob die materiellen Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes im Streit liegen oder die Gemeinden der IVöB unterstehen würden. Das Gericht liess sich dabei von den Überlegungen leiten, dass der in § 1 Abs. 3 (und Abs. 2) SubmV enthaltene Vorbehalt betreffend die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes lediglich als zeitliche Beschränkung zu verstehen sei, die der verzögerten Inkraftsetzung der Rechtsschutzbestimmung von Art. 9 Abs. 1 - 3 BGBM Rechnung trage. Seit dem vollständigen Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes am 1. Juli 1998 gelange der in § 3 IVöB-Beitrittsg in Verbindung mit Art. 15 IVöB geregelte Rechtsschutz in allen Vergabeverfahren kantonaler wie kommunaler Amtsstellen zur Anwendung. Diese Rechtsanwendung entspreche der vom Regierungsrat als Verordnungsgeber vertretenen Auffassung und sei angesichts der verfahrensrechtlichen Zusammenhänge die einzig praktikable Lösung.

Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2. Es ist weiter zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin angeführten Erlasse auf die vorliegend streitige kommunale Vergabe Anwendung finden:

a) Nicht anwendbar ist von vornherein das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422), dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist. Das GPA zielt im Rahmen seines - beschränkten - Anwendungsbereiches (Art. I) darauf, die Prinzipien der "Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung" (Art. III) unter den Beitrittsstaaten zu verwirklichen. Die Gemeinden sind dem Abkommen nur insoweit unterstellt, als die Vergabe Tätigkeiten in den Bereichen Wasserversorgung, Energieversorgung, städtische Verkehrsbetriebe, Flughäfen und Häfen betrifft (vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 6). Hier liegt von vornherein keine solche Vergabe im Streit. Es kann unter diesen Umständen offenbleiben, wieweit das Abkommen direkt anwendbar ist bzw. einer Umsetzung ins innerstaatliche Recht bedarf, um durchsetzbare Ansprüche von Anbietenden zu

schaffen (Botschaft [des Bundesrates] zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BBl 1994 IV, Ziff. 611.3, S. 1152 f.; Ziff. 621.1 S. 1171 f.1]).

b) Das Binnenmarktgesetz ist seit 1. Juli 1996 bzw. 1. Juli 1998 in Kraft. Es ist in zeitlicher Hinsicht auf das vorliegende Verfahren, welches einen am 19. Oktober 1998 getroffenen Vergabeentscheid betrifft, anwendbar.

In materiellrechtlicher Hinsicht bezweckt das Binnenmarktgesetz den Abbau öffentlichrechtlicher Wettbewerbshindernisse im kantonalen und kommunalen Recht und die Beseitigung von Mobilitätsschranken; damit sollen die Wettbewerbskräfte belebt und der Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld und Vergleich gestärkt werden (vgl. hierzu Paul Richli, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz - Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 1995, S. 593, 601; Rainer Schweizer, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1994, S. 739). Kernpunkt des Binnenmarktgesetzes ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der bedeutet, dass der Marktzugang für Anbieterinnen und Anbieter mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht allein deshalb beschränkt werden darf, weil sie ortsfremd sind (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 und 3 Abs. 1 BGBM). Das öffentliche Beschaffungswesen ist mit Art. 5 BGBM partiell in dieses Gesetz einbezogen worden. Danach richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden nach kantonalem oder interkantonaalem Recht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM). Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht (Art. 5 Abs. 1 BGBM), das heisst die genannten Personen dürfen nicht allein deshalb diskriminiert werden, weil sie ortsfremd sind. Diese Bestimmung steht vorliegend (materiell) indessen nicht im Streit. Die Beschwerdeführerin mit Sitz in der Stadt Zürich macht zu Recht nicht geltend, vorliegend sei der Grundsatz der Gleichbehandlung von ortsansässigen und ortsfremden Personen verletzt worden.

c) Wie erwähnt, ist der Kanton Zürich der IVöB mit Gesetz vom 22. September 1996 (Beitrittsgesetz) beigetreten. Die IVöB wurde vom Regierungsrat zusammen mit dem Beitrittsgesetz und der Submissionsverordnung auf den 1. November 1997 in Kraft gesetzt. Gemeinden und andere öffentlichrechtliche Körperschaften sind dem Konkordat grundsätzlich nicht direkt unterstellt (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVöB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Ausgenommen sind Beschaffungen in den sogenannten Sektoren der Wasser- und Energieversorgung, welche Ausnahme hier nicht greift. Auch die subsidiäre Anwendung der (kantonalen) Submissionsverordnung gemäss

