



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission  
de la concurrence

Commissione  
della concorrenza

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

CH-3003 Berne  
(Editeur)

CH-3003 Berna  
(Editore)

Vertrieb:

Distribution:

Distribuzione:

BBL/EDMZ  
CH-3003 Bern

OFCL/EDMZ  
CH-3003 Berne

UFCL/EDMZ  
CH-3003 Berna

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

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

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

Preis Einzelnummer:

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: 701.000.99/4)

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

**1999 / 4**

**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.

Dezember / décembre / dicembre 1999

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

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

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****1999 / 4**

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

**A 1 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Jahresbericht 1999 der Wettbewerbskommission              | 551 |
| 2. | Rapport annuel 1999 de la Commission de la concurrence    | 567 |
| 3. | Rapporto annuale 1999 della Commissione della concorrenza | 582 |

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

**B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

**4. Beratungen****Conseils****Consulenze**

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Hoheitliche und kommerzielle Tätigkeiten der Zuchtorganisationen von Rindern | 599 |
|----|--|-----|

**5. Diverses****Divers****Diversi**

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Zusammenarbeit mit Bundesamt für Landwirtschaft bei Versteigerung von Zollkontingenten | 601 |
|----|--|-----|

**B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

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

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Georg von Holtzbrinck – Verlagsgruppe Handelsblatt/Dow Jones | 603 |
| 2. | GE Capital – Lisca   | 604 |
| 3. | Alcan – Pechiney – Algroup                                   | 606 |

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

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Einstellung des Sanktionsverfahrens in Sachen ITV/TUI | 614 |
|----|---|-----|

**5. Andere Entscheide****Autres décisions****Altre decisioni**

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999 | 614 |
|----|--|-----|

---

<b>7. Stellungnahmen</b>	
<b>Préavis</b>	
<b>Preavvisi</b>	
1. Revision der Tarifordnung für Advokatinnen und Advokaten im Kanton Basel-Landschaft	619
<b>B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>	
Commission de recours pour les questions de concurrence	
Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1. Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 betreffend Vorsorglicher Massnahmen	621
<b>D2 Bibliographie</b>	
<b>Bibliographie</b>	
<b>Bibliografia</b>	<b>653</b>
<b>E Diverses</b>	
<b>Divers</b>	
<b>Diversi</b>	
<b>E 1 OCDE Organisation de coopération et de développement économiques</b>	
OECD Organisation for Economic Co-operation and Development	
1. OCDE Rapport annuel	655
2. OECD Annual Report	678
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	695
Index (deutsch, français e italiano)	VII

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

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

A 1	<b>1. Jahresbericht 1999 der Wettbewerbskommission</b>
-----	--

### **A    Überblick über das Jahr 1999**

#### **1.    Einleitung**

Die Wettbewerbskommission (Weko) und ihr Sekretariat blicken auf ein reich befruchtetes Jahr 1999 zurück. Die mit dem Kartellgesetz von 1995 neu konzipierte Wettbewerbspolitik konnte konkretisiert und umgesetzt werden. Dabei lagen die Schwergewichte bei horizontalen Wettbewerbsabreden und bei Wettbewerbsbeschränkungen, die durch staatliche Regulierungen verursacht werden.

Die 1998 eingeführten Vereinfachungen in den Fusionskontrollverfahren haben sich 1999 positiv ausgewirkt. Die in diesem Bereich eingesetzten Ressourcen wurden reduziert, so dass sich das Sekretariat der Weko noch mehr auf die eingangs erwähnten Prioritäten konzentrierten konnte.

Es ist eine der wichtigsten Aufgaben der Wettbewerbspolitik, auf allen Stufen der Volkswirtschaft – sei dies im privaten oder im staatlichen Bereich – immer wieder auf die grundlegenden Prinzipien des Wettbewerbs hinzuweisen. Das heisst nicht, dass die Wettbewerbsbehörden den Unternehmen und den staatlichen Behörden grundsätzlich böse Absicht oder den Willen zu Wettbewerbsbeschränkungen unterstellen würden. Denn Beschränkungen des Wettbewerbs durch den Staat sind oftmals das Resultat eines Kompromisses, der zur Befriedigung verschiedener öffentlicher Interessen (z.B. Service Public und wirksamer Wettbewerb) eingegangen wird.

Insbesondere zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die verschiedenen erfolgten oder noch anstehenden Liberalisierungen. Dort ist es die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, die staatlichen Stellen auf allfällige unnötige Wettbewerbsbeschränkungen hinzuweisen und diese mit geeigneten Massnahmen zu beseitigen. Gerade hier hat sich gezeigt, dass mit gezielter Unterstützung der Betroffenen – auf Anfrage oder aus eigener Initiative – Wettbewerbsbeschränkungen

gen ohne grossen administrativen Aufwand vermieden oder beseitigt werden können. Für entsprechende Beratungen steht das Sekretariat der Weko den staatlichen Stellen uneingeschränkt zur Verfügung. Diese seien ermuntert, diese Dienstleistung rege und vermehrt in Anspruch zu nehmen.

Wenn Unternehmen den Wettbewerb zum Zwecke der Maximierung ihrer Gewinne in kartellgesetzwidriger Weise beeinträchtigen oder gar beseitigen, werden die Wettbewerbsbehörden rigoros die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen. Auf Nachsicht oder Milde dürfen die Verursacher in diesen Fällen nicht hoffen. Wer den Wettbewerb beeinträchtigt und damit volkswirtschaftliche Schäden verursacht, muss mit einer scharfen Reaktion der Wettbewerbsbehörde rechnen. Hier stehen wir indessen erst am Anfang. Im vergangenen Jahr eröffnete die Weko zahlreiche Untersuchungen über vermutete Preisabreden (vgl. die Übersicht im Anhang). Das verstärkte Engagement im Bereich der sog. „harten Kartelle“ (d.h. Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten) soll dazu beitragen, das noch bestehende Image der Schweiz als „Kartellparadies“ endgültig abzustreifen.

Gerade im Bereich der „harten Kartelle“ ist die Wirksamkeit des Kartellgesetzes beschränkt. Während in anderen Rechtsordnungen, namentlich in der EU und in den USA, die Mitglieder eines Kartells unmittelbar mit hohen Bussen bestraft werden können, kann die Weko in diesem Fall bloss die Unzulässigkeit der Abrede feststellen. Direkte Bussen kann die Weko nicht aussprechen. Gebüsst werden kann erst dann, wenn Unternehmen Verhaltensweisen aufrecht erhalten, die von der Weko im Rahmen einer Untersuchung bereits für unzulässig erklärt wurden.

Begleitet und unterstützt werden die Weko und ihr Sekretariat in ihren Bemühungen um einen unverfälschten Wettbewerb von der Preisüberwachung, der Kommunikationskommission und den kantonalen Zivilgerichten. Die Zusammenarbeit mit diesen Behörden klappete auch im abgelaufenen Jahr ausgezeichnet.

## **2. Horizontale Wettbewerbsabreden**

Der Kampf gegen wettbewerbschädigende Abreden war eines der Hauptziele der Weko im Jahr 1999. In Übereinstimmung mit diesem Ziel war das vergangene Jahr geprägt von verschiedenen Untersuchungen im Bereich horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen. Die Weko hat einerseits Abreden über die direkte Festsetzung von Preisen und Abreden über die Aufteilung von Gebieten oder Geschäftspartnern untersucht (a). Andererseits waren Abreden über den Vertrieb von Büchern, Uhren und Medikamenten (b) sowie Preisempfehlungen mit möglicherweise schädlicher Wirkung auf den Wettbe-

werb (Getränkepreise in der Westschweiz und Fahrlehrer) (c) Gegenstand von Untersuchungen.

**a) Abreden über die direkte Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern**

Das Sekretariat hat verschiedene Untersuchungen zu dieser Kategorie von Wettbewerbsbeschränkungen geführt. Im Fall „Reine **Gase** und Mischgase“ hat die Weko die Unzulässigkeit des alten Kartells unter den vier schweizerischen Gasanbietern festgestellt. Dabei hat sie auch die Nichtigkeit der unter der alten Kartellherrschaft abgeschlossenen Verträge bestätigt. Mit diesem Entscheid ist die Weko erstmals gegen Verträge vorgegangen, die aus inzwischen aufgehobenen Abreden über den Preis und die Aufteilung nach Gebieten und Geschäftspartnern resultierten.

Des weiteren soll in einer Untersuchung gegen die drei grössten **Tessiner Tageszeitungen** geprüft werden, ob die Festsetzung des Kioskverkaufspreises und des Abonnementspreises eine unzulässige Abrede nach Kartellgesetz ist. Die Preise der drei Zeitungen sind seit mehreren Jahren identisch und Preiserhöhungen wurden jeweils gleichzeitig und gemeinsam bekannt gegeben.

Schliesslich wurde in der **Baubranche** eine Untersuchung eröffnet um abzuklären, ob Nordostschweizer Unternehmen wettbewerbschädigendes Verhalten bei Strassenbelagsarbeiten praktizieren. Im Bereich Fertigbeton hat eine Vorabklärung zur Auflösung eines Preiskartells geführt, ohne dass eine Untersuchung eröffnet werden musste. Dieses Beispiel vermag die präventive Wirkung der Aktivitäten der Weko aufzuzeigen. Es wäre indessen wünschenswert, die gesamte Baubranche einer systematischen Betrachtung zu unterziehen.

**b) Horizontale Abreden betreffend den Vertrieb**

Horizontale Abreden betreffend den Vertrieb haben eine Hauptrolle in den Aktivitäten der Weko gespielt. Der Sammelrevers mit einer Festsetzung des Preises für **deutschsprachige Bücher** wurde für unzulässig erklärt. Die Weko kam zum Schluss, dass mit der Preisfestsetzung in der gesamten Branche nicht nur der Preiswettbewerb, sondern auch der Qualitätswettbewerb ausgeschaltet wird. Denn eine qualitativ bessere Leistung kann nicht über einen höheren Preis abgegolten werden. Dieser wichtige Entscheid setzt die im Fall der Musikalienhändler begonnene Praxis fort. Er setzt an bei der schädlichen horizontalen Wirkung eines Bündels von identischen vertikalen Verträgen auf den Wettbewerb zwischen den Buchhändlern. Zudem zeigt dieser Fall die vom Gesetzgeber gewollte Trennung zwischen

der Wettbewerbsbehörde, die eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer Abrede vornimmt, und dem Bundesrat, der bei der Beurteilung einer für unzulässig erklärten Abrede andere öffentliche Interessen wie die Kulturpolitik berücksichtigen kann.

Während der Bücherfall eine indirekte verpflichtende Preisfestsetzung betrifft, sind unverbindliche Preisempfehlungen Gegenstand der Untersuchungen über den Uhren- und Medikamentenvertrieb. Solche Preisempfehlungen wurden von der Weko bisher nicht genauer untersucht. In beiden erwähnten Fällen war der Markt in der Vergangenheit von verpflichtenden Marktordnungen mit der Möglichkeit der Bestrafung von Verletzungen geprägt gewesen. Bei den **Uhren** hat die Branche die alte Marktordnung in Anpassung an das revidierte Kartellgesetz durch eine neue Konvention, die SUMRA, ersetzt. Eine vom Sekretariat geführte Vorabklärung hat indessen hinsichtlich der SUMRA Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben. Verschiedene Bestimmungen in der SUMRA scheinen den Wettbewerb zwischen den Uhrenhändlern einzuschränken oder die Stabilität der Konvention durch eine künstliche Markttransparenz in unzulässiger Weise zu sichern. Der Uhrenfall könnte allenfalls zeigen, wie ein altes hartes Kartell, das formell aufgehoben worden ist, weiterhin in einem wettbewerbswidrigen Verhalten weiterbesteht, das letztlich ähnliche schädliche Wirkungen wie das Bücherkartell zeitigt.

Ähnlich verhält es sich im **Medikamentenvertrieb**. Die alte Margenordnung der Pharmabranche ist durch eine neue Ordnung ersetzt worden, bei der die verpflichtenden Elemente scheinbar weggefallen sind. Eine zusätzliche Schwierigkeit hat sich im Verfahren wegen der vielfältigen staatlichen Regulierung in diesem Bereich ergeben. Die Untersuchungen über den Uhren- und Medikamentenvertrieb sollten die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf Vertriebsabreden festigen, die trotz ihres unverbindlichen Charakters den Wettbewerb beeinträchtigen können.

### c) Preisempfehlungen

Im Fall der **Fahrlehrer** hat der Freiburger Fahrlehrerverband für 1999 eine Preisempfehlung für Fahrstunden abgegeben. Es scheint, dass diese Empfehlung nicht nur von den Verbandsmitgliedern, sondern auch von Aussenseitern befolgt wurde. In einem ähnlichen Fall haben fünf Westschweizer Kantonalverbände von Gasterosuisse für 1999 eine Preisempfehlung für die in Restaurants servierten **Getränke** abgegeben. Die Nachforschungen des Sekretariats haben Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Preisempfehlungen eine erhöhende Wirkung auf das gesamte Preisniveau in Restaurants haben könnten.

Die Preisempfehlungen weisen die Besonderheit auf, dass sie nicht verbindlich sind. Es ist deshalb wichtig, ihre tatsächlichen Auswirkungen auf den Märkten zu beurteilen. Führt eine Empfehlung zu einem gleichförmigen Preisverhalten auf dem betroffenen Markt, kann daraus gefolgert werden, dass Preisänderungen nicht auf das individuelle Verhalten der Marktteilnehmer, sondern auf die Empfehlung zurückzuführen sind. Zudem erlaubt es der wiederholte Rückgriff auf Preisempfehlungen den Marktteilnehmern, mit einer gewissen Sicherheit auch das zukünftige Preisverhalten ihrer Konkurrenten abschätzen zu können. Unter diesen Umständen sind befolgte Preisempfehlungen einem abgestimmten Verhalten gleichzusetzen. Solches Verhalten beeinträchtigt oder beseitigt den Wettbewerb nicht nur zwischen den Mitgliedern eines Verbandes, sondern auch auf dem gesamten betroffenen Markt.

### 3. Wettbewerbsbeschränkungen durch staatliche Regulierungen

Die bisher erwähnten Untersuchungen haben Beschränkungen des Wettbewerbs zum Inhalt, die von Privaten verursacht wurden. Private Wettbewerbsabreden haben jedoch oftmals eine öffentlich-rechtliche Verankerung. So gedieh insbesondere die Margenordnung im Medikamentenvertrieb nicht zuletzt dank der zahlreichen staatlichen Regulierungen im Gesundheitswesen.

Die Weko trägt daher oft dadurch am meisten zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen bei, dass sie sich gegen zu weit gehende oder fehlerhafte staatliche Regulierungen und für offene Grenzen im Handel mit dem Ausland einsetzt. Aus diesem Grund haben sich die Weko und ihr Sekretariat im Rahmen des Erlasses des Heilmittelgesetzes für die Zulassung von **Parallelimporten von Medikamenten** ausgesprochen. Der vor kurzem ergangene Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Kodak, der Parallelimporte von patentrechtlich geschützten Waren für unzulässig erklärt, stellt diesbezüglich jedoch eine neue Hürde dar. Weiter hat die Weko die Kantone mit einer Empfehlung gemäss Binnenmarktgesetz aufgefordert, den **Versandhandel mit Medikamenten** dann zuzulassen, wenn gewisse Sicherheitsanforderungen garantiert werden. Das Bundesgericht hat kürzlich einen Entscheid in diesem Sinne gefällt. Schliesslich wird sich die Weko für die wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung der Abgeltungen der Apotheker- und Grossistendienstleistungen einsetzen, welche im Krankenversicherungsgesetz verankert werden sollen.

Oft öffnet der Staat Märkte viel zu langsam. Aktuelles Beispiel dafür ist der **Elektrizitätsmarkt**: Während der deutsche Strommarkt seit Anfang 1999 vollständig geöffnet ist und sowohl Grosskunden wie auch Haushalte bereits von Preissenkungen profitieren, wird in der

Schweiz das Elektrizitätsmarktgesetz frühestens Anfang 2001 in Kraft treten. Selbst dann werden nur Grosskunden ihre Lieferanten frei wählen können. Dadurch erleidet die einheimische Wirtschaft gegenüber ihren Konkurrenten einen Wettbewerbsnachteil. Die Weko prüft daher, ob die Öffnung des Strommarktes durch die Anwendung des Kartellgesetzes beschleunigt werden kann. Dies wäre etwa dadurch möglich, dass die Weko marktbeherrschende Betreiber von Übertragungsleitungen verpflichtet, Strom von anderen Unternehmen durchzuleiten.

Im Rahmen der New Public Management-Bestrebungen kommen den staatlichen Unternehmen und Stellen häufig Doppelrollen zu. Zum einen haben sie weiterhin ihre staatlich finanzierten hoheitlichen Tätigkeiten auszuüben. Zum andern werden sie in ihren Leistungsaufträgen aber vermehrt auch dazu verpflichtet, in Konkurrenz zu Privaten kommerzielle Dienstleistungen anzubieten. Dies führt etwa im Bereich der **Meteorologie** dazu, dass die privaten Anbieter von Wetterprognosen sowohl Kunden als auch Konkurrenten der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt sind. In solchen Konstellationen besteht typischerweise die Gefahr, dass Private diskriminiert werden. Eine ähnliche Problematik könnte von weiteren Bundesämtern oder auch den Fachhochschulen ausgehen, welche gesetzlich verpflichtet sind, Dienstleistungen Dritten anzubieten. Auch von Unternehmen wie der Post und der SBB, die heute sowohl in monopolisierten als auch in liberalisierten Märkten tätig sind, geht eine ähnliche Gefahr aus. Die Weko wird dem Verhalten dieser Unternehmen weiterhin gebührend Beachtung schenken.

#### 4. Wichtigste Herausforderungen des Jahres 1999

Die Weko und ihr Sekretariat standen im vergangenen Jahr vor verschiedenen Herausforderungen. So waren einerseits komplexe Entscheidungen in Untersuchungsverfahren zu treffen. Andererseits waren Probleme zu bewältigen, die keinen direkten Bezug zu materiell- oder verfahrensrechtlichen Fragen hatten. Auf drei „externe“ Herausforderungen sei an dieser Stelle näher eingegangen.

Erstens geht es um die Aufdeckung des Vitaminkartells in den USA und die Folgen für die Schweiz. Die hohen Bussen in den USA gegen Roche und die Gefängnisstrafen gegen leitende Angestellte warfen auch in der Schweiz hohe Wellen. Von Seiten der Politiker und der Medienschaffenden wurde sofort die Frage gestellt, wie die Weko einen vergleichbaren Fall in der Schweiz behandeln würde und ob auch in der Schweiz **Sanktionen** gegen das Vitaminkartell ins Auge gefasst würden. Gestützt auf das geltende Kartellgesetz kann lediglich die Unzulässigkeit eines Kartells festgestellt werden. Eine unmittelbare Sanktionierung wie in den USA oder in der EU ist nicht mög-

lich. Erst wenn ein Kartell weiter besteht, nachdem es von der Weko verboten wurde, kann die Weko den Kartellmitgliedern Bussen von bis zu 10 Prozent ihres Jahresumsatzes in der Schweiz auferlegen.

Damit verharnt ein Verstoss gegen das Kartellgesetz in der Kategorie „Kavaliersdelikt“. Dies bedeutet, dass Unternehmen sich kartellistisch organisieren können, ohne zunächst mit gravierenden Sanktionen rechnen zu müssen. Gewinne, die bis zur Erklärung der Unzulässigkeit einer Verhaltensweise durch die Weko erzielt wurden, können auf verwaltungsrechtlichem Weg nicht abgeschöpft werden. Geschädigte sind auf den viel beschwerlicheren Zivilweg beschränkt. Dadurch werden Verstösse gegen das Kartellgesetz – trotz möglicherweise gravierender Folgen für die Volkswirtschaft – nicht gleich hart angefasst wie etwa Verstösse gegen das Umweltschutzgesetz, das unmittelbare Sanktionen kennt.

Diese Situation wurde in den Medien dargestellt und von der Politik aufgenommen. Diverse parlamentarische Vorstösse zielen darauf ab, die bestehenden Mängel im Kartellgesetz zu beheben. Der Bundesrat hat eine Motion angenommen und die Revision des Kartellgesetzes zur Einführung direkter Sanktionen in die Wege geleitet. Erste Aufträge dazu wurden dem Sekretariat der Weko im dritten Trimester 1999 erteilt. Der Bundesrat will bis Mitte 2000 über die Grundlagen für den Entscheid über das weitere Vorgehen verfügen.

Zweitens mussten sich die Wettbewerbsbehörden häufig mit **Verfahrensfragen** auseinandersetzen. Der Weko war es nach Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes ein Anliegen, zur Schaffung von Rechtssicherheit möglichst schnell eine gewisse Entscheidpraxis zu den offen formulierten materiellen Gesetzesbestimmungen zu schaffen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO) gewichtete die verfahrensmässigen Garantien höher und verlangte, dass den verfahrensrechtlichen Aspekten immer höchste Priorität eingeräumt wird. Die Weko wird die von der REKO inzwischen formulierten Verfahrensgrundsätze umsetzen, was zwangsläufig zu einer gewissen Verlängerung und Formalisierung der Verfahren führen wird.

Im Wissen um die relativ lange Verfahrensdauer vor der REKO haben die Unternehmen zurzeit einen zu grossen Anreiz, Beschwerdeverfahren einzuleiten, da sie damit die Wirkung des Entscheides der Weko erheblich hinauszögern können. Dies erschwert es, den Zweckartikel des Kartellgesetzes, d.h. die Verhinderung „volkswirtschaftlich und sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen“, zu verwirklichen. Die Weko lädt den Bundesrat ein, dieses Problem zu prüfen und allenfalls einer Lösung zuzuführen.

Drittens waren die Aktivitäten der Weko und des Sekretariats der Öffentlichkeit zu kommunizieren. Die Weko hat im vergangenen Jahr vermehrt, aktiver und offener über ihre Tätigkeit berichtet. Nur auf diese Weise kann der Öffentlichkeit vermittelt werden, was Sinn und Zweck einer Wettbewerbsgesetzgebung ist. Das Ziel einer **aktiveren Öffentlichkeitsarbeit** wurde 1998 in einer neu formulierten Kommunikationspolitik festgehalten. Dessen Erreichung bedarf nach den Erfahrungen des letzten Jahres eines erheblichen Aufwandes an Zeit und Personal. 1999 hat die Weko 27 Medienmitteilungen publiziert und drei Pressekonferenzen veranstaltet. Daneben wurden regelmäßige Kontakte mit Medienschaffenden unterhalten und der Präsident äusserte sich in diversen Interviews. Rückblickend hat sich dieser Aufwand gelohnt. Nach der Einschätzung der Weko und der Rückmeldung von Medienschaffenden konnte das Image in der Öffentlichkeit deutlich verbessert und die Präsenz in den Medien markant erhöht werden.

## 5. Ausblick

Welche Erwartungen kann eine Wettbewerbsbehörde im Übergang zum neuen Jahrtausend haben und vor welchen Herausforderungen steht sie?

Zunächst zu den Herausforderungen. Die Weko und ihr Sekretariat werden sich im neuen Jahr auf jene Fälle konzentrieren, in denen massive volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen oder zu vermuten sind. Das heisst, dass der Schwerpunkt bei Untersuchungen über **harte Kartellabreden** (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen zwischen direkten Konkurrenten) und in der Bekämpfung **staatlich verursachter Wettbewerbsverfälschungen** liegen wird.

Zu den Erwartungen: Die schweizerische Volkswirtschaft hat sich seit anfangs der 90er Jahre rasch verändert. In einigen Sektoren hinkt die Schweiz jedoch der internationalen Entwicklung hinterher, so etwa im Elektrizitätsbereich oder bei Postdienstleistungen. Gerade das Beispiel der Telekommunikationsmärkte zeigt, dass mit einer **Liberalisierung** bedeutende volkswirtschaftliche Vorteile (tiefere Preise, mehr Arbeitsplätze und Innovationen etc.) realisiert werden können. Dass gewisse Rahmenbedingungen erfüllt sein müssen, so etwa die Erhaltung einer Grundversorgung, ist kein Grund, auf den insgesamt positiven Nutzen einer Liberalisierung zu verzichten.

## B Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen

### 1. Produktemärkte

Im Bereich Produktemärkte stellte das Verbot der kollektiven Preisbindung im deutschsprachigen **Buchhandel** den wichtigsten Entscheid dar. Die Betroffenen haben bei der Rekurskommission Beschwerde gegen diese Verfügung eingereicht. Sollten die Rechtsmittelinstanzen den Entscheid der Weko schützen, ist damit zu rechnen, dass die Branche dem Bundesrat beantragen wird, das Bücherkartell aus überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise zuzulassen.

Im Entscheid "**Minolta**" befand die Weko, dass wirksamer Wettbewerb im Bereich Fotoapparate verhindert, dass sich die Anbieter von Fotoapparaten bei Nachverkaufsleistungen missbräuchlich verhalten. Dies deshalb, weil sich z.B. hohe Reparaturpreise oder Lieferboykotte von Ersatzteilen negativ auf den Nachverkaufsservice und schliesslich auch negativ auf das von den Konsumenten nachgefragte Produkt "Fotoapparat inklusive Nachverkaufsleistungen" auswirken dürfte. Dieser Entscheid, der kein Präjudiz darstellt, stützte sich auf ausländische Untersuchungen. Für die Schweiz besteht hier eine Forschungslücke.

Im Bereich **Automobilvertrieb**, in welchem Untersuchungen zu Volkswagen und Citroën laufen, hat das Sekretariat Preisvergleiche durchgeführt sowie die parallel importierten Mengen erhoben. Während sich bei den Parallelimporten seit der Öffnung des Schweizer Marktes gegenüber Europa (gegenseitige Anerkennung der Prüfzertifikate) im Jahr 1995 mengenmässig keine grossen Änderungen ergaben, zeigte sich eine klare Verringerung der europäischen Preisdifferenzen. Diese erfolgte aber insbesondere in den letzten Jahren eher durch eine Preissteigerung in den ehemals billigeren Ländern als durch eine Preisreduktion in den teuren Ländern. Die Preisdifferenzen zur Schweiz haben stark abgenommen. Es ist daher schwierig, die Wirkungen allenfalls noch bestehender Gebietsabschottungen einzelner Marken auf den Wettbewerb zu beurteilen.

Mehrmals erreichten das Sekretariat Klagen über Abreden bei **öffentlichen Submissionsverfahren**, meistens bei der Vergabe öffentlicher Bauten, jedoch auch bei der Versteigerung von Importkontingenten im Agrarbereich. Submissionsabreden, die nur während der Dauer einer Ausschreibung bestehen, sind mit kartellgesetzlichen Verfügungen ohne die Möglichkeit direkter Sanktionen indessen nur sehr schwer zu bekämpfen. Das Sekretariat konnte trotzdem in einigen Fällen einschreiten, indem es veranlasste, dass fragwürdige Verfahren wiederholt wurden. In einem Fall wurde das Submissionsver-

fahren in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Landwirtschaft so umgestaltet, dass ein drohendes Submissionskartell verhindert wurde. Im Fall der Gemeinde Giubiasco schliesslich konnte dank der Klage durch die Gemeinde eine Vorabklärung eröffnet werden.

## 2. Dienstleistungen

Im Bereich Dienstleistungen standen 1999 mit den Verfahren zum **Medikamentenvertrieb** und zu den Preisempfehlungen der **Fahrlehrer** Untersuchungen betreffend horizontale Abreden im Zentrum.

Ferner eröffnete die Weko wegen möglichen Missbrauchs marktbeherrschender Stellung zwei Untersuchungen zur **Dentalbranche**. In dieser Branche existieren viele spezialisierte Hersteller sowie ein Vertreter von Verbrauchsmaterialien, die in ihren jeweiligen Marktsegmenten über starke Stellungen verfügen. Der Weko liegen Anhaltspunkte für mögliche Missbräuche dieser Stellungen vor.

Eine weitere Untersuchung zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung läuft gegen **Kreditkartenunternehmen**. Diese verpflichten den Handel, Kreditkartenzahlungen und Barzahlungen gleich zu behandeln, was zwar zur Verkürzung der Einführungsphase der Kreditkarten beigetragen haben mag, aber auf die Dauer eine unangemessene Geschäftsbedingung darstellen könnte.

Daneben genehmigte die Weko den Verkauf von 26 Bankfilialen der UBS. Mit diesem Verkauf erfüllte die **UBS** eine der Auflagen der Weko aus dem Zusammenschluss Bankgesellschaft/Bankverein. Die Modalitäten der Kundenübertragung wurden im Anschluss an den Verkauf konkretisiert, wobei die Übertragung noch nicht abgeschlossen ist.

## 3. Infrastruktur

Da im Bereich Infrastruktur typischerweise nur wenige grosse Anbieter tätig sind, führte die Weko in diesen Märkten nebst Untersuchungen zu Abreden mehrere Verfahren wegen angeblichen Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. So stellte die Weko in einer Untersuchung gegen die **Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA)** fest, dass die SMA mit einer diskriminierenden Offerte einen privaten Wetterdienst benachteiligt und ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hatte. Die von der SMA gegen diesen Entscheid eingelegte Beschwerde ist bei der REKO noch hängig.

Daneben eröffnete die Weko wegen Verweigerung der Durchleitung von Strom eine Untersuchung gegen die **BKW Energie AG**. Da Übertragungsleitungen natürliche Monopole darstellen, kann die Verweigerung der Durchleitung nach Auffassung der Weko einen Miss-

brauch einer marktbeherrschenden Position darstellen. Im Bereich Elektrizität war das Sekretariat zudem eng in die Vorbereitungsarbeiten zum **Elektrizitätsmarktgesetz** involviert.

Schliesslich verpflichtete die Weko die **Cablecom AG** mit vorsorglichen Massnahmen dazu, der Teleclub AG Zugang zum Kabelnetz zu gewähren und ihr die Installation von digitalen Decodern zu ermöglichen. Während diese vorsorglichen Massnahmen von der REKO aufgehoben wurden, läuft die Untersuchung gegen die Cablecom AG weiter. Die Weko wollte mit ihrem Entscheid sicherstellen, dass die Cablecom AG ihre starke Stellung im Kabelnetz nicht auf nachgelagerte Bereiche ausdehnen kann. Mit dem in der Zwischenzeit ergangenen – noch nicht rechtskräftigen – Verbot des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation an die Teleclub AG, eigene Decoder zu installieren, wird diese Ausdehnung jedoch geradezu staatlich erzwungen.

In ihrer Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die **Filmproduktion und Filmkultur** vertrat die Weko die Auffassung, dass die in der Bundesverfassung verankerte Filmförderung aus allgemeinen Bundesmitteln finanziert werden sollte. Eine Finanzierung der Filmförderung durch Abgaben auf umsatzstarken Filmen würde zu Wettbewerbsverzerrungen führen und aufwändige Regulierungen zur Erhebung, Bestimmung und Durchsetzung der Abgaben erfordern.

#### 4. **Binnenmarktgesetz**

Die Weko erliess eine Empfehlung nach Binnenmarktgesetz (BGBM) betreffend die Ausschreibung von **Pachtverträgen zur Aussenwerbung**. Obwohl der Plakatanschlag resp. die von den Plakatunternehmen als Gegenleistung erbrachten öffentlichen Aufgaben gemäss Bundesgericht nicht unter das BGBM fallen, empfiehlt die Weko den Gemeinwesen, diese Werbeflächen im offenen Verfahren zu vergeben.

Aufgrund einer Vielzahl von Anfragen gab das Sekretariat zuhanden der Gemeinden ein Informationsblatt über die Mindestanforderungen in den Bereichen **öffentliches Beschaffungswesen** und BGBM ab. Zudem unterhielt das Sekretariat verschiedene Kontakte mit kantonalen Stellen und interkantonalen Organen betreffend einzelne Aspekte der kantonalen Vergabeverfahren und insbesondere der Schwellenwerte.

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

Die Weko und das Sekretariat haben an den Arbeiten des "Comité du droit et de la politique de la concurrence" der **OECD** teilgenommen.

Dabei wurden der Jahresbericht der Schweiz zur Wettbewerbspolitik und andere schriftliche Beiträge vorgelegt. Daneben war das Sekretariat an verschiedenen Seminaren und Konferenzen der OECD vertreten, u.a. am Workshop über die Wettbewerbspolitik im Bankensektor. Weiter ist ein Vertreter des Sekretariats Mitglied der **WTO**-Arbeitsgruppe zur "interaction entre le commerce et la concurrence".

Überdies hat das Sekretariat seine Kontakte mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, insbesondere jener der USA und der EU, weiter verstärkt. In diesem Rahmen führten Vertreter der **US-Wettbewerbsbehörden** eine für das Sekretariat sehr aufschlussreiche Informationsveranstaltung zum kürzlich von ihnen aufgedeckten internationalen Lysinkartell durch. Vertreter der Weko und des Sekretariats nahmen zudem an einem Workshop der US-Kartellbehörde zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts teil.

Die aktive Teilnahme an internationalen Veranstaltungen zur Wettbewerbspolitik erlaubt es der Weko, bei der Anwendung ihres noch jungen Kartellgesetzes von den langjährigen Erfahrungen ausländischer Wettbewerbsbehörden zu profitieren. So konnte die Weko etwa bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen schon mehrmals auf die Arbeiten der OECD zum Thema kollektive Marktbeherrschung zurückgreifen.

## C Organisation und Statistik

### 1. Weko und Sekretariat

1999 ergab sich nur eine Änderung in der Zusammensetzung der **Weko**. Frau Pascale Erbeia, Vertreterin der Fédération romande des consommateurs, ist zurückgetreten.

Die Weko hat sich zu 13 Plenarsitzungen versammelt. Die drei Kammern der Kommission haben in der Regel vor den Plenarsitzungen getagt, um die in ihren Bereich fallenden Entscheide zu beraten.

Im **Sekretariat** war das Jahr 1999 von verschiedenen organisatorischen Änderungen geprägt, die hauptsächlich auf eine effizientere Verfahrensführung abzielten. Nach der Beurteilung mit Hilfe eines externen Experten wurde auf den 1. Juni 1999 eine leistungsfähigere Organisation eingeführt. Die wichtigste Änderung betraf die Ersetzung des Dienstes „Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination“ durch fünf Kompetenzzentren (Recht, Ökonomie, Binnenmarktgesetz, Internationales und Kommunikation). Die Kompetenzzentren „Recht“ und „Ökonomie“ sind interne Berater in den Verfahren und sorgen so für eine einheitliche Praxis der Wettbewerbsbehörde. Zudem erarbeiten sie Leitfäden für juristische und ökonomische Grundsatfragen. Die drei anderen Kompetenzzentren sind, neben einer

internen Beratertätigkeit, gegen aussen mit ihren jeweiligen Ansprechpartnern in direktem Kontakt.

Ende des Jahres beschäftigte das Sekretariat 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Kosten des Sekretariats und der Weko beliefen sich auf insgesamt Fr. 4'609'143.--. Diese sind wie folgt aufgeteilt:

	Voranschlag 1999	Provisorische Rechnung
Personalausgaben	4'535'200.--	4'428'172.--
Sachausgaben	234'900.--	180'971.--
Total Ausgaben	4'770'100.--	4'609'143.--
Einnahmen	170'000.--	307'438.--

Insgesamt wurden Fr. 307'438.-- an Gebühren (gemäss KG-Gebührenordnung) an die Bundeskasse abgeliefert. Der „Selbstfinanzierungsgrad“ beträgt 6.5 %.

## 2. Statistik

### a) Vorabklärungen und Untersuchungen

Vgl. die nachstehende Liste der 1999 geführten Untersuchungen.

