



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

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

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

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

Vendita:
UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
CHF 25.--

Prix au numéro:
CHF 25.--

Prezzo per esemplare:
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.--

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

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.--

(Form: 701.000.00/2)

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

2000 / 2

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

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

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

Juli / juillet / luglio 2000

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2000 / 2****B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza**1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari**

1. Watt / Migros - EEF 153

**4. Beratungen
Conseils
Consulenze**1. Zur Frage des beteiligten Unternehmens nach Artikel 3 Absatz 1
Buchstabe b VKU 165**B 2 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza**2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste**1. Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de
circulation (AFEC) 1672. Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vita-
mines 186

3. Volkswagen-Vertriebssystem 196

4. Vertrieb von Markenartikeln im Detailhandel 212

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

1. VEBA AG / VIAG AG 224

2. Elf Aquitaine / TOTALFINA 228

3. Südostschweiz Pressevertrieb AG 230

4. EM.TV / SLEC 233

5. Rätia Energie AG 235

6. St. Galler Tagblatt AG / Medien Z Holding - Radio RI 249

7. NZZ-Gruppe / Bertelsmann AG - Druckerei-Branchensoftware 253

8.	Gebr. Tobler AG / Alruma AG	255
9.	Bon appétit Gastronomie AG / Bell Gastro	256
10.	Weitere	257
4.	Sanktionen Sanctions Sanzioni	
1.	Zusammenschluss Unternehmung X / C-AG und D-AG	257
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
1.	Fristverlängerungsgesuch i.S. Vertrieb von Arzneimitteln	264
6.	Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni	
1.	Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (texte français B 2.6 2.)	270
2.	Révision de l'accord international sur les marchés publics (AIMP) du 1er février 2000 (Deutscher Text B 2.6 1.)	281
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Vernehmlassung zum Entwurf der Experten- und Expertinnenkommission Moor zu einem Bundesgesetz über die Filmproduktion und Filmkultur	292
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Submission Kanton Zürich	295
2.	Submission Kanton Aargau	301
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliographie Bibliographie Bibliografia	312
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français, italiano)	314
	Index (deutsch, français, italiano)	317

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1 1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari

B 1.1	1. Watt / Migros - EEF
--------------	----------------------------------

Vorabklärung gemäss Art. 26 ff. KG

Enquête préalable selon l'art. 26 ss. LCart

Inchiesta preliminari giusta l'art. 26 ss. LCart

Schlussbericht vom 9. Juni 2000 in Sachen Vorabklärung über (angeblich) unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG

A. En fait

A.1 Objet de la procédure

1. Le 14 février 2000, Watt Suisse AG (ci-après: Watt) et la Fédération des coopératives Migros (ci-après: FCM) ont chacune déposé une plainte contre les Entreprises électriques fribourgeoises (ci-après: EEF). Ces plaintes sont motivées par le refus des EEF de faire transiter à partir du 1er janvier 2000 du courant électrique fourni par Watt pour l'approvisionnement de deux entreprises du groupe Migros situées dans le canton de Fribourg, Estavayer Lait SA (ci-après: ELSA) et Micarna SA (ci-après: Micarna).

2. Les EEF sont une entreprise d'approvisionnement en électricité, notamment active dans la production, le transport, la distribution et la vente d'énergie électrique. Elles ont leur siège principal en ville de Fribourg. En vertu de la loi fribourgeoise du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (art. 1 LEEF, RS 772.1.1), les EEF sont un établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale.

3. Watt, qui a son siège à Emmen, est une entreprise du groupe Watt AG, Glarus, auquel appartient notamment l'entreprise d'approvisionnement en électricité Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (ci-après EGL). La société Watt se présente comme la société de distribution du groupe Watt AG pour l'approvisionnement

d'acheteurs situés en dehors des zones de distribution des entreprises du groupe.

4. La FCM qui a son siège à Zurich est une fédération de sociétés coopératives au sens des articles 921-925 CO. Elle est formée de 10 sociétés coopératives régionales.