§ 1 Abs. 3 SubmV fällt hier ausser Betracht, soweit die Stadt Zürich eine eigene genügende Regelung getroffen hat (vgl. dazu E. 3).

aa) Gestützt auf § 2 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG beschloss der Regierungsrat am 1. Juli 1998 die Gemeinden, die Gemeindeverbände und die andern Träger kommunaler Aufgaben mit Wirkung ab 1. Januar 1999 vollständig in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung einzubeziehen (RRB 1501/1998; ABI Nr. 28/1998 S. 774).

bb) Die hier streitige Submission wurde am 5. Juni 1998 publiziert. Die angefochtene Vergabeverfügung der Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich vom 19. Oktober 1998 wurde der Beschwerdeführerin am 21. Oktober 1998 zugestellt. Die materiellen Bestimmungen der IVöB und der kantonalen Submissionsverordnung finden daher auf die streitige Vergabe keine Anwendung. Dabei ist unmassgeblich, dass der zu vergebende Auftrag erst Wirksamkeit ab 1. Januar 1999 hätte entfalten sollen. Auf die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten.

d) Die streitige Vergabe richtet sich damit in erster Linie nach den Bestimmungen der Submissionsverordnung der Stadt Zürich. Die Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich hat denn auch die Vergabeverfügung vom 19. Oktober 1998 ausdrücklich auf Art. 13 SubmissionsV gestützt.

3. a) In dem am 5. Juni 1998 publizierten Submissionstext wird darauf hingewiesen, dass lediglich eine Ansprechpartnerin bzw. ein(en) Ansprechpartner" gewünscht werde. In Frage kämen deshalb "Bewerberinnen/Bewerber mit einer entsprechenden eigenen Struktur oder ein Zusammenschluss mehrerer Anbieterinnen/Anbieter mit eigener Rechtspersönlichkeit". Weiter müssten sich die Bewerberinnen und Bewerber insbesondere über "eine uneingeschränkte Betriebsbereitschaft während 24 Std. (einschliesslich Wochenenden und Feiertagen)" sowie einen den besonderen Einsätzen entsprechenden Fahrzeugpark (Kran und Hebevorrichtung etc.)" ausweisen.

Diese in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Zuschlagskriterien sind nicht zu beanstanden. Da der vergebenden Behörde bei der Festlegung der massgeblichen Zuschlagskriterien ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt, ist unerheblich, ob sich auch andere Kriterien vorstellen liessen. Es ist durchaus sachgerecht, wenn die Stadtpolizei im Interesse einer einfachen und raschen Handhabung bei allen Aufträgen für das Abschleppen von falsch parkierten Fahrzeugen und bei der Vermittlung für das Bergen von Unfall- und Pannenfahrzeugen nur einen Ansprechpartner haben will und eine Aufsplitterung der Auftraggeber nach Ort oder Zeit auf mehrere Anbietende ablehnt. Offenkundig ein korrektes Eignungskriterium ist auch die verlangte "uneingeschränkte Betriebsbereitschaft während 24 Std. (einschliesslich Wochenenden und Feiertagen)".

b) Beide Parteien gehen davon aus, dass die Stadtpolizei Zürich 1997 rund 2'500 Falschparkierer abschleppen liess. Bezüglich der Vermittlung für das Abschleppen von Unfallfahrzeugen geht die Beschwerdeführerin von rund 4'000 "Vorkommnissen" aus, während der Beschwerdegegner eine Zahl von ca. 1'200 Aufträgen nennt und gleichzeitig darauf hinweist, dass über die Vermittlung von Aufträgen bei Unfällen keine Statistik geführt werde. Gestützt auf diese Angaben der Parteien ist daher von einer Auftragszahl in einer Bandbreite zwischen 3700 - 6500 im Jahr auszugehen.

c) Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Beschwerdeführerin den "Betrieb einer Pannenhilfe für Fahrzeuge aller Art sowie Betrieb einer Autoreparaturwerkstätte und Handel mit Automobilen". Das Abschleppen von Fahrzeugen gehört somit nicht zum direkten Gesellschaftszweck. Laut der Bewerbungsschrift vom 23. Juni 1998 arbeitet die Beschwerdeführerin mit der H. Auto Assistance AG, in l., zusammen, welche unter anderen "Leistungen des Pannendienstes an Motorfahrzeugen" bezweckt. Aus den Bewerbungsunterlagen geht indessen nicht hervor, wie diese Zusammenarbeit rechtlich ausgestaltet ist.