Untersuchungen	1999	1998	Variation
Während des Jahres geführt	<b>23</b>	14	+9
Übernahme aus dem Vorjahr	<b>12</b>	7	+5
Eröffnungen	<b>11</b>	7	+4
Entscheide	<b>8</b>	3	+5
davon einvernehmliche Regelungen	<b>0</b>	1	-1
davon behördliche Anordnungen	<b>4</b>	1	+3
Vorsorgliche Massnahmen	<b>2</b>	4	-2
Sanktionen	<b>2</b>	0	+2

Vorabklärungen	1999	1998	Variation
Während des Jahres geführt	39	40	-1
Übernahme aus dem Vorjahr	17	20	-3
Eröffnungen	22	20	+2
Abschlüsse	24	23	+1
davon mit Untersuchungseröffnung	10	3	+7

c) **Andere Aktivitäten**

<b>Tätigkeiten</b>	<b>1999</b>	<b>1998</b>	<b>Variation</b>
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen			
Gutachten (Art. 15 KG)	4	1	+3
Empfehlungen (Art. 45 KG)	3	0	+3
Stellungnahmen (Art. 46 KG)	24	62	-38
Gutachten (Art. 47 KG)	1	2	-1
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen nach RTVG	14	13	+1
Gutachten (Art. 11 FMG)	1	2	-1
<b>BGBM</b>			
Empfehlungen (Art. 8 BGBM)	1	4	-3
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	1	-1
Gutachten (Art. 10 II BGBM)	0	0	+0
Erläuterungen (Sekretariat)	2	4	-2
<b>Verschiedenes</b>			
Nachkontrollen	5	12	-7
Feststellungsverfügungen	2	1	+1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	2	-2

**Untersuchungen 1999**

<b>Unter-suchung</b>	<b>Untersuchung er-öffnet wegen An-haltspunkten für:</b>	<b>Eröff-nung</b>	<b>Geschlos-sen</b>	<b>Resultat</b>
Künstliche Besamung	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	09.09.1996	01.03.1999	Verfügung: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)
Privatspitä-ler in Bern vs. Visana/CSS	Preisabreden und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	02.10.1996	19.04.1999	Einstellung: Keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
Minolta	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: Lieferverweigerung	07.06.1997	01.03.1999	Einstellung <sup>1</sup> : Keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
Volks-wagen	Unzulässige Wettbewerbsabre-den; Vertrieb von Fahrzeugen der Marke Volkswagen	06.10.1997	hängig	
Reine Gase und Mischgase	Lieferabreden der Schweizer Gasproduzenten	09.10.1997	01.03.1999	Verfügung: Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)
Detailhandel	Einkaufsabsprachen im Detailhandel	03.11.1997	hängig	
SWICA/AGZ	Krankenversiche-rungsprodukte im Kanton Zürich: Unzulässige Wettbewerbsabre-den und Missbrauch einer marktbeherr-schenden Stellung	19.01.1998	06.09.1999	Einstellung <sup>1</sup> : die Wettbewerbsbeschränkung wurde aufgehoben

Untersuchung	Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:	Eröffnung	Geschlossen	Resultat
Sanphar	Margenordnung beim Arzneimittelvertrieb	20.04.1998	hängig	
Bahnhofskioske	Preisabreden und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	14.09.1998	05.07.1999	Einstellung: Keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
Bücher	Unzulässige Wettbewerbsabreden im Buchhandel	28.09.1998	06.09.1999	Verfügung <sup>1</sup> : Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)
Citroën	Unzulässige Wettbewerbsabreden; Vertrieb von Fahrzeugen der Marke Citroën	02.11.1998	hängig	
Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA)	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Diskriminierung	17.11.1998	06.09.1999	Verfügung <sup>1</sup> : Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)
Preisempfehlung für Getränke im Gastgewerbe	kartellgesetzwidrige Wettbewerbsabreden	18.05.1999	hängig	
Vitamine: Roche	Vitaminkartell	Juni 1999	hängig	
Teleclub / Cablecom	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	21.06.1999	hängig	
Tessiner Zeitungen	Preisabsprachen bei Abonnementpreisen	12.07.1999	hängig	
BKW Energie	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	13.07.1999	hängig <sup>1</sup>	
Fahrlehrer	Preisempfehlungen für die Fahrstunden: Preisabreden	13.07.1999	hängig	
Strassenbeläge	Unzulässige Preis-, Mengen- und Gebietsabreden	20.07.1999	hängig	
SUMRA	Marktordnung im Uhrenbereich: Unzulässige Wettbewerbsabreden	23.08.1999	hängig	
Kreditkarten	Missbrauch Marktbeherrschender Stellung: Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Kreditkartenzahlung und Barzahlung beim Preis	10.09.1999	hängig	
Kaladent SA	Missbrauch Marktbeherrschender Stellung beim Vertrieb von Verbrauchsprodukten für Zahnärzte	23.09.1999	hängig	

Untersuchung	Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:	Eröffnung	Geschlossen	Resultat
Intensiv SA	Missbrauch Marktbeherrschender Stellung in der Herstellung von Dentalprodukten	23.09.1999	hängig	
JC Decaux / Affichage	Unzulässige Wettbewerbsabreden	7.10.1999	hängig	

<sup>1</sup>Ein Rekurs ist hängig

A 1	<b>2. Rapport annuel 1999 de la Commission de la concurrence</b>
-----	--

## A Vue d'ensemble sur l'année 1999

### 1. Introduction

La Commission de la concurrence (Comco) et son secrétariat ont passé une année 1999 riche en activités. La politique de la concurrence nouvellement conçue à travers la nouvelle loi sur les cartels de 1995 a été concrétisée et mise en application. Pour l'année 1999, l'accent a été mis sur la lutte contre les accords horizontaux en matière de concurrence et les restrictions à la concurrence occasionnées par des réglementations étatiques.

La simplification des procédures internes dans le contrôle des concentrations, instituée en 1998, a porté ses fruits dans le courant de l'année 1999. Ainsi, les ressources engagées dans cette activité ont pu être limitées, ce qui a permis aussi bien au secrétariat qu'à la Commission de se concentrer sur les priorités mentionnées ci-dessus.

Un des principaux objectifs de la politique de la concurrence consiste à rappeler continuellement les principes de base de la concurrence et ce à tous les niveaux de l'économie – qu'il s'agisse du secteur privé ou public. Cela ne signifie nullement que les autorités de la concurrence présument de la mauvaise foi des entreprises et des autorités, ni qu'elles leur prêtent une volonté de limiter délibérément la concurrence. En effet, lorsque l'Etat se trouve à l'origine d'une restriction à la concurrence, c'est souvent le résultat d'un compromis servant à concilier des intérêts publics différents (p. ex. le service public et la concurrence efficace).

A ce sujet, il est particulièrement important de mentionner les libéralisations en cours ou à venir. Dans ce domaine, les autorités de la concurrence ont la tâche d'attirer l'attention des collectivités publi-

ques sur d'éventuelles restrictions à la concurrence superflues et de proposer des mesures appropriées pour les supprimer. L'expérience a montré qu'un soutien bien ciblé contribuait à éviter ou à éliminer les restrictions à la concurrence avec des frais administratifs restreints. Le secrétariat de la Comco se tient à la disposition des collectivités publiques pour tout conseil en matière de concurrence. Ces dernières sont invitées à faire usage de ce service aussi souvent qu'elles le désirent.

Lorsque des entreprises restreignent, voire suppriment la concurrence afin de maximiser leurs profits en violation du droit de la concurrence, l'autorité de la concurrence emploiera tous les moyens disponibles avec rigueur et sans indulgence. Celui qui restreint la concurrence et provoque ainsi des dommages d'ordre économique doit s'attendre à une forte réaction de l'autorité de la concurrence. Durant l'année écoulée, la Comco a ouvert de nombreuses enquêtes sur des accords sur les prix (voir ci-dessous). S'appliquant à lutter contre les cartels rigides (c'est-à-dire les accords entre concurrents directs portant sur les prix, les quantités, la répartition territoriale ou celle des clients), la Comco souhaite mettre définitivement fin à l'image de „paradis des cartels“ qui colle à la Suisse.

Cependant, c'est justement dans le domaine des cartels rigides que l'efficacité de la loi sur les cartels trouve ses limites. Tandis que dans d'autres juridictions, notamment celles de l'Union européenne et des Etats-Unis, les membres d'un cartel sont passibles de fortes amendes, la Comco peut uniquement constater l'illicéité de l'accord. Elle ne peut sanctionner les comportements illicites par des amendes qu'en cas de „récidive“, c'est-à-dire lorsque des entreprises continuent des pratiques déclarées illicites à la suite d'une enquête de la Comco.

Dans leur effort de promouvoir la concurrence, la Comco et son secrétariat sont accompagnés et soutenus par la Surveillance des prix, la Commission de la communication et les tribunaux civils cantonaux. La collaboration avec ces autorités a été excellente, comme par le passé.

## **2. Accords horizontaux en matière de concurrence**

La lutte contre les accords nuisibles en matière de concurrence était l'une des priorités que la Comco avait fixées pour l'année 1999. En accord avec cet objectif, l'année a été marquée par plusieurs enquêtes portant sur des restrictions horizontales à la concurrence. En plus des accords portant directement sur les prix, les quantités, la répartition géographique des marchés ou la répartition en fonction des partenaires commerciaux (a), la Comco s'est penchée sur des accords touchant à la distribution des livres, des montres et des médicaments (b), de même que sur des recommandations de prix ayant pour effet une éventuelle restriction à la concurrence (boissons servies dans la restauration et leçons d'auto-école) (c).

**a) Accords fixant directement les prix, les quantités, la répartition géographique des marchés ou la répartition en fonction des partenaires commerciaux**

Dans cette catégorie de restrictions à la concurrence, plusieurs enquêtes ont été menées par le secrétariat. Dans le cas des **gaz** purs et des gaz techniques, la Comco a pu établir l'illicéité de l'ancien cartel réunissant les quatre gaziers suisses. Ainsi, elle a déclaré nuls les contrats de livraison conclus au temps du cartel des gaz. Par cette décision, la Comco est intervenue pour la première fois sur des contrats émanant d'accords sur les prix, la répartition territoriale et celle des clients, qui avaient été supprimés entre-temps.

Par ailleurs, une enquête ouverte contre les trois principaux **journaux tessinois** examine si la fixation du prix de vente aux kiosques et des abonnements constitue un accord illicite au sens de la LCart. En effet, les nouveaux prix, rendus publics simultanément, sont identiques pour les trois journaux depuis plusieurs années.

Enfin, dans la branche de la **construction**, une enquête a été ouverte pour examiner si les entreprises actives dans le revêtement de chaussées dans le nord et l'est de la Suisse ont usé de pratiques restreignant la concurrence. Dans cette même branche, l'ouverture d'une enquête préalable portant sur le marché du béton prêt à l'emploi a contribué à la dissolution d'un cartel de prix sans même qu'il soit nécessaire d'ouvrir une enquête, ce qui illustre bien l'effet préventif des activités de la Comco. Il serait cependant utile que ce domaine fasse l'objet d'une recherche systématique.

**b) Accords horizontaux portant sur la distribution**

Les accords horizontaux portant sur la distribution ont occupé une place centrale dans les activités de la Comco. Le faisceau d'accords imposant les prix pour les **livres** en langue allemande a été déclaré illicite. La Comco estime en effet qu'en fixant les prix pour toute la branche, les libraires suppriment la concurrence aussi bien au niveau des prix qu'à celui de la qualité, puisqu'une prestation de meilleure qualité ne peut pas être récompensée par un prix plus élevé. Cette importante décision confirme la pratique établie dans le cas très semblable des partitions de musique. Elle met l'accent sur l'effet horizontal nocif qu'un faisceau d'accords verticaux identiques produit sur la concurrence entre les libraires. Par ailleurs, ces cas démontrent la séparation, voulue par le législateur, entre l'autorité de concurrence, qui statue sur les effets d'un accord sur la concurrence efficace, et le Conseil fédéral, compétent pour faire valoir les éventuelles considérations relevant de la politique culturelle ou autre.

Tandis que le cas des livres concernait un accord indirect sur les prix à caractère obligatoire, les deux enquêtes portant sur la distribution de montres et sur celle des médicaments ont pour objet des accords de distribution sans force obligatoire, ce qui constitue une certaine nouveauté pour la pratique de la Comco. Dans les deux cas, le marché a été régi durant de nombreuses années par des ordres de marges obligatoires, dont les écartements étaient passibles de sanctions. Dans le cas des **montres**, la branche a remplacé l'ancien ordre de marché par une convention, la SUMRA, en adaptation au nouveau droit des cartels. Cependant, l'enquête préalable menée par le secrétariat a conclu à des indices d'un comportement coordonné des acteurs du marché apte à restreindre la concurrence. Différentes dispositions de la SUMRA semblent entraver le bon fonctionnement de la concurrence ou être de nature à assurer la stabilité de l'accord en établissant une transparence artificielle sur le marché. Le cas des montres pourrait illustrer la situation dans laquelle un ancien cartel rigide perdure à travers un comportement anticoncurrentiel dont l'effet serait, en fin de compte, similaire à celui du cartel des livres.

Il en est de même pour la distribution des **médicaments**, où l'ancien ordre des marges obligatoire organisé par la branche du commerce des médicaments a été remplacé par un nouvel ordre semblable ne revêtant plus un caractère obligatoire. La difficulté supplémentaire de ce cas repose sur les nombreuses réglementations étatiques qui caractérisent le marché des médicaments. Aussi bien le cas des médicaments que celui des montres devraient préciser la pratique des autorités de la concurrence dans le cas d'accords portant sur la distribution qui restreignent la concurrence mais ne revêtent pas un caractère obligatoire.

### c) **Recommandations de prix**

Dans le cas des **moniteurs d'auto-écoles**, l'Association fribourgeoise des écoles de circulation a émis pour 1999 une recommandation de prix pour les leçons de conduite. Cette recommandation semble avoir été suivie non seulement par la plupart des membres de l'association, mais aussi par des moniteurs non membres. Dans le cas semblable des recommandations émises pour l'année 1999 par cinq associations cantonales romandes de GASTROSUISSE pour le prix des **boissons** servies dans la restauration, les recherches du secrétariat ont révélé des indices selon lesquels ces recommandations auraient eu un effet sur le niveau général des prix dans la restauration.

Les recommandations de prix ont la particularité de ne pas être obligatoires. Il est donc important de juger de l'effet qu'elles produisent réellement sur le marché. A partir du moment où l'entrée en vigueur d'une recommandation entraîne un nivellement des prix sur le mar-

ché concerné, on peut dire que le changement de prix n'est pas le résultat de la politique commerciale de chaque acteur du marché, mais bien de la recommandation. De plus, le recours répétitif à des recommandations de prix permet aux acteurs du marché de prévoir avec un degré raisonnable de certitude la politique de prix future de leurs concurrents. Ainsi, ces recommandations, lorsqu'elles sont suivies, équivalent à des pratiques concertées par lesquelles la concurrence, non seulement entre les membres d'une association, mais aussi sur le reste du marché, se trouve affectée, voire supprimée.

### 3. Restrictions à la concurrence dues à des réglementations étatiques

Les enquêtes mentionnées ci-dessus avaient pour objet des restrictions à la concurrence occasionnées par des acteurs du secteur privé. Il faut cependant noter que ces accords trouvent souvent leur origine dans des réglementations étatiques. Ainsi, l'ordre de marges dans la distribution de médicaments peut en partie être imputé aux différentes réglementations étatiques qui caractérisent le domaine de la santé.

La Comco contribue le plus souvent à l'élimination de restrictions à la concurrence en intervenant contre des réglementations étatiques excessives ou inappropriées et en s'engageant pour l'ouverture des frontières nationales au commerce extérieur. Ainsi, la Comco et son secrétariat se sont prononcés en faveur de l'autorisation des **importations parallèles de médicaments** lors de la discussion de la nouvelle loi sur les produits thérapeutiques. Par contre, le récent arrêt du Tribunal fédéral dans le cas Kodak déclarant illicites les importations parallèles de marchandises protégées par le droit des brevets, représente un écueil aux efforts de la Comco. En outre, la Comco a recommandé aux cantons d'autoriser la **vente de médicaments par correspondance** lorsque certaines normes de sécurité sont remplies. Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt allant dans le même sens. Enfin, dans le domaine des indemnisations des services des pharmaciens et des grossistes, la Comco s'emploiera à entériner dans la loi des dispositions compatibles avec une concurrence non faussée.

Concernant les marchés anciennement étatisés, il arrive souvent que leur ouverture se fasse de manière beaucoup trop lente. Le marché de **l'électricité** illustre très bien cette situation: tandis que le marché allemand de l'électricité est totalement ouvert depuis le début de l'année 1999, permettant aux gros clients et aux ménages de profiter déjà de baisses de prix, la nouvelle loi suisse sur l'électricité entrera en vigueur au plus tôt en 2001. Et même à ce moment-là, ce seront uniquement les gros clients qui pourront choisir librement leurs fournisseurs d'électricité. De cette manière, l'économie nationale subira un

désavantage vis-à-vis de ses concurrents. C'est pourquoi la Comco examine actuellement si le processus d'ouverture du marché de l'électricité peut être accéléré par l'application de la loi sur les cartels, en obligeant les exploitants de réseaux électriques qui bénéficient d'une position dominante à transporter également l'électricité d'autres fournisseurs.

Dans leurs efforts d'instaurer le New Public Management, les entreprises publiques sont souvent amenées à jouer un double rôle. D'une part, elles poursuivent leurs activités d'intérêt public, financées par l'Etat; d'autre part, en accord avec leurs contrats de prestations, elles sont de plus en plus souvent contraintes d'offrir des services commerciaux, entrant ainsi en concurrence avec des entreprises privées. Dans le domaine de la **météorologie**, les entreprises privées offrant des prévisions météorologiques se sont trouvées à la fois clientes et concurrentes de l'Institut suisse de météorologie. En pareilles circonstances, le danger de discrimination des entreprises privées augmente. Ce type de problèmes pourrait aussi survenir dans d'autres offices fédéraux ou dans des hautes écoles spécialisées, dans la mesure où elles sont légalement tenues d'offrir des prestations à des tiers. Un danger semblable réside dans les cas d'entreprises comme la Poste ou les CFF, qui sont de nos jours actives à la fois sur des marchés monopolistiques et des marchés libéralisés. Le comportement de ces entreprises fait l'objet d'une observation minutieuse de la Comco.

#### 4. Les défis de l'an 1999

La Comco et son secrétariat ont fait face à différents défis durant l'année 1999. D'une part, ils devaient prendre des décisions complexes. D'autre part, ils ont dû surmonter des problèmes qui ne relevaient pas directement de questions liées à l'application de la loi. A ce titre, il faut mentionner trois sortes de défis „externes“.

Premièrement, il s'agit des conséquences pour la Suisse du démantèlement du cartel des vitamines aux Etats-Unis. Les amendes élevées et les peines d'emprisonnement prononcées contre les dirigeants de Roche ont soulevé des vagues en Suisse aussi. Les cercles politiques et les médias se sont immédiatement interrogés sur une éventuelle intervention de la Comco dans ce cas et sur la possibilité de prononcer des **sanctions** en Suisse contre le cartel des vitamines. Sur la base de la loi actuelle, seule l'illicéité d'un cartel peut être établie. Des sanctions directes, telles que connues aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, ne sont pas possibles. C'est seulement si un cartel perdure après avoir été interdit par décision de la Comco que l'on peut infliger à ses membres des amendes allant jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse.

Cela signifie qu'une infraction à la loi sur les cartels relève pratiquement de la peccadille. En d'autres termes, les entreprises peuvent s'organiser de manière cartellaire sans courir le risque de lourdes sanctions. Les profits réalisés grâce à un comportement illicite avant la déclaration d'illicéité par la Comco ne peuvent pas être récupérés par la voie du droit administratif. Les acteurs du marché qui ont subi des dommages à la suite du comportement illicite sont contraints d'utiliser la voie – plus ardue – de la procédure civile. Ainsi, les violations de la loi sur les cartels, même si elles ont des conséquences graves pour l'économie, ne peuvent pas faire l'objet d'une intervention aussi sévère que, par exemple, les violations de la loi sur la protection de l'environnement, qui connaît les sanctions directes.

Cette situation, relatée dans les médias, a suscité des préoccupations dans les cercles politiques. Diverses motions parlementaires visent à remédier aux lacunes de la loi en vigueur. Le Conseil fédéral a accepté l'une d'entre elles. Il a ainsi entamé une révision de la loi sur les cartels en vue de l'introduction de sanctions directes. Les premiers mandats à ce sujet ont été soumis au secrétariat de la Comco dans le courant du troisième trimestre 1999. Le Conseil fédéral souhaite disposer des résultats de ces travaux au cours du premier semestre 2000 afin de pouvoir décider de la marche à suivre.

Deuxièmement, les autorités de la concurrence ont été confrontées à différentes questions de **procédure**. A la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels, la Comco était soucieuse d'apporter davantage de sécurité juridique en instituant aussi rapidement que possible une certaine pratique décisionnelle sur les dispositions de la loi formulées de manière ouverte. La Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO) a cependant mis l'accent sur les questions de procédure et a exigé que les aspects relevant du droit procédural soient traités avec la plus haute priorité. La Comco appliquera désormais les principes procéduraux formulés par la REKO, ce qui rendra nécessairement les procédures plus longues et plus formalistes.

Connaissant la durée relativement longue des procédures devant la REKO, les entreprises sont actuellement tentées de faire systématiquement recours, afin de retarder sensiblement l'entrée en force des décisions de la Comco. Cela rend plus difficile la réalisation de l'objectif de la loi sur les cartels, à savoir empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence. La Comco invite donc le Conseil fédéral à se pencher sur cette question et à apporter éventuellement une solution appropriée.

Troisièmement, la Comco et son secrétariat ont communiqué leurs activités de manière régulière, active et ouverte. C'est le seul moyen de transmettre à l'opinion publique le sens et l'utilité du droit de la concurrence. En 1998, la Comco s'était fixé l'objectif de **communiquer activement** en instaurant une nouvelle politique de communication, ce qui a engagé d'importantes ressources en temps et en personnel. En 1999, la Comco a publié 27 communiqués de presse et organisé 3 conférences de presse. Elle a en outre entretenu des contacts réguliers avec les représentants des médias. Le Président de la Comco s'est exprimé à l'occasion de diverses interviews. Ces efforts ont porté leurs fruits: selon les observations de la Comco et les réactions des journalistes, l'image des autorités de la concurrence et leur présence dans les médias se sont considérablement améliorées.

## 5. Les enjeux de l'an 2000

A l'avenir, la Comco et son secrétariat souhaitent concentrer leurs efforts sur les cas de restrictions à la concurrence causant de graves dommages d'ordre économique. Autrement dit, ce sont les enquêtes sur les **cartels rigides** et la lutte contre les **distorsions de la concurrence provoquées par l'intervention étatique** qui feront l'objet des préoccupations premières des autorités de la concurrence.

Dans l'accomplissement de sa tâche, la Comco a également certaines attentes par rapport à l'économie. Au début des années 90, l'économie suisse a subi de profonds changements. Cependant, dans certains domaines, comme par exemple l'électricité ou la poste, elle a encore un retard en comparaison avec d'autres pays. L'exemple des télécommunications montre pourtant les nombreux avantages résultant d'une **libéralisation**, comme les prix plus bas, la création de nouvelles places de travail, l'accroissement de l'innovation, etc. La nécessité d'une couverture nationale n'est pas une raison pour renoncer aux bénéfices globaux résultant d'une libéralisation.

## B Activités par domaines

### 1. Industrie et production

Dans le domaine „industrie et production“, l'interdiction du système collectif de prix imposés sur les **livres** en langue allemande a été la décision la plus importante. Les parties ont fait recours contre cette décision auprès de la REKO. Si la décision de la Comco est confirmée, il est prévisible que la branche adresse au Conseil fédéral une demande d'autorisation exceptionnelle du cartel des livres fondée sur des intérêts publics prépondérants.

Dans la décision „**Minolta**“, la Comco a estimé que la forte concurrence qui règne sur le marché des appareils de photo empêche les

producteurs de ces appareils de se comporter de manière abusive sur le marché des services après-vente. En effet, si les fabricants fixent les prix pour les réparations à un niveau excessivement élevé ou s'ils refusent de livrer les pièces de rechange, cela aura des effets négatifs sur le service après-vente et, en fin de compte, sur le produit „appareil de photo avec service après-vente“ demandé par le consommateur. Cette décision, qui n'a pas d'effet préjudiciel, a été inspirée par des enquêtes menées à l'étranger. En Suisse, il serait nécessaire d'effectuer des recherches approfondies et systématiques dans ce domaine.

Dans le domaine de la **distribution des automobiles**, le secrétariat mène actuellement des enquêtes contre Volkswagen et Citroën. Dans le cadre de ces enquêtes, il a procédé à des comparaisons internationales de prix et relevé des statistiques sur les quantités de voitures importées. Tandis que l'ouverture, en 1995, du marché suisse au commerce avec l'Union européenne (reconnaissance mutuelle des certificats de conformité) n'a pas eu d'effet sensible sur les quantités de voitures importées, les différences de prix à l'échelon européen se sont considérablement réduites. Cette réduction s'est opérée surtout dans le courant des dernières années et davantage par une hausse des prix dans les pays autrefois „bon marché“ que par une baisse des prix dans les pays „chers“. Par ailleurs, les différences de prix entre l'Union Européenne et la Suisse se sont également réduites. Il est dès lors difficile d'évaluer les effets sur la concurrence des éventuels cloisonnements territoriaux exercés par les marques.

Le secrétariat a reçu plusieurs plaintes concernant des accords sur les **procédures de soumission publiques**, la plupart portant sur des constructions publiques mais aussi sur la vente de contingents d'importations agricoles. Il est très difficile de lutter contre les accords en matière de soumission, qui n'existent que le temps de la mise au concours, avec des décisions relevant de la loi sur les cartels, sans avoir de possibilité de sanctions directes. Le secrétariat a cependant pu intervenir dans quelques cas où des comportements douteux s'étaient répétés. Dans un cas, la procédure de soumission a été organisée en collaboration avec l'Office fédéral de l'agriculture de manière à éviter l'émergence d'un cartel de soumission. Enfin, dans le cas de la commune de Giubiasco, une enquête préalable a été ouverte suite à une plainte de la commune.

## 2. Services

Dans le domaine des services, l'année 1999 a été marquée par deux enquêtes sur des accords horizontaux, l'une ayant pour objet la distribution de **médicaments** et l'autre les recommandations de prix aux **moniteurs d'auto-écoles**.

La Comco a aussi ouvert deux enquêtes dans la **branche dentaire** suite à des indices d'abus de position dominante. En effet, le marché des fournitures dentaires est caractérisé par des fabricants spécialisés et un distributeur ayant chacun une puissante position dans son segment d'activités respectif, dont ils pourraient éventuellement abuser.

La Comco mène une autre enquête relative à un abus de position dominante contre les sociétés émettrices de **cartes de crédits**. Ces dernières obligent les commerçants à traiter de manière égale les paiements par cartes de crédit et les paiements en liquide. Si cette mesure a contribué à court terme à l'introduction rapide des systèmes de paiement par cartes de crédit, elle pourrait être à long terme une condition commerciale inappropriée.

Enfin, la Comco a accepté la vente de 26 filiales de l'**UBS**. Ainsi, l'UBS a exécuté une des charges qui lui avaient été imposées lors de la fusion SBS / UBS. Le transfert des clients, dont les modalités ont été définies lors de la vente, est encore en cours.

### 3. Infrastructure

Les marchés des infrastructures étant typiquement caractérisés par un nombre restreint de gros producteurs, la Comco a mené, en plus des enquêtes sur les accords, plusieurs procédures portant sur d'éventuelles pratiques abusives d'entreprises en position dominante. Ainsi, dans le cadre d'une enquête contre l'**Institut suisse de météorologie** (ISM), la Comco a estimé que ce dernier avait abusé de sa position dominante en discriminant une entreprise privée de services météorologiques. Un recours de l'ISM contre cette décision est encore pendant devant la REKO.

Dans le domaine de l'électricité, une enquête a été ouverte contre **FMB Energie SA** pour refus de transporter de l'électricité produite par une entreprise concurrente. Etant donné que les réseaux électriques sont des monopoles naturels, la Comco est d'avis que le refus de transporter l'électricité peut constituer un abus de position dominante. Dans ce même domaine, le secrétariat de la Comco a pris une part active aux travaux préparatoires de la nouvelle **loi sur l'électricité**.

Dans le domaine des télécommunications, la Comco a pris des mesures provisionnelles obligeant **Cablecom SA** à octroyer un accès à son réseau câblé à Teleclub SA et à permettre à cette dernière d'installer des décodeurs digitaux auprès de ses clients. Ces mesures provisionnelles ont été levées par la REKO, mais la Comco poursuit son enquête contre Cablecom. Par sa décision, la Comco souhaitait empêcher que la puissante position de Cablecom dans les réseaux câblés ne

s'étende sur les marchés situés en aval. Cependant, c'est justement une intervention étatique qui en a décidé autrement: par sa récente décision – qui n'est pas encore passée en force – le Département de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication a interdit à Teleclub d'installer ses propres décodeurs.

Enfin, dans sa prise de position au sujet de la loi fédérale sur la **production et la culture cinématographiques**, la Comco était d'avis que l'aide au cinéma, ancrée dans la Constitution, devait être financée par les fonds généraux de la Confédération. Un financement par des taxes sur les films dégagant un chiffre d'affaires élevé aurait pour conséquence une distorsion de la concurrence et nécessiterait des réglementations onéreuses pour le prélèvement, la détermination et l'application de la taxe.

#### 4. Loi sur le marché intérieur

La Comco a émis une recommandation au sens de la loi sur le marché intérieur (LMI) au sujet de l'adjudication de contrats de bail à ferme pour la **publicité extérieure**. Même si l'affichage extérieur, respectivement les tâches publiques exécutées par les entreprises d'affichage en contre-prestation, ne tombent pas sous le coup de la LMI d'après le Tribunal fédéral, la Comco recommande aux collectivités publiques de soumettre l'octroi des surfaces publicitaires à une procédure d'adjudication publique.

Se basant sur une multitude de demandes qui lui étaient adressées, le secrétariat de la Comco a publié, à l'intention des communes, une feuille d'information sur les exigences minimales de la LMI en matière de **marchés publics**. Par ailleurs, le secrétariat a entretenu divers contacts avec les autorités cantonales et les organes intercantonaux au sujet des aspects particuliers des procédures d'adjudication cantonales et, plus particulièrement, au sujet des valeurs-seuils.

#### 5. Relations internationales

La Comco et le secrétariat ont pris part aux travaux du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'**OCDE**. Ils ont présenté à cette occasion le rapport annuel sur la politique suisse de la concurrence et d'autres contributions écrites. Le secrétariat a en outre participé à plusieurs séminaires et conférences de l'**OCDE**, notamment au workshop consacré à la politique de la concurrence dans le secteur bancaire. De plus, un représentant du secrétariat est membre du groupe de travail de l'**OMC** sur l'interaction entre le commerce et la concurrence.

Par ce biais, le secrétariat a renforcé ses contacts avec les autorités de la concurrence étrangères, en particulier avec celles des Etats-Unis et

de l'Union européenne. Ainsi, le secrétariat a organisé une séance d'information fort instructive lors de laquelle des représentants des autorités américaines de la concurrence ont présenté leurs activités dans le cas du cartel international de la lysine. Des représentants de la Comco et du secrétariat ont en outre participé à un workshop des autorités cartellaires américaines relatif à l'application du droit de la concurrence.

La participation active à des réunions internationales sur la politique de la concurrence permet à la Comco de profiter de la longue expérience d'autorités étrangères lors de l'application de la nouvelle loi suisse sur les cartels. Lors de l'examen de concentrations d'entreprises, la Comco a ainsi pu se référer à plusieurs reprises aux travaux de l'OCDE sur le thème de la dominance collective.

## **C Organisation de l'autorité de la concurrence et statistiques**

### **1. La Comco et son secrétariat**

En 1999, la **Comco** n'a subi qu'un changement au niveau de sa composition. En effet, Mme Pascale Erbeia, représentante de la Fédération romande des consommateurs, s'est retirée de la Comco.

La Comco s'est réunie à 13 reprises cette année. Les trois Chambres qui composent la Commission se réunissaient généralement le même jour afin de débattre des questions relatives aux domaines qui leur sont attribués.

Pour le **secrétariat** de la Comco, l'année 1999 a été marquée par certains changements organisationnels ayant pour principal objectif l'accroissement de l'efficacité dans le déroulement des procédures. Suite à une évaluation des processus réalisée avec l'aide d'un expert externe, une organisation plus efficace a été mise en place à partir de juin. La principale nouveauté était le remplacement du service "Questions générales de concurrence et coordination" par cinq centres de compétences spécialisés dans les domaines du droit, de l'économie, de la loi sur le marché intérieur, des affaires internationales et de la communication. Les centres de compétences "Droit" et "Economie", en tant que prestataires de services internes, assurent une unité de doctrine au sein de l'autorité de la concurrence et élaborent des lignes directrices sur les questions juridiques ou économiques de principe. Les trois autres centres de compétences, en plus d'une activité de conseil interne, traitent avec l'extérieur des sujets relevant de leurs domaines respectifs.

A la fin de l'année, le secrétariat occupait 45 collaboratrices et collaborateurs. Les frais de gestion du secrétariat et de la Commission s'élèvent à 4'609'143.-- francs, répartis comme suit:

	Budget 1999	Compte 1999
Dépenses de personnel	4'535'200.--	4'428'172.--
Dépenses de matériel	234'900.--	180'971.--
Total dépenses	4'770'100.--	4'609'143.--
Revenus	170'000.--	307'438.--

Au total, 307' 438.-- francs ont été remis à la Caisse fédérale. Le "degré d'autofinancement" s'élève à 6.5%.

## 2. Statistiques

### a) Enquêtes préalables et enquêtes

Liste des enquêtes menées en 1999: voir tableau ci-contre.

Enquêtes	1999	1998	Variation
Menées durant l'année	<b>23</b>	14	+9
Reprises de l'année précédente	<b>12</b>	7	+5
Ouvertures	<b>11</b>	7	+4
Décisions finales	<b>8</b>	3	+5
Dont accords à l'amiable	<b>0</b>	1	-1
Dont arrêts	<b>4</b>	1	+3
Mesures provisionnelles	<b>2</b>	4	-2
Sanctions	<b>2</b>	0	+2

Enquêtes	1999	1998	Variation
Menées durant l'année	23	14	+9
Reprises de l'année précédente	12	7	+5
Ouvertures	11	7	+4
Décisions finales	8	3	+5
Dont accords à l'amiable	0	1	-1
Dont arrêts	4	1	+3
Mesures provisionnelles	2	4	-2
Sanctions	2	0	+2

Enquêtes préalables	1999	1998	Variation
Menées durant l'année	39	40	-1
Reprises de l'année précédente	17	20	-3
Ouvertures	22	20	+2
Clôtures	24	23	+1
Dont suivies d'une enquête	10	3	+7

### Concentrations d'entreprises

Concentrations	1999	1998	Variation
Notifications	33	26	+7
Autorisations suite à l'examen préliminaire	31	22	+9
Examens approfondis	0	4	-4
Décisions de la Commission	0	2	-2
Réalisation anticipée	0	1	-1
Sanctions	1	3	-2

### Autres activités

Activités	1999	1998	Variation
Avis, recommandations et prises de position			
Avis (art. 15 LCart)	4	1	+3
Recommandations (art. 45 LCart)	3	0	+3
Prises de position (art. 46 LCart)	24	62	-38
Avis (art. 47 LCart)	1	2	-1
Prises de position sur les demandes de concession selon la LRTV	14	13	+1
Avis (art. 11 LTC)	1	2	-1
LMI			
Recommandations (art. 8 LMI)	1	4	-3
Avis (art. 10 I LMI)	0	1	-1
Avis (art. 10 II LMI)	0	0	+0
Conseils (secrétariat)	2	4	-2
Divers			
Suivi des affaires	5	12	-7
Décisions constatatoires	2	1	+1
Communications (art. 6 LCart)	0	2	-2

## Enquêtes 1999

Enquête	Enquête ouverte suite à des indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Insémination artificielle	Abus de position dominante	09.09.1996	01.03.1999	Décision: abus de position dominante (art. 7 LCart)
Hôpitaux privés de Berne vs. Visana/CSS	Accords horizontaux et abus de position dominante	02.10.1996	19.04.1999	Clôture: aucune restriction illicite
Minolta	Abus de position dominante: refus de livrer	07.06.1997	01.03.1999	Clôture <sup>1</sup> : aucune restriction illicite
Volkswagen	Accord illicite sur la distribution de voitures de la marque VW	06.10.1997	Pendant	
Gaz purs et gaz techniques	Accords de livraison illicites des gaziers suisses	09.10.1997	01.03.1999	Décision: accords illicites (art. 5 LCart)
Commerce de détail	Accords sur les achats dans le commerce de détail	03.11.1997	Pendant	
SWICA/AGZ	Produits d'assurance-maladie dans le canton de Zurich: accords en matière de concurrence et abus de position dominante	19.01.1998	06.09.1999	Clôture <sup>1</sup> : la restriction à la concurrence a été supprimée
Sanphar	Ordre de marges dans la distribution de médicaments	20.04.1998	Pendant	
Kiosques dans les gares	Accord horizontal et abus de position dominante	14.09.1998	05.07.1999	Clôture: aucune restriction illicite
Livres	Accord horizontal illicite dans la distribution	28.09.1998	06.09.1999	Décision <sup>1</sup> : accord illicite (art. 5 LCart)
Citroën	Accord illicite sur la distribution de voitures de la marque Citroën	02.11.1998	Pendant	
ISM (Institut suisse de météorologie)	Abus de position dominante; discrimination	17.11.1998	06.09.1999	Décision <sup>1</sup> : abus de position dominante (art. 7 LCart)
Recommandations de prix dans la restauration	Accord horizontal sur les prix des boissons dans la restauration romande	18.05.1999	Pendant	
Vitamines: Roche	Cartel des vitamines	juin 1999	Pendant	
Teleclub / Cablecom	Abus de position dominante: refus d'octroyer un accès au réseau câblé	21.06.1999	Pendant	
Journaux tessinois	Accord sur le prix des abonnements	12.07.1999	Pendant	
BKW / FMG Energie	Abus de position dominante: refus d'octroyer un accès au réseau électrique	13.07.1999	Pendant <sup>1</sup>	
Moniteurs d'auto-écoles	Recommandations de prix pour les leçons de conduite: accords sur les prix	13.07.1999	Pendant	
Revêtements de chaussées	Accords horizontaux	20.07.1999	Pendant	
SUMRA	Ordre de marché dans la distribution horlogère	23.08.1999	Pendant	

Enquête	Enquête ouverte suite à des indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Cartes de crédit	Abus de position dominante: clauses sur le paiement en liquide	10.09.1999	Pendant	
Kaladent SA	Abus de position dominante sur le marché des fournitures dentaires	23.09.1999	Pendant	
Intensiv SA	Abus de position dominante sur le marché des fournitures dentaires	23.09.1999	Pendant	
JC Decaux / Affichage	Accords en matière de concurrence sur le marché suisse de l'affichage publicitaire	7.10.1999	Pendant	

<sup>1</sup>Un recours est pendant

A 1	<b>3. Rapporto annuale 1999 della Commissione della concorrenza</b>
-----	---

## A Panoramica sull'anno 1999

### 1. Introduzione

Per la Commissione della concorrenza (Comco) e la sua segreteria il 1999 è stato un anno denso di attività. È stato possibile concretizzare e applicare la nuova politica della concorrenza in base alla legge sui cartelli del 1995. In particolare, è stato posto l'accento sulla lotta agli accordi orizzontali in materia di concorrenza e sulle limitazioni della concorrenza causate dalle regolamentazioni statali.

La semplificazione delle procedure interne nell'ambito del controllo delle concentrazioni, introdotta nel 1998, ha avuto effetti positivi nel corso del 1999. È stato pertanto possibile ridurre le risorse impiegate in questa attività, il che ha consentito sia alla segreteria che alla Commissione di concentrarsi maggiormente sulle priorità summenzionate.