5. Micarna et ELSA sont des filiales à 100% de la FCM. ELSA, qui a son siège à Estavayer-le-Lac, est une entreprise industrielle produisant divers produits laitiers tels que yogourts et boissons lactées. Sa consommation annuelle en énergie électrique s'élève à 23,3 GWh (1998). Micarna, qui a son siège à Courtepin, est une entreprise industrielle transformant des produits carnés. Elle partage le site de Courtepin avec l'entreprise soeur Optigal SA dont elle prend en charge l'approvisionnement en énergie électrique. La consommation annuelle de ces deux entreprises s'élève à 26,3 GWh (1998).

6. Les sites de production d'ELSA et Micarna sont situés dans la zone de distribution des EEF qui les fournit aussi en énergie électrique. Cet approvisionnement était assuré en vertu de contrats de fourniture (contrat du 22 août 1990 avec Micarna; contrat du 10 décembre 1981 avec ELSA) qui ont par la suite été résiliés (voir ci-dessous ch. 10).

7. Ces résiliations font suite à un appel d'offres que la FCM a lancé le 30 juillet 1998 auprès de 14 entreprises d'approvisionnement en électricité, parmi lesquelles les EEF. Cet appel d'offres portait sur un contrat pour l'approvisionnement en énergie électrique par un fournisseur unique de 26 sites de la FCM, dont ELSA et Micarna. Les EEF ont participé à l'appel d'offres au sein d'un consortium formé avec EOS.

8. Avant le début de la procédure relative à l'appel d'offres et durant celle-ci, ELSA et Micarna ont chacune poursuivi des négociations distinctes avec les EEF en vue de leur approvisionnement en énergie. Au cours de ces négociations, les EEF ont soumis plusieurs offres; ELSA et Micarna n'en ont cependant accepté aucune.

9. Le 21 juin 1999, la FCM a conclu le contrat multisites ("Multisite-Energie-Liefervertrag") avec Watt. La FCM s'est engagée pour son propre compte ainsi que pour le compte de plusieurs coopératives régionales et plusieurs entreprises du groupe, dont ELSA et Micarna. Le contrat prévoit que la fourniture d'énergie doit débuter avec la résiliation des contrats en vigueur et l'obtention des droits de transit, Watt étant chargée de négocier le transit avec les opérateurs de réseau concernés.

10. A la suite de la conclusion du contrat multi-sites, ELSA et Micarna ont chacune résilié pour le 31 décembre 1999 leur contrat d'approvisionnement avec les EEF (courriers du 22, respectivement 28 juin 1999) et annoncé que Watt était leur nouveau fournisseur.

11. Ces résiliations ont donné lieu jusqu'en décembre 1999 à des discussions ainsi qu'à des échanges de correspondance entre ELSA et les EEF, Micarna et les EEF et EGL (agissant pour le compte de Watt) et les EEF. Au cours de ces discussions, EGL, ELSA et Micarna ont sollicité des EEF le transit sur son réseau du courant électrique fourni par Watt. Les EEF ont cependant refusé d'entrer en négociation pour le transit du courant avant qu'ELSA et Micarna ne soient éligibles sur la base de la nouvelle législation fédérale sur le marché de l'électricité. En parallèle, les EEF ont soumis à ELSA et Micarna plusieurs offres de contrat de fourniture. Se référant au contrat conclu avec Watt, ELSA et Micarna n'ont accepté aucune de ces offres. Elles ont par contre à plusieurs reprises sommé les EEF de présenter une offre pour un contrat de transit à partir du 1er janvier 2000, ce qu'elles ont refusé de faire.

A.2 Etapes de la procédure

12. Le 7 mars 2000, le secrétariat de la Comco a ouvert contre les EEF une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart.

13. Les EEF ont pris position sur les principaux griefs des plaignants le 10 avril et le 31 mai 2000. La FCM et les EEF ont par ailleurs répondu à des questions ponctuelles. L'administration cantonale fribourgeoise a fourni des documents relatifs à la législation cantonale en matière d'énergie.

B. En droit

B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

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

B.1.1 Entreprise

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

B.1.2 Prescriptions réservées (art. 3 al. 1 LCart)

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

17. Dans leur prise de position du 10 avril 2000 (p. 10-14), les EEF ont conclu à l'inapplicabilité de la LCart au motif que la législation en vigueur dans le canton de Fribourg poserait des prescriptions réservées

au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Théoriquement, une telle réserve peut découler tant du droit fédéral que du droit cantonal ou communal.