Die der Bewerbung der Beschwerdeführerin beigelegte Liste "Fahrzeugflotte" weist verschiedenste Fahrzeuge aus, unter anderem drei eigentliche Bergungsfahrzeuge. Auf die Beschwerdeführerin sind indessen nur ein Bergungsfahrzeug (Toyota Dyna), zwei Stationswagen, zwei Limousinen sowie zwei weitere Motorfahrzeuge zugelassen. Die auf die H. Auto Assistance AG bzw. auf einen Aktionär eingelösten Fahrzeuge durften ausser acht gelassen werden, da diese nicht (Mit-)Bewerber waren und die Art der Zusammenarbeit mit diesen nicht offengelegt wurde. Mit dem eigenen Fahrzeugpark ist - die Beschwerdeführerin aber offenkundig zu klein, um als alleiniger Vertragspartner das gesamte ausgeschriebene Auftragsvolumen übernehmen zu können. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen hätte sie zusammen mit anderen Unternehmern offerieren können, wobei diesfalls über eine gemeinsame (Einsatz-)Zentrale hätte verfügt werden müssen. Eine solche gemeinsame Bewerbung mit weiteren Unternehmen unterblieb. Damit erfüllte die Beschwerdeführerin das Zuschlagskriterium, dass gegenüber der auftragsvergebenden Stadtpolizei nur ein Ansprechpartner auftritt, klarerweise nicht. Gemäss Art. 13 lit. a SubmissionsV war der Beschwerdegegner berechtigt, das den Bedingungen der Ausschreibung nicht entsprechende Angebot der Beschwerdeführerin auszuschliessen.

d) Was die Beschwerdeführerin hiergegen vorbringt, ist unbegründet. Ihre Behauptung, die berücksichtigten Unternehmer würden das "Abschlepp-Pooling Kanton Zürich" beherrschen, wird einerseits von diesen bestritten und ist andererseits bezüglich der vorliegenden streitigen Vergabe irrelevant. Die in der Ausschreibung erwähnte Mit-

gliedschaft bei der DKV (Deutsche Kraftverkehrs-Organisation) wurde vom Beschwerdegegner frühzeitig dahingehend relativiert, dass auch die Mitgliedschaft bei einer anderen gleichwertigen Kartenorganisation genügend sei. Dieser Punkt hat vorliegend auf den Ausschluss der Bewerbung keinen Einfluss gehabt; um so mehr, als die Beschwerdeführerin diese Mitgliedschaft beantragt hat.

Nach dem in den Erwägungen 3a bis d Ausgeführten sind die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufenen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen) nicht verletzt worden. Ob das Kartellgesetz im Rahmen der Submissionsbeschwerden überhaupt Anwendung findet, kann dabei offenbleiben.

e) Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschwerdegegner gestützt auf Art. 13 lit. a SubmissionsV befugt war, das Angebot der Beschwerdeführerin mangels Erfüllung der Zuschlagskriterien auszuschliessen. Er hat dabei den Rahmen seines Ermessens, welches durch das Verwaltungsgericht nicht zu überprüfen ist (vgl. Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht überschritten. Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen kann, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbieterinnen und/oder Anbietern auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Bei der vorliegend strittigen Vergabe hatte der Beschwerdegegner zuhanden der Presse die Absicht bekundet, die Submission für eine Auftragsdauer von fünf Jahren vorzunehmen. Diese Zeitspanne erweist sich vorliegend als sachgerecht, weshalb der Beschwerdegegner die Vertragsdauer entsprechend wird beschränken müssen.

Damit ist die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen.

4. Angesichts dieses Verfahrensausgangs wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Eine Parteientschädigung steht ihr als unterliegende Partei von vornherein nicht zu.

Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird im Sinn der Erwägungen abgewiesen.
2. Gerichtsgebühr
3. Gerichtskosten
4. Parteientschädigung
5. Eröffnet

Abweichende Meinung einer Minderheit des Verwaltungsgerichts:

Eine Minderheit des Gerichts ist der Auffassung, dass bei der strittigen Vergabe aufgrund der Anforderungen, die an die Anbieter gestellt wurden, und der Art, wie der Beschwerdegegner die Angebote behandelt hat, kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet war und die Submission daher wiederholt werden müsste.

1. Der Beschwerdegegner hat in der Ausschreibung verlangt, dass das gesamte Auftragsvolumen auf dem Gebiet der Stadt Zürich mit einem einheitlichen Angebot abgedeckt werde. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass bei der Vergabe des Auftrags kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet gewesen sei, und macht in diesem Zusammenhang unter anderem geltend, es wäre eine Aufteilung des Stadtgebiets auf mehrere Aufträge möglich gewesen, um kleineren Anbietern eine Beteiligung zu ermöglichen.