Uno dei principali compiti della politica della concorrenza consiste nel richiamare continuamente all'attenzione i principi fondamentali della concorrenza a tutti i livelli dell'economia, sia nel settore privato che in quello pubblico. Ciò non significa che le autorità preposte alla concorrenza mettano sostanzialmente in dubbio le intenzioni delle imprese e delle autorità statali o che ne sospettino il proposito di limitare deliberatamente la concorrenza. Infatti, la decisione da parte dello Stato di limitare la concorrenza è spesso il risultato di un compromesso che serve a conciliare interessi pubblici differenti (p. es. il servizio pubblico e la concorrenza efficace).

A tale proposito occorre in particolare menzionare le diverse liberalizzazioni in corso o ancora in sospeso. In questo settore, le autorità in materia di concorrenza hanno il compito di attirare l'attenzione degli enti pubblici su eventuali limitazioni della concorrenza superflue e di proporre provvedimenti adeguati per eliminarle. L'esperienza ha dimostrato che un sostegno mirato degli interessati può contribuire – su richiesta o di propria iniziativa – ad evitare o ad eliminare le limitazioni della concorrenza senza eccessive spese amministrative. La segreteria della Comco resta sempre a disposizione degli enti pubblici per qualsiasi consulenza in materia di concorrenza. Questi ultimi sono invitati a rivolgersi a tale servizio tutte le volte che lo desiderano.

Quando le imprese limitano o addirittura eliminano la concorrenza al fine di massimizzare i loro profitti violando il diritto della concorrenza, le autorità in materia di concorrenza impiegheranno rigorosamente e senza alcuna indulgenza tutti i mezzi a loro disposizione. Chiunque limiti la concorrenza e provochi in tal modo danni economici deve attendersi una dura reazione da parte dell'autorità preposta alla concorrenza. L'anno scorso la Comco ha aperto numerose inchieste su presunti accordi inerenti ai prezzi (cfr. la panoramica in appendice). Impegnandosi nella lotta ai cosiddetti "cartelli rigidi" (vale a dire gli accordi tra concorrenti diretti in materia di prezzi, di quantitativi, di ripartizione dei mercati per zone), la Comco spera di poter cancellare definitivamente l'immagine di "paradiso dei cartelli" che continua ad essere attribuita alla Svizzera.

Proprio nel settore dei "cartelli rigidi", l'efficacia della legge sui cartelli denota i suoi limiti. Mentre in altri ordinamenti giuridici, in particolare nell'Unione europea e negli Stati Uniti, i membri di un cartello possono essere puniti immediatamente con forti multe, la Comco può unicamente constatare l'illiceità dell'accordo in questione. Essa può sanzionare con multe i comportamenti illeciti soltanto in caso di recidiva, vale a dire quando le imprese continuano ad effettuare pratiche dichiarate illecite in seguito a un'inchiesta della Comco.

Nei loro sforzi intesi a promuovere la concorrenza, la Comco e la sua segreteria sono assistite e sostenute dalla Sorveglianza dei prezzi, dalla Commissione della comunicazione e dai tribunali civili cantonali. Come in passato, anche nel 1999, la collaborazione con queste autorità è stata eccellente.

## **2. Accordi orizzontali in materia di concorrenza**

Nel 1999, la lotta agli accordi nocivi in materia di concorrenza è stata una delle priorità della Comco. In sintonia con questo obiettivo, l'anno scorso è stato contrassegnato da diverse inchieste nell'ambito delle limitazioni orizzontali della concorrenza. Oltre agli accordi con-

cernenti direttamente i prezzi, i quantitativi, la ripartizione dei mercati per zone o la ripartizione in funzione dei partner commerciali (a), la Comco si è occupata degli accordi relativi alla distribuzione dei libri, degli orologi e dei medicinali (b) nonché delle raccomandazioni di prezzi che hanno l'effetto di ridurre eventualmente la concorrenza (bevande servite nel settore alberghiero della Svizzera romanda e maestri conducenti) (c).

**a) Accordi volti a fissare direttamente i prezzi, i quantitativi, la ripartizione dei mercati per zone o la ripartizione in funzione dei partner commerciali**

La segreteria ha condotto diverse inchieste nell'ambito di questo tipo di limitazioni della concorrenza. Nel caso dei **gas** puri e dei gas misti, la Comco ha potuto stabilire l'illiceità del vecchio cartello che riunisce i quattro fornitori di gas svizzeri. Essa ha potuto quindi dichiarare nulli i contratti di fornitura conclusi al tempo del cartello dei gas. Con questa decisione la Comco ha preso per la prima volta posizione contro i contratti conclusi in seguito ad accordi sui prezzi, sulla ripartizione dei mercati per zone e su quella dei clienti, che nel frattempo erano stati annullati.

Inoltre, un'inchiesta aperta contro i tre principali **quotidiani ticinesi** dovrebbe esaminare se la determinazione del prezzo di vendita ai chioschi e del prezzo degli abbonamenti costituisce un accordo illecito ai sensi della LCart. Infatti, i nuovi prezzi, resi pubblici simultaneamente, sono identici per i tre giornali da diversi anni.

Infine, nel **settore edilizio**, è stata aperta un'inchiesta per accertare se le imprese specializzate nei lavori di pavimentazione stradale nelle regioni nordorientali della Svizzera hanno tenuto comportamenti che pregiudicano la concorrenza. In questo stesso settore, l'apertura di un'inchiesta preliminare concernente il mercato del calcestruzzo preconfezionato ha contribuito allo scioglimento di un cartello dei prezzi senza dover aprire un'inchiesta: tale esempio illustra perfettamente l'effetto preventivo delle attività della Comco. Nondimeno sarebbe auspicabile che questo ramo economico fosse oggetto di una valutazione sistematica.

**b) Accordi orizzontali concernenti la distribuzione**

Gli accordi orizzontali concernenti la distribuzione hanno svolto un ruolo fondamentale nell'ambito delle attività della Comco. La serie di accordi verticali che impone il prezzo dei **libri in lingua tedesca** è stata dichiarata illecita. Infatti la Comco ritiene che, fissando i prezzi per tutto il settore, le librerie eliminano la concorrenza, sia a livello dei prezzi che su quello della qualità, visto che una prestazione di

qualità migliore non può essere ricompensata con un prezzo più elevato. Questa importante decisione conferma la prassi instaurata nel caso, assai simile, delle partiture musicali. Essa pone l'accento sull'effetto orizzontale nocivo che una serie di accordi verticali identici ha sulla concorrenza tra le varie librerie. Inoltre questo caso dimostra la separazione, voluta dal legislatore, tra l'autorità in materia di concorrenza, che decide in merito agli effetti di un accordo sulla concorrenza efficace, e il Consiglio federale che, nella valutazione di un accordo ritenuto illecito, ha la facoltà di tenere conto di altri interessi pubblici, quale la politica culturale.

Mentre il caso dei libri riguardava un accordo indiretto sui prezzi a carattere obbligatorio, le due inchieste relative alla distribuzione di orologi e a quella di medicinali hanno per oggetto accordi di distribuzione non obbligatori, ciò che rappresenta una certa novità per la prassi della Comco. In entrambi i casi, il mercato è stato dominato per diversi anni da regolamentazioni obbligatorie dei margini le cui violazioni erano passibili di sanzioni. Il settore **orologiero** ha sostituito la vecchia organizzazione del mercato con una convenzione, la SUMRA, adeguandosi al nuovo diritto dei cartelli. Tuttavia, l'inchiesta preliminare condotta dalla segreteria è giunta alla conclusione che esistono indizi di un comportamento coordinato degli operatori del mercato inteso a limitare illecitamente la concorrenza. Diverse disposizioni della SUMRA sembrano limitare la concorrenza tra i commercianti di orologi o sembrano garantire in modo illecito la stabilità dell'accordo tramite una trasparenza artificiale sul mercato. Il caso degli orologi potrebbe illustrare la situazione in cui un vecchio cartello rigido continua a sussistere attraverso un comportamento anti-concorrenziale il cui effetto sarebbe, in fin dei conti, simile a quello del cartello dei libri.

Lo stesso dicasi per la **distribuzione dei medicinali**, dove la vecchia regolamentazione obbligatoria dei margini, organizzata dal ramo farmaceutico, è stata sostituita da un nuovo ordinamento simile che non riveste più un carattere obbligatorio. Una difficoltà supplementare è sorta a causa delle diverse regolamentazioni statali che contraddistinguono questo settore. Sia l'esempio dei medicinali che quello degli orologi dovrebbero consolidare la prassi delle autorità in materia di concorrenza nel caso di accordi concernenti la distribuzione che, pur non rivestendo un carattere obbligatorio, possono nondimeno limitare la concorrenza.

### c) **Raccomandazioni di prezzi**

Nel caso dei **maestri conducenti**, l'Associazione friborghese dei maestri conducenti ha emanato per il 1999 una raccomandazione di prezzi per le lezioni di guida. Sembra che questa raccomandazione sia stata seguita non soltanto dalla maggioranza dei membri di tale asso-

ciazione, ma anche da diversi maestri conducenti che non ne fanno parte. Analogamente, cinque associazioni cantonali romande di GASTROSUISSE hanno emesso per il 1999 una raccomandazione concernente il prezzo delle **bevande** servite nella ristorazione. Da ricerche effettuate dalla segreteria sono emersi elementi secondo cui queste raccomandazioni avrebbero avuto l'effetto di aumentare il livello generale dei prezzi in tale settore.

Le raccomandazioni di prezzi hanno la particolarità di non essere vincolanti. Di conseguenza è importante valutare l'effetto che producono realmente sul mercato. Se una raccomandazione determina un livellamento dei prezzi sul mercato in questione, si può arguire che il cambiamento di prezzo non è il risultato della politica commerciale dei singoli operatori di mercato, ma piuttosto della raccomandazione. Inoltre, il fatto di ricorrere ripetutamente alle raccomandazioni di prezzi consente agli operatori di mercato di prevedere, con un grado ragionevole di certezza, la futura politica dei prezzi dei loro concorrenti. A queste condizioni, le raccomandazioni di prezzi, quando vengono seguite, equivalgono a pratiche concertate mediante le quali la concorrenza, non soltanto tra i membri di un'associazione, ma anche su tutto il mercato, è limitata o addirittura soppressa.

### **3. Limitazioni della concorrenza dovute a regolamentazioni statali**

Le inchieste summenzionate hanno per oggetto limitazioni della concorrenza causate da operatori privati. Occorre tuttavia sottolineare che tali accordi risalgono spesso a regolamentazioni statali. In tal modo, la regolamentazione dei margini nella distribuzione di medicinali può essere in parte attribuita alle differenti regolamentazioni statali che contraddistinguono il settore della sanità.

La Comco contribuisce spesso alla soppressione delle limitazioni della concorrenza intervenendo contro regolamentazioni statali eccessive o inadeguate e impegnandosi in favore dell'apertura delle frontiere nazionali al commercio con l'estero. Per tale motivo, la Comco e la sua segreteria si sono pronunciate in favore dell'autorizzazione delle **importazioni parallele di medicinali** in occasione della discussione relativa alla nuova legge sugli agenti terapeutici. Per contro, la recente decisione del Tribunale federale nel caso Kodak, che dichiara illecite le importazioni parallele di merci protette dal diritto dei brevetti, rappresenta un nuovo ostacolo agli sforzi della Comco. Inoltre, la Comco ha raccomandato ai Cantoni di autorizzare, conformemente alla LMI, la **vendita di medicinali per corrispondenza** quando determinate norme di sicurezza sono garantite. Recentemente, il Tribunale federale ha pronunciato una decisione che va nello stesso senso. Infine, nel settore degli indennizzi dei servizi dei farmacisti e dei

grossisti, la Comco si impegnerà ad ancorare nella legge disposizioni che non intralciano la concorrenza.

Per quanto concerne i mercati statalizzati, capita spesso che la loro apertura avvenga in modo eccessivamente lento. Il **mercato dell'elettricità** illustra bene la situazione attuale: mentre il mercato tedesco dell'elettricità è completamente aperto dall'inizio del 1999, consentendo ai grandi clienti e alle economie domestiche di approfittare già di riduzioni dei prezzi, la nuova legge svizzera sull'elettricità entrerà in vigore al più presto nel 2001. Comunque, anche allora soltanto i grandi clienti potranno scegliere liberamente i loro fornitori. In tal modo l'economia nazionale sarà svantaggiata rispetto ai suoi concorrenti. Per questo motivo la Comco sta attualmente esaminando la possibilità di accelerare il processo di apertura del mercato dell'elettricità mediante l'applicazione della legge sui cartelli. Ciò sarebbe possibile se la Comco obbligasse i gestori di reti elettriche che hanno una posizione dominante sul mercato a trasportare l'elettricità di altre aziende.

Nell'ambito dei loro sforzi intesi a introdurre la *New Public Management*, le imprese statali si trovano spesso nella situazione di dover svolgere un duplice ruolo. Da un lato, esse esercitano le loro attività di interesse pubblico, finanziate dallo Stato e, dall'altro, esse si vedono viepiù costrette, conformemente ai loro mandati di prestazioni, ad offrire servizi commerciali, entrando quindi in concorrenza con le imprese private. Nel settore della **meteorologia**, ad esempio, le imprese private che offrono previsioni meteorologiche sono nel contempo clienti e concorrenti dell'Istituto svizzero di meteorologia. In tali circostanze aumenta il pericolo che le imprese private vengano discriminate. Questo genere di problemi potrebbe verificarsi anche in altri uffici federali o nelle scuole universitarie professionali, nella misura in cui essi sono tenuti ad offrire determinate prestazioni a terzi. Un rischio analogo è presente anche nel caso di aziende come la Posta o le FFS, che attualmente sono attive sia sui mercati monopolistici che sui mercati liberalizzati. La Comco continuerà ad osservare attentamente il comportamento di queste aziende.

#### **4. Le sfide del 1999**

Nel 1999, la Comco e la sua segreteria hanno dovuto affrontare sfide di diverso genere: da una parte si è trattato di prendere complesse decisioni nell'ambito di inchieste, dall'altra di superare problemi non direttamente legati a questioni inerenti all'applicazione della legge. A tale proposito occorre menzionare tre tipi di sfide "esterne".

In primo luogo si tratta dello smantellamento del cartello delle vitamine avvenuto negli USA e delle relative conseguenze per la Svizzera.

Le forti multe comminate alla Roche e le pene detentive inflitte ai suoi dirigenti negli Stati Uniti hanno avuto pesanti ripercussioni anche in Svizzera. Gli ambienti politici e i mass media si sono immediatamente interrogati sul tipo di intervento che la Comco avrebbe adottato in un simile caso e sulla possibilità di pronunciare anche in Svizzera **sanzioni** contro il cartello delle vitamine. In base alla legge attualmente in vigore si può stabilire solamente l'illiceità di un cartello. Sanzioni dirette come negli USA o nell'UE non sono possibili. Solo se un cartello continua a sussistere nonostante il divieto della Comco, si possono infliggere ai suoi membri multe fino al 10% della cifra d'affari annuale da essi realizzata in Svizzera.

Di conseguenza una violazione della legge sui cartelli rientra nelle infrazioni di natura veniale. Ciò significa che le imprese possono organizzarsi in modo cartellistico senza incorrere necessariamente in pesanti sanzioni. Gli utili realizzati grazie a un comportamento illecito prima della dichiarazione di illiceità da parte della Comco non possono essere recuperati attraverso il diritto amministrativo. Chi è stato danneggiato da un comportamento illecito di questo tipo è costretto a seguire la via – più ardua – della procedura civile. In questo modo le infrazioni alla legge sui cartelli, nonostante possano avere gravi ripercussioni sull'economia, non possono essere colpite altrettanto duramente come, per esempio, le infrazioni alla legge sulla protezione dell'ambiente che prevede sanzioni dirette.

La situazione, presentata dai media, è stata accolta con preoccupazione dai politici. Diversi interventi parlamentari intendono rimediare alle lacune dell'attuale legge sui cartelli. Dopo aver accolto una mozione, il Consiglio federale ha avviato la revisione della legge con lo scopo di introdurre sanzioni dirette. I primi mandati in tal senso sono stati sottoposti alla segreteria della Comco nel penultimo trimestre del 1999. Il Consiglio federale intende disporre dei risultati di questi lavori entro la prima metà del 2000 al fine di decidere sull'ulteriore modo di procedere.

In secondo luogo le autorità in materia di concorrenza hanno dovuto spesso confrontarsi con questioni di carattere **procedurale**. Dopo l'entrata in vigore della nuova legge sui cartelli, la Comco, per potenziare la sicurezza giuridica, si è preoccupata di fornire il più velocemente possibile una giurisprudenza relativa alle disposizioni materiali di legge, la cui formulazione era soggetta a interpretazione. La Commissione di ricorso per le questioni di concorrenza (REKO) ha tuttavia messo l'accento sulle questioni di procedura chiedendo che gli aspetti di diritto procedurale vengano trattati in modo assolutamente prioritario. La Comco applicherà in futuro i principi procedurali formulati nel frattempo dalla REKO, per cui le procedure saranno necessariamente più lunghe e più formalizzate.

Conoscendo la durata relativamente lunga delle procedure innanzi alla REKO, le imprese sono attualmente inclini a presentare sistematicamente ricorso al fine di ritardare sensibilmente l'effetto della decisione della Comco. Tale modo di agire rende più difficile il conseguimento dello scopo della legge sui cartelli che consiste nell' "impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza". La Comco invita il Consiglio federale ad esaminare questo problema ed eventualmente a porvi rimedio.

In terzo luogo la Comco e la sua segreteria hanno informato l'opinione pubblica, in modo attivo e aperto, in merito alle loro attività. Solo così la popolazione può capire il senso e lo scopo del diritto in materia di concorrenza. Nel 1998 la Comco si è imposta l'obiettivo di **comunicare attivamente** con l'opinione pubblica inaugurando una nuova politica dell'informazione. Un simile obiettivo richiede, secondo le esperienze dello scorso anno, un considerevole impiego di tempo e di personale. Nel 1999 la Comco ha pubblicato 27 comunicati all'attenzione dei media e ha tenuto tre conferenze stampa; inoltre ha intrattenuto regolarmente rapporti con i giornalisti. Il presidente della Comco ha partecipato a diverse interviste. Tali sforzi hanno portato i loro frutti: stando alle valutazioni della Comco e alle reazioni dei media, l'immagine e la presenza delle autorità in materia di concorrenza presso l'opinione pubblica sono notevolmente migliorate.

## 5. Prospettive per il 2000

Che cosa si devono aspettare le autorità in materia di concorrenza con il passaggio al nuovo millennio e quali sfide dovranno affrontare?

Innanzitutto le sfide. Nel nuovo anno la Comco e la sua segreteria dovranno concentrarsi in particolare sui casi che presentano o sembrano presentare gravi effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza. In altri termini, le autorità preposte alla concorrenza porranno l'accento sulle inchieste inerenti ai **cartelli rigidi** (accordi fra concorrenti diretti in materia di prezzi, di quantitativi, di ripartizione di mercati per zone) e sulla lotta alle **distorsioni della concorrenza provocate dall'intervento dello Stato**.

Per quanto riguarda le aspettative bisogna sottolineare che l'economia svizzera è cambiata velocemente dall'inizio degli anni 90. In alcuni settori la Svizzera ha accumulato un certo ritardo rispetto all'evoluzione internazionale: si tratta dei settori dell'energia elettrica e dei servizi postali. Proprio l'esempio dei mercati delle telecomunicazioni mostra i vantaggi sostanziali, a livello economico, creati da una

**liberalizzazione**, vale a dire: prezzi più bassi, nuovi posti di lavoro, incremento dell'innovazione, ecc. Il fatto che determinate condizioni quadro debbano essere adempiute, al fine per esempio di mantenere un approvvigionamento di base, non è un ragione sufficiente per rinunciare agli effetti positivi derivanti da una liberalizzazione.

## **B Attività nei diversi rami economici**

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

Nel settore "industria e produzione" la decisione più importante è stata quella di vietare il sistema collettivo dei prezzi imposti sui **libri** in tedesco. Le parti interessate hanno presentato ricorso contro questa decisione presso la REKO. Se la decisione della Comco venisse confermata, è probabile che il settore si rivolga al Consiglio federale per chiedere l'autorizzazione eccezionale del cartello dei libri per motivi preponderanti di interesse pubblico.

Nella decisione "**Minolta**", la Comco ha ritenuto che la forte concorrenza che regna sul mercato degli apparecchi fotografici impedisca un comportamento abusivo da parte dei produttori per quanto concerne il servizio ai clienti. In effetti, prezzi elevati per le riparazioni o boicotti nella fornitura di parti di ricambio possono ripercuotersi negativamente sia sul servizio ai clienti sia, in definitiva, anche sul prodotto "apparecchio fotografico incluso servizio ai clienti" richiesto dal consumatore. Per questa decisione, che non comporta alcun pregiudizio, la Comco ha fatto riferimento ad inchieste condotte all'estero. In Svizzera non sono state ancora effettuate ricerche approfondite e sistematiche nel settore.

Nel settore della **vendita di automobili**, in cui sono attualmente in corso inchieste nei confronti della Volkswagen e della Citroën, la segreteria ha fatto dei raffronti internazionali dei prezzi e ha tenuto parallelamente una statistica sul numero delle automobili importate. Mentre l'apertura, nel 1995, del mercato svizzero al commercio con l'Unione europea (reciproco riconoscimento dei certificati di conformità) non ha avuto notevoli conseguenze sul numero delle automobili importate, le differenze dei prezzi a livello europeo si sono considerevolmente ridotte. Questa riduzione, accentuatasi soprattutto negli ultimi anni, è da ascrivere sia all'aumento dei prezzi nei paesi dove il costo della vita era più basso sia alla loro flessione nei paesi più cari. Le differenze di prezzo tra l'Unione europea e la Svizzera si sono fortemente assottigliate. È perciò difficile valutare gli effetti sulla concorrenza delle eventuali compartimentazioni dei singoli mercati.

La segreteria ha ricevuto diverse denunce relative ad accordi sulle **procedure di appalto pubbliche**, incentrate per lo più sulla costru-

zione di opere pubbliche ma anche sulla vendita all'asta di contingenti d'importazioni nel settore agricolo. Siccome gli accordi in materia di appalti hanno ragione di esistere soltanto per la durata del concorso, è molto difficile combatterli mediante decisioni nell'ambito della legge sui cartelli senza la possibilità di comminare sanzioni dirette. Tuttavia, la segreteria ha potuto intervenire in alcuni casi dove un comportamento discutibile si è ripetuto. In un caso la procedura di appalto è stata organizzata in collaborazione con l'Ufficio federale dell'agricoltura al fine di evitare il pericolo di un cartello di appalto. Infine nel caso del Comune di Giubiasco è stata aperta un'inchiesta preliminare in seguito ad una denuncia del Comune.

## 2. Servizi

Nel settore dei servizi, il 1999 è stato contrassegnato da due inchieste relative ad accordi orizzontali: una relativa alla distribuzione di **medicamenti** e l'altra riguardante le raccomandazioni di prezzi ai **maestri conducenti**.

La Comco ha inoltre aperto due inchieste nel settore **odontoiatrico** per possibile abuso di posizione dominante. Questo settore è caratterizzato dalla presenza di diversi fabbricanti specializzati e di un distributore di materiale di consumo, che occupano una forte posizione nel loro rispettivo segmento di mercato, di cui potrebbero eventualmente abusare.

E' in corso un'altra inchiesta sull'abuso di posizione dominante nei confronti delle **società che emettono carte di credito**. Queste società obbligano i commercianti a trattare nello stesso modo i pagamenti con la carta di credito e i pagamenti in contanti. Se questo provvedimento ha effettivamente contribuito ad una veloce introduzione delle carte di credito, a lungo termine potrebbe rivelarsi una condizione commerciale inappropriata.

Infine la Comco ha autorizzato la vendita di 26 filiali dell'UBS. In questo modo l'istituto di credito ha assolto uno dei compiti impostigli dalla Comco in occasione della fusione SBS / UBS. Il trasferimento dei clienti, le cui modalità sono state definite in occasione della vendita, sono tuttora in corso.

## 3. Infrastruttura

Siccome nell'ambito delle infrastrutture opera normalmente un ristretto numero di grandi produttori, la Comco ha condotto, oltre alle inchieste sugli accordi, diverse procedure riguardanti probabili abusi di posizione dominante. La Commissione ha per esempio stabilito, nell'ambito di un'inchiesta nei confronti dell'**Istituto svizzero di meteorologia** (ISM), che quest'ultimo aveva abusato della sua posi-

zione dominante discriminando un'impresa privata di servizi meteorologici. Il ricorso contro questa decisione presentato dall'ISM alla REKO è ancora pendente.

Nel settore dell'energia elettrica, la Comco ha aperto un'inchiesta contro la **BKW FMB Energie SA** per essersi rifiutata di trasportare energia elettrica prodotta da un'impresa concorrente. Visto che le reti elettriche costituiscono monopoli naturali, la Comco è del parere che il rifiuto di trasportare l'elettricità rappresenta un abuso di posizione dominante. In questo settore la segreteria della Comco ha partecipato attivamente ai lavori preparatori della nuova **legge sul mercato dell'energia elettrica**.

Adottando misure cautelari la Comco ha infine imposto alla **Cablecom SA** di permettere alla Teleclub SA l'accesso alla rete via cavo e l'installazione presso i suoi clienti dei decodificatori digitali. Mentre queste misure cautelari sono state annullate dalla REKO, l'inchiesta contro la Cablecom SA è tuttora in corso. Con tale decisione la Comco voleva impedire che la forte posizione della Cablecom SA nella rete via cavo potesse estendersi ai settori situati a valle. Tuttavia, proprio un intervento statale ha deciso altrimenti: con una recente decisione - che non è ancora cresciuta in giudicato - il Dipartimento dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni ha vietato alla Teleclub SA di installare propri decodificatori.

Nel sua presa di posizione, espressa nell'ambito della procedura di consultazione relativa alla legge federale sulla **produzione e la cultura cinematografiche**, la Comco era del parere che il promovimento della cinematografia, ancorato nella Costituzione, dovesse essere finanziato dalle risorse generali della Confederazione. Finanziare tale promovimento tassando i film con una grande cifra d'affari condurrebbe a distorsioni della concorrenza e richiederebbe inoltre regolamentazioni onerose per il prelievo, la determinazione e l'applicazione della tassa.

#### 4. Legge sul mercato interno

La Comco ha emanato una raccomandazione ai sensi della legge sul mercato interno (LMI) in merito all'aggiudicazione di contratti di affitto per la **pubblicità esterna**. Sebbene l'affissione esterna e i compiti pubblici svolti dalle imprese di affissione quale controprestazione non sottostanno alla LMI secondo il Tribunale federale, la Comco raccomanda agli enti pubblici di sottoporre la concessione delle superfici pubblicitarie a una procedura di aggiudicazione pubblica.

Basandosi su una moltitudine di richieste pervenute, la segreteria della Comco ha pubblicato, all'attenzione dei Comuni, un foglio

d'informazione sulle esigenze minime della LMI nel settore dei **mercati pubblici**. Inoltre, la segreteria ha avuto diversi contatti con le autorità cantonali e gli organi intercantonali in merito ad aspetti particolari delle procedure di aggiudicazione cantonali e, in particolare, dei valori soglia.

## 5. Relazioni internazionali

La Comco e la segreteria hanno partecipato ai lavori del "Comité du droit et de la politique de la concurrence" dell'**OCSE**. In tale occasione esse hanno presentato il rapporto annuale sulla politica svizzera della concorrenza e altri contributi scritti. Inoltre la segreteria era rappresentata in diversi seminari e conferenze dell'**OCSE**, e in particolare al *Workshop* dedicato alla politica della concorrenza nel settore bancario. Infine occorre rammentare che un rappresentante della segreteria è membro del gruppo di lavoro dell'**OMC** che si occupa dell'interazione tra il commercio e la concorrenza.

La segreteria ha inoltre rafforzato i propri contatti con le autorità straniere in materia di concorrenza, soprattutto con quelle degli Stati Uniti e dell'Unione europea. In tale ambito la segreteria ha partecipato a un'interessante manifestazione informativa, organizzata dai rappresentanti delle autorità americane della concorrenza, in cui questi ultimi hanno illustrato le loro attività in merito al caso del cartello internazionale della lisina. Alcuni rappresentanti della Comco e della segreteria hanno inoltre partecipato a un *Workshop* delle autorità americane in materia di cartelli concernente l'applicazione del diritto della concorrenza.

La partecipazione attiva a manifestazioni internazionali sulla politica della concorrenza permette alla Comco di approfittare della grande esperienza delle autorità straniere in occasione dell'applicazione della nuova legge svizzera sui cartelli. Nell'esame di concentrazioni di imprese, la Comco ha così potuto riallacciarsi a varie riprese ai lavori dell'**OCSE** dedicati al tema del controllo collettivo del mercato.

## C Organizzazione dell'autorità della concorrenza e statistiche

### 1. La Comco e la sua segreteria

Nel 1999, vi è stato un solo cambiamento in seno alla **Comco**. Infatti, la signora Pascale Erbeia, rappresentante della Fédération romande des consommateurs, ha dato le dimissioni.

Quest'anno la Comco si è riunita 13 volte. Le tre Camere che la compongono hanno tenuto generalmente le loro sedute lo stesso giorno allo scopo di discutere le questioni inerenti ai settori loro attribuiti.

Per quanto riguarda la **segreteria**, il 1999 è stato contraddistinto da diversi cambiamenti a livello organizzativo, il cui principale obiettivo consisteva nell'aumentare l'efficacia nello svolgimento delle procedure. In seguito a una valutazione interna, realizzata con l'ausilio di un esperto esterno, il 1° giugno 1999 è stata introdotta un'organizzazione più efficace. La novità principale è stata la sostituzione del servizio "Questioni generali di concorrenza e coordinazione" con cinque centri di competenze, specializzati nei settori del diritto, dell'economia, della legge sul mercato interno, degli affari internazionali e della comunicazione. I centri di competenze "Diritto" e "Economia", quali prestatori di servizi interni, garantiscono un'unità di dottrina in seno all'autorità della concorrenza ed elaborano linee direttive sulle questioni fondamentali di natura giuridica o economica. I tre altri centri di competenze, oltre a un'attività di consulenza interna, trattano direttamente con l'esterno argomenti inerenti ai loro rispettivi settori.

Alla fine dell'anno, la segreteria occupava 45 collaboratori. I costi di gestione della segreteria e della Commissione ammontano a Fr. 4'609'143.--, suddivisi come segue:

	Preventivo 1999	Conto provvisorio
Spese per il personale	4'535'200.--	4'428'172.--
Spese di materiale	234'900.--	180'971.--
Totale spese	4'770'100.--	4'609'143.--
Entrate	170'000.--	307'438.--

In totale sono stati consegnati alla Cassa federale 307'438.--. Il "grado di autofinanziamento" ammonta al 6.5%.

## 2. Statistiche

### a) Inchieste preliminari e inchieste

Consultare le inchieste condotte nel 1999 riportate nella tabella qui di seguito.

Inchieste	1999	1998	Variazione
Condotte durante il 1999	23	14	+9
Procedure riprese dal 1998	12	7	+5
Aperture	11	7	+4
Decisioni finali	8	3	+5
di cui conciliazioni	0	1	-1
di cui decisioni dell'autorità	4	1	+3
Misure cautelari	2	4	-2
Sanzioni	2	0	+2

Inchieste preliminari	1999	1998	Variazione
Condotte durante il 1999	39	40	-1
Procedure riprese dal 1998	17	20	-3
Aperture	22	20	+2
Conclusioni	24	23	+1
di cui conclusesi con l'apertura di un'inchiesta	10	3	+7

## b) Concentrazioni di imprese

Concentrazioni	1999	1998	Variazione
Comunicazioni	33	26	+7
Autorizzazione dopo l'esame preliminare	31	22	+9
Esami approfonditi	0	4	-4
Decisioni della Commissione	0	2	-2
Esecuzione anticipata	0	1	-1
Sanzioni	1	3	-2

## c) Altre attività

Attività	1999	1998	Variazione
Pareri, raccomandazioni e prese di posizione			
Pareri (art. 15 LCart)	4	1	+3
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	3	0	+3
Prese di posizione (art. 46 LCart)	24	62	-38
Pareri (art. 47 LCart)	1	2	-1
Prese di posizione su domande di concessione secondo la LRTV	14	13	+1
Pareri (art. LTC)	1	2	-1
LMI			
Raccomandazioni (art. 8 LMI)	1	4	-3
Pareri (art. 10 I LMI)	0	1	-1
Pareri (art. 10 II LMI)	0	0	+0
Commenti (segreteria)	2	4	-2
Diversi			
Verifiche	5	12	-7
Decisioni d'accertamento	2	1	+1
Comunicazioni (art. 6 Lcart)	0	2	-2

**Inchieste 1999**

<b>Inchiesta</b>	<b>Inchiesta aperta per sospetto di:</b>	<b>Aperta</b>	<b>Conclusa</b>	<b>Risultato</b>
Inseminazione artificiale	Abuso di posizione dominante	09.09.1996	01.03.1999	Decisione: abuso di una posizione dominante (art. 7 LCart)
Ospedali privati di Berna vs. Visana/CSS	Accordi sui prezzi e abuso di posizione dominante	02.10.1996	19.04.1999	Proscioglimento: nessuna limitazione illecita
Minolta	Abuso di posizione dominante: rifiuto di fornire	07.06.1997	01.03.1999	Proscioglimento <sup>1</sup> : nessuna limitazione illecita
Volkswagen	Accordo illecito sulla vendita di automobili di marca VW	06.10.1997	Pendente	
Gas puri e misti	Accordi illeciti tra i produttori di gas svizzeri in merito alle forniture	09.10.1997	01.03.1999	Decisione: accordi illeciti (art. 5 LCart)
Commercio al dettaglio	Accordi sugli acquisti nel commercio al dettaglio	03.11.1997	Pendente	
SWICA/AGZ	Prodotti dell'assicurazione-malattia nel Cantone di Zurigo: accordi illeciti in materia di concorrenza e abuso di posizione dominante	19.01.1998	06.09.1999	Proscioglimento <sup>1</sup> : la limitazione della concorrenza è stata revocata
Sanphar	Regolamentazione dei margini nella distribuzione dei medicinali	20.04.1998	Pendente	
Chioschi nelle stazioni	Accordi sui prezzi e abuso di posizione dominante	14.09.1998	05.07.1999	Proscioglimento: nessuna limitazione illecita
Libri	Accordi illeciti nella distribuzione	28.09.1998	06.09.1999	Decisione <sup>1</sup> : accordo illecito (art. 5 LCart)
Citroën	Accordi illeciti in materia di concorrenza nella vendita di automobili di marca Citroën	02.11.1998	pendente	
Istituto meteorologico svizzero (IMS)	Abuso di posizione dominante, discriminazione	17.11.1998	06.09.1999	Decisione <sup>1</sup> : abuso di posizione dominante (art. 7 LCart)
Raccomandazione dei prezzi per le bevande nel settore della ristorazione	Accordi contrari alla legge sui cartelli in merito ai prezzi delle bevande nel settore della ristorazione nella Svizzera romana	18.05.1999	pendente	
Vitamine: Roche	Cartello delle vitamine	Giugno 1999	pendente	
Teleclub / Cablecom	Abuso di posizione dominante	21.06.1999	pendente	
Quotidiani ticinesi	Accordo sui prezzi degli abbonamenti	12.07.1999	pendente	
BKW / FMG Energie	Abuso di posizione dominante	13.07.1999	pendente <sup>1</sup>	

Inchiesta	Inchiesta aperta per sospetto di:	Aperta	Conclusa	Risultato
Maestri conducenti	Raccomandazione dei prezzi per le lezioni di guida: accordi sui prezzi	13.07.1999	pendente	
Rivestimento stradale	Accordi illeciti in materia di prezzi, di quantitativi, di ripartizione dei mercati per zone	20.07.1999	pendente	
SUMRA	Organizzazione di mercato nel settore orologiero: accordi illeciti in materia di concorrenza	23.08.1999	pendente	
Carte di credito	Abuso di posizione dominante: Obbligo di uguale trattamento dei pagamenti con carte di credito e in contanti	10.09.1999	pendente	
Kaladent SA	Abuso di posizione dominante nel mercato delle forniture odontoiatriche	23.09.1999	pendente	
Intensiv SA	Abuso di posizione dominante nella produzione di materiale odontoiatrico	23.09.1999	pendente	
JC Decaux / Affichage	Accordi illeciti in materia di concorrenza sul mercato delle affissioni pubblicitarie	7.10.1999	pendente	

<sup>1</sup>E' pendente un ricorso

## **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     4.   Beratungen           Conseils           Consulenze**

#### **B 1.4   1.   Hoheitliche und kommerzielle Tätigkeiten           der Zuchtorganisationen von Rindern**

*Zusammenfassung der erfolgten Beratung gemäss Art. 23  
Abs. 2 KG*

Am 1. März 1999 hat die Wettbewerbskommission verfügt, dass die exklusiven Verträge des Schweizerischen Verbands für künstliche Besamung (SVKB) mit Tierärzten eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e des Kartellgesetzes (KG) darstellen und somit unzulässig sind. Dadurch wurde den anderen Unternehmen im Bereich der künstlichen Besamung (KB) der Aufbau eines eigenen Verteilungsnetzes erleichtert.

Die beklagten Verhaltensweisen betreffend Produktion und Beschaffung von Stiersamen wurden in der Verfügung nicht in Betracht gezogen, da sie nicht (allein) dem SVKB angelastet werden konnten. Die Probleme sind vielmehr auf die gleichzeitig ausgeführten hoheitlichen und kommerziellen Tätigkeiten der Zuchtorganisationen zurückzuführen, welche zudem Träger und Partner des SVKB sind.

Zur Klärung der wettbewerblich relevanten Probleme und zum Aufzeigen von Lösungsmöglichkeiten hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG der Zuchtorganisationen durchgeführt.