18. S'agissant du droit fédéral, les EEF ont admis que la législation en vigueur relative à l'électricité ne devrait pas fonder une telle réserve (dans le même sens, voir A. Palasthy, *Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG)*, in PJA 3/2000, p. 298-307), tout en suggérant que la loi sur le marché de l'électricité (LME) actuellement débattue au Parlement en fonderait une. Dès lors que l'article 3 alinéa 1 LCart ne vise que le droit positif, la question de savoir si la future LME institue ou non une réserve peut rester ouverte dans le cas d'espèce.

19. S'agissant du droit cantonal en vigueur, les EEF estiment que la Loi du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF, RS 772.1.1) institue un régime de marché et de prix de caractère étatique s'opposant à l'applicabilité de la LCart.

20. A ce titre, elles se réfèrent notamment aux dispositions de la LEEF énumérées ci-dessous:

- les EEF ont pour but principal la production, la commercialisation et la distribution de l'énergie électrique (art. 2 al. 1 LEEF) et assurent l'approvisionnement en énergie électrique du territoire desservi, soit essentiellement le territoire cantonal, (art. 2 al. 2 et art. 4 LEEF); pour atteindre leurs buts, elles disposent des forces hydrauliques du canton conformément à la législation spéciale (art. 3 LEEF);

- les EEF sont un établissement de droit public autonome distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale (art. 1 LEEF) dont la politique tarifaire, en particulier les tarifs généraux de fourniture d'électricité, sont fixés par le Conseil d'administration (art. 21 al. 3 let. h LEEF) qui est majoritairement composé de membres nommés par le Conseil d'Etat et le Grand Conseil (art. 17 LEEF) qui exerce par ailleurs la haute surveillance des EEF (art. 10 LEEF).

21. Force est de constater qu'aucune des dispositions citées ne fonde une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart qui permettrait en l'espèce aux EEF de refuser la demande de transit de courant électrique.

22. La LEEF n'apparaît pas instituer un monopole de droit en faveur des EEF pour l'approvisionnement en énergie électrique des consommateurs sis dans le canton de Fribourg (sur la notion de monopole de droit, voir Cl. Ruey, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, thèse Lausanne 1988, p. 121-170; H.-M. Weltert, *Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung*, thèse Bâle 1989, Zurich 1990, p. 169-183). Les dispositions évoquées (notamment art. 2 al. 1 et 2 LEEF) sont neutres du point de vue de la

concurrence; elles ne confèrent aux EEF aucun droit de nature exclusive sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finaux.

23. Contrairement à ce qu'affirment les EEF (prise de position du 10 avril 2000, p. 13), il n'est pas indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que le monopole détenu par une entreprise soit un monopole de droit ou un monopole de fait. Au titre de cette disposition, ce n'est en effet pas la situation concurrentielle de fait qui importe, mais la volonté exprimée par le législateur compétent d'exclure ou de restreindre la concurrence sur le marché de référence (Message concernant la LCart, 94.100, tiré à part, à p. 66-67).

24. Contrairement à ce que suggèrent les EEF (prise de position du 10 avril 2000, p. 13), il est en revanche indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que les EEF détiennent un monopole (de droit ou de fait) dans le domaine de la distribution, c'est-à-dire pour l'acheminement d'électricité sur le réseau à basse et moyenne tension (dans ce sens, A. Palasthy, op. cit., p. 304). La consécration d'un tel monopole par le législateur compétent conférerait à son bénéficiaire un droit exclusif sur le marché (amont) du transport impliquant en principe une obligation de fournir le service correspondant sur base non discriminatoire (Message concernant la LCart, tiré à part, p. 95). Il n'entraîne par contre aucune exclusivité sur le marché (aval) de la fourniture. Il n'y a donc pas lieu d'examiner si la législation fribourgeoise consacre ou non un monopole dans le domaine de la distribution.