Die Mehrheit des Gerichts beurteilt die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Zuschlagskriterien als zulässig; sie hält es für sachgerecht, dass die Stadtpolizei ihr Interesse einer einfachen und raschen Handhabung aller Aufträge nur einen einzigen Ansprechpartner wünsche und eine Aufteilung auf mehrere Anbieter ablehne.

a) Die Ermöglichung eines effektiven Wettbewerbs gehört zu den Zielsetzungen jedes Submissionsverfahrens. In den neuen vergaberechtlichen Erlassen wird dies ausdrücklich festgehalten (Art. 1 Abs. 2 lit. a IVöB; Art. 1 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB]; dazu Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes - Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 7; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 lit. c BGBM; dazu Roger Zäch, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in Nicolas Michel/Roger Zäch [Hg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 59). Der Grundsatz erscheint aber auch ausserhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen als Selbstverständlichkeit; nicht umsonst wird die Ausschreibung eines Auftrags regelmässig als Wettbewerb bezeichnet (vgl. zum Beispiel Art. 2 der hier anwendbaren Submissionsverordnung der Stadt Zürich). Das Beschaffungsrecht verfolgt für den Bereich des Staatshandelns insofern analoge Zielsetzungen wie das Wettbewerbsrecht (insbesondere das Kartellgesetz) für die private Wirtschaftstätigkeit (vgl. die Bemerkungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 30. Juli 1998, Beilage 3 zu Gauch/Stöckli, S. 1). Dass nach Möglichkeit allen Anbietern eine gleichwertige Chance gegeben werden muss, ergibt sich im übrigen schon aus dem Gleichbehandlungsgebot. Ob sich die Anbieter überdies auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können, ist nicht eindeutig; nach der neueren Lehre wäre auch dies zu bejahen (vgl. René

Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, § 19 Rz. 24, § 5 Rz. 5 ff).

b) Bei der vorliegend zu beurteilenden Vergabe besteht die diesbezügliche Problematik in der Bedingung, dass das gesamte Auftragsvolumen auf dem Gebiet der Stadt Zürich mit einem einheitlichen Angebot abgedeckt werden müsse (wobei die Vergabeinstanz die Wahl liess, ob, das Angebot von einer einzelnen Unternehmung oder von einem Zusammenschluss mehrerer Unternehmen eingereicht werde). Diese Anforderung hatte zur Folge, dass nur gerade zwei der beteiligten Bieter als fähig erachtet wurden, die Voraussetzungen der Ausschreibung zu erfüllen.

Bei der Festlegung von Gegenstand und Umfang eines Auftrags sowie der massgeblichen Zuschlagskriterien steht der vergebenden Behörde, wie die Mehrheit des Gerichts zutreffend festhält, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zur Verfügung (vgl. VGr, 24. März 1999, VB.98.00372 E, 3b). Die Festlegung darf jedoch nicht in einer Weise erfolgen, welche den Wettbewerb unnötig behindert. Für den Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens (GPA), des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) und der Interkantonalen Vereinbarung (IVöB) wird dies in verschiedenen Vorschriften zum Ausdruck gebracht: So dürfen Aufträge nicht in der Absicht unterteilt werden, sie der Anwendung der Erlasse zu entziehen (Art II Ziff. 3 GPA; Art. 7 Abs. 1 BoeB; § 5 Abs. 1 SubmV); die Anforderungen an die Qualifikation der Anbieter sind auf jene zu beschränken, die erforderlich sind, um den betreffenden Auftrag zu erfüllen (Art. VIII, lit. b GPA; vgl. Gauch/Stöckli, Ziff. 10.1); und mit den technischen Anforderungen dürfen keine unnötigen Hindernisse für die Anbieter geschaffen werden (Art. VI GPA; § 16 SubmV; vgl. Art. 3 BGBM). Diese Erlasse sind zwar auf die vorliegend zu beurteilende Vergabe nicht anwendbar; die genannten Vorschriften bringen jedoch die Tragweite des Anspruchs auf gleichberechtigten Zugang zum Vergabeverfahren allgemeingültig zum Ausdruck.