Da die kommerziellen Tätigkeiten im Bereich der KB einen Zugriff auf hoheitlich erbrachte Dienstleistungen der Zuchtorganisationen bedingen, ist die Beseitigung einer allfälligen Informationsasymmetrie zu Gunsten der kommerziellen Abteilungen der Zuchtorganisationen, welche im Wettbewerb mit anderen KB-Unternehmen stehen, von zentraler Bedeutung. Dies bedingt einen diskriminierungsfreien Zugang aller interessierten Kreise zu den hoheitlich erbrachten Dienstleistungen der Zuchtorganisationen sowie die Vermeidung eines Vor-

teiles der Zuchtorganisationen in ihren wirtschaftlichen Aktivitäten auf dem Markt für künstliche Besamung gegenüber ihrer Konkurrenz.

Als Lösungsansatz zur zukünftigen Vermeidung kartellrechtlicher Probleme wird von den Zuchtorganisationen insbesondere vorgesehen:

- getrennte Rechnungen für den hoheitlichen und den kommerziellen Bereich mit transparenter Darstellung aller Geldflüsse;
- eine personelle Trennung und unterschiedliche Unterstellung zwischen hoheitlichen und kommerziellen Tätigkeiten;
- vertragliche Regelung der Zusammenarbeit zwischen Zuchtorganisationen und KB-Organisationen gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. d TZV.

Diese Vorschläge werden durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission begrüsst, da damit eine Entflechtung der kommerziellen und hoheitlichen Tätigkeiten der Zuchtorganisationen verbunden ist. Allerdings ist eine kostenmässige Trennung dieser beiden Bereiche nie befriedigend lösbar, wenn zwischen diesen sogenannte Verbundvorteile einhergehen.

Weit problematischer aus kartellrechtlicher Sicht ist hingegen die vorgesehene personelle Trennung, da eine solche bzw. ein Informationsaustausch zwischen dem hoheitlichen und kommerziellen Bereich letztlich nicht überprüft werden kann. Die Gefahr einer Informationsasymmetrie zu Gunsten der kommerziellen Abteilung der Zuchtorganisationen, welche im Wettbewerb mit anderen Anbietern steht, wird daher nicht beseitigt. Aus wettbewerblicher Sicht sind (systematische) Informationsvorsprünge äusserst problematisch, da die (kommerzielle) Beschaffung von Genetik insbesondere ein Kampf um die Schnelligkeit ist.

Die Zuchtorganisationen sind sich der wettbewerblichen Problematik der Informationsasymmetrie bewusst und daher bestrebt, (noch) bestehende Asymmetrien durch folgende Massnahmen zu beseitigen:

Die für die Beschaffung von Stieren bzw. Genetik relevanten Informationen würden allen Interessierten zeitgleich über Internet zugänglich gemacht.

Um die Gefahr einer möglichen "Vorselektion" von Stieren durch die kommerzielle Abteilung der Zuchtorganisationen auszuräumen, beispielsweise wenn Mindestanforderungen für die Publikation der Resultate noch nicht erfüllt sind, sollen bereits Zwischenergebnisse der

Stiere den KB-Organisationen zum internen Gebrauch (d.h. noch keine offizielle Publikation) weitergegeben werden bzw. laufend zugänglich sein.

Soweit die Daten nicht mit öffentlichen Beiträgen finanziert werden, sollen die Kosten der Er- und Vermittlung verursachergerecht bzw. nach dem Äquivalenzprinzip erhoben werden.

Auf Grund der erfolgten Beratung sowie der mit den Vertretern der Zuchtorganisationen geführten Besprechungen ist das Sekretariat der Ansicht, dass die Gefahr einer Informationsasymmetrie innert nützlicher Frist beseitigt werden kann. Ein kartellrechtliches Verfahren ist daher (vorläufig) nicht angezeigt.

B 1	<b>5. Diverses Divers Diversi</b>
B 1.5	<b>1. Zusammenarbeit mit Bundesamt für Landwirtschaft bei Versteigerung von Zollkontingenten</b>

1. Ein Pferdehändler hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine vorgesehene Vereinbarung zwischen dem Verband Schweizerischer Pferdehändler (VSP) und Pferdeimporteuren betreffend die Versteigerung von Zollkontingentsanteilen für die Tiere der Pferdegattung zur Kenntnis gebracht. Seiner Meinung nach versuche "nun der Pferdehändlerverband eine Preisbindung unter den Mitgliedern herbeizuführen".

2. Durch die vorgesehene Vereinbarung zwischen Pferdeimporteuren und dem VSP sollte ermöglicht werden, dass allen an der Vereinbarung teilnehmenden Pferdehandelsfirmen die Zollkontingentsanteile zu einem einheitlichen, durchschnittlichen Steigerungspreis zur Verfügung stehen. Zu diesem Zweck wurde die Errichtung eines Fonds zum Ausgleich der unterschiedlichen Zuschlagsraten vorgesehen. Mit der Verwaltung des Fonds und allen damit im Zusammenhang stehenden Aufgaben wäre das Sekretariat des VSP betraut geworden.

3. Das Sekretariat ist in seiner vorläufigen Beurteilung zum Schluss gekommen, dass diese Vereinbarung als Bieterkartell zu werten und im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 lit. a des Kartellgesetzes (KG) als höchst bedenklich zu beurteilen sei.

4. Gegenüber dieser Beurteilung hat der VSP verschiedene Bedenken vorgebracht, welche das Sekretariat zu Gesprächen mit dem

Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) bewogen hat. Dabei wurden insbesondere die Eignung alternativer Verfahren (insbesondere das Tenderverfahren) zur Zuteilung von Zollkontingenten im Hinblick auf die Wahrung von Wettbewerb besprochen.

5. Auf Grund der Ablösung der Zuteilung der Kontingente nach der Inlandleistung durch das Verfahren der Versteigerung sowie die erfolgte Öffnung der Zollkontingentanteilsberechtigung sind Prognosen über die effektiven Zuteilungsergebnisse durch die verschiedenen Zuteilungssysteme noch sehr spekulativ, da entsprechende Erfahrungswerte fehlen. Daher scheint eine Änderung des Zuteilungsverfahrens auch (noch) nicht notwendig oder angebracht.

6. Allerdings sollten Vorkehrungen grundsätzlicher Art getroffen werden, um mögliche unzulässige Abreden bzw. Manipulationen betreffend die Zuteilung von Zollkontingenten präventiv zu verhindern bzw. den Wettbewerb zu wahren. Um dies zu erreichen, wird eine Zusammenarbeit zwischen dem BLW und dem Sekretariat bei einem Verdacht auf Abreden vorgesehen.

7. In dieser Hinsicht wurde folgender Hinweis in der "Ausschreibungsbekanntmachung Nr. 1/2000 über die Versteigerung von 1561 Tieren der Pferdegattung (Zollkontingent Nr. 01; ohne Zuchttiere)" gemacht:

"Vermutete Preisabsprachen zwischen Bieterinnen und Bieterinnen bringt das Bundesamt für Landwirtschaft unmittelbar dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Anzeige, damit dieses unverzüglich die notwendigen Schritte für einen allfälligen Ausschluss der an der Absprache beteiligten Bieterinnen und Bieter vom Zuteilungsverfahren veranlassen kann."

8. Um Anreize für Wettbewerbsabreden zu minimieren, sollen auch Ausschreibungsbekanntmachungen für andere landwirtschaftliche Erzeugnisse oder Produktionsfaktoren entsprechend ergänzt werden.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass der VSP dem Sekretariat mitgeteilt hat, dass er keine Vereinbarung mit Pferdeimporteuren abschliessen werde, welche seitens der WEKO als kartellrechtlich unzulässig beurteilt werde.

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

**B 2 3. Unternehmenszusammenschlüsse**  
**Concentrations d'entreprises**  
**Concentrazioni di imprese**

<b>B 2.3</b>	<b>1. Georg von Holtzbrinck – Verlagsgruppe Handelsblatt/Dow Jones</b>
--------------	--

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

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

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

Am 20. September 1999 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Georg von Holtzbrinck / Verlagsgruppe Handelsblatt - Dow Jones erhalten. Danach beabsichtigt Georg von Holtzbrinck GmbH & Co., Stuttgart (GvH), bzw. die Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, Düsseldorf (VHB), indirekt die Kontrolle über das bisher zur Dow Jones & Company Inc., New York (Dow Jones), gehörende Wall Street Journal Europe zu übernehmen.

GvH ist die Obergesellschaft von verschiedenen Zeitungs-, Buch-, Colleaguebuch- und Wissenschaftsverlagen sowie Unternehmen in den Bereichen Druck und Neue Medien. Zu GvH gehören die VHB, die Saarbrücker Zeitung, DIE ZEIT, der Tagesspiegel, die Mainpost und der Südkurier.

Dow Jones ist ein weltweit tätiges Medienunternehmen, das in den Bereichen Wirtschafts- und Finanzpresse, elektronische Medien, Börsendienste und Fernsehen aktiv ist. Dow Jones gibt mittels seiner europäischen Tochtergesellschaft unter anderem das Wall Street Journal Europe heraus.

Ähnlich wie im Fall Axel Springer Verlag – Handelszeitung und Finanzrundschau AG (RPW 1999/1, S. 177) kann der Markt für Printprodukte mit Wirtschaftsinformationen in der Deutschschweiz am ehesten als betroffener Markt gemäss Art. 11 VKU angesehen werden.

Der Zusammenschluss führt weder zu Marktanteilsadditionen über die 20%-Schwelle, noch erreicht eines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz alleine einen Marktanteil von 30% oder mehr im Sinne

von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Daraus folgt, dass von der Unbedenklichkeit des Vorhabens ausgegangen werden kann.

B 2.3	<b>2. GE Capital – Lisca</b>
-------	------------------------------

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

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

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

### *Zusammenfassung*

Am 17. September 1999 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben von GE Capital Bank, GE Capital Unileasing GmbH und General Electric Capital AG (nachfolgend gemeinsam "GE Capital") und der Lisca AG (nachfolgend "Lisca") erhalten. GE Capital soll von der Lisca die Geschäftsbereiche Investitionsgüterleasing, Automobilleasing und Konsumkredit übernehmen.

GE Capital gehören zum weltweit tätigen General Electric-Konzern, an deren Spitze die General Electric Company mit Sitz in Fairfield, Connecticut, USA, steht. Der Konzern ist in den Bereichen High-Tech und Fertigung, aber auch im Dienstleistungssektor tätig. Von besonderem Interesse sind vorliegend die Finanzdienstleistungen, welche hauptsächlich von den beiden Tochtergesellschaften der General Electric Capital Services Inc., der General Electric Capital Corporation Inc. (GECC) und der General Electric Global Insurance Holding Corporation erbracht werden.

Mit den Übernahmen der Bank Aufina AG (GECC/Aufina, RPW/DPC 1997/3, S. 358 ff.) und der Bank Prokredit (GECC/Prokredit, RPW 1991/1, S. 144 ff.) ist die GECC in den Leasing- und Konsumkreditmarkt der Schweiz eingetreten. Heute hält die GECC in der Schweiz drei Tochtergesellschaften, die General Electric Capital Unileasing GmbH, die General Electric Capital AG und die Dec Lease AG. Die General Electric Capital Bank ihrerseits ist die Tochtergesellschaft der General Electric Capital Unileasing GmbH.

Die General Electric Capital Unileasing GmbH betreibt das Automobilleasinggeschäft. Die General Electric Capital Bank umfasst die ehemals von der Aufina und der Prokredit ausgeübten Geschäftsbereiche und ist im schweizerischen Leasing- und Konsumkreditgeschäft tätig. Die General Electric Capital AG betreibt in der Schweiz das Fi-

finanzierungs- bzw. Investitionsgüterleasing. Die Dec Lease AG übt in der Schweiz zur Zeit keine Tätigkeit aus.

Die Lisca AG ist die Tochtergesellschaft der Lisca Holding AG, welche ihrerseits durch die 24 Kantonalbanken gehalten wird (in den Kantonen Solothurn und Appenzell Ausserrhoden gibt es keine Kantonalbank). Die Lisca AG ist im Immobilienleasing, im Investitionsgüterleasing, im Automobilleasing und im Schiffsleasing tätig und gewährt Privatkredite. Diese Geschäftsbereiche betreibt die Lisca in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein.

Der Zusammenschluss betrifft die Märkte Konsumkredit, Automobilleasing und Investitionsgüterleasing. Betroffen im Sinne der VKU sind die Märkte Konsumkredite mit einem gemeinsamen Marktanteil von [40 – 50%] sowie der Markt Automobilleasing mit einem gemeinsamen Marktanteil von [20 – 30%].

Für den Markt für Konsumkredite ist von Bedeutung, dass die GE Capital mit der Übernahme von Lisca ihren Marktanteil um lediglich [0 – 5%] erhöhen wird. Diese Übernahme wird an den bestehenden Marktstrukturen daher kaum etwas ändern. Die inländischen Banken stellen eine gewichtige Konkurrenz dar. Zudem sind beim Marktzutritt von bereits in der Schweiz tätigen Finanzdienstleistungsunternehmen keine nennenswerten Zutrittsschranken zu überwinden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Übernahmevertrag kein Konkurrenzverbot für die Kantonalbanken enthält. Der Zusammenschluss ist in Bezug auf den Markt für Konsumkredite aus wettbewerblicher Sicht daher unproblematisch.

Auf dem Markt für Automobilleasing beträgt der gemeinsame Marktanteil [20 – 30]%. Der Marktanteilszuwachs beläuft sich auf ca. [0 – 5]%. Neben den Parteien sorgen mehrere grosse und mittlere Konkurrenten mit namhaften Umsätzen für Wettbewerb. Angesichts dieser Konkurrenzverhältnisse kann ausgeschlossen werden, dass durch die Übernahme von Lisca durch die GE Capital eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Automobilleasing begründet oder verstärkt wird.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind die Voraussetzungen zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens nicht gegeben.

B 2.3	<b>3. Alcan – Pechiney – Algroup</b>
-------	--------------------------------------

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

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

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

#### *Zusammenfassung der Beschlussbegründung*

### **A Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 4. Oktober 1999 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. An diesem Vorhaben sind folgende Unternehmen beteiligt:

- Alusuisse Lonza Group AG, Zürich (**Algroup**)
- Alcan Aluminium Limited, Montreal, Quebec, Canada (**Alcan**)
- Pechiney SA, Paris, Frankreich (**Pechiney**)

2. Diese drei international tätigen Unternehmen sind in den Industriebereichen Aluminium und Verpackung tätig. Algroup ist ebenfalls im Chemie- und Energiegeschäft aktiv, wird sich aber vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens von diesen Bereichen trennen. Die konkreten Aktivitäten dieser Unternehmen können Abschnitt B.1 über die sachlich relevanten Märkte entnommen werden.

3. Der Zusammenschluss dieser drei Unternehmen wird formell als Aktientausch über zwei unabhängige Umtauschangebote abgewickelt. Kommen beide öffentlichen Umtauschangebote wie vorgesehen zustande, so wird das neu entstehende Unternehmen (**MergeCo**) zu 44% von Alcan, zu 29% von Pechiney und zu 27% von Algroup gehalten. Dabei handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. a des Kartellgesetzes (KG).

4. Die beiden voneinander unabhängigen Umtauschangebote wären für sich alleine betrachtet nicht meldepflichtig. In Anbetracht der eingereichten Unterlagen (Memorandum of Understanding; Initial Combination Agreement) sowie des Beschlusses der Aktionäre der Algroup vom 18. Oktober 1999, die Chemie- und Energiebereiche abzustossen, ist von einer Umsetzung des geplanten Zusammenschlusses zwischen den drei Parteien auszugehen. Somit besteht die Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

## B Die relevanten Märkte

5. Im Folgenden wird grundsätzlich zwischen den Industriebereichen Aluminium und Verpackung unterschieden.

### B.1 Sachlich relevante Märkte

6. 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 lit. a VKU).

#### I. Aluminium

7. Die Herstellung von Aluminium und damit die ganze Wertschöpfungskette ist bei den beteiligten Unternehmen vertikal integriert. Dennoch können folgende sachlichen Märkte unterschieden werden:

- **Bauxit:** Dies ist der einzige und daher nicht substituierbare Rohstoff, der rentabel zu Tonerde verarbeitet werden kann.
- **Tonerde:** Bei Tonerde handelt es sich um das raffinierte Zwischenprodukt aus Bauxit, aus dem mittels Elektrolyse Primäraluminium gewonnen wird.
- **Primäraluminium:** Die Herstellung von Primäraluminium ist sehr kapital- und energieintensiv. Primäraluminium ist das Ausgangsprodukt für die verschiedenen Aluminiumprodukte.

8. Die aus Primäraluminium hergestellten Produkte werden in nachgelagerten, ebenfalls vertikal integrierten Verarbeitungsstufen weiterverarbeitet. Dabei sind folgende sachlich relevanten Märkte zu unterscheiden:

- **Walzprodukte ("flat rolled products"):** Aus Primäraluminium flachgewalzte Produkte werden in einer sehr grossen Vielfalt verschiedenster Dicken, Breiten und Legierungen angeboten. Obwohl die Produkte für verschiedenste Verwendungszwecke eingesetzt werden können, kann auf Grund der grossen Angebotsumstellungsflexibilität von einem einzigen sachlich relevanten Markt ausgegangen werden.
- **Pressprodukte ("extrusions"):** Aluminium-Pressprodukte werden je nach Anwendungsbereich in verschiedenen Profilformen hergestellt. Je nach Härte der Legierung können Hart- und Weichlegierungen unterschieden werden. Ob es sich dabei um verschiedene sachlich relevante Märkte handelt, kann hier offen gelassen werden.

- **Gussprodukte ("castings"):** Je nach verwendeter Technologie bilden Gussprodukte verschiedene sachlich relevante Märkte. Da die Parteien entweder nur eine "de minimis-Produktion" haben (Algroup, Pechiney) bzw. gar nicht in diesem Bereich tätig sind (Alcan), kann eine genaue Marktabgrenzung offen gelassen und auf weitere Ausführungen verzichtet werden.

## II. Verpackung

9. In diesem Bereich werden von den Parteien folgende sachlich relevanten Märkte unterschieden:

- **Aerosoldosen** charakterisieren sich durch ihr Zerstäuber- und Schliesssystem und werden für verschiedenste Erzeugnisse verwendet (z.B. Reinigungsmittel, Gesundheits- und Schönheitspflegemittel). Obwohl diese Dosen aus verschiedenen Materialien hergestellt werden können, wird der Einfachheit halber von Aerosoldosen **aus Metall** ausgegangen.
- **Kunststoff-Flaschen** werden zur Verpackung verschiedenster Erzeugnisse verwendet (z.B. Getränke, Pharmazeutika, Speiseöl, Reinigungsmittel). Auf Grund verschiedenster Substitutionsprodukte (z.B. Glas, beschichteter Karton, Metall) dürfte eine sachliche Marktabgrenzung auf Kunststoff-Flaschen allerdings zu eng sein.
- **Flexible Verpackungen** werden für eine Vielzahl verschiedenster Erzeugnisse verwendet, wie z.B. Gesundheits- und Nahrungsmittel sowie Haushaltswaren. Dabei werden verschiedene flexible Materialien (Kunststoff, Papier, Aluminium) kombiniert. Die Produkte sind stark nach Bedürfnissen differenziert, es besteht aber eine grosse Angebotsumstellungsflexibilität.
- **Halbfeste Behälter (semi-rigid containers)** dienen ebenfalls verschiedensten Verpackungszwecken (z.B. Tiefkühlkost) und werden in der Regel speziellen Kundenbedürfnissen angepasst. Auf Grund von häufig gegebenen Substitutionsmöglichkeiten mit anderen Verpackungen kann ebenfalls von einer zu engen sachlichen Marktabgrenzung ausgegangen werden.

## B.2 Räumlich relevante Märkte

10. 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 lit. b VKU).

## I. Aluminium

11. In der Aluminiumproduktion handelt es sich bei allen sachlichen Märkten (**Bauxit, Tonerde und Primäraluminium**) um "commodities", welche weltweit und zu Weltmarktpreisen gehandelt werden. Die räumlich relevanten Märkte sind daher weltweit abzugrenzen.

12. Der räumlich relevante Markt für **Walzprodukte** ist mindestens Westeuropa:

- Importe aus EFTA-Ländern in die EU- und EWR-Mitgliedstaaten werden mit keinem Importzoll belegt;
- die Transportkosten sind relativ niedrig (ca. 2.5 – 4% der Produktionskosten);
- die Preisunterschiede zwischen den westeuropäischen Staaten sind gering.

13. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen umfasst der räumlich relevante Markt zusätzlich zu Westeuropa auch Osteuropa, die Türkei sowie die GUS:

- zwischen der EU und Osteuropa/Türkei werden keine Zölle für Walzprodukte erhoben;
- über ein Drittel der osteuropäischen Walzproduktion gelangt nach Westeuropa; der entsprechende Anteil für die GUS beträgt schätzungsweise 30%-50%;
- weltweit führende Walzproduktehersteller dehnen ihre Aktivitäten auf Grund geringerer Herstellkosten nach Osteuropa/ Türkei und die GUS aus und exportieren Walzprodukte nach Westeuropa.

14. Der räumlich relevante Markt für Walzprodukte ist somit Gesamteuropa inkl. Türkei und GUS. Dieser Markt abgrenzung haben sämtliche angefragten Abnehmer von Walzprodukten in der Schweiz zugestimmt (vgl. Rz. 23).

15. Für **Pressprodukte** gehen die Parteien ebenfalls von Gesamteuropa inkl. Türkei und GUS als räumlich relevantem Markt aus, da die Transportkosten und Zölle im EWR-Raum (inkl. Schweiz) tief sind. So wird auch ein grosser Teil der westeuropäischen Nachfrage von Herstellern aus Osteuropa, der GUS sowie der Türkei gedeckt. Da dieser Markt selbst bei einer Markt abgrenzung auf die Schweiz nicht betroffen ist, wurde die von den Parteien vorgenommene Abgrenzung nicht weiter verifiziert.

16. Die nachfolgende Tabelle zeigt die geschätzten kumulierten Marktanteile der Zusammenschlusspartner in den räumlich relevanten Märkten sowie, falls möglich, die Marktanteile in der Schweiz:

sachliche Märkte	Marktanteile im räuml. rel. Markt	Marktanteile Schweiz
Bauxit	5-15%	-
Tonerde	10-20%	-
Primäraluminium	10-20%	15-25%
Walzprodukte	30-40%	35-45%
Pressprodukte	-	< 20%
- Hartlegierung	10-20%	-
- Weichlegierung	5-15%	-

## II. Verpackung

17. Aus folgenden Gründen ist der räumlich relevante Markt für sämtliche sachlich relevanten Märkte mindestens Westeuropa:

- sehr geringe Transportkosten;
- keine tarifären oder nicht-tarifären Handelshemmnisse;
- praktisch keine Preisunterschiede zwischen den Ländern.

18. Die nachfolgende Tabelle zeigt die geschätzten kumulierten Marktanteile der Zusammenschlusspartner in Westeuropa und der Schweiz:

sachliche Märkte	Marktanteile in Westeuropa	Marktanteile Schweiz
Aerosoldosen aus Metall	- <sup>1)</sup>	5-15%
Kunststoff-Flaschen	0-10%	<1%
Flexible Verpackungen	5-15%	10-20%
Halbfeste Behälter	<10%%	<10%

<sup>1)</sup> es liegen keine Angaben vor

## C Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

19. Durch den Zusammenschluss sind im Bereich Aluminium die Märkte Primäraluminium und Walzprodukte betroffen gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU. Im Bereich Verpackungen ist kein Markt betroffen.

### 1. Primäraluminium

20. Die vorläufige Prüfung ergibt aus folgenden Gründen keine Anhaltspunkte einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung:

- Der Zusammenschluss führt lediglich zu einer marginalen Erhöhung der Marktanteile auf 15 - 25%; Algroup allein produziert ca. 15 - 25% der gesamten in der Schweiz abgesetzten Menge, wobei diese Menge vollständig "captive" ist, d.h. konzernintern weiterverarbeitet wird. Es gibt somit keine Abnehmer der Algroup in der Schweiz.
- Der räumlich relevante Markt ist weltweit abzugrenzen, d.h. eine Marktabgrenzung auf die Schweiz ist viel zu eng (vgl. Rz. 11). Der Marktanteil auf dem relevanten räumlichen Markt (Weltmarkt) beträgt 10 - 20%.

### 2. Walzprodukte

21. Der Zusammenschluss bewirkt eine bedeutsame Steigerung des gemeinsamen Marktanteils in der Schweiz: 20 - 50%. Die folgende Tabelle zeigt die geschätzten jeweiligen Marktanteile der Zusammenschlusspartner in der Schweiz:

Unternehmen	Marktanteil in %
Alcan	10-20
Pechiney	5-15
Algroup	5-15
MergeCo	20-50
Übrige	50-80
<b>Total</b>	<b>100</b>

22. Die Parteien sahen sich nicht in der Lage, genauere Angaben zu den Marktanteilen der Konkurrenten in der Schweiz anzugeben. Daher hat das Sekretariat elf wichtige Abnehmer von Walzprodukten betreffend die zu erwartenden Auswirkungen auf dem Markt für

Walzprodukte befragt. Nachfolgend sind die wichtigsten Ergebnisse der Abklärungen wiedergegeben:

- Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung wird für richtig befunden.
- Die Marktanteile der Zusammenschlusspartner werden tendenziell etwas höher als von den Parteien selbst geschätzt: Im Markt Schweiz im Durchschnitt auf ca. 50% (Extrema: 25% und 90%), im räumlich relevanten Markt auf durchschnittlich ca. 40% (Extrema: 18% und 60%).
- Als wichtigste Konkurrenten werden folgende Unternehmen genannt: Alcoa, Elval, Norsk Hydro, Hoogovens, VAW (Viag), Ranshofen.
- Bis auf zwei Unternehmen erwarten die Befragten grundsätzlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.
- Drei Unternehmen geben an, dass nach erfolgtem Zusammenschluss nur noch wenige Anbieter bestimmte Walzprodukte (in Eloxalqualität) anbieten würden und wettbewerbliche Probleme die Folge sein könnten.

23. Um noch verbleibende Unsicherheiten auszuräumen, wurden die Zusammenschlusspartner um weitere Angaben zu Walzprodukten in Eloxalqualität gebeten. Nachfolgend sind die wichtigsten Ergebnisse genannt:

- Walzprodukte in Eloxalqualität sind flachgewalzte Aluminiumbleche, deren Oberfläche eine regelmässige Struktur aufweist. Diese Produkte werden v.a. im Fassadenbau eingesetzt.
- Auf Grund einer sehr grossen Angebotsumstellungsflexibilität sind alle grossen Walzwerke in der Lage, bei Bedarf Walzprodukte in Eloxalqualität herzustellen. An der getroffenen sachlichen Marktabgrenzung kann daher festgehalten werden.
- Des Weiteren stehen Walzprodukte in Eloxalqualität im Substitutionswettbewerb mit anderen Produkten (normal oder metallisiert lackierte Aluminiumbleche sowie Stahlbleche).

24. Es liegen somit keine Anhaltspunkte vor, wonach der Zusammenschluss auf dem Markt für Walzprodukte eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte.

## D Schlussfolgerungen

25. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2	<b>4. Sanktionen Sanctions Sanzioni</b>
B 2.4	<b>1. Einstellung des Sanktionsverfahren in Sachen ITV/TUI</b>

Anlässlich der Meldung des Unternehmenszusammenschlusses ITV/IVG – TUI (Suisse) AG (vgl. RPW 1999/3, S. 482 ff.) bestanden Anhaltspunkte, dass mit vorher getätigten Transaktionen ein meldepflichtiger Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen worden sei und damit ein Verstoss gemäss Art. 51 Abs. 1 KG vorliege.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat daher am 3. September 1999 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Sanktionsverfahren wegen einer möglichen Verletzung der Meldepflicht eröffnet. Während des Verfahrens ergab sich, dass es sich bei den erwähnten Transaktionen nicht um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelte. Das Sanktionsverfahren wurde demzufolge mit Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 1999 eingestellt.

B 2	<b>5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni</b>
B 2.5	<b>1. Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999</b> vgl. hierzu RPW 1998/3 S. 382 ff. sowie RPW 1999/3 S. 501 ff.

*in Sachen Clima Suisse betreffend Service- und Reparaturleistungen an Öl-/ Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen (22-0154; Zentralheizungsmaterial) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG.*

## A Sachverhalt

1. Mit Verfügung vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.) stellte die Wettbewerbskommission fest, dass die jährlichen Tariflisten von PROCAL (Lieferantenverband Heizungsmaterialien), VUOG (Verband unabhängiger Öl- und Gasbrennerunternehmen), Clima Suisse (Verband schweizerischer Heizungs- und Lüftungsfirmen) sowie des SSIV (schweizerischer Spenglermeister- und Installateur-Verband) hinsichtlich Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschlägen für Regiearbeiten bei Brennern und Kompaktwärmezentralen, Service-Abonnementspreisen sowie Ansätzen für weitere Dienstleistungen bei Brennern und Kompaktwärmezentralen unzulässige Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG darstellten.
2. Dementsprechend wurden die vier Verbände gemäss erwähnter Entscheidung verpflichtet, ihre Mitglieder bzw. Dritte – welche mit Tariflisten oder anderen Hilfsmitteln mit gleicher Zwecksetzung bedient worden waren – innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung über die festgestellte Unzulässigkeit der Tariflisten zu informieren und deren Anwendung zu untersagen.
3. Auf Begehren des damaligen gemeinsamen Rechtsvertreters der vier Verbände erläuterte die Wettbewerbskommission mittels Verfügung vom 25. September 1998 den Dispositiv-Passus "andere Hilfsmittel" und legte dar, dass darunter Instrumente zu verstehen seien, welche sich über Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschläge für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen bei Kunden, Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie über Ansätze für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen aussprechen würden.
4. Mit Eingabe vom 30. Oktober 1998 erhob Clima Suisse gegen die Verfügungen der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 und vom 25. September 1998 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) mit dem Begehren, es seien die Verfügungen – unter Kostenfolge – aufzuheben. Die anderen drei Verbände verzichteten auf eine Beschwerde.
5. Mit Verfügung vom 23. September 1999 (RPW 1999/3 S. 501 ff.) hiess die REKO/WEF die Beschwerde der Clima Suisse, soweit darauf eingetreten wurde, gut und hob den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.), soweit Clima Suisse betreffend, auf. Begründet wurde der Entscheid im wesentlichen damit, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt seit Erlass der Verfügung der Wettbewerbskommission verändert habe, weil drei von vier Verbänden die

Verfügung der Wettbewerbskommission und damit auch die Auflage, die Anwendung ihrer Verbandstariflisten für Regie- und Servicearbeiten zu verbieten, akzeptiert hätten. Dies müsse als neue Tatsache von Amtes wegen beachtet werden.

6. Infolgedessen wies die REKO/WEF die Sache an die Wettbewerbskommission mit der Massgabe zurück, das Verfahren gegen die Clima Suisse einzustellen oder im Lichte der Ausführungen der REKO/WEF die Untersuchung zu ergänzen und einen neuen Entscheid zu fällen.

## **B Erwägungen**

7. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Verfügung vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.) nach vorangehender Untersuchung festgestellt, dass die Tariflisten der vier Verbände den Preisabredetatbestand nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllen und die diesbezügliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden konnte. Die Tatsache allein, dass drei der vier Verbände (VUOG, PROCAL und SSIV), welche auf sich einen Marktanteil von ca. 75% - 85% vereinigen, gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission keine Beschwerde geführt haben, bedeutet nicht, dass die Abrede nicht mehr wirkt.

8. Im Lichte der Untersuchungsmaxime, welche im Verwaltungsverfahren und auch im Kartellverwaltungsrecht Anwendung findet, darf sich die Behörde nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich selbst überzeugt hat (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, RZ 905). Dementsprechend ist es auch nicht sachgerecht, lediglich aufgrund des Beschwerdeverzichts der drei Verbände die in der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 festgestellte Preisabrede unter den Verbänden zu verneinen.

9. Gegenüber den drei Verbänden VUOG, PROCAL und SSIV ist der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 / 25. September 1998 in Rechtskraft erwachsen, mit der Konsequenz, dass es diesen Verbänden seither unter Sanktionsfolgen untersagt ist, untereinander und mit Clima Suisse die Tarife in der von der Wettbewerbskommission als unzulässig erklärten Weise abzusprechen und die entsprechenden Tariflisten weiter zu verwenden. Des weiteren haben die drei Verbände ihre Mitglieder nachgewiesenermassen über die Unzulässigkeit der Preislisten informiert und deren Anwendung untersagt. Überdies ist wesentlich, dass sich in der Zwischenzeit bezüglich der die Verfügung akzeptierende Verbände keinerlei Anzeichen für ein neues (oder fortgesetztes) kartellrechtswidriges Verhalten ergeben haben. Aufgrund dessen und weil die drei die Verfügung

akzeptierenden Verbände einen Marktanteil von ca. 75% - 85% auf sich vereinigen können, kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Service und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmeeinheiten wiederhergestellt ist.

10. Ob die von der Clima Suisse herausgegebene Tarifliste für sich alleine betrachtet eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, war – entgegen der Ansicht der REKO/WEF (RPW 1999/3 S. 516 Ziff. 3.2) - nie Gegenstand der Untersuchung. Die der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 bzw. vom 25. September 1998 zu Grunde liegende Untersuchung konzentrierte sich auf die Frage, ob das Parallelverhalten der Verbände (Herausgeben von Tariflisten) kartellrechtswidrige Wirkungen verursacht, was von der Wettbewerbskommission bejaht wurde. Bezüglich des Parallelverhaltens von Unternehmungen sei im Sinne einer Klarstellung erwähnt, dass die REKO/WEF in ihrem Entscheid vom 23. September 1998 davon ausging, dass dieses grundsätzlich keine vom Kartellgesetz erfasste Wettbewerbsbeschränkung darstelle (RPW 1999/3 S. 517 Ziff. 4.2). Diese Ansicht ist unzutreffend. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. "Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen (Botschaft zum KG, Separatdruck S. 78). Wenn das Parallelverhalten also bewusst und aufgrund von ausgetauschten Marktinformationen gleichförmig erfolgt und dieses nicht durch exogene Faktoren bestimmt ist, muss das Parallelverhalten als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten (vgl. Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N 1000). In oligopolistischen Märkten mit homogenen Massengütern ist es demgegenüber durchaus möglich, dass ein Parallelverhalten, in diesem Zusammenhang wird oft vom "gewöhnlichen" oder "reinen" Parallelverhalten gesprochen, nicht auf einem abgestimmten Verhalten beruht, sondern als normale Marktreaktion anzusehen ist (vgl. Schmidhauser, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 4 RZ 47 sowie Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Ausg. 1998 S. 134). Als Fazit ergibt sich demnach, dass die absolute Aussage der REKO/WEF, wonach das Parallelverhalten von Unternehmungen nicht vom Kartellgesetz erfasst sei, in dieser Form unzutreffend ist.

11. Weil die Mitglieder von Clima Suisse lediglich einen Marktanteil von ca. 5% - 15% innehaben, besteht zur Zeit im übrigen auch keine Veranlassung, hinsichtlich der Clima Suisse-Tariflisten eine Untersu-

chung zu eröffnen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die REKO/WEF in ihrer Entscheidung davon ausgegangen ist (RPW 1999/3 S. 518 Ziff. 4.3), dass nur verbindliche aber keinesfalls unverbindliche Tariflisten unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren seien. Für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist aber einzig die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend (vgl. Botschaft, a.a.o. S. 100; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht; Bern 1999, S. 179 RZ 311; Borer, a.a.o., S. 179 RZ 25; Meier-Schatz, AJP/PJA 7/96, S. 820, 4.2.a). Diese Wirkung kann natürlich auch durch blosse Empfehlungen erreicht werden, sofern sich die Marktteilnehmer an die Empfehlungen halten. Einer weiteren Schlussfolgerung der REKO/WEF, wonach eine Abrede nur dann vom Kartellgesetz erfasst werde, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke und bewirke (kumulativ), kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Diese Ansicht steht im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG, welcher von einer Abrede ausgeht, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (alternativ). Die beiden Elemente "bezwecken" bzw. "bewirken" haben selbständigen Charakter. Wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, ist der Tatbestand ohne weiteres erfüllt, auf die Wirkungen kommt es nicht an, somit auch nicht darauf, ob der Zweck erfüllt wird (Schmidhauser; a.a.o., Art. 4 RZ 28, mit weiteren Verweisen).

12. Weil aus den dargelegten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Service und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen wiederhergestellt ist, wird das Verfahren gegen Clima Suisse eingestellt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission überwacht diesen Markt und wird bei Anzeichen für kartellrechtswidriges Verhalten die nötigen Schritte einleiten.

## **C Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das im Rahmen der Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden auf dem Markt für Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen gegen Clima Suisse geführte Verfahren wird eingestellt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. (Rechtsmittelbelehrung)
4. (Eröffnung)

B 2	<b>7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi</b>
B 2.7	<b>1. Revision der Tarifordnung für Advokatinnen und Advokaten im Kanton Basel-Landschaft</b>

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs 2 KG*

*Vernehmlassung zur Revision der Tarifordnung für Advokatin-  
nen und Advokaten im Kanton Basel-Landschaft*

## **1. Allgemeine Bemerkung**

Im Sinne einer generellen Bemerkung ist festzuhalten, dass jegliche Tarifordnung, sofern sie mit konkreten Zahlenrahmen arbeitet, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch ist. Um eine solche handelt es sich bei der der Wettbewerbskommission vorgelegten Fassung des Revisionsentwurfes.

## **2. Die einzelnen Bestimmungen des Revisionsentwurfes zur Tarifordnung**

1. §1 Abs. 1 schreibt den Geltungsbereich der Tarifordnung fest und bestimmt, dass sie nicht nur für die Berechnung der Parteientschädigung durch die richterlichen Behörden gilt, sondern auch für die Berechnung des Honorars der Advokatin oder des Advokaten gegenüber der auftraggebenden Partei. Diese letztgenannte Bestimmung und die hienach aufgeführten beschränken den Wettbewerb zwischen den Advokatinnen und Advokaten. Die wettbewerbsverzerrende Wirkung dieser Bestimmungen verstärkt sich noch, falls die Tarifordnung für die "nicht berufsmässigen" Vertretungsverhältnisse im Sinne von §2 des Advokaturgesetzes keine Geltung hat.

2. Eine besonders problematische Norm des Revisionsentwurfes bildet §1 Abs. 2, wonach die beim forensisch tätigen Advokaten vom Gericht festgesetzte Parteientschädigung auch für das Abrechnungsverhältnis zwischen der Advokatin oder dem Advokaten und der auftraggebenden Partei grundsätzlich verbindlich ist. Diese Vorschrift verstösst in der vorliegenden Form in besonders krasser Weise gegen den Gedanken des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6. Oktober 1995.

3. Für diejenigen Honorare, die sich nach dem Zeitaufwand berechnen, schreibt §3 der Tarifordnung grundsätzlich einen festen

Rahmen für den Stundenansatz vor. §4 bringt lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Liberalisierung, indem bei Erfüllung dieser Voraussetzungen das nach Zeitaufwand errechnete Honorar bis auf das Doppelte erhöht werden kann oder bei hohen Streitwerten ein Zuschlag von bis zu 2 ½ % des Streitwertes berechnet werden kann. Diese Aufweichungen von §3 sind nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht ausreichend, den wirksamen Wettbewerb zwischen den Advokaten zu gewährleisten.

4. Für diejenigen Honorare, die sich nach dem Streitwert bemessen, legt §7 fixe Tarifrahmen fest, die zwischen einem festgelegten Minimum und einem Maximum liegen müssen. Auch bei dieser Art von Honoraren kann unter den in §8 umschriebenen Voraussetzungen ein Zuschlag verrechnet werden, wobei dieser Zuschlag wiederum begrenzt wird, indem er 280% des Grundhonorars nicht übersteigen darf. §7 beschränkt den Wettbewerb zwischen den Advokatinnen und Advokaten, ohne dass § 8 dafür ein genügendes Korrektiv darstellt.

5. Die §§9 bis 16 sehen für bestimmte Verfahren oder die vorzeitige Mandatsniederlegung ebenfalls Tarifrahmen bzw. feste Reduktionen des Grundhonorars vor. Für diese Bestimmungen gilt daher ebenfalls, dass sie gegen den Gedanken des Kartellgesetzes verstossen.

6. Die Auslagen, die neben dem Honorar in Rechnung gestellt werden, unterliegen nach §§17 bis 19 ebenfalls einem festen Tarif, so dass auch diese Normen den Wettbewerb zwischen den Advokatinnen und Advokaten beschränken.

### **3. Die vorgebrachten Einwände**

7. Die vorgebrachten Einwände, wonach es sich beim Entwurf nicht um einen strikten Zwangstarif handle, da gemäss dem Advokaturgesetz abweichende Vereinbarungen zwischen Advokat und Klient ausnahmsweise zulässig seien, bilden keineswegs ein genügendes Korrektiv für die hievor erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen. Erstens handelt es sich dabei explizit um Ausnahmen, zweitens wird die Revision der Tarifordnung dazu beitragen, dass die heute möglicherweise bestehende Praxis, die Ausnahmen extensiv zuzulassen, restriktiver wird.

### **4. Empfehlungen**

8. Die Wettbewerbskommission empfiehlt deshalb eine liberale Lösung, wonach sich das Honorar der Advokatin oder des Advokaten nach einer entsprechenden Vereinbarung mit der auftraggebenden Partei richtet, wobei sich das Honorar bei Fehlen einer solchen Vereinbarung nach dem Wert der Arbeit, der Komplexität der Materie

sowie der Bedeutung des Auftrages für den Klienten, der mit dem Auftrag verbundenen Verantwortung und den finanziellen Verhältnissen des Mandanten richtet. Als Beispiel diene die Regelung des Kantons Genf, dessen Art. 40 der Loi sur la profession d'avocat folgendermassen lautet:

*“Les honoraires sont, sous réserve des décisions de la commission de taxation, fixés par l'avocat lui-même compte tenu du travail qu'il a effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité qu'il a assumée, du résultat obtenu et de la situation de son client.”*

9. Diese Regelung scheint im Kanton Genf in der Praxis zu keinen grösseren Schwierigkeiten Anlass zu geben als die Regelungen in den Kantonen, die eine Tarifordnung kennen.

10. Die Wettbewerbskommission empfiehlt zudem nicht, eine Tarifordnung im Sinne einer Empfehlung zu gestalten, da Empfehlungen in der Regel dazu führen, dass sie befolgt werden und dann zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

11. Keine Einwände hat die Wettbewerbskommission demgegenüber gegen eine tarifliche Regelung der vom Staat im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung und amtlichen Verteidigung ausgerichteten Entschädigungen des Advokaten.

### **B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

Commission de recours pour les questions de concurrence

Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	<b>1. Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 betreffend Vorsorgliche Massnahmen</b>
-----	---

*Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 in Sachen Cablecom Holding AG, Rheinstrasse 10, 8501 Frauenfeld, vertreten durch (...) (Beschwerde vom 2. Juli 1999) gegen 1. Teleclub AG, (...) vertreten durch (...) 2. Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern (Verfügung vom 21. Juni 1999)*

betreffend

#### **Vorsorgliche Massnahmen**

hat sich ergeben:

A. Die *Teleclub AG* ist die einzige deutschschweizerische Pro-

grammveranstalterin eines Abonnementsfernsehens (Pay-TV). Das Sendegefäss besteht überwiegend aus Spielfilmen. Die von ihr ausgestrahlten Fernsehsignale werden von den Konsumenten entweder direkt über eine Satellitenempfangsanlage empfangen oder zuerst in ein Kabelnetz eingespiesen und dadurch an die Konsumenten weiterübertragen. Zu diesem Zweck schliessen die Programmveranstalter mit den Kabelnetzbetreibern so genannte Signalanlieferungsverträge ab. Die *Cablecom Holding AG* ihrerseits betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von ausgestrahlten Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze.

Die Verbreitung eines Fernsehsignals über das Kabelnetz gestaltet sich in der Weise, dass die Programmveranstalterin den "Transport" ihres Programms bis zu den Kopfstellen ("Head-Ends") der Kabelnetzbetreiberin besorgt; dies zum Beispiel über Draht, Hertz'sche Wellen, Richtstrahl oder Satellit. An den "Head-Ends" der Sendeanlagen des Kabelnetzes bereitet die Kabelnetzbetreiberin das Signal anschliessend auf und transportiert es bis zur Haustüre der Kunden. Bei codierten Signalen benötigt dann der Kunde zur Entschlüsselung einen so genannten Decoder.

Die Teleclub AG beabsichtigt, ihr Programm in Zukunft in digitaler Form zu verbreiten. Dazu sind einerseits bestimmte technische Anpassungsarbeiten an den "Head-Ends" der Sendeanlagen des Kabelnetzes erforderlich, und andererseits müssen die gegenwärtig verwendeten Analogdecoder durch Digitaldecoder ersetzt werden. Hiezu ist die Teleclub AG im Besitz eines bis Ende Juni 1999 befristeten Angebots von (...), wonach sie 100'000 digitale Decoder, basierend auf der D-Box-Technologie ("D-Box"), günstig erwerben könnte. Indessen kann die Teleclub AG dieses Angebot von (...) nur annehmen, wenn die Cablecom Holding AG es ihr ermöglicht, die notwendigen technischen Anpassungen an den "Head-Ends" auf Kosten der Teleclub AG zu realisieren. Die Cablecom Holding AG weigerte sich hingegen, der Teleclub AG Zugang zu den "Head-Ends" der Sendeanlagen in ihrem Kabelnetz zu gewähren.

Aus diesem Grund wandte sich die Teleclub AG, vertreten durch (...), mit Gesuch vom 12. Mai 1999 an die Wettbewerbskommission und rügte verschiedene unzulässige Verhaltensweisen der Cablecom Holding AG. Dabei stellte sie folgende Anträge:

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

Ferner stellen wir das Gesuch um Erlass der folgenden

superprovisorischen Verfügung:

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

- i) jede Handlung zu unterlassen, welche eine Übertragung des Signals der Teleclub AG in digitaler Form und dessen Decodierung und Empfang behindert oder verunmöglicht,
- ii) die Ausrüstung ihrer Kunden durch Teleclub AG (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:

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

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

2. Es sei der Cablecom Holding AG zu diesem Zweck unter Androhung der Zwangsvollstreckung und der Überweisung an den Strafrichter gemäss Art. 292

StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

a) der Teleclub AG 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 AG auf eigene Kosten vornehmen zu können, bzw.

b) eventuell die erforderlichen Anpassungen und Kontrollen selber, aber auf Kosten der Gesuchstellerin vorzunehmen;

3. Es sei der Cablecom Holding AG zu befehlen, zugunsten der Gesuchstellerin weiterhin und bis zur vollständigen Ersetzung der bestehenden Decoder durch D-Boxen den erforderlichen Gebrauch eines zweiten Kabelkanals aufrechtzuerhalten;

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

Mit Eingabe vom 16. Juni 1999 beantragte die Teleclub AG, vertreten durch (...), zusätzlich, dass einer allfälligen Beschwerde der Cablecom Holding AG gegen eine erlassene vorsorgliche Massnahme die aufschiebende Wirkung im Sinne von Artikel 55 Absatz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz entzogen werde.

Mit Stellungnahme vom 7. Juni 1999 und 17. Juni 1999 beantragte die Cablecom Holding AG, vertreten durch (...), die Abweisung des Gesuchs vom 12. Mai 1999 um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie das Nichteintreten, eventuell die Abweisung des nachträglichen Gesuchs vom 16. Juni 1999 um Entzug der aufschiebenden Wirkung.

Am 21. Juni 1999 teilte die Wettbewerbskommission der Cablecom Holding AG mit, dass sich im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben hätten, weshalb das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten nach Massgabe des Kartellgesetzes eine *Untersuchung gegen die Cablecom Holding AG* eröffne. Im Weiteren ordnete die Wettbewerbskommission mit *Zwischenverfügung vom 21. Juni 1999*

Folgendes an:

- "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. Widerhandlungen gegen diese Anordnungen werden nach Massgabe von Art. 50 KG bzw. Art. 54 KG sanktioniert.
6. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
7. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.
8. Gegen diese Verfügung kann innerhalb von zehn Tagen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen.
9. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG entzogen.
10. Diese Verfügung wird eröffnet an:
  - Cablecom Holding AG (...)
  - Teleclub AG (...)"

Zur Begründung erwog sie im Wesentlichen, die Anhörung der Cablecom Holding AG vor Erlass dieser Zwischenverfügung sei zeitlich möglich gewesen, weshalb auf das Gesuch der Teleclub AG um Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht eingetreten werde. Soweit den Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend, solle damit die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als kumulative Voraussetzungen hierfür müssten eine günstige Entscheidprognose und ein nicht leicht wiedergutzumachender

Nachteil vorliegen sowie die Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der Massnahme gegeben sein. Der vorliegend in sachlicher und räumlicher Hinsicht relevante Markt sei der Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz. In diesem Markt gelte die Cablecom Holding AG mit grosser Wahrscheinlichkeit als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes. Mit ihrer Weigerung, der Teleclub AG den Zugang zu den "Head-Ends" der Sendeanlagen ihres Kabelnetzes zu gewähren und es ihr zu ermöglichen, ihr Programm mittels "D-Box" zu codieren beziehungsweise zu decodieren, behindere die Cablecom Holding AG diese technischen Entwicklungen, was Verzögerungen bei der Einführung des deutschsprachigen Digitalfernsehens zur Folge hätte. Damit liege mit ausreichender Wahrscheinlichkeit eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Massgabe des Kartellgesetzes vor. Sachliche Gründe, welche diese unzulässige Verhaltensweise zu rechtfertigen vermöchten, seien keine ersichtlich. Demzufolge sei eine günstige Entscheidungsprognose zu bejahen. Sodann habe das Verhalten der Cablecom Holding AG aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs mit ausreichender Wahrscheinlichkeit einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge. Dasselbe treffe auch aus Sicht der Teleclub AG zu, selbst wenn das Angebot von (...) für den Verkauf der "D-Boxen" als gruppeninternes Geschäft qualifiziert würde. Im Weiteren sei die zeitliche Dringlichkeit durch das bis Ende Juni 1999 befristete Angebot von (...) gegeben. Schliesslich seien die angebehrten vorsorglichen Massnahmen zur Ermöglichung des frühzeitigen Innovationswettbewerbs geeignet und auch erforderlich, um den drohenden Nachteil abzuwenden. Angesichts des Umstandes, dass die Teleclub AG gewillt sei, sämtliche finanziellen Konsequenzen der Umstellung selbst zu tragen und die Gewährung des Zugangs zum Kabelnetz für die Cablecom Holding AG keinerlei Nachteile zeitige, erfüllten die vorsorglichen Massnahmen den Verhältnismässigkeitstest. Insbesondere in Anbetracht der zeitlichen Dringlichkeit rechtfertige sich zudem der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde, denn damit werde weder der Entscheidung der Rekursinstanz präjudiziert noch das Rekursrecht illusorisch.

- B. Gegen diese Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 erhob die Cablecom Holding AG (Beschwerde-

führerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, am 2. Juli 1999 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragte die Wiederherstellung der dieser Beschwerde durch die Vorinstanz entzogenen aufschiebenden Wirkung sowie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem sie sich nicht die Mühe genommen habe, sich mit den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 17. Juni 1999 auseinander zu setzen. Im Übrigen sollten vorsorgliche Massnahmen mangels entsprechender Bestimmungen im verwaltungsrechtlichen Verfahren des Kartellgesetzes nicht leichthin erlassen werden. Beim Erlass der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission seien an die Stelle einer eingehenden Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts – unter Berufung auf eine zeitliche Dringlichkeit – Mutmassungen und Annahmen getreten. In verschiedenen Punkten habe die Vorinstanz sodann das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verweigert, weshalb die angefochtene Zwischenverfügung bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben sei. So seien der Beweisantrag der Beschwerdeführerin, vor Erlass der Zwischenverfügung das Bundesamt für Kommunikation anzuhören, und auch alle übrigen Beweisanträge nicht berücksichtigt worden. Weiter habe die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG) sowie zur Teilrevision des RTVG vom 30. April 1997 und auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum relevanten Markt nicht zur Kenntnis genommen. Ausserdem sei die Telefonnotiz vom 17. Juni 1999 – zwischen dem Sachbearbeiter der Wettbewerbskommission und den Technikern der Beschwerdeführerin – letzterer nie zugestellt worden.

In materieller Hinsicht sei der relevante Markt nicht richtig festgestellt worden. So stelle das digitale Pay-TV lediglich eine technische Weiterentwicklung und keinen eigenen sachlichen Markt dar. Zudem müsse der räumliche Markt den gesamten deutschsprachigen Raum umfassen. Sodann belaufe sich der Marktanteil der Beschwerdeführerin – entgegen der Schätzung der Vorinstanz – nicht auf 50 bis 60 Prozent, sondern in Tat und Wahrheit auf 46 Prozent. Hinsichtlich der Frage des Marktzutritts habe die

Vorinstanz fälschlicherweise die erwähnte Teilrevision des RTVG nicht berücksichtigt. Soweit den Vorwurf der Behinderung des Innovationswettbewerbs betreffend, wolle die Beschwerdeführerin nicht die Einführung des digitalen Fernsehens behindern. Vielmehr wehre sie sich lediglich dagegen, dass die Teleclub AG ihre eigene Plattform mit einem proprietären Zugangskontrollsystem einführen könne. Die Beschwerdeführerin habe für den Zugang zu ihrem Netz lediglich technische Anforderungen gestellt, wie sie beispielsweise auch in Interkonnectionsverhandlungen üblich seien. Im Übrigen sei die zeitliche Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen zu Unrecht bejaht worden. Denn das Befristen von Offerten sei im Geschäftsleben alltäglich und stelle noch lange keinen Dringlichkeitsgrund dar. Zudem werde die Vertragspartnerin (...), welche die befristete Offerte zum Erwerb der digitalen Decoder gestellt habe, von der gleichen Firmengruppe beherrscht wie die Teleclub AG, was vorliegend ebenso für ein Verneinen der Dringlichkeit spreche. Im Weiteren werde der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, indem die Beschwerdeführerin durch die vorsorglichen Massnahmen in ihrer Tätigkeit auf das Schwerste behindert werde. Denn diese Massnahmen enthielten keinerlei Vorbehalte zu Gunsten der Eigentumsgarantie oder des Hausrechts der Beschwerdeführerin. Ausserdem erhielten fremde Techniker Zugang zu den hochtechnischen Installationen der Beschwerdeführerin, könnten Schaden verursachen und erhielten Einblick in Geschäftsgeheimnisse und geschützte Daten Dritter. Im Übrigen entspreche die Zwischenverfügung der Vorinstanz der Schaffung einer Interkonnectionspflicht im Radio- und Fernsehbereich und verletze damit das System des RTVG. Die angefochtene Zwischenverfügung verletze auch die in Artikel 10 EMRK garantierte Informationsfreiheit. Angesichts der Komplexität des Sachverhalts in technischer Hinsicht und der Tatsache, dass die zu beurteilenden Vorgänge Projektionen in die Zukunft erfordern, müsse der Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Grund der Akten ohne Beizug von Fachexperten als verfehlt bezeichnet werden. Schliesslich sei die Umschreibung der untersagten und gebotenen Verhaltensweisen in der angefochtenen Zwischenverfügung zu unbestimmt.

- C. Mit Vernehmlassung vom 13. Juli 1999 nahm die Wettbewerbskommission vorerst zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsbeschwerde Stellung

und beantragte dessen Abweisung.

Mit Vernehmlassung vom 14. Juli 1999 beantragte sodann die Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsbeschwerde.

- D. Mit Zwischenentscheid vom 12. August 1999 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut und hob Ziffer 9 des Dispositivs der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 auf.
- E. Mit Vernehmlassung vom 12. August 1999 nahm die Wettbewerbskommission zur Hauptsache (Anordnung vorsorglicher Massnahmen) Stellung und beantragte die Abweisung der Verwaltungsbeschwerde. Zur Begründung führte sie unter anderem aus, der Erlass vorsorglicher Massnahmen sei gemäss Lehre und Rechtsprechung im Verwaltungsverfahren und demzufolge auch im Kartellverwaltungsverfahren möglich. Vorsorgliche Massnahmen würden eine zwischenzeitliche Regelung darstellen und auf Grund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgen. Dementsprechend stütze sich die Wettbewerbskommission bei ihrer Zwischenverfügung nur auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen. Sodann erweise sich die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet. Denn es werde im Rahmen des Massnahmenverfahrens auf die von den Parteien eingereichten Akten abgestellt und auf Beweiserhebungen grundsätzlich verzichtet. Man spreche denn auch gemeinhin von einem "Prima facie"-Entscheid. Weiter sei die Wettbewerbskommission von Gesetzes wegen nicht verpflichtet gewesen, die Telefonnotiz vom 17. Juni 1999 der Beschwerdeführerin zuzustellen. Im Weiteren könne den Bemerkungen der Beschwerdeführerin zur Abgrenzung des sachlichen Marktes weitgehend zugestimmt werden, da diese in keinem Gegensatz zu den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung stünden. Da ausserdem Sprachgrenzen eine wesentliche Rolle bei der räumlichen Marktdefinition spielten und die Senderechte der Teleclub AG (Urheberrechte) und die Konzession auf die deutschsprachige Schweiz begrenzt seien, gebe es keinen Grund, von der im Massnahmenverfahren erfolgten Marktabgrenzung abzuweichen. Gemäss eigenen Aussagen zufolge bestehe das Ziel der Cablecom Holding AG darin,

zu verhindern, dass die Teleclub AG ihre eigene Plattform mit einem proprietären Zugangskontrollsystem einführen könne. Die Beschwerdeführerin vermöge aber keine überzeugenden technischen und betrieblichen Gründe zur Rechtfertigung dieses Zieles darzutun. Deshalb bestehe die Gefahr, dass der mögliche Innovationswettbewerb in der Schweiz bereits in einer frühen Entwicklungsstufe von Set-Top-Boxen behindert oder sogar verhindert werde. Die Wettbewerbskommission habe zudem die befristete Offerte von (...) an die Beschwerdegegnerin für den Verkauf von D-Boxen geprüft, weshalb die zeitliche Dringlichkeit als Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben sei. Ausserdem liege den angeordneten Massnahmen eine saubere Verhältnismässigkeitsprüfung zu Grunde. Die Befürchtung der Beschwerdeführerin, wonach fremde Techniker Zugang zu ihren Installationen erhielten, sei unbegründet. Denn die Techniker der Teleclub AG könnten bei ihren Arbeiten begleitet werden; oder die Beschwerdeführerin könnte die Arbeiten im Auftrag und gegen entsprechende Abgeltung durch eigene Cablecom-Techniker ausführen. Im Übrigen hätten die vorsorglichen Massnahmen weder das Ziel, Interkonnektion im Radio- und Fernsehbereich einzuführen noch würden sie dies bewirken. Es sei vielmehr eine Tatsache, dass die Teleclub AG bereits heute Zugang zu ihren Kunden über das Netz von Cablecom habe. Von Interkonnektion könne ausserdem nicht gesprochen werden, da die Zusammenarbeit zwischen Fernsehveranstaltern und Kabelnetzbetreibern zu keiner Verknüpfung von Netzen führe. Im Weiteren sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die verfügbaren vorsorglichen Massnahmen gegen Artikel 10 EMRK verstossen könnten. Zudem habe die Wettbewerbskommission den technischen Sachverhalt hinreichend abgeklärt. Schliesslich sei – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – die angefochtene Zwischenverfügung auch genügend bestimmt.

Mit Vernehmlassung vom 16. August 1999 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nach herrschender Lehre und Praxis auch im verwaltungsrechtlichen Teil des Kartellgesetzes zulässig. Zudem bestehe insbesondere hinsichtlich der Abklärungspflicht der Behörden ein wesentlich anderer Massstab als beim Erlass von Schlussverfügungen. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen müssten keine lang-

wierigen Abklärungen des Sachverhaltes vorgenommen werden. Entsprechend bestehe auch keine Verpflichtung, Beweismittel abzunehmen. Es werde vielmehr geprüft, ob glaubhaft gemacht worden sei, dass die Anordnung der Massnahme dringlich und verhältnismässig sei, überzeugende und zwingende Gründe für die umgehende Anordnung der Massnahme vorlägen sowie der Beschwerdeführerin durch die Massnahme kein Nachteil drohe, während die Beschwerdegegnerin einen schweren, nicht wieder-gutzumachenden Nachteil erleiden würde. Deshalb habe der Beweisantrag der Beschwerdeführerin auf vorgängige Anhörung des Bundesamtes für Kommunikation durch die Wettbewerbskommission nicht berücksichtigt werden müssen und stelle demzufolge keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Ebenso wenig sei im Nichtzustellen der Telefonnotiz vom 17. Juni 1999 oder im fehlenden Auseinandersetzen mit rechtlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu erblicken. Im Weiteren sei die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Definition des sachlich relevanten Marktes unzutreffend. Wie die Wettbewerbskommission in ihrer Zwischenverfügung zu Recht festgehalten habe, bestehe dieser in der Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über das Kabelnetz. Auch bei der Bestimmung des räumlichen Marktes sei der Wettbewerbskommission zu folgen, welche vom betroffenen Sendegebiet (Urheberrechte) und der Sprache ausgegangen sei und die Deutschschweiz als räumlich relevanten Markt festgelegt habe. Der von der Beschwerdeführerin dargelegte Marktanteil von 46 Prozent beziehe sich auf einen gesamtschweizerischen Markt, also gerade nicht auf den im vorliegenden Fall (räumlich) relevanten Markt. In der Deutschschweiz belaufe sich der Marktanteil der Beschwerdeführerin nämlich auf rund 80 Prozent. Zudem seien die Markteintrittsschranken ausserordentlich hoch. Daran habe auch die Teilrevision des RTVG, wonach für den Bau und Betrieb eines Kabelnetzes keine Konzession der Standortgemeinde mehr benötigt werde, nichts geändert. Im Übrigen wolle die Beschwerdegegnerin keine eigene digitale Plattform einführen, sondern einzig und allein ihre Abonnenten neu mittels eines digitalen Signals bedienen. Die Beschwerdeführerin behindere durch ihr Verhalten nicht nur den Wettbewerb, sondern insbesondere auch den technischen Fortschritt. Weiter sei der Erlass vorsorglicher Massnahmen dringlich. Diese Dringlichkeit habe sich nach Erlass der Zwischenverfügung vom 12. August 1999 durch die Rekurskommission für Wettbe-

werbsfragen nochmals massiv erhöht. Es bestehe bei der gegenwärtigen Sachlage beinahe die Gewissheit, dass bei nicht speditivem Abschluss des Beschwerdeverfahrens beziehungsweise bei einem nicht erneuten Entzug der aufschiebenden Wirkung der Ausgang des Massnahmenverfahrens – und allenfalls sogar des Wettbewerbsverfahrens – präjudiziert werde. Ausserdem seien die vorsorglichen Massnahmen klar, eindeutig und verhältnismässig. Vorliegend gehe es auch nicht um die Frage einer generellen Interkonnectionsverpflichtung, sondern darum, ob ein marktmächtiges Unternehmen unter dem Kartellgesetz daran gehindert werden dürfe, diese Marktmacht missbräuchlich auszuüben und deshalb im Missbrauchsfall zum Geschäftsabschluss beziehungsweise zum Gewähren des Zugangs zum Kabelnetz gezwungen werden könne. Bereits heute verfüge die Beschwerdegegnerin über den direkten Zugang zu ihren Kunden über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin. Im Weiteren liege durch das Ersetzen der analogen durch die digitalen Decoder keine Verletzung der durch die EMRK garantierten Informationsfreiheit vor. Sodann gebe es keine technischen Hindernisse für die digitale Übertragung des Signals und die Verwendung der D-Box. Diese stehe in Deutschland millionenfach im Einsatz und werde auch von der deutschen Telecom AG im Rahmen einer eigenen parallelen Plattform eingesetzt. Die Umstellungen an den "Head-Ends" seien mit geringem Aufwand möglich.

- F. Mit Brief vom 27. September 1999 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass im vorliegenden Verfahren keine Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung vorgesehen sei.
- G. Mit Eingabe vom 6. Oktober 1999 beantragte die Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf veränderte Umstände, grosse Dringlichkeit und einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, "es sei in Abänderung des Zwischenentscheides vom 12. August 1999 der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 2. Juli 1999 die aufschiebende Wirkung umgehend und ohne Anhörung der Gegenpartei, bzw. eventuell nach Einholung einer binnen kurzer Frist zu erstattenden Stellungnahme, wieder zu entziehen". Zur Begründung führte sie unter anderem aus, dass die Beschwerdeführerin mit einer "Grossoffensive" versuche, durch Einführung der Swiss-Fun-Box ab dem 15. Oktober 1999 den digitalen Fernsehmarkt zu monopolisieren, während andererseits die Einführung

der D-Box für die Abonnenten der Beschwerdegegnerin durch das vorliegende Rechtsmittelverfahren und insbesondere durch die wiederhergestellte aufschiebende Wirkung von der Beschwerdeführerin verhindert werde.

Mit Vernehmlassung vom 18. Oktober 1999 beantragte die Wettbewerbskommission, es sei dem Antrag der Beschwerdegegnerin stattzugeben.

Mit Vernehmlassung vom 22. Oktober 1999 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 6. Oktober 1999 nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 stellt eine Zwischenverfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 2). Denn vorsorgliche Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren sind gleich wie vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g VwVG als Zwischenverfügungen zu qualifizieren (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.). Diese Zwischenverfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.
- 1.1. Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Handelt es sich bei der fraglichen Verfügung indessen

– wie vorliegend – um eine Zwischenverfügung, dann ist diese nur anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen *nicht wieder gutzumachenden Nachteil* bewirken kann. Andernfalls kann sie lediglich im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c).

In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss so beschaffen sein, dass er nicht wieder gutzumachen ist, damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung als schutzwürdig gilt (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c).

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin Adressatin der angefochtenen Zwischenverfügung und im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen unterlegen. Sie ist durch diese Zwischenverfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, womit sie in materieller Hinsicht grundsätzlich beschwert ist. Zusätzlich kann die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin unverzüglich Zugang zu den "Head-Ends" der Sendeanlagen in ihrem Kabelnetz zu gewähren, damit die Beschwerdegegnerin die für die Einführung der D-Box erforderlichen Anpassungen und Kontrollen für die Übertragung des Signals an ihre Kunden auf eigene Kosten vornehmen kann, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, zumal zwischen den Parteien umstritten ist, inwiefern die technischen Belange der Datensicherheit, Datensynchronität und Datenkonsistenz beim Betrieb mehrerer digitaler Plattformen gewährleistet sind und wie gross sich der technische Mehraufwand in den "Head-Ends" und bei der Administration der Netzkomponenten bei der Aufschaltung und Verarbeitung des digitalen Signals gestaltet. Unter diesen Umständen droht der Beschwerdeführerin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, sodass ihr ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zukommt (Art. 45 Abs. 1 VwVG; vgl. auch René Rhinow / Heinrich Koller / Christina

Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1238).

- 1.2. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Die angefochtene Zwischenverfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Es ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 KG).
3. Vorab ist festzuhalten, dass sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits einlässlich mit der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage beschäftigt hat, ob *vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens* zulässig seien (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 2 und 3, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.). Sie ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass die Wettbewerbskommission, hingegen nicht ihr Sekretariat, vorsorgliche Massnahmen erlassen kann. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid bestätigt (RPW 1997/4, S. 618 ff.). Im vorliegenden Zusammenhang kann auf jene Erörterungen Bezug genommen werden. Es genügt, die wichtigsten Überlegungen nochmals festzuhalten (vgl. dazu auch REKO/WEF 97/FB-005, E. 1.3.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.).
- 3.1. In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass mitunter sofort nach Einleitung eines Verwaltungsverfahrens die Anord-

nung vorsorglicher Massnahmen nötig sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden muss. Vorsorgliche Massnahmen zielen sodann darauf ab, den Gegenstand einer Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten. Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten, oder als gestaltende (regelnde) Massnahmen ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise zu gestalten (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 1089).

Anders als im Beschwerdeverfahren (Art. 55 und 56 VwVG) enthält das VwVG keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Anordnung provisorischer Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. Lehre und Rechtsprechung nehmen diesbezüglich eine Lücke an und bejahen unter Hinweis auf das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen. Verschiedentlich wird die Grundlage des vorläufigen Rechtsschutzes unmittelbar aus den materiellrechtlichen Normen abgeleitet, deren Durchsetzung vorläufig geschützt werden soll (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 1090).

Die Tatsache, dass vorsorgliche Massnahmen nur im zivilrechtlichen Teil des KG geregelt sind, im verwaltungsrechtlichen Teil hingegen nicht ausdrücklich erwähnt werden, ist nicht als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu interpretieren. Artikel 39 KG verweist für die Regelung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens der Wettbewerbsbehörden auf die Bestimmungen des VwVG, soweit das KG nicht davon abweicht. Dies bedeutet, dass die nach Lehre und Rechtsprechung im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens allgemein bejahte Möglichkeit des Erlasses vorsorglicher Massnahmen auch im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren besteht (vgl. Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39 bis 44 KG, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 172).

- 3.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann sodann der Wettbewerbskommission kein Vorwurf gemacht

werden, wenn sie sich bei der angefochtenen Zwischenverfügung lediglich auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen gestützt hat.

Vorsorgliche Massnahmen stehen im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach raschem Handeln einerseits sowie – da infolge der Dringlichkeit der Sachverhalt meist nur summarisch abgeklärt werden kann – der Wahrheitsfindung und damit der richtigen Rechtsanwendung andererseits. Wegen akuter Gefährdung muss eine Verfügung ganz oder teilweise vorweg, ohne weitere Sachverhaltsabklärungen, durchgesetzt werden (vgl. Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 331). Vorsorgliche Massnahmen ergehen demzufolge lediglich auf Grund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 1093) und es genügt der Beweisgrad der Glaubhaftmachung (vgl. Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 289).

4. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin ausserdem in verschiedenen Punkten eine *Verweigerung des rechtlichen Gehörs*. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur und hat ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 120 Ib 379 E. 3b).
- 4.1. Nach der Formulierung des Bundesgerichtes gewährleistet der Gehörsanspruch allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Allgemeinheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (vgl. hiezu und zum Folgenden: Lorenz Kneubühler, *Gehörsverletzung und Heilung* in: ZBI 1998 S. 97 ff., insb. S. 100 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 122 I 53 E. 4a, 120 Ib 379 E. 3b, je

mit weiteren Hinweisen). Sodann ordnet das Bundesgericht auch die Begründungspflicht dem Gehörsanspruch zu (Kneubühler, a. a. O., S. 100 mit Hinweis auf BGE 121 I 54 E. 2c). Gesamthaft gesehen bezweckt das rechtliche Gehör demnach, "die Wahrheitsfindung durch gemeinsame Abklärung der Rechts-, Sach- und Interessenlage zu verbessern, den Betroffenen als Partner zu würdigen und die Chance der Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen" (Kneubühler, a. a. O., S. 100 mit Hinweis auf Georg Müller, Kommentar zu Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel usw. 1995, Rz. 98 sowie auf weitere Autoren).

- 4.2. Diesbezüglich rügt die Beschwerdeführerin, sie habe in ihrer vorinstanzlichen Eingabe vom 7. Juni 1999 darauf hingewiesen, dass angesichts der enormen Tragweite des von der Beschwerdegegnerin eingereichten Gesuchs vor dem Erlass einer Zwischenverfügung das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) anzuhören sei. Dieses hätte ohne weiteres beigezogen werden können und innert Wochenfrist in einer ihm bestens bekannten Thematik Stellung genommen. Zudem seien auch ihre mittels Eingabe vom 15. Juni 1999 gestellten Beweisanträge durch die Vorinstanz allesamt nicht abgenommen worden.

Indessen wird im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen ein Prima-facie-Entscheid (auf-den-ersten-Blick-Entscheid) getroffen. In der Regel wird davon ausgegangen, dass sich die Behörden auf die Akten abstützen können und keine weiteren Abklärungen zu treffen haben. Prima-facie-Entscheid bedeutet aber auch, dass die rechtliche Prüfung eingeschränkt werden muss, weil keine genügende Zeit zur Klärung der Rechtsfragen besteht (vgl. Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II 255 ff., S.371 f.). Demgemäss übersieht die Beschwerdeführerin bei ihren Rügen, dass der Sachverhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch abzuklären und auf Beweiserhebungen grundsätzlich zu verzichten ist (vgl. auch REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.2.4, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.; vgl. ferner BGE 99 Ib 215 E. 5). Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz somit grundsätzlich nicht verpflichtet, die gestellten Beweisanträge abzunehmen, weshalb in ihrem Verhalten

keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs ersichtlich ist. Allerdings muss sich der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen auf die Beweislage abstützen können. Die erhobenen Beweise müssen die Berechtigung der vorsorglichen Massnahmen glaubhaft erscheinen lassen, und es muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erstellt sein, dass sich aus nicht erhobenen Beweisen nicht das Gegenteil ergeben wird (vgl. E. 5.1.3 und E. 5.2 hienach).

- 4.3. Sodann sieht die Beschwerdeführerin eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darin, dass – ihres Erachtens – die Vorinstanz die Ausführungen zur Regelung der Weiterverbreitung im Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG) nicht zur Kenntnis genommen und sich auch mit weiteren Vorbringen nicht auseinander gesetzt habe.

Dieser Auffassung kann ebenso wenig zugestimmt werden. Denn die verfügende Behörde ist nicht verpflichtet, sich mit sämtlichen Parteistandpunkten einlässlich auseinander zu setzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Das Urteil braucht höchstens zu den wesentlichen Parteiauffassungen Stellung zu beziehen, und selbst das kann auf konkludente Weise dadurch geschehen, dass die Urteilsgründe der entscheidenden Instanz schlüssig in Erscheinung treten (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 321). Dasselbe gilt auch für im Rahmen des summarischen Verfahrens erlassene vorsorgliche Massnahmen. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung mit den entscheiderelevanten Parteistandpunkten auseinander gesetzt. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum RTVG und zur Teilrevision desselben vom 30. April 1997 weisen im Übrigen zwar korrekterweise darauf hin, dass für den Bau und Betrieb eines Kabelnetzes keine Konzession *seitens der Standortgemeinde* (mehr) erforderlich ist, indes bleiben die anderen von der Vorinstanz gewürdigten massgebenden Marktzutrittsschranken (vgl. Ziff. 28 der angefochtenen Zwischenverfügung) durch die Beschwerdeführerin unangefochten, sodass die diesbezügliche Rüge an der Beurteilung des Marktzutritts und folglich der Marktstellung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz nichts zu ändern vermag.