Dass die zu grosse Bemessung eines Auftrags - bzw. der Verzicht auf eine Unterteilung - einem wirksamen Wettbewerb im Weg steht, ist eher selten, und dieser Sachverhalt wird denn auch in den genannten Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt. Indessen muss auch diese Art von Zugangsbehinderung nach Möglichkeit vermieden werden. Das bedeutet nicht, dass jeder grössere Auftrag aufzuteilen wäre, um die Teilnahme eines weiteren Kreises von Interessenten zu ermöglichen. In den meisten Fällen steht eine genügende Zahl von Anbietern zur Verfügung, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Und wo dies nicht zutrifft, muss es der Vergabebehörde dennoch erlaubt sein, einen grossen Auftrag ungeteilt auszuschreiben, wenn überwiegende Interessen für eine ungeteilte Vergabe sprechen.

c) Nach Auffassung des Beschwerdegegners besitzen nur gerade zwei Anbieter eine ausreichende Kapazität, um die gestellte Anforderung, wonach das gesamte Auftragsvolumen auf dem Gebiet der Stadt Zürich mit einem einheitlichen Angebot abgedeckt werden muss, zu erfüllen. Wie der heutige Entscheid zutreffend feststellt, genügt die Beschwerdeführerin dieser Anforderung nicht. Es fragt sich sogar, ob nicht auch der kleinere der beiden zugelassenen Anbieter eine ungenügende Kapazität aufweist (vgl. hinten, lit. d).

Soweit sich der Sachverhalt aufgrund der Darlegungen der Parteien beurteilen lässt, liegt dieses begrenzte Angebot nicht nur an einer - aus zufälligen Umständen herrührenden - ungenügenden Beteiligung an der Submission, sondern daran, dass im fraglichen Marktsegment keine ausreichend grossen Betriebe tätig sind. Das dürfte einerseits damit, zusammenhängen, dass der Auftrag wegen der räumlichen Nähe, die für den raschen Einsatz eines Abschleppdienstes erforderlich ist, nur für Anbieter aus der näheren Umgebung der Stadt von Interesse ist. Andererseits liegt es wohl auch daran, dass die beiden bisherigen Vertragspartner gestützt auf das Auftragverhältnis mit der Stadt als einzige in der Lage waren, ihre Kapazitäten so weit auszubauen.

Dieser Zusammenhang war offenbar auch dem Beschwerdegegner bewusst, und er erwähnte daher in der Ausschreibung die Wichtigkeit, dass kleinere Firmen sich in geeigneter Weise zusammenschliessen könnten, um ein gemeinsames Angebot einzureichen. Dieses Vorgehen wäre jedoch mit erheblichen Erschwernissen verbunden gewesen. Die Firmen hätten innert der dreiwöchigen, Ausschreibungsfrist die, organisatorischen und rechtlichen Strukturen einer solchen Zusammenarbeit bereitstellen müssen; in der Ausschreibung wurde sogar ein Zusammenschluss mit eigener Rechtspersönlichkeit gefordert, was zweifellos keine adäquate Anforderung war. Hinzu kommt, dass die in Frage kommenden Unternehmen ausserhalb des hier in Frage stehenden Auftrags zueinander in Konkurrenz stehen. Diese Konkurrenz würde nicht nur die Zusammenarbeit erschweren; ein Zusammenschluss, der einen grossen Teil des betreffenden Gewerbebezugs der Region umfassen müsste, erscheint auch mit Blick auf die angestrebte Förderung des Wettbewerbs als fragwürdig.

Für eine zuverlässige Beurteilung der massgeblichen Marktsituation reichen die im vorliegenden Verfahren verfügbaren Unterlagen und Angaben der Parteien allerdings nicht aus. Die dafür notwendigen Abklärungen könnten im Rahmen eines submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahrens auch kaum vorgenommen werden. Eine eindeutige Abklärung der Marktsituation ist indessen nicht erforderlich. Um die Vergabebedingungen auf die Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs auszurichten, bedarf es keiner detaillierten Marktabklä-

rungen; eine sachgerechte Berücksichtigung der vorhandenen Anhaltspunkte genügt.

Anhaltspunkte dieser Art finden sich zunächst im erwähnten Umstand, dass nur die beiden bisherigen Vertragspartner der Stadt in der Lage waren, ihre Kapazitäten gestützt auf das Auftragsverhältnis mit der Stadt auf das heutige Mass auszubauen. Dieser Sachverhalt wird bestätigt durch den Verlauf der durchgeführten Ausschreibung. Obwohl es sich dabei zweifellos um einen der interessantesten Aufträge dieser Art in der Region handelte und dieser nicht nur mittels amtlicher Ausschreibung, sondern überdies in Pressemeldungen bekannt gemacht wurde, meldeten sich ausser den beiden bisherigen Vertragspartnern der Stadt keine Anbieter, die in der Lage gewesen wären, die Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen. Der Schluss liegt daher nahe, dass es entweder an geeigneten Anbietern fehlt oder diese sich aufgrund von Absprachen nicht an der Submission beteiligten, was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft. Im übrigen macht auch der Beschwerdegegner nicht geltend, dass in der Region andere ausreichend grosse Anbieter vorhanden seien. Er erwähnt lediglich die Möglichkeit eines Zusammenschlusses mehrerer Anbieter, die jedoch aus den erwähnten Gründen problematisch ist. Ferner verweist er auf eine Stellungnahme des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 30. Juli 1998, nach welcher im Gebiet des Kantons Zürich das "Abschlepp-Pooling Kanton Zürich", eine Organisation, an welcher der Mitbeteiligte Nr. 1 nach den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin massgeblich beteiligt ist, keine marktbeherrschende Stellung aufweise. Diese Hinweise vermögen jedoch die erwähnten Anhaltspunkte, welche auf das Fehlen ausreichend grosser Anbieter hinweisen, nicht zu entkräften.