- 4.4. Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, es sei ihr die Vertretung ihrer Interessen dadurch erschwert worden, dass die Wettbewerbskommission ihr die Beilagen zum Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 1999 nicht zur Einsichtnahme zugestellt habe. Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b VwVG räumt indessen einer Partei oder ihrem Vertreter lediglich den Anspruch ein, in ihrer Sache alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen. Es ist zwar durchaus zulässig, patentierte Anwältinnen und Anwälte bevorzugt zu behandeln und diesen die Akten in ihr Büro zuzustellen. Indessen kann aus Artikel 26 VwVG oder Artikel 4 Absatz 1 BV (SR 101) keine allgemeine Pflicht der Behörden abgeleitet werden, die Akten den Betroffenen zuzustellen (vgl. Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 298). Die Beschwerdeführerin konnte die Beilagen zum Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 1999 am 3. Juni 1999 am Sitz der Wettbewerbskommission einsehen (vgl. Fax der Beschwerdeführerin an die Wettbewerbskommission vom 3. Juni 1999). Somit erweist sich auch diese Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet.
- 4.5. Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auch darin, dass die Wettbewerbskommission sich in der angefochtenen Verfügung auf eine Telefonnotiz vom 17. Juni 1999 über Auskünfte beruft, die diese bei Technikern der Beschwerdeführerin eingeholt hat. Von dieser Notiz wurde der Beschwerdeführerin vor der Eröffnung der Verfügung keine Kenntnis gegeben und es wurde ihr keine Möglichkeit zur Einsichtnahme gewährt. In der Entscheidbegründung der Wettbewerbskommission kommt diesen telefonischen Auskünften und der darauf gestützten Notiz eine massgebliche Bedeutung zu. Zuvor schon hatte die Wettbewerbskommission nämlich der Beschwerdeführerin zwei Fragen zur technischen Realisierbarkeit der Vorhaben der Beschwerdegegnerin gestellt. Die Beschwerdeführerin hat darauf am 15. Juni 1999 schriftlich geantwortet. Sie hat in ihrem Brief einerseits ausgeführt, dass der Betrieb mehrerer digitaler Plattformen aus verschiedenen, im Einzelnen dargelegten systemtechnischen Gründen nicht möglich sei. Andererseits hielt sie fest, dass die Verheiratung der D-Box-Technologie mit den Technologien anderer Programmanbieter äusserst problematisch sei und

dass dies, selbst wenn es gelingen sollte, gravierende Nachteile für die Verbreitungsmöglichkeiten anderer Programme hätte. Gestützt auf die anschliessend telefonisch eingeholten und in der Notiz vom 17. Juni 1999 festgehaltenen Auskünfte gelangte die Wettbewerbskommission zum gegenteiligen Schluss. Zur Begründung ihrer Verfügung führt sie unter anderem aus, dass die erhaltenen Auskünfte ihre Annahme bestätigten, wonach angesichts der seit geraumer Zeit konsequent vorangetriebenen Modernisierung des Netzes der Beschwerdeführerin die Vorhaben der Beschwerdegegnerin ohne ernsthafte technische Probleme zu realisieren seien (vgl. Ziff. 38 der angefochtenen Zwischenverfügung).

Ob eine derartige Schlussfolgerung aus dem Inhalt der Telefonnotiz abzuleiten ist, wird später im Rahmen der materiellen Beschwerdegründe zu prüfen sein (vgl. hierzu nachstehend E. 5.1.3). Für die Frage des rechtlichen Gehörs ist dagegen entscheidend, dass die Wettbewerbskommission die telefonisch eingeholten Auskünfte als massgebliches Beweismittel verwendet. Die Telefonnotiz ist deshalb nicht als internes Aktenstück anzusehen, das dem Einsichtsrecht nicht unterliegt (vgl. René A. Rhinow / Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 83 IV Bst. a). Vielmehr ist sie einem Einvernahme- oder Befragungsprotokoll gleichzustellen, das den befragten Personen zur Bestätigung seiner Richtigkeit vorzulegen und von dem den Parteien in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren Kenntnis zu geben ist (vgl. REKO/WEF 98/FB-001, E. 3.2.2, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Diese Erfordernisse gelten auch im summarischen Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen, jedenfalls soweit die Dringlichkeit es zulässt. Zwar war am 17. Juni 1999 die verbleibende Zeit bis zum Ablauf der Offertfrist, welche die Wettbewerbskommission als für die Dringlichkeit massgeblich ansah, knapp geworden. Die Zustellung der Telefonnotiz an die befragten Personen und an die Beschwerdeführerin wäre aber immer noch möglich gewesen, ohne das Verfahren übermässig zu verzögern.

Das rechtliche Gehör ist somit der Beschwerdeführerin nicht in hinreichendem Mass gewährt worden. Angesichts der formellen Natur der Gehörsverletzung muss die angefochtene Verfügung prinzipiell bereits deswegen aufgehoben werden,

ungeachtet ihrer allfälligen materiellrechtlichen Korrektheit (vgl. E. 4).

Nach der Rechtsprechung kann die Beschwerdeinstanz die Verletzung des rechtlichen Gehörs unter Umständen heilen (vgl. BGE 115 V 297 E. 2h; sowie zur Problematik der Heilung: Lorenz Kneubühler, a. a. O.). Ob dies im vorliegenden Fall möglich wäre, kann indessen offen bleiben, weil die angefochtene Verfügung, wie sich nachfolgend zeigen wird, auch aus anderen Gründen aufgehoben werden muss.

5. In materieller Hinsicht gilt es zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission die mit Zwischenverfügung vom 21. Juni 1999 erlassenen vorsorglichen Massnahmen zu Recht angeordnet hat.

Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen, die den Zweck haben, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden Anordnung sicherzustellen, sind:

- eine günstige Entscheidprognose
- ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil
- Dringlichkeit und
- Verhältnismässigkeit

(vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 633)

Ob diese Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegend glaubhaft dargelegt worden sind (vgl. E. 3.2), soll im Nachfolgenden untersucht werden.

- 5.1. Im Rahmen der Prüfung einer *günstigen Entscheidprognose* (als erste Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen) muss zunächst der relevante Markt ermittelt werden. Danach gilt es, die Marktstellung der Beschwerdeführerin im relevanten Markt abzuklären. Anschliessend ist zu untersuchen, ob sich die Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig verhält.
  - 5.1.1. Eine Legaldefinition des sachlich relevanten Marktes ist zwar im Kartellgesetz nicht enthalten, jedoch hat der Bundesrat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine De-

definition des sachlich relevanten Marktes formuliert, welche sowohl im Hinblick auf Unternehmenszusammenschlüsse als auch auf Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gleichermaßen Verwendung findet. Demzufolge umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Entscheidend ist folglich die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite. Als Marktgegenseite kommt bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowohl die Nachfrageseite als auch die Angebotsseite in Betracht (vgl. Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 18 zu Art. 4 KG sowie Rz. 10 zu Art. 5 KG). Der räumliche Markt umfasst sodann das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. Jürg Borer, a. a. O., Rz. 12 zu Art. 5 KG).

Vorliegend fragt die Beschwerdegegnerin als Programmveranstalterin eines Abonnementsfernsehens (Pay-TV) Übertragungs- und Transportkapazitäten für die von ihr ausgestrahlten Fernsehsignale nach. Diese Signale können entweder direkt über Satellit oder über ein Kabelnetz übertragen und von den Abonnenten empfangen werden. Zwischen Kabelnetz- und Satellitenübertragung besteht indessen zum heutigen Zeitpunkt (noch) keine Substituierbarkeit. Denn in faktischer Hinsicht ergeben sich Einschränkungen bei der Benutzung von Satelliten für die Weiterverbreitung der gesendeten Fernsehsignale. So ist zum Satellitenempfang das Aufstellen eines Parabolspiegels notwendig, was in der Regel behördlichen Auflagen unterliegt und ausserdem auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht bei jedem Empfänger möglich ist. Zudem muss der Parabolspiegel zum Signalempfang zwingend nach Süden ausgerichtet werden können, was ebenso zu einer faktischen Einschränkung führt. Im Übrigen wird der direkte Satellitenempfang nur in bescheidenem Ausmass genutzt. So beträgt der Kabelversorgungsgrad in der Schweiz 95,3 Prozent. 92 Prozent der Abonnenten der Beschwerdegegnerin empfangen die Fernsehsignale über das Kabelnetz. Dies weist ebenfalls darauf

hin, dass die Austauschbarkeit zwischen Satelliten- und Kabelnetzübertragung nicht gegeben ist. Deshalb ist der von der Wettbewerbskommission im Massnahmenverfahren ermittelte sachliche Markt, welcher die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze umfasst, nicht zu beanstanden. Die Aussage der Beschwerdeführerin, wonach das digitale Pay-TV lediglich eine technische Weiterentwicklung und keinen eigenen Markt darstellt, steht mit dieser Marktabgrenzung nicht im Widerspruch.

Zur Abgrenzung des räumlichen Marktes ist – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin und in Übereinstimmung mit der Wettbewerbskommission – das Sendegebiet der Beschwerdegegnerin massgebend. Die Konzession der Beschwerdegegnerin zur Veranstaltung ihres Fernsehprogramms umfasst die Schweiz. Deren Filme werden in deutscher Sprache ausgestrahlt und folglich fast ausschliesslich in Kabelnetze der Deutschschweiz eingespielen. Demzufolge rechtfertigt es sich, als räumlichen Markt die Deutschschweiz abzugrenzen. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet.

Somit umfasst der *sachlich und räumlich relevante Markt* die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz.

- 5.1.2. Als Nächstes ist abzuklären, ob die Beschwerdeführerin im relevanten Markt die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens einnimmt. Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens wird in Artikel 4 Absatz 2 KG wie folgt umschrieben:

"Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten."

Wesentliche Elemente zur Beurteilung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, sind demzufolge die Marktanteile, die Situation der Marktkonkurrenten sowie die Marktzutrittsschranken (vgl. Thomas von Ballmoos, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseiti-

gung des wirksamen Wettbewerbs, in AJP 3/99, S. 295 ff.).

Hinsichtlich der Marktanteile der Beschwerdeführerin geht die Wettbewerbskommission von einem gesamtschweizerischen Wert zwischen 50 und 60 Prozent sowie einem deutschschweizerischen Wert von ungefähr 80 Prozent aus. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin, welche sich auf eine von Swisscable erstellte Statistik stützt, beläuft sich ihr Marktanteil demgegenüber lediglich auf 46 Prozent. Hiezu gilt es festzuhalten, dass sich die Marktanteilsangabe der Beschwerdeführerin gemäss Statistik der Swisscable auf den Kabelnetzmarkt der ganzen Schweiz bezieht. Der räumlich relevante Markt ist indessen auf die Deutschschweiz begrenzt, in welcher die Wettbewerbskommission einen Marktanteil von etwa 80 Prozent festgestellt hat. Dazu hat sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde hingegen nicht geäussert, weshalb diese Marktanteilsangabe unbestritten blieb. Selbst wenn jedoch im relevanten Markt von einem Marktanteil der Beschwerdeführerin von 46 Prozent ausgegangen würde, läge dieser Wert nahe bei der als Richtschnur gesetzten kritischen Schwelle von 50 Prozent zur Annahme einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Jürg Borer, a. a. O., Rz. 20 zu Art. 4 KG).

Hinsichtlich der Situation der Marktkonkurrenten ergibt sich aus der Statistik der Swisscable zum "Kabelnetzmarkt Schweiz 1997 – 1999", dass diejenigen Kabelnetzunternehmungen, welche nicht Mitglieder von Swisscable sind, im Jahre 1999 lediglich einen Marktanteil von insgesamt 5,5 Prozent besitzen, und diejenigen Kabelnetzunternehmungen, welche (neben der Beschwerdeführerin) Mitglieder von Swisscable sind, im Jahre 1999 zusammen einen Marktanteil von insgesamt 48,5 Prozent besitzen. Daraus ist ersichtlich, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den einzelnen Marktkonkurrenten hoch und ihr Markteinfluss folglich wesentlich ist. Die Vermutung liegt nahe, dass dasselbe auch für die Situation im relevanten Markt gilt.

Hinzu kommt, dass infolge hoher Marktzutrittschranken die Wahrscheinlichkeit des Eintritts weiterer potenzieller Konkurrenten in den relevanten Markt gering ist, was die Möglichkeit unabhängigen Verhaltens der Beschwerdefüh-

rerin erhöht. So sind mit einem Marktzutritt hohe Anfangsinvestitionen verbunden. Ausserdem bedürfen der Bau und Betrieb eines Kabelnetzes einer Konzession des Bundesamtes für Kommunikation (vgl. auch E. 4.3). Sodann ist mit hohen Kosten eines Marktaustritts zu rechnen, wenn der Marktzutrittsversuch nicht erfolgreich verlaufen sollte ("sunk costs").

Unter Würdigung der genannten Aspekte ist mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Markt in der Lage ist, sich von den anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Deshalb ist sie als *marktbeherrschendes Unternehmen* im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren (Art. 4 Abs. 2 KG).

5.1.3. Anschliessend ist zu untersuchen, ob sich die Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig verhält. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

<sup>1</sup> „Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

<sup>2</sup> Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen."

Das unternehmerisch korrekte Verhalten lässt sich indessen nicht ohne weiteres vom in Artikel 7 KG umschriebenen missbräuchlichen Verhalten abgrenzen. In der Botschaft des Bundesrates (vgl. BBl 1995 I 468) wird in diesem Zusammenhang erläuternd ausgeführt, dass das Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich dann unzulässig sei, "wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt". Das marktbeherrschende Unternehmen muss sich folglich auf so genannte "legitimate business reasons" stützen können oder muss – beim Vorliegen von Ausbeutungstatbeständen – darlegen können, dass die von ihm angewandten Geschäftsbedingungen nicht wesentlich von jenen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (vgl. Jürg Borer, a. a. O., Rz. 9 zu Art. 7 KG).

Gemäss Wettbewerbskommission behindert die Beschwerdeführerin mit der Weigerung, dass die Beschwerdegegnerin das Programm mittels D-Box codieren beziehungsweise decodieren kann, die technische Entwicklung, was Verzögerungen bei der Einführung des deutschsprachigen Digitalfernsehens zur Folge hätte. Für dieses Verhalten der Beschwerdeführerin bestünden keine sachlichen Rechtfertigungsgründe, weshalb mit ausreichender Wahrscheinlichkeit ein Verstoss gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e KG vorliege. Denn die Beschwerdeführerin sei seit geraumer Zeit konsequent daran, ihr Netz zu modernisieren und damit die Leistungsfähigkeit in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu erhöhen. Deshalb sei nicht nachvollziehbar, dass schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt – geschweige denn später – ernsthafte technische Probleme dem gleichzeitigen Betrieb zweier oder mehrerer digitaler Plattformen entgegenstehen sollten (vgl. Ziff. 36 und 38 der angefochtenen Zwischenverfügung).

Die Beschwerdeführerin führt demgegenüber in ihrer Beschwerde unter anderem aus, der Zwang zum Betrieb paralleler Plattformen, wie ihn die Wettbewerbskommission befürworte, stehe absolut quer zur technischen Entwicklung, behindere die Konvergenz der Dienste und führe zu hohen

zusätzlichen Kosten (vgl. Ziff. VII 1 der Beschwerde). In ihrer Eingabe vom 15. Juni 1999 habe sie ausserdem eingehend dargelegt und mit Beilagen untermauert, dass insbesondere Datensicherheit, Datensynchronität und Datenkonsistenz beim Betrieb mehrerer digitaler Plattformen nicht gewährleistet wären (vgl. Ziff. VII 2 der Beschwerde). Nach Darstellung der eigenen Techniker erfordere die Aufschaltung und Verarbeitung des digitalen Signals zudem erheblichen technischen Mehraufwand im Head-End und bei der Administration der Netzkomponenten (vgl. Ziff. VII 3 der Beschwerde).

Diesen Ausführungen widerspricht die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. August 1999. Darin führt sie unter anderem aus, die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach der Betrieb paralleler Plattformen quer zur technischen Entwicklung stehe beziehungsweise systemtechnisch nicht möglich wäre, sei völlig abwegig. Im Übrigen beabsichtige sie (die Beschwerdegegnerin) nicht die Einführung einer eigenen digitalen Plattform, sondern einzig, dass das Signal an ihre 80 000 Abonnenten anstatt analog, neu digital übertragen werde (vgl. S. 45 Ziff. 3.2 der Stellungnahme). Zudem seien nur banale Umstellungen an den Head-Ends erforderlich (vgl. S. 47 Ziff. 4 der Stellungnahme).

Die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der technischen Belange weichen stark voneinander ab. Auf Grund der vorliegenden Akten und Ausführungen kann nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit von einer unzulässigen Verhaltensweise der Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 KG ausgegangen werden, denn die technischen Vorbringen der Beschwerdeführerin werden nicht durch Beweise entkräftet. Die Wettbewerbskommission stützt sich einzig auf Auskünfte, die sie bei Technikern der Beschwerdeführerin eingeholt und in einer Notiz festgehalten hat (Ziff. 38 der angefochtenen Zwischenverfügung). Diese Notiz besagt aber nur, dass nach Meinung der befragten Personen die Durchleitung mehrerer, unterschiedlich codierter Digitalbouquets auf einem Kabelnetz technisch realisierbar sei. Dagegen geht daraus nicht hervor, ob die von der Beschwerdegegnerin vorgesehenen Installa-

tionen Gewähr bieten, dass dies störungsfrei und ohne Mehraufwand für die Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin geschehen wird. Demzufolge kann das Vorliegen von "legitimate business reasons" zur Rechtfertigung des Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Die technischen Belange bedürfen einer Prüfung, zu der auch unabhängige Experten beizuziehen sind. Dabei wäre auch abzuklären, ob den technischen Einwänden der Beschwerdeführerin nicht dadurch Rechnung getragen werden kann, dass der störungsfreie Betrieb mehrerer Plattformen mit gewissen Auflagen zu Lasten der Beschwerdegegnerin sichergestellt wird. Diese Abklärungen sprengen den Rahmen eines Massnahmenverfahrens. Jedenfalls ist es nicht Sache der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, sie an Stelle der Wettbewerbskommission durchzuführen.

- 5.1.4. Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann damit festgehalten werden, dass im heutigen Zeitpunkt nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einer günstigen Entscheidprognose ausgegangen werden kann.
- 5.2. Hinsichtlich der *Dringlichkeit* der angeordneten Massnahmen (als weitere Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen) führt die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Zwischenverfügung sodann aus, die zeitliche Dringlichkeit sei durch das bis Ende Juni 1999 befristete Angebot von (...) gegeben (vgl. Schreiben von (...) an die Beschwerdegegnerin vom 14. Juni 1999).

Dem ist indessen entgegenzuhalten, dass das Befristen von Offerten im Geschäftsleben alltäglich und üblich ist, weshalb dies alleine noch keinen Grund zur Annahme von Dringlichkeit als Voraussetzung zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen darstellen muss. Die Beschwerdegegnerin behauptet zwar, dass es sich um eine einmalig günstige Offerte handle, und dass sie die für die Umstellung auf digitale Übertragung nötigen Set-top-Boxen später nur zu einem bedeutend höheren Preis erwerben könnte. Sie begründet die besondere Vorteilhaftigkeit der Offerte einerseits damit, dass beim Kauf Zahlungen wegfallen würden, "welche die (...) gegenüber der Gesuchstellerin aus einem früheren

Transponderwechsel zu ihren Gunsten schuldet" (vgl. Gesuch der Beschwerdegegnerin an die Wettbewerbskommission vom 12. Mai 1999, Rz. 148). Andererseits habe die (...) Bedarf für den analogen Transponder der Beschwerdegegnerin und sei bereit, dafür Fr. .... zu bezahlen. Es wird jedoch von der Beschwerdegegnerin nicht erläutert und es ist auch aus den Akten nicht ersichtlich, weshalb der aus einer früheren Transaktion geschuldete Betrag nur innerhalb der Offertfrist bis Ende Juni 1999 verrechnet werden kann und nachher verfallen würde. Ebenso bedürfte es weiterer Abklärungen, um glaubhaft zu machen, dass der Transponderwechsel zu einem späteren Zeitpunkt nicht zu ähnlich günstigen Bedingungen möglich ist oder aber von der Beschwerdegegnerin nicht schon jetzt ohne den umstrittenen Einsatz der D-Box vorgenommen werden kann, da digitale Signale an den Kopfstellen in analoge umgewandelt und in das Kabelnetz eingespielen werden können, was nach dem Zeitplan der Beschwerdegegnerin während einer Übergangszeit für einen Teil der Abonnenten ohnehin vorgesehen ist (Gesuch der Beschwerdegegnerin an die Wettbewerbskommission vom 12. Mai 1999, Rz. 158; Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 16. August 1999, Rz. 175). Abgesehen davon ist auch nicht dargetan, wie die Beschwerdegegnerin auf Mehrkosten von mindestens Fr. ... kommt, wenn sie die Offerte nicht ausnützen kann. Die Verrechnung beim Boxenkauf macht nach ihren Angaben DM ... aus und der Transponderverkauf Fr. .... (Gesuch der Beschwerdegegnerin an die Wettbewerbskommission vom 12. Mai 1999, Rz. 146 – 151). Die Dringlichkeit als weitere Voraussetzung zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen ist somit nicht mit hinreichender Glaubwürdigkeit dargetan. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Prüfung der restlichen Massnahmenvoraussetzungen.

6. Zusammenfassend ergibt sich demzufolge, dass nicht sämtliche Voraussetzungen zum Erlass der durch die Wettbewerbskommission mit Zwischenverfügung vom 21. Juni 1999 angeordneten vorsorglichen Massnahmen glaubhaft dargelegt worden sind. Die angefochtene Zwischenverfügung erweist sich damit als rechtsfehlerhaft, weshalb sie in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben ist.

7. Wird die Beschwerde gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission aufgehoben, kann sich die Frage, ob der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen sei, nicht mehr stellen. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 6. Oktober 1999 um erneuten Entzug der aufschiebenden Wirkung wird damit gegenstandslos und ist abzuschreiben.
8. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 4a Bst. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Einer obsiegenden Partei dürfen nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat (Art. 63 Abs. 3 VwVG). – Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei und die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei. Dasselbe gilt für den Zwischenentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 12. August 1999. Demzufolge ist der von der obsiegenden Beschwerdeführerin am 6. August 1999 geleistete Kostenvorschuss (...) zu Lasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung). Demgegenüber hat die unterliegende Beschwerdegegnerin die gesamten Verfahrenskosten zu tragen.

Der obsiegenden Beschwerdeführerin, welche sich anwaltlich vertreten liess, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes erwachsen. Ihr ist zu Lasten der unterliegenden Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1, 2 und 3 VwVG). Die Vertreter haben keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

**Demnach entscheidet die  
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 aufgehoben.
2. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 6. Oktober 1999 um erneuten Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Verfahrenskosten
4. Parteientschädigung
5. Rechtsmittelbelehrung
6. Eröffnung

**D 2 Bibliographie**  
Bibliographie  
Bibliografia

**1 Aufsätze und Zeitungsartikel / articles / articoli**

AMSTUTZ Marc „Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf einseitige vertragliche Konkurrenzverbote?“ in: Aktuelle Juristische Praxis 11/1999, 1477ff.

AMSTUTZ Marc „Anwendbarkeit von Artikel 82 EG (früher Artikel 86) bei Weigerung der Aufnahme eines Konkurrenten in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens“ in: Aktuelle Juristische Praxis 11/1999, 1494ff.

BELLANGER François, BOVET Christian „Marché de L'affichage public ou marché public de l'affichage?“ in: Baurecht 4/1999

BUNDESKARTELLAMT „Widerlegung einer Oligopolvermutung“ in: Wirtschaft und Wettbewerb 10/1999, 1000ff.

DAVIDOW Joel „US Antitrust at the Fin de Siecle. Major Developments and International Implications“ in: World Competition 22(3), 1999, 29ff.

GLICK Mark A., CAMERON Duncan J. "When do proprietary aftermarkets benefit consumers?" in: *Antitrust Law Journal* 67, 1999, 357ff.

GRIMES Warren S. "Market definition in franchise antitrust claims: Relational market power and the franchisor's conflict of interest" in: *Antitrust Law Journal* 67, 1999, 244ff.

LANZ Rudolf "Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung" in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bern 1999

LIENHARD Andreas "Deregulierung staatlicher Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht" in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bern 1999

MCDAVID Janet D., STEUER Richard M. „The Revival of Franchise Antitrust Claims“ in: *Antitrust Law Journal* 67, 1999, 209ff.

MERCKT-MATTHEY Nin „Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires“ in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bern 1999

RAASS Adrian, SAURER Markus „Kein Kontrahierungszwang im Parfumhandel – ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich ökonomisch durchleuchtet“ in: *Schweizerische Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* sic! 5/1999, 586f.

RAASS Adrian "Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich; Kritik an der Kritik" in: *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* sic! 6/1999, 669ff.

REYMOND Jean-Marc „Tarifs et indications en matière d'honoraires: quelle influence sur la concurrence?“ in: *Revue de l'avocat* 10/1999, 4ff.

RIDYARD Derek „Comco's Dilemma – When Is Price Competition Anti-Competitive?“ in: *European Competition Law Review* 6/1999, 345ff.

SCHERRER-JOST Renate „Öffentliches Beschaffungswesen“ in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bern 1999

VEIT Marc D. „Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen als Alternative zur strukturellen Marktanalyse“ in *Aktuelle Juristische Praxis* 10/1999, 1269ff.

VON BALLMOOS Thomas, „Kollektive Marktbeherrschung im schweizerischen Fusionskontrollrecht – eine erste Lagebeurteilung“ in *SJZ* 95 (1999) Nr. 21

VON BÜREN Roland, KINDLER Thomas „Das schweizerische Kartellrecht“ in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bern 1999

WAGNER Manfred, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht; Thomas Cottier/Remo Arpagaus (Hrsg.), Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 1999

ZURKINDEN Philipp „Die Regelung der Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht“ in: KOLLER ET AL. (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bern 1999

ZURKINDEN Philipp, The Swiss Act on Cartels: A successful European Approach? in: Swiss News July/August/September 1999 (Nr. 7/8/9 1999).

## 2 Bücher / livres / liberi

STOFFEL Walter A., DEISS Joseph (Hrsg.) „La décartellisation en Suisse: influences européennes“, Fribourg 1999

ZÄCH Roger (Hrsg.) Towards WTO Competition Rules“, Bern 1999

## E Diverses Divers Diversi

E 1	<b>1. OCDE Rapport annuel</b>
-----	-------------------------------

### I. Modifications de la loi et de la politique de la concurrence, envisagées ou adoptées

#### 1. Résumé des nouvelles dispositions relevant du droit de la concurrence et des matières connexes

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) n'a pas fait l'objet de révision depuis la date de son entrée en vigueur le 1er juillet 1996.

#### 2. Autres mesures prises dans ce domaine (notamment instructions ou directives)

2. Sur la base de l'article (art.) 23 alinéa (al.) 2 LCart, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a publié le 7 septembre 1998

un **formulaire de notification pour les concentrations d'entreprises**<sup>1</sup> en langues allemande, française, italienne et anglaise; il précise les informations qui doivent être fournies selon l'art. 11 de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE) en cas de notification de concentrations d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 et de l'art. 9 de la LCart. Il facilite le dépôt de la notification complète et permet aux autorités de la concurrence de procéder de manière rapide et sans difficultés à l'examen préalable (art. 10 al. 1 et art. 32 LCart). Il permet également une notification facilitée, notamment lorsque la Commission de la concurrence (Comco) connaît déjà les marchés affectés par la concentration suite à une décision antérieure ou lorsqu'une entreprise commune est créée afin d'entrer sur un nouveau marché en phase de développement<sup>2</sup>. Dans tous les cas, le contenu de la notification facilitée doit être convenu avec le Secrétariat.

3. L'art. 15 al. 1 LCart prescrit que lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, le juge civil est tenu de transmettre l'affaire pour avis à la Comco. Le 12 octobre 1998, la Comco a rendu une **décision de principe concernant les compétences et la procédure lors de l'établissement de l'avis de droit**: 1) la Comco fonde son avis uniquement sur les faits tels qu'ils ont été présentés par le juge civil, c'est à dire qu'elle ne complète pas l'état de fait; et 2) lorsque l'état de fait présenté par le juge civil est incomplet, la Comco émet certaines réserves dans son avis sans inviter au préalable le juge civil à compléter le dossier. Afin que ce dernier soit à même d'établir l'état de fait nécessaire à l'élaboration de l'avis, l'autorité de la concurrence a décidé de publier un vademecum à ce sujet (actuellement en phase d'élaboration).

## II. Mise en œuvre de la législation et de la politique de la concurrence

1. Action contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris les ententes et abus de positions dominantes

---

<sup>1</sup> DPC 1998/3, p. 518ss (versions allemandes, françaises et italiennes) et DPC 1998/4, p. 725ss (version anglaise). A noter que ces versions sont également disponibles sur **notre site internet** ([www.wettbewerbskommission.ch](http://www.wettbewerbskommission.ch)).

<sup>2</sup> Cf. par exemple Diax-SBCIS, DPC 1997/2, p. 197ss, no 35.

### a.1) Résumé de l'activité des autorités de la concurrence

4. Durant la période considérée, le Secrétariat a publié la clôture de dix enquêtes préalables. Concernant les *accords illicites* (art. 5 LCart), il s'agissait des "tarifs pour les médecins pratiqués par les assurances-maladies"<sup>3</sup> ainsi que des "grès calcaires"<sup>4</sup>. S'agissant de *l'abus de position dominante* (art. 7 LCart), les cas portaient sur "le développement et la distribution de software pour la construction"<sup>5</sup>, "l'homologation et le sponsoring des ballons de football"<sup>6</sup> et "la distribution de la bière"<sup>7</sup>. En fin de compte, les affaires suivantes ont été examinées au regard des dispositions relatives aux *accords illicites et abus de position dominante* (art. 5 et 7 LCart) *simultanément*: "l'installation et la réparation des machines à affranchir"<sup>8</sup>, "la distribution des médicaments"<sup>9</sup>, "les implants chirurgicaux pour l'ostéosynthèse"<sup>10</sup>, "les tarifs hospitaliers relatifs aux soins ambulatoires"<sup>11</sup> et "la production de béton prêt à l'emploi"<sup>12</sup>. Sur ces dix enquêtes préalables, sept ont été closes sans suite faute d'indices d'une restriction illicite à la concurrence selon la LCart. Dans trois cas, des mesures propres à supprimer ou à empêcher les restrictions à la concurrence ont été prises à l'amiable avec les entreprises concernées.
5. Entre le 1er juillet 1998 et le 30 juin 1999, la Comco a en outre mis un terme à six enquêtes ordinaires. Dans le domaine des *accords illicites* (art. 5 LCart), il s'agissait des cas suivants: "Brûleurs à mazout et brûleurs à gaz"<sup>13</sup>, "Gaz techniques"<sup>14</sup> et "Insémination artificielle de la race bovine"<sup>15</sup>. Quant à *l'abus de position dominante* (art. 7 LCart), les enquêtes portaient sur "Swisscom – Centrex"<sup>16</sup> et "Minolta"<sup>17</sup>, tandis que les "Listes hospitalières

---

<sup>3</sup> DPC 1998/4, p. 555ss

<sup>4</sup> DPC 1999/2, p. 203ss

<sup>5</sup> DPC 1998/3, p.369ss

<sup>6</sup> DPC 1998/4, p. 567ss

<sup>7</sup> DPC 1999/1, p. 57ss

<sup>8</sup> DPC 1998/4, p. 545ss

<sup>9</sup> DPC 1998/4, p. 550ss

<sup>10</sup> DPC 1998/4, p. 555

<sup>11</sup> DPC 1998/4, p. 562ss

<sup>12</sup> DPC 1999/1, p. 64ss

<sup>13</sup> DPC 1998/3, p. 382ss

<sup>14</sup> DPC 1999/1, p. 67ss

<sup>15</sup> DPC 1999/1, p. 75ss

<sup>16</sup> DPC 1998/3, p. 377ss

<sup>17</sup> DPC 1999/2, p. 247ss

pour les assurances semi-privées comportant un choix limité d'hôpitaux"<sup>18</sup> avaient été examinées sous l'angle des dispositions relatives aux *accords illicites et abus de position dominante* (art. 5 et 7 LCart) *simultanément*. La problématique de ces enquêtes ordinaires susmentionnées est la suivante:

6. Sur le marché des services et de réparation des installations de chauffage central, la Comco a constaté dans la décision "**Brûleurs à mazout et brûleurs à gaz**" que les listes tarifaires annuelles émises par les associations d'installateurs portant sur les travaux de régie, les prix d'abonnement et autres prestations de service après-vente constituaient des accords de prix illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et al. 3 LCart. Elle en a interdit l'application et a ordonné aux associations d'en informer leurs membres ainsi que les tiers.
7. La décision "**Gaz techniques**" concernait des accords illicites entre les quatre offreurs principaux de gaz en Suisse. Ces accords portaient notamment sur les prix de vente des gaz et faisceaux, la protection mutuelle des clients et l'installation de nouveaux dépôts de gaz. Notons que ces accords ont été supprimés par les entreprises participantes le 5 novembre 1996 suite à l'introduction de la nouvelle LCart le 1er juillet 1996. Cependant, ces accords ont continué de produire des effets anticoncurrentiels même après leur suppression car ils incluaient des contrats de livraison d'une durée de cinq à dix ans. Par conséquent, la Comco a ordonné aux quatre entreprises concernées d'offrir à leurs clients la possibilité de prolonger les contrats existants à des conditions de marché équitables ou de conclure de nouveaux contrats avec d'autres offreurs.
8. Dans l'affaire "**Insémination artificielle de la race bovine**", la Comco a constaté que la fourniture par l'Association suisse pour l'insémination artificielle (SVKB) des semences de bovins exclusivement aux vétérinaires membres de l'association constituait un abus de position dominante selon l'art. 7 al. 2 lit. e LCart. L'autorité a déclaré les clauses d'exclusivité illicites et a ordonné des mesures correctrices.
9. Dans le cas "**Swisscom - Centrex**", l'ancien monopoleur des services de télécommunication (Swisscom) avait refusé de mettre en place le système de communication "Centrex" si les auto-commutateurs d'utilisateurs ne provenaient pas de son propre assor-

---

<sup>18</sup> DPC 1999/2, p. 220ss

timent. Dans le cadre d'un accord amiable avec la Comco, Swisscom a accepté d'offrir les services "Centrex" d'une manière non-discriminatoire indépendamment de la provenance des autocommutateurs d'utilisateurs.

10. Dans le dernier cas, un réparateur indépendant de produits photographiques s'est plaint auprès de la Surveillance des prix du refus de "**Minolta**" de livrer des pièces de rechange. Le dossier a été transmis à l'autorité de concurrence qui a ouvert une enquête le 7 juin 1997. Dans ce cas spécifique et en raison des interdépendances existant entre l'achat d'un appareil photographique et le service après-vente y relatif, la Comco a défini le marché des produits comme étant un *marché-système*. Sur un tel marché, le produit principal et le service après-vente forment un produit composé; la concurrence sur le marché primaire exerce ainsi un effet disciplinatoire sur le marché en aval. En matière de vente d'appareils photographiques, Minolta, avec 24% des parts de marché en 1998, a un nombre important de concurrents (entre 15 et 20) et ne détient pas de position dominante. Son comportement ne tombe dès lors pas sous le coup de l'art. 7 LCart.
11. En ce qui concerne les "**Listes hospitalières pour les assurances semi-privées comportant un choix limité d'hôpitaux**", le Secrétariat de la Comco a reçu une demande de l'Association des hôpitaux privés du canton de Berne d'interdire une classification tarifaire des hôpitaux privés, établie unilatéralement par deux assureurs-maladie suisses. Dans sa décision du 19 avril 1999, la Comco a établi que les assureurs concernés ne jouissaient pas d'une position dominante sur le marché de l'assurance-maladie en Suisse et que l'accord de coopération qu'ils avaient conclu n'affectait pas de manière notable la concurrence efficace sur le marché pertinent.

## **a.2) Résumé de l'activité de la Surveillance des prix**

12. L'activité principale de la Surveillance des prix s'exerce dans le domaine des prix administrés par l'Etat. En cas de procédures parallèles menées par la Comco et la Surveillance des prix, les procédures prévues par la LCart priment les procédures prévues par la Loi sur la surveillance des prix, sauf décision contraire prise d'un commun accord par ces deux autorités. En pratique pourtant, les compétences des deux autorités se recoupent rarement puisque les régimes de marché ou de prix de caractère étatique ainsi que les droits spéciaux conférés aux entreprises exécutant

des tâches publiques sont souvent exemptés de l'application directe de la LCart<sup>19</sup>.

13. Au cours de la période du 1er juillet 1998 au 30 juin 1999, les activités principales de la Surveillance des prix ont concerné les **taxes hospitalières**, domaine où les prix et les coûts continuent d'augmenter. Cependant, l'action de la Surveillance des prix de même que celle du Conseil fédéral (en tant qu'instance de recours en la matière) influent positivement sur les tarifs. Au 1er janvier 1999, les **prix des médicaments** figurant depuis au moins 15 ans sur la liste des spécialités<sup>20</sup> ont été soumis à une comparaison internationale de prix. Les baisses de prix correspondantes ont été effectuées, réalisant environ deux tiers du potentiel d'économies dans ce domaine. Deux décisions concernent l'entreprise **Swisscom SA**, qui avait, dans le premier cas, augmenté en une fois de plus de 400 pour cent le prix de vente de ses adresses téléphoniques; dans le deuxième cas, cette entreprise avait refusé de fournir au Surveillant des prix les informations et documents demandés. Dans le domaine de **l'assurance immobilière**, où des établissements cantonaux jouissent d'un monopole dans dix-neuf cantons, des adaptations de primes ont été effectuées suite à une étude publiée par la Surveillance des prix il y a trois ans. En raison des investissements nécessaires au renouvellement des réservoirs et des canalisations, de fortes augmentations de prix sont attendues pour **les tarifs de l'eau**: il est en effet fréquent que le prix de l'eau soit élevé en raison des taux et méthodes d'amortissement fixés dans des règlements cantonaux dont la modification compte actuellement parmi l'une des principales préoccupations du Surveillant des prix. Finalement, en ce qui concerne **les usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM)**, le Surveillant des prix s'est prononcé contre la construction de nouvelles UIOM qui aboutiraient à des surcapacités sur le plan national. Selon lui, une meilleure utilisation des capacités des usines existantes profiterait tant aux cantons exportateurs qu'aux cantons importateurs de déchets. Il incombe désormais aux cantons concernés, aux exploitants d'installations et aux autorités fédérales compétentes de prendre les mesures adéquates.

---

<sup>19</sup> L'article 3 LCart réserve les prescriptions excluant de la concurrence certains biens ou services sur un marché, notamment: a) celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique; b) celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.

<sup>20</sup> La liste des spécialités énumère les médicaments dont les frais doivent être couverts par les caisses-maladies en Suisse.

### a.3) Résumé de l'activité de la Commission fédérale de la communication

14. La Commission fédérale de la communication (ComCom) a été instituée en septembre 1997 comme autorité concédante indépendante dans le contexte de la libéralisation du marché des télécommunications. D'après la Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC), ses compétences sont les suivantes: a) l'attribution des concessions pour les opérateurs de services de télécommunication (art. 4 LTC), des concessions de service universel (art. 18 LTC) et des concessions d'utilisation des fréquences de radiocommunication (art. 22 LTC); b) la fixation des conditions d'interconnexion en 1ère instance, lorsque les fournisseurs de prestations n'arrivent pas à un accord (art. 11 LTC); c) l'approbation du plan national d'attribution des fréquences (art. 25 LTC) et des plans nationaux de numérotation et fixation des modalités d'application de la portabilité des numéros et du libre choix du fournisseur (art. 28 LTC); ainsi que d) la décision des mesures en cas de violation du droit en vigueur et, le cas échéant, le retrait de la concession (art. 58 LTC). Depuis sa création, la ComCom a prononcé plusieurs décisions dans ses domaines d'activité, dont celles de la téléphonie mobile et de l'interconnexion se sont avérées les plus importantes<sup>21</sup>.
15. La libéralisation du marché des télécommunications au 1er janvier 1998 a entraîné une baisse généralisée des prix. Même s'il est difficile de comparer les tarifs des divers opérateurs, on remarque que les baisses de prix ont été plus faibles dans le domaine de la téléphonie locale (où Swisscom n'a qu'un seul concurrent) alors qu'elles ont été plus importantes dans celui de la téléphonie internationale (où la concurrence est beaucoup plus forte). Dans le domaine de la téléphonie mobile, la concurrence a également produit des effets: à la fin de l'année 1998, 26 contrats d'interconnexion ont été signés par des sociétés avec Swisscom et 6 contrats ont été conclus avec d'autres sociétés. Ce sujet déjà très débattu dans la branche risque d'occuper la ComCom longtemps encore car un nouveau système de calcul est prévu par le Conseil fédéral pour l'an 2000; suite aux expériences faites en Suisse et à l'étranger, il pourrait comprendre de nouvelles mesures allant dans la direction des concepts proches de l'"unbundling" et de la "boucle locale".

---

<sup>21</sup> Commission fédérale de la communication (ComCom) – Rapport annuel 1998.

16. Si quelques 170 fournisseurs de services de télécommunication témoignent d'un grand intérêt pour le marché suisse, la dimension de ce marché et l'évolution au niveau mondial vont conduire à une concentration des forces ("joint ventures" fondées sur la convergence des services ou sur l'extension du marché, achats, fusions, retraits, faillites). Même si cette concentration se déroule en grande partie hors de la Suisse, elle déploiera ses effets également sur le marché national.

#### **a.4) Résumé de l'activité de la Commission de recours pour les questions de concurrence**

17. La décision la plus importante que la Commission de recours (REKO) ait prononcée durant la période considérée concerne l'affaire "**Télécom PTT-contrats de distributeurs spécialisés**"<sup>22</sup>. Swisscom (l'ancienne Télécom PTT) a recouru contre la décision de la Comco du 15 décembre 1997 qui constatait que l'entreprise avait discriminé certains de ses partenaires commerciaux en accordant des primes annuelles plus élevées aux distributeurs qui s'approvisionnaient auprès d'elle sur une base exclusive<sup>23</sup>. La REKO a accepté le recours et annulé la décision de la Comco en argumentant: 1) que l'autorité de la concurrence avait violé le droit d'être entendu de Swisscom et 2) que la Comco n'avait pas suffisamment clarifié l'état de fait en ne rassemblant pas suffisamment de preuves en la matière. Par ailleurs, la REKO a souligné que les faits complexes qui se présentent souvent dans le domaine de la concurrence exigent une ample considération du droit des entreprises impliquées d'être entendues, ainsi qu'une analyse approfondie de l'état de fait y relatif.

#### **a.4) Résumé de l'activité des tribunaux cantonaux**

18. Au cours de la période du 1er juillet 1998 au 30 juin 1999, l'action civile "**Kodak**" a été portée devant le Tribunal commercial du canton de Zurich<sup>24</sup>. Dans sa décision du 23 novembre 1998, ce tribunal s'est prononcé pour l'épuisement international des droits des brevets en Suisse et a ainsi permis l'importation parallèle des produits Kodak. L'affaire est actuellement pendante

---

<sup>22</sup> DPC 1998/4, p. 655ss

<sup>23</sup> DPC 1997/4, p. 506ss et Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Suisse (1er juillet – 30 juin 1998), OCDE, Octobre 1998, p. 3.

<sup>24</sup> DPC 1998/4, p. 683ss

devant le Tribunal fédéral qui devrait rendre sa décision en automne 1999.

#### a.5) Résumé de l'activité du Tribunal fédéral

19. Concernant le droit de la concurrence ou les domaines étroitement liés à celui-ci, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur trois affaires importantes pendant la période concernée:
20. Dans une première affaire "**Nintendo/Gameboy**"<sup>25</sup>, le Tribunal s'est prononcé en faveur du principe de l'épuisement international dans le domaine des droits d'auteur en Suisse, principe qu'il avait déjà établi pour le droit des marques, autorisant ainsi les importations parallèles<sup>26</sup>.
21. Dans une deuxième affaire "**X / Commission de recours pour les questions de concurrence et Commission de la concurrence**"<sup>27</sup>, le Tribunal fédéral a donné raison à la Comco et à la REKO qui avaient refusé à un tiers la qualité de recourir contre l'autorisation d'une opération de concentration alors qu'il n'était pas destinataire de la décision. Selon le Tribunal, la qualité d'actionnaire et de consommateur du recourant vis-à-vis des entreprises concernées n'établit pas un lien suffisamment étroit et ne constitue pas un intérêt digne de protection à l'annulation d'une autorisation de concentration.
22. Dans une troisième affaire "**Pistorius / Prazak**"<sup>28</sup>, le Tribunal fédéral a décidé qu'une interdiction de concurrence prévue dans un accord entre deux particuliers ne tombe en principe pas sous le coup de la LCart.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> DPC 1998/3, p. 486ss

<sup>26</sup> En ce qui concerne les droits de brevets, la question de l'épuisement n'est pas encore clarifiée. On attend la décision du Tribunal Fédéral dans l'affaire "Kodak" qui devrait tomber en automne 1999 (voir aussi paragraphe 18)

<sup>27</sup> DPC 1998/3, p. 498ss

<sup>28</sup> DPC 1998/4, p. 718ss

<sup>29</sup> Pourtant, ladite décision n'établit pas qu'une interdiction de concurrence n'offre jamais aucune difficulté du point de vue de la LCart. Par exemple, si une entreprise dominante sur un marché particulier impose à un partenaire commercial une interdiction de concurrence pour une activité professionnelle particulière, cela pourrait constituer une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart (cf. Dallafior, dans: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 122s ad article 7 LCart).

### a.6) Résumé de l'activité du Conseil fédéral

23. La décision prise par le Conseil fédéral en septembre 1998 concernant le **"Commerce des partitions de musique"**<sup>30</sup> revêt une importance particulière. En refusant d'autoriser l'accord sur les partitions de musique que la Comco avait déclaré illicite<sup>31</sup>, le Conseil fédéral a donné un signal clair et sans équivoque: une restriction illicite à la concurrence ne peut être autorisée que si elle est *nécessaire* à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants et qu'il n'existe pas d'autres moyens moins nuisibles pour la concurrence efficace<sup>32</sup>.
24. Dans son arrêt du 3 février 1999 sur les **"Tarifs concernant les traitements ambulatoires"**<sup>33</sup>, le Conseil fédéral a retenu que dans les domaines des soins médicaux et de l'assurance-maladie, la liberté du commerce et de l'industrie est restreinte dès lors que le législateur a précisément réglementé le système de tarification des prestations médicales. Par ailleurs, le Conseil fédéral a laissé ouverte la question de l'inapplicabilité de la LCart du fait même de l'article 3 LCart<sup>34</sup> et de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) qui pose des règles strictes en matière de conventions tarifaires conclues entre fournisseurs de soins médicaux et assureurs-maladie.

### b) Description d'affaires importantes notamment celles qui ont des conséquences sur le plan international

25. Après la décision du Conseil fédéral de ne pas autoriser l'accord sur les partitions de musique (cf. paragraphe 23), la Comco s'est penchée sur des **accords similaires concernant les livres en langue allemande**. Des accords sur les prix, conclus sous forme de lettres de garantie collective, fixent les prix finaux de vente pour la Suisse. La Comco a ainsi ouvert une enquête le 28 sep-

---

<sup>30</sup> DPC 1998/3, p. 478ss

<sup>31</sup> DPC 1997/3, p. 334ss et Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Suisse (1er juillet – 30 juin 1998), OCDE, Octobre 1998, p. 3.

<sup>32</sup> A noter que les articles 8 et 11 LCart prévoient que des accords et pratiques illicites, respectivement des opérations de concentration interdites, peuvent exceptionnellement être autorisés par le Conseil fédéral en raison d'intérêts publics prépondérants.

<sup>33</sup> DPC 1999/1 p. 184ss

<sup>34</sup> Art. 3 (1) LCart (cf. note de fin de page 19)

tembre 1998 contre les signataires indigènes et étrangers de ces lettres de garantie collective déployant des effets en Suisse.

## 2. Fusions et acquisitions

### c) **Statistiques sur le nombre et le type de fusions notifiées et/ou contrôlées**

26. 38 opérations de concentration ont été notifiées durant la période considérée: 11 durant le deuxième semestre 1998 et 27 durant le premier semestre 1999. En faisant abstraction du cas "Viag / Algroup" où la notification a été retirée par les parties<sup>35</sup>, la Commission n'a procédé à un examen approfondi que dans un cas ("Bell/SEG"). L'opération a été autorisée sous réserve du respect de charges et conditions et est décrite d'une manière plus détaillée ci-dessous.

Le tableau suivant fait état de l'activité de la Comco en matière de fusions d'entreprises.

Légende :

- ⊕ = Pas d'objection après examen préalable (art. 32 LCart)
- ⊗ = Pas d'objection après examen (art. 33 LCart)
- O = Autorisation sous réserve du respect de charges et de conditions
- ◆ = Sanctions pour violation de l'obligation préalable de notification
- ∇ = Notification retirée par les parties
- (∇) = Procédure en cours au 30 juin 1998
- \* = Opération non soumise au contrôle des concentrations

**F**=Fusion; **AC**=Acquisition du contrôle; **EC**=Entreprise commune

Noms des entreprises participantes et Type	Résultat
<b>2ème semestre 1998</b>	
<u>Service de marché "industrie et production"</u>	
Krupp / Thyssen (F)	⊕
Daimler / Chrysler (F)	⊕
CHS / Vobis	⊕
Bell / SEG (AC)	O
Shell / Exxon (EC)	⊕
Usego / Lekkerland (EC)	⊕

<sup>35</sup> Le retrait de la notification était dû au fait que les conseils d'administration des deux entreprises participantes n'ont pas pu tomber d'accord sur les modalités de l'échange des actions.

Noms des entreprises participantes et Type	Résultat
<u>Service de marché "services"</u>	
Banque Nationale de Paris (BNP) / United European Bank à Genève (UEB) (AC)	⊕
Generali / Banca della Svizzera italiana (AC)	⊕
<u>Service de marché "infrastructure"</u>	
ESTEL (EC)	⊕
Swisscom / UTA (EC)	⊕
PubliGroupe / Swisscom (EC)	⊕
<b>1er semestre 1999</b>	
<u>Service de marché "industrie et production"</u>	
Tony / Sântis (F)	⊕
Daimler Chrysler / ABB Daimler-Benz (F)	⊕
Carrier / Toshiba (F)	⊕
Emmi / Coop (AC)	⊕
Viag / Algroup (F)	∇
BAT / Rothmans (AC)	⊕
Bon Appetit / Usego Hofer Curti AG (AC)	⊕
Renault / Nissan (AC)	⊕
ABB / Alstom (EC)	⊕
Ford Motor Company / Volvo Car Corporation	⊕
<u>Service de marché "services"</u>	
Société Générale / Banque Paribas (F)	⊕
Preussag / Carlson Wagon-lit / WestLB Girozentrale (AC)	⊕
Generali / Secura (AC)	⊕
Rentenanstalt / Gotthardbank (AC)	⊕
HSBC / Republic National Bank of New York (F)	(∇)
<u>Service de marché "infrastructure"</u>	
Post / Bertelsmann (EC)	⊕
Swisscom / Unisource Business Networks (Switzerland) AG (AC)	⊕
Deutsche Post / Danzas (AC)	⊕
Batrec / Recymet (F)	⊕
Express / Impartial (F)	⊕
Axel Springer / Handelszeitung (AC)	⊕
TA Media / Radio Zürichsee (AC)	⊕
Edipresse / SDAP (AC)	⊕
Panalpina / Jacky Maeder (AC)	⊕

Noms des entreprises participantes et Type	Résultat
Dow Jones / Reuter (EC)	⊕
Kiosk AG / Melisa	(∇)
TUI / ITV	(∇)

#### d) Description de quelques affaires importantes

27. Le rachat de l'abattoir **SEG Poulets** par **Bell SA**, filiale du Groupe Coop est le seul cas à avoir fait l'objet d'un examen approfondi<sup>36</sup>. Ce cas a révélé deux aspects particulièrement intéressants:
28. Premièrement, la production de volaille indigène est protégée par des réglementations étatiques (quotas) auxquelles l'importation de volaille est soumise. L'Ordonnance sur la volaille du 7 décembre 1998 lie l'importation de volaille à une prise en charge de la production indigène en obligeant tout importateur de volaille étrangère à acheter de la volaille indigène dans une certaine proportion (1:0,68). Il en résulte un renchérissement des importations, d'autant plus que l'abattage de poulets indigènes à l'étranger est empêché pour des raisons légales (sanitaires, douanières) et de marketing (de longs transports d'animaux vivants porteraient préjudice à l'image des produits). Pour ces raisons, le marché affecté par l'opération de concentration est celui de l'abattage de la volaille indigène en Suisse, marché sur lequel les abattoirs intégrés verticalement par Migros et Coop (les deux distributeurs du commerce de détail les plus importants en Suisse) détiennent conjointement 80-90% des parts de marché. En outre, le commerce de gros et les importateurs se trouvent dans une situation de dépendance par rapport aux abattoirs de poulets en Suisse.
29. L'examen de la question d'une dominance collective par Migros (avec son abattoir Optigal SA) et Coop (Bell) sur le marché affecté par cette opération de concentration s'est ainsi avéré nécessaire. Dans l'analyse, neuf des dix critères suivants ont démontré l'existence d'*incitations* à un comportement collusif *durable* des deux entreprises. Il s'est avéré que: a) les *parts de marché respectives* sont notables et sont restées stables pendant ces dernières années; b) la *phase de marché* montre une saturation de la demande avec un taux d'innovation peu élevé; c) l'*élasticité-prix* est faible vu le comportement d'achat de la plupart des consommateurs ("one-stop-shopping"); d) *l'homogénéité des produits* et la

<sup>36</sup> DPC 1998/3, p. 392ss

*symétrie des structures et des coûts des entreprises* sont très élevées; e) la *transparence du marché* est également élevée; f) il n'existe pas de *concurrence de substitution* en ce qui concerne l'abattage de volaille; g) la *concurrence étrangère* est inexistante pour les raisons légales et de marketing citées ci-dessus; h) le *pouvoir de marché* en amont (engraissement, structure atomique) et en aval (marché de détail, dominé par Migros et Coop) n'aurait pas déployé d'effets correcteurs positifs; et i) il existe des *barrières d'entrée* importantes en raison des sunk costs élevés (investissements importants dans l'infrastructure de l'abattage) et des surcapacités existantes; j) l'absence *d'interdépendances en matière de personnel ou de capital* entre Migros et Coop n'a pas changé l'avis de la Comco que l'opération en question aurait aboutit à une situation de dominance collective par les deux entreprises.

30. Le rachat de SEG Poulets par Bell SA (Coop) n'a finalement pu être autorisée qu'à une seule condition: la vente par Bell SA de sa participation majoritaire dans l'abattoir Favorit SA, le troisième abattoir suisse de poulets (avec environ 7% de parts de marché). Une alternative valable a ainsi pu être offerte aux acteurs de plus petite taille, leur permettant d'exercer un contre-poids face aux abattoirs détenus par Migros et Coop. Par ailleurs, ce cas démontre que la réglementation étatique protectionniste (en faveur des producteurs de volaille indigène) a indirectement contribué à renforcer la position des grands distributeurs sur le marché concerné.

### **III. Le rôle des autorités de la concurrence dans la mise en œuvre des autres politiques, par exemple les mesures de réforme réglementaire, les mesure de politique commerciale ou industrielle**

1. *Les activités des autorités de la concurrence en relation avec la Lcart*
31. Une tâche essentielle des autorités de la concurrence réside dans leur participation au processus législatif sous forme de préavis, aussi bien sur le plan fédéral que cantonal (art. 46 LCart). En outre, la Comco observe de façon suivie la situation de la concurrence et peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace (art. 45 LCart). Il convient d'illustrer ici les applications de ces prérogatives.

**a) Préavis**

32. Au cours d'une procédure de consultation, la Comco a examiné deux projets de loi portant sur l'introduction des **taxes sur l'énergie non-renouvelable**. Le premier était élaboré par le Conseil national, le second provenait du Conseil des Etats<sup>37</sup>. Dans ce contexte, la Comco a salué le principe de l'internalisation des coûts externes qui diminue les distorsions de la concurrence dans le domaine de l'énergie. Elle s'est par ailleurs prononcée en faveur de l'introduction progressive d'une taxe d'incitation plafonnée, différenciée selon les produits énergétiques et dont les recettes reviendront à la collectivité publique et à l'économie. La Comco a refusé le subventionnement de l'énergie hydraulique indigène, mais a au contraire accepté de promouvoir la recherche fondamentale dans le domaine de l'énergie solaire et de l'énergie provenant de la biomasse. Finalement, la Comco a estimé que le maintien de la compétitivité internationale de la Suisse commandait de ne pas taxer les industries à forte consommation d'énergie tant que des taxes analogues ne seraient pas introduites à l'étranger.
33. Dans la procédure de consultation relative au **projet de loi sur le marché de l'électricité (LME)**, la Comco a salué les efforts entrepris en vue de libéraliser le marché de l'électricité en Suisse. Pourtant, elle est d'avis que seule une *séparation nette entre le domaine de la distribution et celui de la production* permettrait de garantir une concurrence efficace sur le marché de l'électricité. Elle a donc souligné la nécessité de créer une société nationale d'exploitation du réseau de droit privé et indépendante des entreprises de production. Par contre, la Comco a jugé inutile l'institution prévue par la LME d'une *commission d'arbitrage* à l'exemple de la Commission de la communication (cf. paragraphe 14ss)<sup>38</sup>. De plus, elle a recommandé de renoncer au *dédommagement pour les investissements non-amortissables et aux dispositions relatives à l'encouragement des énergies renouvelables* prévues par le projet de loi.

---

<sup>37</sup> DPC 1998/3, p. 445ss

<sup>38</sup> L'art. 7 LCart confère à la Comco la compétence de supprimer les abus de position dominante. Cet instrument permet une intervention efficace contre les abus que des exploitants de réseau pourraient commettre en relation avec l'obligation de prise en charge. La renonciation à une commission d'arbitrage et, partant, à une réglementation sectorielle, garantit une interprétation cohérente des règles générales du droit de la concurrence dans le domaine de l'électricité. L'institution d'une commission d'arbitrage apparaît en conséquence inutile.

34. Dans le cadre de la **nouvelle loi sur l'agriculture**, le Secrétariat de la Comco a pris position par rapport à plusieurs ordonnances d'exécution y relatives<sup>39</sup>. En général, il a critiqué l'effet néfaste résultant de la combinaison des contingents d'importation et des prestations indigènes et s'est prononcé en faveur de la création d'un système de contingentement moins anticoncurrentiel. Souvent, une vente aux enchères des contingents s'impose, permettant ainsi à l'Etat de récupérer au moins partiellement la rente du contingent concerné. Et plus important, la distribution des contingents ne doit pas profiter aux importateurs ou créer une barrière à l'entrée artificielle face aux nouveaux concurrents<sup>40</sup>.
35. Dans le domaine des assurances, la Comco a pris position dans la procédure de consultation sur la révision de deux lois fédérales<sup>41</sup>. Concernant la **Loi sur le contrat d'assurance**, elle a salué l'établissement du principe de la divisibilité de la prime sans exemptions. Elle a par contre critiqué les dispositions régissant le transfert du droit de propriété en soulignant que celui-ci devrait constituer un motif de résiliation extraordinaire du contrat d'assurance. La Comco a soutenu un délai de résiliation de quatre semaines proposé dans le projet de loi et a exigé de l'assurance qu'elle informe de ses droits le nouveau propriétaire de l'objet assuré.
36. Dans le cadre de la **Loi sur la surveillance des assureurs**, la Comco a réaffirmé les propositions mentionnées concernant le transfert du droit de propriété (cf. paragraphe 35). Elle s'est en outre prononcée contre l'obligation de primes uniques. Si cette obligation devait être conservée pour des raisons de politique sociale, elle ne devrait toutefois concerner que le montant net et non le montant brut des primes. Enfin, la Comco a rejeté l'uniformisation du degré de couverture d'assurance en proposant un degré minime de couverture n'excluant pas la concurrence entre assureurs au niveau de la qualité des prestations.
37. Concernant la **révision partielle de la Loi sur l'assurance-maladie en matière de financement des hôpitaux**, la Comco est d'avis que le projet de loi apporte quelques améliorations, mais ne permet pas de réaliser un meilleur rapport coûts/bénéfices dans le domaine de la santé publique hospita-

---

<sup>39</sup> DPC 1998/4, p. 573ss

<sup>40</sup> Comme ceci a été le cas chez "Bell/SEG" (cf. paragraphes 27ss).

<sup>41</sup> DPC 1998/4, p. 635ss

lière et semi-hospitalière<sup>42</sup>. La Comco a par conséquent proposé de renoncer provisoirement à cette révision partielle, afin d'examiner les questions suivantes: a) la planification hospitalière par les cantons ainsi que la question y relative du financement des hôpitaux (en particulier le subventionnement des hôpitaux et/ou la réduction des primes d'assurance-maladie); b) les incitations à la réduction des surcapacités hospitalières; et c) la question de l'approbation par les cantons des tarifs pour les produits de soins.

## **b) Recommandations**

38. Le **projet de Loi sur les produits thérapeutiques (pLPT)** règle l'autorisation de mise sur le marché des médicaments et des dispositifs médicaux ainsi que la publicité afférente. Concernant les médicaments, la Comco a recommandé au Conseil fédéral d'adapter le projet de loi en fonction des modifications suivantes<sup>43</sup>: a) dans le cadre de l'autorisation de mise sur le marché, l'exigence d'un domicile helvétique (siège ou filiale) pour tout requérant qui désire vendre ses produits en Suisse doit être supprimée; b) un médicament importé doit bénéficier d'une procédure simplifiée, pour autant qu'il ait obtenu une autorisation de mise sur le marché dans l'Etat d'où il est exporté ou en Suisse; et c) l'interdiction de la publicité pour les médicaments prescrits sur ordonnance doit être abandonnée.
2. *Les activités des autorités de la concurrence en relation avec la Loi sur le marché intérieur (LMI)*
39. La Loi sur le marché intérieur est entièrement applicable depuis le 1er juillet 1998. L'art. 1er LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Elle vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité et à renforcer la cohésion économique de la Suisse. L'art. 8 LMI charge la Comco de la surveillance de l'application de la loi par la Confédération, les cantons et les communes et l'habilite à effectuer des enquêtes et à adresser aux autorités concernées des recommandations sur les actes législatifs envisagés

---

<sup>42</sup> DPC 1999/2, p. 297ss

<sup>43</sup> DPC 1999/2, p. 281ss

ou existants. L'art. 10 LMI lui donne la compétence d'établir des expertises sur l'application de la présente loi à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires.

40. Pendant la période considérée, la Comco a ainsi émis des recommandations concernant l'adjudication dans le domaine des marchés publics des cantons et communes, les réglementations cantonales du commerce itinérant et de la vente de médicaments par correspondance ainsi que les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure. Elle a en outre établi une expertise sur le concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel. Enfin, le Secrétariat a fourni plusieurs renseignements aux cantons et communes sur les marchés publics, le principe de non-discrimination et la reconnaissance mutuelle des certificats de capacités.

#### a) **Recommandations**

41. Sur la base de l'art. 8 al. 2 LMI, la Comco a adressé aux autorités cantonales et communales deux recommandations en matière de **marchés publics des cantons et des communes**. La première concernait le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998<sup>44</sup>; la deuxième concernait le projet de loi sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998<sup>45</sup>.

La Comco a rappelé les exigences essentielles de la LMI en matière de marchés publics: a) le principe de non-discrimination est applicable à tous les achats publics des cantons et des communes indépendamment de leur importance (art. 5 al. 1 en relation avec l'art. 3 LMI); b) le principe de transparence doit être respecté: les critères de participation et d'attribution du marché doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI); c) la restriction à la liberté d'accès au marché doit faire l'objet d'une décision sujette à recours (art. 9 al. 1 LMI); d) le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

Dans sa recommandation concernant le *projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)*, la Comco a indiqué que la réserve du droit de réciprocité à l'intérieur du marché suisse était devenue sans effets avec l'entrée en vigueur de la LMI. A propos du *projet de révision de la loi cantonale*

---

<sup>44</sup> DPC 1998/2, p. 329ss

<sup>45</sup> DPC 1998/2, p. 336ss

*neuchâteloise*, la Comco a recommandé de supprimer la disposition qui prévoyait d'exclure certaines commandes du champ d'application de la loi. Elle a en outre indiqué que la procédure ouverte devait être privilégiée et par conséquent recommandée par rapport à la procédure sélective, cette dernière devant n'être appliquée que de manière restrictive.

42. En Suisse, le commerce itinérant est exclusivement réglé sur le plan cantonal de manière détaillée. Dans ses recommandations du 7 septembre 1998<sup>46</sup>, la Comco a pris position face aux **réglémentations cantonales du commerce itinérant**. Elle s'est prononcée en faveur d'un examen par les cantons de leur pratique d'autorisation de commerce itinérant à la lumière des critères d'intérêt public que sont la loyauté dans les relations commerciales et la protection des consommateurs. En outre, la Comco a recommandé que les preuves et sûretés déjà apportées au lieu d'origine soient considérées. Pour calculer le montant des taxes administratives, il faut appliquer les principes d'équivalence et de la couverture des frais. La Comco a salué les travaux entrepris en vue d'une réglementation fédérale.
43. La **vente de médicaments par correspondance** n'est pas réglée par une loi fédérale mais par des lois cantonales très diverses: certaines autorisent la vente de médicaments par correspondance, d'autres l'interdisent complètement. Cet état de fait risque d'entraver le commerce intérieur et de violer le principe du libre accès au marché. La Comco a donc recommandé à tous les cantons d'autoriser par principe la vente de médicaments par correspondance en tenant compte des exigences liées à la santé publique et à la protection des patients. Elle leur a en outre recommandé de ne pas appliquer les dispositions cantonales incompatibles avec la LMI<sup>47</sup>.

#### **b) Expertises**

44. A la demande d'une autorité cantonale et sur la base des articles 10 LMI et 47 LCart, la Comco a établi une expertise sur le concordat intercantonal du 8 octobre 1957 réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel (concordat)<sup>48</sup>, plus particulièrement sur deux interdictions prévues aux articles 2<sup>49</sup> et 7<sup>50</sup> du concordat.

---

<sup>46</sup> DPC 1998/3, p. 446ss

<sup>47</sup> DPC 1998/4, p. 623ss

<sup>48</sup> DPC 1998/4, p. 639ss

<sup>49</sup> Selon l'article 2 du concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel du 8 octobre 1957, les personnes physi-

Neuf cantons ont adhéré à ce concordat. Les personnes domiciliées ou établies dans des cantons tiers ne connaissant pas ces interdictions se sont vues restreindre l'accès au marché alors qu'elles désiraient être actives dans les cantons où le concordat était en vigueur. A la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, des réglementations cantonales et des efforts entrepris en vue d'une révision de la Loi sur le crédit à la consommation, la Comco a conclu qu'il fallait distinguer le crédit à la consommation du crédit commercial. En matière de crédit à la consommation, ces interdictions sont justifiées par des considérations de politique sociale. Il en va autrement en matière de crédit commercial où un tel intérêt fait défaut. Par décision du 20 octobre 1998, l'exécutif du canton concerné s'est ainsi rallié à l'opinion de la Comco.

### c) **Autres**

45. Le Secrétariat de la Comco a pour sa part répondu à plusieurs questions d'autorités ou de personnes privées portant sur les marchés publics. Il s'est ainsi exprimé sur des projets de législation sur les marchés publics de plusieurs communes et sur des questions particulières comme les dispositions relatives aux voies des droits ou les offres de sous-enchères. En particulier, le Secrétariat a informé les communes sur les exigences minimales de la LMI en matière des marchés publics, en particulier sur le principe de non-discrimination et les voies des droits. En outre, la collaboration établie entre les autorités de la concurrence et les organes intercantonaux s'est poursuivie. Enfin, le Secrétariat a également répondu à plusieurs questions portant sur d'autres domaines de la LMI, en particulier le principe de non-discrimination et la reconnaissance des certificats de capacités.

---

ques ou morales qui s'entremettent en vue de la conclusion de prêts ou de l'ouverture de crédits ne peuvent réclamer aucune rémunération ni aucuns frais à l'emprunteur ou au bénéficiaire du crédit.

<sup>50</sup> Selon l'article 7 du concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel du 8 octobre 1957, il est interdit d'exiger une prestation quelconque lorsqu'il n'est pas donné suite à une demande de prêt ou de crédit.

#### **IV. Ressources des autorités chargées de la concurrence**

##### **1. Ressources globales**

###### **a) Budget annuel**

46. Le budget annuel total comprend les dépenses en personnel et en matériel de la Comco et de son Secrétariat. En 1998 il se montait à 4'921'300 francs suisses (soit 3'280'867 \$ au cours de 1.50 FrS/\$ en août 1999). Le budget annuel total de 1999 s'élève à 4'770'100 francs suisses (soit 3'180'067 \$), ce qui représente une diminution d'environ 3% par rapport à l'exercice précédent.

###### **b) Effectifs**

47. La Comco est une autorité de décision composée de 15 membres de milice. Les dossiers sont préparés par le Secrétariat permanent employant 45 collaborateurs: 20 juristes, 16 économistes, 9 secrétaires.

##### **2. Ressources humaines affectées**

48. Durant la période du 1er juillet 1998 au 30 juin 1999, les ressources humaines du Secrétariat ont été utilisées dans les proportions suivantes: a) 50% pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles; b) 35% pour le contrôle des fusions et pour l'application de la législation; et c) 15% pour les actions de plaidoyer sous forme d'avis ou de recommandations aux tribunaux dans les procédures de recours.

#### **V. Résumé de nouveaux rapports et études sur les questions concernant la politique de la concurrence (ou références bibliographiques)**

Les autorités de la concurrence publient régulièrement leurs activités dans la revue „Droit et politique de la concurrence“ (DPC).

AMSTUTZ Marc, Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 193 ff.

BORER Jürg, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 217 ff.

BRECHTBÜHL Beat A., Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, RSDA 1998, S. 173 ff.

- COTTIER Thomas / CAPLAZI Alexandra, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 257 ff.
- DUCREY Patrik, Unternehmenszusammenschlüsse im Kartellrecht, Europa Institut Zürich, Band 24 (1998), S. 127 ff.
- DUCREY Patrik, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 281 ff.
- DUCREY Patrik, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence – Application du nouveau droit suisse de la concurrence (1999), tiré à part de la journée du droit de la concurrence 1998, S.19 ff.
- GLOOR Peter / STAEHELIN Matthias, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die "rule of reason", in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 299 ff.
- GUGLER Philippe, Globalisation des échanges et coopération internationale en matière de politique de la concurrence, Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik 10/98 p. 37 ss. / Globalisierung des Handels und internationale Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik, Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik 10/98 S. 37 ff.
- GUGLER Philippe / MERKT Benoît, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises (1999), tiré à part de la journée du droit de la concurrence 1998, pp. 91 ss.
- GUGLER Philippe / ZURKINDEN Philipp, Das neue Schweizer Kartellgesetz im Vergleich zum europäischen und österreichischen Kartellrecht, in Wirtschaft und Gesellschaft, 24. Jahrgang (1998), Heft 3
- 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.
- HEINI Anton, Wettbewerbsbeschränkungen auf dem EU-Markt vor schweizerischen Schiedsgerichten – zu einem Aufsatz von Roger Zäch, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 317 ff.
- HILTI Reto M., Vom Janusgericht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 325 ff.
- KLOTZ Robert (Generaldirektion IV der Europäischen Kommission in Brüssel) / ZURKINDEN Philipp, Die Anwendung des Kartellrechts auf kleine und mitt-

- lere Unternehmen – Ein Vergleich zwischen der EU und der Schweiz, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1999/2, S. 120 ff.
- LAMBELET Jean-Christian / MIHAILOV Alexander, *Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires*, Université de Lausanne, Cahiers de recherches économiques, Cahier N° 9818.
- LEUPOLD Michael, *Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes*, RSDA 1998, S. 183 ff.
- NATER Hans, *Auf dem Weg zur Konvergenz von Telekommunikations- und Kabelnetzen*, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999)*, S. 393 ff.
- RUFFNER Markus, *Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien – Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion*, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999)*, S. 409 ff.
- SCHMIDHAUSER Bruno, *Der Begriff der "mehreren Unternehmen" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG*, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999)*, S. 429 ff.
- TSCHÄNI Rudolf (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1998.
- VON BÜREN Roland / LANG Christoph G., *Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht*, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999)*, S. 241 ff.
- WATTER Rolf / REINERT Mani, *Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle*, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999)*, S. 447 ff.
- WEBER Rolf, *Liberalisierung des Fernmeldemarktes: Erste Erfahrungen*, *Media Lex* 3/1998, S. 127 ff.
- ZÄCH Roger, *Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen*, in: *Festschrift für Yvo Hangartner, Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Dick Verlag AG / St. Gallen / Lachen SZ 1998, p. 935-954.
- ZÄCH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999.
- ZURKINDEN Philipp, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz – unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts*, thèse Bâle 1999.

E 1	<b>2. OECD Annual Report</b>
-----	------------------------------

**I. Changes to competition laws and policies, proposed or adopted**

**1. Summary of new legal provisions of competition law and related legislation**

1. The Federal Act of 6 October 1995 on Cartels and Other Restraints on Competition ("LCart") has not been amended since it entered into force on 1 July 1996.

**2. Other relevant measures, including new guidelines**

2. On 7 September 1998, and pursuant to LCart Article 23, paragraph 2, the Secretariat of the Competition Commission published **a notification form for reporting business concentration transactions**<sup>1</sup> in the German, French, Italian and English languages. The form stipulates the information to be provided in compliance with Article 11 of the Ordinance of 17 June 1996 on the Control of the Concentration of Undertakings ("OCCE"), for the purpose of reporting business concentration transactions as defined by LCart Art. 4, par. 3 and Art. 9. It facilitates comprehensive reporting and enables the competition authorities to carry out preliminary reviews quickly and without hindrance (Art. 10, par. 1 and Art. 32, LCart). It also allows for simplified notification if, for example, the Competition Commission ("Comco") is already familiar with the affected markets because of a previous ruling, or if a joint venture is being created in order to enter a new and developing market<sup>2</sup>. In any event, the contents of the simplified notification form must be cleared with the Commission Secretariat.

3. LCart Art. 15, par. 1 stipulates that if the legality of a restraint on competition is called into question during a civil procedure, the civil judge is required to refer the matter to Comco for an opinion. On 12 October 1998, Comco handed down a **ruling on jurisdictional and procedural principles for the establishment of legal advisories**: 1) Comco would base its opinion solely on the facts as presented by the civil judge, i.e. it would

---

1. DPC 1998/3, pp.518ff (German, French and Italian versions) and DPC 1998/4, pp. 725ff (English version). Note that these versions are also available on **our web site** ([www.wettbewerbskommission.ch](http://www.wettbewerbskommission.ch)).

2. See for example DiAx-SBCIS, DPC 1997/2, pp. 197ff, No. 35.

not seek additional facts; and 2) if the facts presented by the civil judge were incomplete, Comco would include certain reservations in its opinion without first inviting the civil judge to supply additional information. To enable civil judges to ascertain the facts Comco would need to formulate an opinion, the competition authority has decided to publish a vade-mecum on the subject (currently under preparation).

## II. Enforcement of competition laws and policies

### 1. Action against anticompetitive practices, including agreements and abuses of dominant positions

#### a.1) Summary of activities of the competition authorities

4. During the period under review, the Secretariat announced that it had concluded ten preliminary investigations. Cases of alleged *unlawful agreements* (Art. 5, LCart) involved "doctors' fees under health insurance plans"<sup>3</sup> and "calcareous sandstone"<sup>4</sup>. *Abuse of dominant position* (Art. 7, LCart) cases dealt with "development and distribution of construction software"<sup>5</sup>, "approval and sponsorship of footballs"<sup>6</sup> and "beer distribution"<sup>7</sup>. Lastly, the following cases were reviewed with regard to provisions on both *unlawful agreements* and *abuse of dominant position* (Arts. 5 and 7, LCart): "installation and repair of postage meters"<sup>8</sup>, "distribution of medicinal drugs"<sup>9</sup>, "surgical implants for osteosynthesis"<sup>10</sup>, "hospital charges for out-patient care"<sup>11</sup> and "production of ready-mix concrete"<sup>12</sup>.