d) Die Forderung, nach einem einheitlichen Angebot für das ganze Stadtgebiet müsste nach dem Gesagten dennoch erlaubt sein, wenn sie sich aus triftigen Gründen als notwendig erwiese. Der Beschwerdegegner macht diesbezüglich geltend, dass die Einsatzzentrale der Stadtpolizei einen einzigen Ansprechpartner wünsche; eine Aufteilung auf mehrere Anbietende mit unterschiedlicher Erreichbarkeit hätte für die Einsatzzentrale einen Mehraufwand zur Folge, der nicht akzeptabel sei (Duplik zu II Ziff 4, act. 13).

Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb zum Beispiel eine Aufteilung des Auftragsvolumens auf einige räumlich abgegrenzte Gebiete der Stadt nicht in Frage kommen soll. Auf einen dahingehenden Vorschlag, den die Beschwerdeführerin in ihrer Replik gemacht hat (Ziff. II. 4, act. 11), ist der Beschwerdegegner mit keinem Wort eingegangen. Von "unterschiedlicher Erreichbarkeit" könnte in diesem Fall nicht die Rede sein, da alle Anbietenden in der Lage sein müssten, je für ihr Gebiet einen 24-Std.-Betrieb zu gewährleisten. Eine solche Aufteilung gäbe auch kleineren Anbietenden eine Chance, ein geeig-

netes Angebot einzureichen. Sie müssten zwar unter Umständen dennoch kleinere Partnerschaften eingehen; diese wären jedoch weniger problematisch als ein grosser Zusammenschluss, wie er für die Übernahme des gesamten Auftragsvolumens nötig wäre. Den grösseren Unternehmen bliebe andererseits die Möglichkeit, gleichzeitig für mehrere Gebiete Angebote einzureichen und mehrere Aufträge zu erhalten. Sie wären damit durch die Aufteilung des Auftrags nicht benachteiligt.

Der Beschwerdegegner hat sich im übrigen durch die in der Ausschreibung formulierte Bedingung, dass das gesamte Auftragsvolumen auf dem Gebiet der Stadt Zürich mit einem einheitlichen Angebot abgedeckt werden müsste, nicht davon abhalten lassen, den Auftrag dennoch aufzuteilen und ihn je zu einem Bruchteil an die beiden bisherigen Vertragspartner zu vergeben. Damit hat er sich zu seinen eigenen Anforderungen in Widerspruch gesetzt. Es ist denn auch fraglich, ob, die beiden berücksichtigten Anforderungen sich allein in der Lage wären, das gesamte Auftragsvolumen zu bewältigen. Zumindest beim kleineren Anbieter, der früher nur rund einen Drittel des Gesamtvolumens ausgeführt hatte, ist dies eher nicht anzunehmen. Konsequenterweise hätte er dann ebenso vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

2. Gemäss Art. 12 Ziff. 2 der Submissionsverordnung der Stadt Zürich ist der Auftrag demjenigen Anbieter zu erteilen, dessen Offerte das beste Verhältnis von Preis und Leistung aufweist. Das entspricht im wesentlichen der - hier noch nicht anwendbaren - Vorschrift von § 31 Abs. 1 SubmV, nach welcher der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat. Die Berücksichtigung des Angebotspreises ist denn auch eines der wesentlichen Elemente jeder öffentlichen Auftragsvergabe.