Seven of these ten preliminary investigations were dropped for lack of evidence of unlawful restraints on competition as defined by LCart. In the other three cases, measures to eliminate or pre-

---

3. DPC 1998/4, pp. 555ff.
4. DPC 1999/2, pp. 203ff.
5. DPC 1998/3, pp. 369ff.
6. DPC 1998/4, pp. 567ff.
7. DPC 1999/1, pp. 57ff.
8. DPC 1998/4, pp. 545ff.
9. DPC 1998/4, pp. 550ff.
10. DPC 1998/4, pp. 555ff.
11. DPC 1998/4, pp. 562ff.
12. DPC 1999/1, pp. 64ff.

clude such restraints were taken with the consent of the companies in question.

5. Between 1 July 1998 and 30 June 1999, Comco also concluded six ordinary investigations. Cases of *unlawful agreements* (Art. 5, LCart) included: "Fuel-oil burners and gas burners"<sup>13</sup>, "Technical gases"<sup>14</sup> and "Artificial insemination of cattle"<sup>15</sup>. Investigations of *abuses of dominant positions* (Art. 7, LCart) looked at "Swisscom – Centrex"<sup>16</sup> et "Minolta"<sup>17</sup>, whereas "Lists of hospitals for semi-private insurance plans offering a limited choice of hospitals"<sup>18</sup> was reviewed from the standpoint of provisions on both *unlawful agreements* and *abuse of dominant position* (Arts. 5 and 7, LCart). The issues explored in these ordinary investigations were as follows:
  6. In respect of the market for central heating services and repairs, Comco held in its "**Fuel-oil burners and gas burners**" ruling that the annual price lists issued by the installers' associations for time and materials, subscription prices and other after-sales services constituted unlawful price agreements under LCart Art. 5, par. 1 and Art. 3. The Commission prohibited application of the lists and directed the associations to so inform their members and the public.
  7. The "**Technical gases**" ruling involved unlawful agreements between Switzerland's four main gas suppliers. The agreements covered such areas as selling prices for gas and beams, mutual protection of customers and the installation of new gas storage facilities. It should be noted that these agreements were dissolved by the participating firms on 5 November 1996 following introduction of the new LCart on 1 July 1996. However, the agreements continued to produce anticompetitive effects even after they were abandoned because they included supply contracts for between five and ten years. As a result, Comco directed the four companies concerned to allow their customers to extend their existing contracts on fair market terms or to conclude new contracts with other suppliers.
  8. In the "**Artificial insemination of cattle**" case, Comco found that the fact that the Swiss Association for Artificial Insemina-

---

13. DPC 1998/3, pp. 382ff.

14. DPC 1999/1, pp. 67ff.

15. DPC 1999/1, pp. 75ff.

16. DPC 1998/3, pp. 377ff.

17. DPC 1999/2, pp. 247ff.

18. DPC 1999/2, pp. 220ff.

tion (SVKB) supplied cattle semen only to veterinarians who belonged to the Association constituted an abuse of dominant position under LCart Art. 7, paragraph 2 e). The authority declared the exclusivity clauses unlawful and directed that remedial measures be taken.

9. In the **"Swisscom - Centrex"** case, the former monopoly supplier of telecommunications services (Swisscom) had refused to install "Centrex" communication systems unless users obtained their auto-switches from Swisscom's own range. In an out-of-court settlement with Comco, Swisscom agreed to offer "Centrex" services on a non-discriminatory basis, irrespective of the origin of users' auto-switches.
10. In the last case, an independent repairer of photographic products lodged a complaint with the Price Surveillance Office over **"Minolta"**'s refusal to deliver spare parts. The case was referred to the competition authority, which opened an investigation on 7 June 1997. In this particular instance, and because of the interdependencies between the purchase of a camera and subsequent servicing thereof, Comco defined the product market as a *system market*. In such a market, the main product and subsequent servicing constituted a composite product; competition in the primary market therefore exerted a disciplinary effect on the downstream market. In terms of camera sales, Minolta, with a 24 percent market share in 1998, had a large number of competitors (between 15 and 20) and did not have a dominant position. Consequently, its actions did not fall within the scope of LCart Art. 7.
11. With regard to **"Lists of hospitals for semi-private insurance plans offering a limited choice of hospitals"**, the Comco Secretariat received a request from the Private Hospital Association of the canton of Bern to prohibit use of a system that had been established unilaterally by two Swiss health insurers to classify the rates charged by private hospitals. In its ruling of 19 April 1999, Comco held that the insurers in question did not occupy a dominant position in the Swiss health insurance market, and that the co-operation agreement they had concluded would not significantly affect effective competition in the relevant market.

#### **a.2) Summary of activities of the Price Surveillance Office**

12. The main activity of the Price Surveillance Office involves state-regulated prices. In the event that parallel measures are taken by Comco and the Price Surveillance Office, procedures under LCart take precedence over those under the Price Surveillance Act, un-

less the two authorities decide otherwise by mutual consent. In practice, however, there is rarely any overlap in jurisdiction between the two bodies, since state-regulated market and price regimes, as well as the special rights conferred on businesses that perform public functions, are in many cases exempt from direct application of LCart<sup>19</sup>.

13. Between 1 July 1998 and 30 June 1999, the main activities of the Price Surveillance Office involved **hospital charges**—an area in which prices and costs are continuing to rise. Nevertheless, the action of the Price Surveillance Office, along with that of the Federal Council (as an appellate body in this respect), exerts a positive influence on rates. On 1 January 1999, the **prices of medicinal drugs** on the list of specialities for at least 15 years<sup>20</sup> were submitted for international comparison. As a result, a number of prices were cut, achieving about two-thirds of the potential savings in this area. Two decisions concerned **Swisscom SA**, which, in the first case, had raised the price of its telephone directories by over 400 percent in a single increase and, in the second case, had refused to hand over requested information and documents to a Price Surveillance officer. In **property insurance**—a field in which cantonal establishments enjoy monopolies in 19 cantons, premiums were adjusted in the wake of a study published three years earlier by the Price Surveillance Office. Because of the capital investment that is needed to renew reservoirs and pipes, **water rates** are expected to show hefty increases: water prices are in many cases high because of the depreciation rates and methods set forth in cantonal regulations. Getting those regulations amended is currently one of the Price Surveillance officer's main concerns. Lastly, with regard to **household refuse incineration plants**, the Price Surveillance officer opposed the construction of new such plants, which would lead to excess capacity at national level. In his view, better use of the capacities of existing plants would be good for waste-exporting and waste-importing cantons alike. It is now up to the cantons concerned, incinerator operators and the relevant federal authorities to take appropriate action.

- 
19. LCart Art. 3 exempts certain provisions from competition requirements in respect of market goods and services, including: a) those establishing government-regulated market and price regimes; b) those that commission certain businesses to perform public functions and grant them special privileges.
  20. The list of specialities enumerates drugs for which Swiss health insurance funds are required to cover costs.

### a.3) Summary of activities of the Federal Communications Commission

14. The Federal Communications Commission ("ComCom") was created in September 1997 as an independent licensing authority in conjunction with the liberalisation of the telecommunications market. Under the Telecommunications Act of 30 April 1997 ("LTC"), the Commission's powers are as follows: a) grant licences to provide telecommunications services (Art. 4, LTC), provide universal service (Art. 18, LTC) and use radiocommunications frequencies (Art. 22, LTC); b) set terms for interconnection, in the first instance, if service providers fail to reach agreement (Art. 11, LTC); c) approve the national plan for the allocation of frequencies (Art. 25, LTC) and approve national numbering plans and set rules for ensuring that numbers are portable and service providers have freedom of choice (Art. 28, LTC); and d) impose sanctions for infringements of the Act and, if warranted, revoke licences (Art. 58, LTC). Since its creation, ComCom has handed down a number of rulings in its areas of activity, with its decisions on mobile telephony and interconnection proving most important<sup>21</sup>.
15. Liberalisation of the telecommunications market on 1 January 1998 triggered a widespread drop in prices. While it is difficult to compare rates from one operator to another, it can be seen that price cuts were smallest for local telephone services (where Swisscom has only one competitor) but much more substantial for international calls (where competition is much keener). In mobile telephony, competition was also a factor: at the end of 1998, 26 companies signed interconnection contracts with Swisscom and six with other firms. This subject, already highly controversial within the industry, may keep ComCom busy for some time to come, since the Federal Council is introducing a new system of calculation for the year 2000; in the light of what has been done in Switzerland and abroad, this may include new measures moving in the direction of concepts similar to unbundling and local loops.
16. While some 170 providers of telecommunications services express great interest in the Swiss market, the market's dimension and developments at global level are going to lead to a concentration of forces (in joint ventures based on convergence of services or market extension, acquisitions, mergers, withdrawals and failures). Even if this concentration is played out largely outside of

---

21. Federal Communications Commission (ComCom) - 1998 Annual Report.

Switzerland, it will have repercussions on the domestic market as well.

#### **a.4) Summary of activities of the Appeals Board for competition matters**

17. The most important decision that the Appeals Board ("REKO") handed down during the period under review involved the "**Télécom PTT - specialised distributors' contracts**" case<sup>22</sup>. Swisscom (formerly "Télécom PTT") appealed Comco's decision of 15 December 1997 that the undertaking had discriminated against some of its trading partners by granting higher annual bonuses to distributors who purchased from it on an exclusive basis<sup>23</sup>. REKO granted the appeal and reversed Comco's ruling, finding 1) that the competition authority had infringed Swisscom's right to a hearing, and 2) that Comco had not sufficiently clarified the facts of the case and failed to gather enough proof of the alleged discrimination. In addition, REKO stressed that the complex circumstances that often prevailed in competition cases demanded due regard for the right of the undertakings involved to be heard, as well as thorough analysis of the facts of the case.

#### **a.5) Summary of activities of cantonal courts**

18. During the period from 1 July 1998 to 30 June 1999, the "**Kodak**" civil suit was heard by the Commercial Court for the canton of Zurich<sup>24</sup>. In its ruling of 23 November 1998, the Court held that international patent rights had been extinguished in Switzerland and therefore authorised parallel imports of Kodak products. The case is currently pending before the Federal Court, which is to hand down its ruling in the autumn of 1999.

#### **a.6) Summary of activities of the Federal Court**

19. During the period under review, the Federal Court ruled on three cases involving competition law or closely related matters:
20. In the first case, "**Nintendo/Gameboy**"<sup>25</sup>, the Court upheld the principle of international extinction in the area of copyright in

---

22. DPC 1998/4, pp. 655ff.

23. DPC 1997/4, pp. 506ff. and *Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Suisse (1er juillet – 30 juin 1998)*, OECD, October 1998, p. 3 [English translation not available].

24. DPC 1998/4, pp. 683ff.

25. DPC 1998/3, pp. 486ff.

Switzerland—a principle it had already established in respect of trademark rights—thus authorising parallel imports<sup>26</sup>.

21. In the second case, **“X/Appeals Board for competition matters and the Competition Commission”**<sup>27</sup>, the Federal Court ruled in favour of Comco and REKO, which had denied a third party’s right to appeal the authorisation of a concentration transaction on the grounds that the authorisation had not been notified thereto. According to the Court, the appellant’s status as shareholder and consumer vis-à-vis the undertakings in question did not establish a close enough relationship and did not constitute an interest such as to warrant protection in the form of a reversal of the concentration authorisation.
22. In the third case, **Pistorius/Prazak**<sup>28</sup>, the Federal Court held that a ban on competition contained in an agreement between two individuals theoretically did not fall within the scope of LCart<sup>29</sup>.

#### **a.7) Summary of activities of the Federal Council**

23. The Federal Council’s September 1998 decision in the **“Sheet music trade”** case<sup>30</sup> was especially significant. By refusing to authorise the agreement on sheet music that Comco had deemed unlawful<sup>31</sup>, the Federal Council gave a clear and unambiguous signal: an unlawful restraint on competition could be authorised only if it were *necessary* to preserve compelling public interests and only if there were no other remedy less detrimental to effective competition<sup>32</sup>.

---

26. With regard to patent rights, the matter of extinction has not yet been clarified, pending the Federal Court’s ruling in the “Kodak” case, which is expected in the autumn of 1999 (see also paragraph 18).

27. DPC 1998/3, pp. 498ff.

28. DPC 1998/4, pp. 718ff.

29. However, the said decision does not establish that a ban on competition never presents any difficulty from the standpoint of LCart. For example, if a business with a dominant position in a given market requires a trading partner to refrain from competition in respect of a particular professional activity, it may constitute an unlawful practice under LCart Art. 7 (see Dallafior in Homburger et al., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, N. 122s ad article 7, LCart).

30. DPC 1998/3, pp. 478ff.

31. DPC 1997/3, pp. 334ff. and *Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Suisse (1er juillet – 30 juin 1998)*, OECD, October 1998, p. 3 [English translation not available].

32. Note that LCart Articles 8 and 11 respectively stipulate that unlawful agreements and practices and prohibited concentrations of enterprises

24. In its ruling of 3 February 1999 on "**Charges for out-patient care**"<sup>33</sup>, the Federal Council held that, in the areas of medical care and health insurance, the freedom of commerce and industry was restricted insofar as Parliament had explicitly regulated the system of charges for medical services. In addition, the Council did not address the question of the inapplicability of LCart by virtue of LCart Art. 3<sup>34</sup> and the Federal Health Insurance Act ("LAMal"), which imposes strict rules on pricing agreements between health care providers and health insurers.

**b) Description of significant cases, including those with international implications**

25. Following the Federal Council's decision not to authorise the sheet music agreement (see paragraph 23), Comco examined similar **agreements concerning German-language books**. Pricing agreements, in the form of joint guarantee letters, set final selling prices for Switzerland. On 28 September 1998, Comco began an investigation of domestic and foreign signatories of such letters having effects in Switzerland.

2. Mergers and acquisitions

**a) Statistics on the number and types of mergers notified and/or controlled**

26. During the period under review, 38 concentration transactions were reported: 11 in the second half of 1998 and 27 in the first half of 1999. Disregarding the "Viag/Algroup" case, in which notification was withdrawn by the parties<sup>35</sup>, the Commission conducted an extensive investigation of only one case ("Bell/SEG"). The proposed transaction was authorised subject to certain obligations and conditions and is described in greater detail below.

The following table shows Comco's activity with regard to corporate mergers.

---

may be authorised by the Federal Council on an exceptional basis on grounds of compelling public interests.

33. DPC 1999/1, pp. 184ff.

34. Art. 3 (1) LCart (see note 19).

35. Notification was withdrawn because the Boards of Directors of the two participating undertakings failed to agree on terms for the exchange of shares.

Names of participating enterprises and Type	Result
2 <sup>nd</sup> half 1998	
<u>"Industry and production" market services</u>	
Krupp / Thyssen (M)	⊕
Daimler / Chrysler (M)	⊕
CHS / Vobis	⊕
Bell / SEG (AC)	○
Shell / Exxon (JV)	⊕
Usego / Lekkerland (JV)	⊕
<u>"Services" market services</u>	
Banque Nationale de Paris (BNP) / United European Bank in Geneva (UEB) (AC)	⊕
Generali / Banca della Svizzera italiana (AC)	⊕
<u>"Infrastructure" market services</u>	
ESTEL (JV)	⊕
Swisscom / UTA (JV)	⊕
PubliGroupe / Swisscom (JV)	⊕
1st half 1999	
<u>"Industry and production" market services</u>	
Tony / Sántis (M)	⊕
Daimler Chrysler / ABB Daimler-Benz (M)	⊕
Carrier / Toshiba (M)	⊕
Emmi / Coop (AC)	⊕
Viag / Algroup (M)	∇
BAT / Rothmans (AC)	⊕
Bon Appetit / Usego Hofer Curti AG (AC)	⊕
Renault / Nissan (AC)	⊕
ABB / Alstom (JV)	⊕
Ford Motor Company / Volvo Car Corporation	⊕

Names of participating enterprises and Type	Result
<u>"Services" market services</u>	
Société Générale / Banque Paribas (M)	⊕
Preussag / Carlson Wagon-lit / WestLB Girozentrale (AC)	⊕
Generali / Secura (AC)	⊕
Rentenanstalt / Gotthardbank (AC)	⊕
HSBC / Republic National Bank of New York (M)	(∇)
<u>"Infrastructure" market services</u>	
Post / Bertelsmann (JV)	⊕
Swisscom / Unisource Business Networks (Switzerland) AG (AC)	⊕
Deutsche Post / Danzas (AC)	⊕
Batrec / Recymet (M)	⊕
Express / Impartial (M)	⊕
Axel Springer / Handelszeitung (AC)	⊕
TA Media / Radio Zürichsee (AC)	⊕
Edipresse / SDAP (AC)	⊕
Panalpina / Jacky Maeder (AC)	⊕
Dow Jones / Reuter (JV)	⊕
Kiosk AG / Melisa	(∇)
TUI / ITV	(∇)

## Legend:

- ⊕ = No objection after preliminary review (Art. 32, LCart)
- ⊗ = No objection after review (Art. 33, LCart)
- = Authorisation subject to obligations and conditions
- ◆ = Sanctions for violation of the prior notification obligation
- ∇ = Notification withdrawn by the parties
- (∇) = Procedure in progress at 30 June 1998
- \* = Transaction not subject to control over concentrations

**M**=Merger; **AC**=Acquisition of control; **JV**=Joint venture

**b) Summary of significant cases**

27. The acquisition of the **SEG Poulets** slaughterhouse by **Bell SA**, a subsidiary of Groupe Coop, is the only case that prompted an extensive investigation<sup>36</sup>. The case revealed two particularly interesting aspects:
28. First, domestic poultry production is protected by state regulations (quotas) applicable to poultry imports. The Ordinance on Poultry of 7 December 1998 ties poultry imports to purchases of domestic production by requiring importers of foreign poultry to buy domestic poultry in a certain ratio (1:0.68). The result is higher import prices, especially insofar as the slaughter of domestic chickens abroad is precluded for legal reasons (involving health and customs) and marketing considerations (the transport of live animals over long distances would detract from the products' image). For these reasons, the market affected by the concentration transaction is that of the slaughter of domestic poultry in Switzerland—a market in which the slaughterhouses vertically integrated by Migros and Coop (Switzerland's two largest retailers) hold a combined market share of 80-90 percent. Moreover, wholesalers and importers are in a position of dependence vis-à-vis chicken slaughterhouses in Switzerland.
29. It therefore proved necessary to look into joint dominance by Migros (with its Optigal SA slaughterhouse) and Coop (Bell) of the market affected by the concentration transaction. In the analysis, nine of the following ten criteria showed the existence of *incentives* to *sustained* collusive behaviour by the two businesses. It turned out that: a) *respective market shares* were significant and had remained stable in recent years; b) the *market phase* showed saturation of demand, with a low rate of innovation; c) *price elasticity* was low, given the "one-stop shopping" behaviour of most consumers; d) *product homogeneity* and *symmetry of business structures and costs* were very high; e) *market transparency* was also high; f) there was no *competition of substitution* with regard to poultry slaughtering; g) *foreign competition* was non-existent for the legal and marketing reasons cited above; h) *market power* would not have exerted beneficial corrective effects either upstream (feeding, fragmented structure) or downstream (retail market, dominated by Migros and Coop); and i) there were substantial *barriers to entry* due to high sunk costs (major investment in slaughtering infrastructure) and existing excess capacity; j) the absence of in-

---

36. DPC 1998/3, pp. 392ff.

terdependencies with regard to personnel or capital between Migros and Coop did not alter Comco's opinion that the transaction in question would have led to a situation of joint dominance by the two firms.

30. In the end, Bell SA (Coop) was allowed to acquire SEG Poulets only on one condition: that Bell sell its majority interest in Favorit SA, which was Switzerland's third-largest chicken slaughterer (with a roughly 7 percent share of the market). In this way it was possible to offer smaller players a viable alternative, letting them counterbalance the slaughterhouses owned by Migros and Coop. In addition, this case shows that the state's protectionist regulation (in favour of domestic poultry producers) indirectly contributed to strengthening the position of the large distributors in the market in question.

### III. The role of competition authorities in the formulation and implementation of other policies, e.g. regulatory reform, trade and industrial policies

#### 1. Activities of the competition authorities with respect to LCart

31. An essential task of the competition authorities is their participation in the legislative process by offering advisory opinions, on both the federal and cantonal levels (LCart Art. 46). In addition, Comco regularly monitors competitive conditions and can provide government with recommendations to promote effective competition (LCart Art. 45). Some of these prerogatives are illustrated below.

#### a) **Advisory opinions**

32. In the course of a consultation procedure, Comco examined two bills dealing with the introduction of **taxes on non-renewable energy**. The first had been prepared by the National Council, and the second came from the Council of States<sup>37</sup>. Comco welcomed the principle of an internalisation of external costs that would lessen distortions of competition in the realm of energy. In addition, the Commission endorsed the gradual introduction of a capped incentive tax, to be differentiated between energy products and with revenues going to the community and to the

---

37. DPC 1998/3, pp. 445ff.

economy. Comco opposed subsidising domestic hydroelectric power, but it was in favour of promoting fundamental research into solar energy and energy from the biomass. Lastly, Comco deemed that, to preserve Switzerland's international competitiveness, energy-intensive industries should not be taxed unless similar taxes were introduced in other countries.

33. In the consultation procedure regarding the **draft Electricity Market Act ("LME")**, Comco hailed the efforts undertaken to liberalise the electricity market in Switzerland. It felt, however, that only a *clear separation between distribution and production* could ensure effective competition in the electricity market. It therefore stressed the need to create a private national company to operate the national power grid, independent of generating companies. However, Comco felt it unnecessary to create an *arbitration board* modelled after the Federal Communications Commission (see paragraphs 14ff)<sup>38</sup>. In addition, it recommended dropping the bill's provisions for *compensation for non-depreciable capital investment* and *incentives for renewable energy sources*.
34. In connection with the **new Agriculture Act**, the Comco Secretariat took stands on several implementing orders<sup>39</sup>. Overall, it criticised the detrimental impact of the combination of quotas for imports and domestic services and favoured creation of a quota system that was less anticompetitive. In many cases, quotas had to be auctioned off, enabling the state to recover at least a portion of the income from the quotas in question. More importantly, the distribution of quotas should not benefit importers or create an artificial barrier to the entry of new competitors<sup>40</sup>.
35. In the area of insurance, Comco expressed its opinions on the amendment of two federal laws<sup>41</sup> during the consultation procedure. With regard to the **Insurance Contract Act**, the Commis-

---

38. LCart Art. 7 gives Comco the power to eliminate abuses of dominant positions. This instrument provides for effective intervention against any abuses that grid operators could commit in connection with the obligation to provide service. Not setting up an arbitration board, and thus refraining from industry regulation, ensures coherent interpretation of the general rules of competition law in the area of electricity. It would therefore seem unnecessary to institute an arbitration board.

39. DPC 1998/4, pp. 573ff.

40. As in the Bell/SEG case (see paragraphs 27ff).

41. DPC 1998/4, pp. 635ff.

sion welcomed the establishment of the principle of the divisibility of premiums without exemptions. It did, however, criticise provisions governing transfer of ownership, pointing out that this ought to constitute exceptional grounds for cancelling an insurance contract. Comco endorsed the bill's proposed four-week waiting period for cancellation and demanded that the insurer inform the new owner of the insured object of his rights.

36. In connection with the **Monitoring of Insurers Act**, Comco reaffirmed the above proposals regarding transfer of ownership (see paragraph 35) and opposed mandatory single premiums. If such a requirement had to be preserved on social policy grounds, it should apply only to the net, and not gross, amount of premiums. Lastly, Comco rejected making the degree of insurance cover uniform, proposing a minimum degree of cover that would not preclude competition among insurers on the level of benefit quality.
37. With regard to the **partial revision of the Health Insurance Act in respect of hospital financing**, Comco deemed that the bill offered a number of improvements but would not result in a better ratio of cost to benefits in the area of public hospital and semi-hospital health care<sup>42</sup>. Comco therefore proposed that the partial revision be deferred pending review of the following issues: a) hospital planning by the cantons, and the related matter of hospital financing (particularly hospital subsidies and/or reduction of health insurance premiums); b) incentives to cut excess hospital capacities; c) cantonal approval of care product pricing.

## b) Recommendations

38. The draft **Therapeutic Products Act ("pLPT")** would regulate marketing authorisation for drugs and medical devices, along with any related advertising. With regard to drugs, Comco recommended that the Federal Council amend the bill as follows<sup>43</sup>: a) in the marketing authorisation procedure, the Swiss residency requirement (headquarters or subsidiary) imposed on applicants wishing to sell their products in Switzerland should be rescinded; b) the procedure should be simplified in the case of an imported drug that has been authorised for sale in the country from which it is being exported or in Switzerland; and c) the ban on prescription drug advertising should be lifted.

---

42. DPC 1999/2, pp.297ff.

43. DPC 1999/2, pp.281ff.

2. Activities of the competition authorities with respect to the Domestic Market Act (LMI)
39. The Domestic Market Act has been fully in force since 1 July 1998. Article 1 ensures that all persons having their headquarters or an establishment in Switzerland shall have the free and non-discriminatory market access needed to do business throughout the Confederation. Among the aims of the Act are to facilitate professional mobility and economic trade in Switzerland, to support the cantons' efforts to harmonise the conditions for market access authorisation, to expand competitiveness and enhance Switzerland's economic cohesion. LMI Art. 8 makes Comco responsible for monitoring enforcement of the law by the Confederation, the cantons and the communes, empowering the Commission to carry out investigations and make recommendations to the relevant authorities on planned or existing legislation. LMI Art. 10 empowers Comco to make expert reports on the Act's enforcement for submission to federal, cantonal and communal administrative authorities, as well as to judicial authorities.
40. During the period under review, Comco made recommendations concerning the award of cantonal and communal contracts, cantonal regulation of itinerant trade and mail-order drug sales, and rural leases for outdoor advertising. In addition, it established an expert report on the Intercommunal Agreement Against Abuses in Contractual Interest Charges. Lastly, the Secretariat provided cantons and communes with information about public procurement, the principle of non-discrimination and mutual recognition of certificates of aptitude (*certificats de capacités*).

### a) Recommendations

41. Pursuant to LMI, Art. 8, par. 2, Comco sent the cantonal and communal authorities two recommendations regarding **public procurement by cantons and communes**. The first involved the draft revision of the Intercantonal Agreement on Public Procurement ("AIMP") of 25 March 1998<sup>44</sup>; the second involved the canton of Neuchâtel's draft Public Procurement Act of 6 May 1998<sup>45</sup>.

Comco reiterated LMI's essential requirements with regard to public procurement: a) the principle of non-discrimination was

---

44. DPC 1998/2, pp. 329ff.

45. DPC 1998/2, pp. 336ff

applicable to all public purchases by cantons or communes, irrespective of the amounts involved (Art. 5, par. 1, in relation with Art. 3); b) the principle of transparency had to be adhered to: criteria for participation and selection had to be published (Art. 5, par. 2); c) any restriction of free access to the market had to be imposed by a decision subject to appeal (Art. 9, par. 1); d) cantonal law had to provide for at least one avenue of appeal to a cantonal body that was independent of the administration (Art. 9, par. 2).

In its recommendation concerning the *draft revision of the Inter-cantonal Agreement on Public Procurement*, Comco indicated that the reservation of the right of reciprocity within the Swiss market had become void with the entry into force of LMI. With regard to the *draft revision of the Neuchâtel cantonal Act*, Comco recommended repealing the provision to exclude certain orders from the law's scope of application. It also stated that the open procedure should take precedence and recommended, as a result, that use of the selective procedure be restricted.

42. In Switzerland, itinerant trade is regulated solely at cantonal level in a detailed manner. In its recommendations of 7 September 1998<sup>46</sup>, Comco took a position on **cantonal regulation of itinerant trade**. It urged the cantons to review their practices for authorising itinerant trade in the light of the public interest criteria of fair trading and consumer protection. In addition, Comco recommended that the evidence and guarantees already supplied at the point of origin be taken into consideration. To calculate the amount of administrative taxes, it was necessary to apply the principles of equivalence and cost coverage. Comco applauded the work undertaken with a view towards federal regulation.
43. **Mail-order drug sales** are not regulated by a federal law, but by highly diverse cantonal laws: some cantons authorise mail-order drug sales, while others prohibit them entirely. This threatens to impede domestic trade and violate the principle of free market access. Comco therefore recommended that all cantons authorise the principle of mail-order drug sales, bearing in mind public health and patient protection requirements. It also recommended that the cantons not apply cantonal provisions that were incompatible with LMI<sup>47</sup>.

---

46. DPC 1998/3, pp. 446ff.

47. DPC 1998/4, pp. 623ff.

## b) Expert reports

44. At the request of a cantonal authority, and pursuant to LMI Art. 10 and LCart Art. 47, Comco prepared an expert report on the **Intercantonal Agreement of 8 October 1957 Against Abuses in Contractual Interest Charges**<sup>48</sup>, and more specifically two prohibitions contained in Articles 2<sup>49</sup> and 7<sup>50</sup> of the Agreement. Nine cantons have joined the Agreement. Persons domiciled or established in other cantons that do not recognise these prohibitions have had their market access restricted, whereas they had wished to operate in the cantons in which the agreement was in force. In the light of Federal Court case law, cantonal regulations and efforts to amend the Consumer Credit Act, Comco concluded that it was necessary to make a distinction between consumer credit and trade credit. In respect of consumer credit, the prohibitions were justified by social policy considerations. Such was not the case for trade credit, where such grounds were lacking. In a decision of 20 October 1998, the executive authority of the canton in question came round to Comco's opinion.

## c) Other

45. For its part, the Comco Secretariat responded to a number of questions on public procurement from the authorities and private individuals. It commented on proposed public procurement legislation in several communes, and on such particular issues as channels of legal recourse and offers to undercut. In particular, the Secretariat briefed the communes on LMI's minimal requirements with regard to public procurement, and especially the principle of non-discrimination and legal recourse. In addition, competition authorities and intercantonal bodies continued to build on the co-operation they had established. Lastly, the Secretariat answered a number of questions involving other areas of the LMI, such as the principle of non-discrimination and recognition of certificates of aptitude.

---

48. DPC 1998/4, pp. 639ff.

49. Under Article 2 of the Intercantonal Agreement Against Abuses in Contractual Interest Charges of 8 October 1957, physical or legal persons who intermediate for the purpose of arranging loans or the extension of credit may claim no remuneration or reimbursement of expenses from borrowers or beneficiaries of the credit.

50. Under Article 7 of the Intercantonal Agreement Against Abuses in Contractual Interest Charges of 8 October 1957, it is prohibited to claim any consideration whatsoever if no action is taken on an application for a loan or credit.

## IV. Resources of competition authorities

### 1. Resources overall

#### a) Annual budget

46. The total annual budget includes expenditure on personnel and supplies for Comco and its Secretariat. In 1998, this came to SF 4 921 300 (or US\$3 280 867 at an exchange rate of SF 1.50 per dollar in August 1999). The total annual budget for 1999 is SF 4 770 100 (or US\$3 180 067), down about 3 percent from the previous year.

#### b) Number of employees

47. Comco is a decision-making authority composed of 15 members who serve on an essentially voluntary basis. Case files are prepared by the permanent Secretariat, which employs a staff of 45: 20 jurists, 16 economists and 9 secretaries.

### 2. Human resources

48. Over the period from 1 July 1998 to 30 June 1999, the Secretariat's human resources were deployed as follows: a) 50 percent for enforcement against anticompetitive practices; b) 35 percent for merger review and enforcement; and c) 15 percent for advocacy efforts in the form of opinions and recommendations to the courts in respect of appellate procedures.

## V. Summary of new reports and studies relevant to competition policy (or bibliographical references)

The competition authorities publish regular accounts of their activities in the journal *Droit et politique de la concurrence* (DPC).

AMSTUTZ Marc, "Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 193 ff.

BORER Jürg, "Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 217 ff.

BRECHTBÜHL Beat A., *Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz*, RSDA, 1998, pp. 173ff.

COTTIER Thomas and CAPLAZI, Alexandra, "Marktzugang, Strukturhaltung und

Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 257 ff.

DUCREY Patrik, *Unternehmenszusammenschlüsse im Kartellrecht*, Europa Institut, Zurich, Vol. 24, 1998, pp. 127 ff.

DUCREY Patrik, "Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 281 ff.

DUCREY Patrik, "Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence – Application du nouveau droit suisse de la concurrence", supplement to *La journée du droit de la concurrence 1998*, 1999, pp. 19 ff.

GLOOR Peter and STAEHELIN, Matthias, "Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die 'rule of reason'" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 299 ff.

GUGLER Philippe, "Globalisation des échanges et coopération internationale en matière de politique de la concurrence", *Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik*, October 1998, pp. 37ff. / "Globalisierung des Handels und internationale Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik", *Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik*, October 1998, pp. 37 ff.

GUGLER Philippe and MERKT, Benoît, "Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises", supplement to *La journée du droit de la concurrence 1998*, 1999, pp. 91 ff.

GUGLER Philippe and ZURKINDEN, Philipp, "Das neue Schweizer Kartellgesetz im Vergleich zum europäischen und österreichischen Kartellrecht" in *Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 24, No. 3, 1998.

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.

HEINI Anton, "Wettbewerbsbeschränkungen auf dem EU-Markt vor schweizerischen Schiedsgerichten – zu einem Aufsatz von Roger Zäch" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 317ff.

HILTI Reto M., "Vom Janusgericht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 325 ff.

KLOTZ Robert (DG IV of the European Commission in Brussels) and 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, pp. 120 ff.

LAMBELET Jean-Christian and MIHAILOV, Alexander, "Aspects économiques du

droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires", University of Lausanne, *Cahiers de recherches économiques*, No. 9818.

LEUPOLD Michael, *Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes*, RSDA, 1998, pp. 183 ff.

NATER Hans, "Auf dem Weg zur Konvergenz von Telekommunikations- und Kabelnetzen" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 393 ff.

RUFFNER Markus, "Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien – Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 409 ff.

SCHMIDHAUSER Bruno, "Der Begriff der 'mehreren Unternehmen' im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 429 ff.

TSCHÄNI Rudolf (ed.), *Mergers & Acquisitions*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1998.

VON BÜREN Roland and LANG, Christoph G., "Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 241 ff.

WATTER Rolf and REINERT, Mani, "Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle" in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, pp. 447 ff.

WEBER Rolf, "Liberalisierung des Fernmeldemarktes: Erste Erfahrungen", *Media Lex*, 3/1998, pp. 127 ff.

ZÄCH Roger, "Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen" in *Festschrift für Yvo Hangartner, Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Dick Verlag AG, St. Gallen / Lachen SZ, 1998, pp. 935-954.

ZÄCH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999.

ZURKINDEN Philipp, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz – unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts*, thesis, 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****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
LAMaI	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
LOTG	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)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	<b>T</b>	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	<b>U</b>	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
<b>Q</b>		URG	BG über das Urheberrecht
<b>R</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	<b>V</b>	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>W</b>	
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****A**

Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern 553  
Abreden über die direkte Festsetzung von Preisen 553  
Absprache 600  
Accordi orizzontali concernenti la distribuzione 583  
Accordi orizzontali in materia di concorrenza 582  
Accordi volti a fissare direttamente i prezzi 583  
Accordi volti a fissare direttamente i quantitativi 583  
Accords fixant directement les prix 568  
Accords fixant la répartition géographique des marchés ou la répartition en fonction des partenaires commerciaux 568  
Accords fixant les quantités 568  
Accords horizontaux 574  
Accords horizontaux en matière de concurrence 567  
Accords horizontaux portant sur la distribution 568  
Anhörung 622, 628, 629  
Aufschiebende Wirkung 624  
Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern 553  
Ausschreibung 559, 561

**B**

Bieterkartell 599  
Binnenmarktgesetz 561

**C****D**

Diskriminierung 565, 643  
Diskriminierung von Handelspartnern 643

**E**

Empfehlung für eine Tarifordnung 618  
Entreprise 661  
Erlass vorsorglicher Massnahmen 622

**F****G**

Geschäftsbedingungen 643f

**H**

Harte Kartelle 552, 558  
Horizontale Abreden 560  
Horizontale Abreden betreffend den Vertrieb 553

**I**

Informationsasymmetrie 598

**K****L**

Limitazioni della concorrenza dovute a regolamentazioni statali 585

**M**

Marktabgrenzung 606f, 609ff, 627  
Marktabgrenzung, Verzicht auf 606  
Marktanteil 601f, 609, 613ff, 624, 628, 642f  
marktbeherrschende Stellung 609  
marktbeherrschende Unternehmen 644  
marktbeherrschendes Unternehmen 623  
Marktgegenseite 605, 640, 643f  
Marktstellung 636, 639  
Marktzutritt 636  
Marktzutrittsschranken 636, 641f  
Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 560

**N**

Nicht wieder gutzumachender Nachteil 631

**O**

Öffentliches Beschaffungswesen 561

**P**

Parallelverhalten 614  
Preis 552, 565, 646  
Preisbindung 559, 599  
Preiseempfehlungen 554

**Q****R**

Raccomandazioni di prezzi 584  
Rechtliches Gehör 624, 638  
Recommandations de prix 569  
Restrictions à la concurrence dues à des Réglementations étatiques 570

**S**

Sanktionen 556  
Submissionsverfahren 560  
Système collectif de prix imposés 573

---

	<b>T</b>	Wettbewerbsbeeinträchtigung 552
	<b>U</b>	Wettbewerbsbeschränkung 564f, 615
Unternehmen 552, 556, 601, 614, 629, 641, 643f, 672f, 693f		Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken 614f
	<b>V</b>	Wettbewerbsbeschränkung, unzulässige 614
Vergabe 559		Wettbewerbsbeschränkungen durch staatliche Massnahmen 555
Verhaltensweisen, abgestimmte 614		Zeitliche Dringlichkeit 623
Vertikale Verträge 553		
Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen 639		<b>X</b>
	<b>W</b>	<b>Y</b>
Wettbewerbsabrede 649		<b>Z</b>