Aus dem angefochtenen Entscheid ist nicht ersichtlich, zu welchem Preis der Auftrag an die beiden berücksichtigten Anbieter vergeben wurde. In den Rechtsschriften und eingereichten Unterlagen wird ebenfalls kein Preis genannt. Selbst das Protokoll der Offertöffnung enthält keine Angaben zu allfälligen Angebotspreisen; das widerspricht wenn nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinn von Art. 10 Ziff. 2 in Verbindung mit Ziff. 3 der städtischen Submissionsverordnung. Es muss daraus geschlossen werden, dass der Preis für die Vergabe keine Rolle gespielt hat. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Vertragsdauer, die für die Ermittlung des Auftragswerts und die Preiskalkulation der Anbietenden von erheblicher Bedeutung ist (vgl. VGr, 15. Dezember 1998, VB.98.00369, E. 7), in der Ausschreibung nicht bestimmt wurde. Wenn aber nach Auffassung des Beschwerdegegners immerhin zwei Anbieter in der Lage waren, das gesamte Auftragsvolumen je allein zu übernehmen und damit die Kriterien der Ausschreibung zu erfüllen, hätte der Zuschlag demjenigen erteilt werden

müssen, welcher das günstigere Verhältnis von Preis und Leistung offeriert hat. Falls beide Anbieter, nachdem sie schon bisher zusammengearbeitet hatten, völlig gleichwertige Vertragsbedingungen offerierten, muss davon ausgegangen werden, dass eine wettbewerbswidrige Absprache vorlag, die zu ihrem Ausschluss hätte führen müssen (Art. 12 Ziff. 4 und Art. 13 lit. c der städtischen Submissionsverordnung; vgl. § 26 lit. e SubmV). Haben die Anbieter Offerten eingereicht, die keine verbindlichen Preise enthielten, durften sie ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Im Beschwerdeverfahren wurden die Umstände der Vergabe mit Bezug auf die Angebotspreise nicht näher abgeklärt. Das Vorgehen des Beschwerdegegners erweist sich jedoch unter allen denkbaren Annahmen als unzulässig. Angesichts des Umstands, dass der Auftrag offenbar ohne Berücksichtigung von Angebotspreisen auf die beiden bisherigen Inhaber aufgeteilt wurde und somit kein echter Wettbewerb stattgefunden hat, würde es auch nicht genügen, den Zuschlag aufzuheben und die Vergabe an die beiden berücksichtigten Anbieter neu vorzunehmen. Das Vergabeverfahren müsste vielmehr auch unter diesem Gesichtspunkt wiederholt werden. Die Beschwerde wäre daher auch aus diesem Grund gutzuheissen.

Weitere Umstände weisen ebenfalls darauf hin, dass das strittige Vergabeverfahren nicht auf die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet war. Dazu gehören die in der Ausschreibung enthaltene Forderung nach einer Vertragspartnerschaft bei der Kreditkartenorganisation DKV (welche nach den insoweit unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin nicht bereit sein soll, weitere Abschleppunternehmen im Raum Zürich in ihr Vertragssystem aufzunehmen), die Forderung nach einem Zusammenschluss mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie der Verzicht auf eine zeitliche Begrenzung der Vertragsdauer, der auch im heutigen Entscheid des Gerichts beanstandet wird.

Die Beschwerdeführerin hat die aufgezeigten Mängel zum Teil nicht ausdrücklich gerügt. Entsprechend dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung sind sie jedoch im Rahmen der gestellten Anträge dennoch zu berücksichtigen. Das gilt zumindest so weit, als die zugrunde liegenden Tatsachen aus dem von den Parteien dargelegten Sachverhalt und den vorliegenden Unterlagen hervorgehen.

3. Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn er bei deren Gutheissung eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, bei welcher er ein neues Angebot einreichen kann. Andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (§ 21 lit. a VRG; vgl. VGr, 25. November 1998, VB.98.00327, E. 1b).

Aufgrund der Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurden, hat die Beschwerdeführerin, wie sich aus den Erwägungen des heutigen Entscheids ergibt, im vorliegenden Verfahren keine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Die von der Minderheit des Gerichts aufgezeigten Mängel können jedoch nur behoben werden, indem das Vergabeverfahren wiederholt wird. Auf diese Weise erhalten alle Interessenten die Möglichkeit, ein neues Angebot entsprechend den von der Auftraggeberin neu festzulegenden Bedingungen einzureichen. Damit besitzt auch die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

D 2 Bibliographie

Bibliographie
Bibliografia

1 Aufsätze und Zeitungsartikel / articles / articoli

GUGLER Philippe, „Causes and Consequences of Mergers in Banking: The Case of UBS“, *Journal of International Banking Law*, Volume 14, Issue 5, May 1999, pp. 155-163.

KLOTZ Robert (Generaldirektion IV der Europäischen Kommission in Brüssel) / ZURKINDEN Philipp, Die Anwendung des Kartellrechts auf kleine und mittlere Unternehmen – Ein Vergleich zwischen der EU und der Schweiz, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1999/2, S. 120 ff.

2 Bücher / livres / libri

ZURKINDEN Philipp, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz – unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts, Diss. Basel 1999.

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
LMP	LF sur les marchés publics
LOTIC	LF sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	LF sur la protection des marques

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)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
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	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		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	Produkthaftpflichtgesetz	U	
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
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		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	V	
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)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

X

Y

Z

Index

- Absprache 367
Absprachen 365
Adjudication ouverte 270
Adjudication publique 273
Alleinimporteurin 334
Anhörung 209
Aufschiebende Wirkung 219
Austauschbarkeit, funktionellen 329
Austauschbarkeit, individuelle 329
Ausschliessliches Recht 262, 349
Ausschreibung 359, 365, 366
Attribuzione di concessioni 280
Autorité compétente 353
- B**
- Beherrschung, kollektive 304
Behinderungsmissbrauch 212
Beschaffungswesen 263
Beschaffungswesen, öffentliches 262f, 308, 356ff, 362f
Binnenmarktgesetz 357
- C**
- Clauses de réciprocité 312
Conception globale 295
Concession 271
- E**
- Diskriminierung von Handelspartnern 239
Dispositions restreignant 282
Droit de recours 353
Droit d'être entendu 318
Entreprise 250
Entreprise en position dominante 250
Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede 235
Erschöpfung 344ff
Erschöpfung, internationalen 342, 349
Erschöpfung, nationale 340, 341ff
Exigence de siège 312
- F**
- Fernhaltung von Importen 203
- G**
- Gegenrechtsvorbehalte 310
Geschäftsbedingungen (gekoppelte) 239, 244
Geschäftsbeziehung 328
- H**
- Handelshemmnis 309
- I**
- Imposizione relativa alla sede 315
Innovationswettbewerb 218
- K**
- Kartellaussenseiter 231
Kollusion 302
Konkurrenten, potentielle 257
Kontrahierungszwang 212
Konzession 262
Kooperationsabrede 234
Koppelungsgeschäfte 212, 245
- L**
- Liefersperre 333
Limitations d'accès au marché 312
- M**
- Marché de référence 250
Marché des produits 251
Marché géographique 253
Markenschutz 344
Markt, relevanter 329
Markt, sachlich relevanter 210, 229f
Marktabgrenzung 330
Marktanteil 331
Marktaustrittsschranke 299
Marktbeherrschende Stellung 212, 331, 332
Marktbeherrschendes Unternehmen 235, 333
Markteintrittsbarrieren 257
Marktgegenseite 210, 229
Marktposition 266
Marktsegment 364
Marktstellung 211, 330
Marktzugang 264, 309, 358
Marktzugangsbeschränkung 264, 309
Marktzutrittsschranke 299
Marktzutrittsschranken 304, 307
Massnahmen, superprovisorischen 205
Massnahmen, vorsorgliche 205, 209, 328, 341, 350
Mesures provisionnelles 354
Missbrauchsgesetzgebung 322
Monopol 264
- N**
- Nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil 215

Nicht-Belieferung 335

O/Ö

Öffentliches Beschaffungswesen 263, 308,
356ff

Oligopol 302

P

Parallelimporte 330, 342, 346, 349

Patentrecht 345, 348

Patentschutz 339

Position sur le marché 253

Preisabsprachen 321

Preise 239, 243

Preiskonditionen 334

Preisliste 339

Prescriptions réservées 254

Procédure devant les juges civils 353

Protection du savoir-faire 288

Pubblicazione dell'attribuzione 279

R

Rechtfertigungsgründe, sachliche 212, 214,
239

Relevanter Markt 329

Restrictions à la concurrence 296

Restrizioni dell'accesso al mercato 314

Riserva fondata sulla reciprocità 315

S

Sanction administrative 318

Sitzerfordernisse 309

Stellung, marktbeherrschende 212, 331, 332

Stellung der Marktgegenseite 234, 237

Submission 358, 362, 365, 366

Substitutionskonkurrenz 203

U

Unabhängiges Verhalten 331

Unternehmen 226

Unternehmen, marktbeherrschendes 235, 333

Unzulässige Verhaltensweise 238

Urheberrecht 344, 348

V

Verbotsgesetzgebung 322

Verdrängen vom Markt 203

Vergabe 357, 359, 366f

Vergabeverfahren 266, 357

Verhalten, unabhängiges 331

Verhaltensweise, unzulässige 238

Verhältnismässigkeitsprinzip 264, 334

Vorschriften, vorbehaltene 227

Wettbewerb, aktueller 236

Wettbewerb, wirksamer 362f

Wettbewerbsabrede 226

Wettbewerbsbeschränkung 217, 322, 328

Wettbewerbshindernisse, öffentlichrechtliche
358

Wettbewerbsverzerrungen, gesetzlichen 241

Widerlegung der Vermutung 231

Z

Zutrittsschranken 211