25. On ne voit pas non plus en quoi la disposition des forces hydrauliques du canton de Fribourg (art. 3 al. 1 LEEF) autoriserait les EEF à s'opposer à l'"importation" de courant électrique en refusant l'accès à leur propre réseau. En conférant certains droits relatifs aux forces hydrauliques, la loi confère aux EEF certaines prérogatives relatives à la production d'énergie électrique au moyen des ressources hydrauliques cantonales. Cette disposition ne leur confère en revanche aucun droit exclusif en matière de fourniture. L'article 56 alinéa 1 de la loi cantonale du 4 février 1972 sur le domaine public (RS 750.1) doit être interprété dans le même sens.

26. On ne saurait dire que les dispositions de la LEEF relatives à la politique tarifaire (art. 21 al. 3 let. h et art. 17) instituent un régime de prix au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre a LCart, dès lors que celles-ci concernent manifestement uniquement la politique de prix des EEF et non celle de concurrents. La question devrait de toute façon pouvoir rester ouverte, dès lors que l'existence d'un régime de prix de caractère étatique cantonal ou communal pour la fourniture des consommateurs ne couvrirait pas le refus d'accorder l'accès au réseau. La seule conséquence d'un tel régime de prix serait en effet d'obliger le fournisseur tiers (en l'espèce: Watt) de se conformer à la réglementation relative aux tarifs.

27. Les EEF n'ont fait valoir aucune norme communale (Courtepin et Estavayer-le-Lac) susceptible de constituer une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

28. En conséquence, il faut considérer qu'il n'y a pas dans le cas d'espèce de dispositions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

B.1.3 Entreprise en position dominante

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

30. L'établissement d'une position dominante suppose que l'on délimite préalablement les marchés de référence.

I. Marchés de référence

31. Le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

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

33. Le comportement reproché aux EEF concerne deux marchés distincts, mais néanmoins étroitement liés: d'une part, le marché du transit de courant électrique et, d'autre part, le marché (situé en aval) de la fourniture de courant électrique.

a. Marché du transit de courant électrique

a) Marché du produit

34. Le transit de courant électrique est, d'un point de vue économique, assimilable à une prestation de transport. Il consiste pour l'offreur à mettre à disposition du demandeur en un point donné de son réseau une quantité d'énergie correspondant à une quantité d'énergie injectée en un autre point de son réseau. Du côté de l'offre, on trouve les opérateurs de réseaux électriques (réseaux à haute, moyenne et basse tension); du côté de la demande, les fournisseurs ou les acheteurs d'électricité.

b) Marché géographique

35. Pour délimiter le marché géographique, il faut partir du réseau des EEF qui dessert la plus grande partie du territoire du Canton de Fribourg, notamment les communes d'Estavayer-le-Lac et de Courtepin.

36. Dans leur prise de position du 10 avril 2000 (pp. 14-15), les EEF suggèrent que le marché de référence s'étend au-delà du réseau des EEF dès lors que l'acheminement du courant fourni par Watt nécessiterait le passage de réseaux gérés par d'autres opérateurs.

37. Cette opinion ne saurait être suivie. Les opérateurs de réseaux contigus à celui des EEF n'offrent en effet pas des prestations qui sont substituables à celles des EEF (les tiers concernés sont ainsi dans l'impossibilité de livrer ELSA et Micarna). Pour les besoins de l'enquête préalable, il faut donc considérer que le marché géographique ne s'étend pas au-delà de la zone de distribution des EEF.

b. Marché de la fourniture d'électricité

a) Marché du produit

38. Le domaine de la fourniture d'électricité met en présence les fournisseurs et les consommateurs d'électricité. L'existence d'un marché séparé pour l'électricité dépend du degré de substituabilité des différents types d'énergie (not. gaz naturel). S'agissant des usages industriels visés par ELSA et Micarna, on peut partir de l'idée que d'autres types d'énergie ne sont pas suffisamment substituables au courant électrique.

b) Marché géographique

39. En Suisse, le marché de l'électricité est encore essentiellement régional et se recoupe avec les zones de distribution des entreprises électriques. Il faut donc considérer que le marché de référence ne s'étend pas au-delà de la zone de distribution des EEF.

II. Position sur le marché (art. 4 al. 2 LCart)

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

B.2 Pratiques illicites (art. 7 LCart)

a) Comportements visés

41. En refusant d'entrer en négociation pour un transit à partir du 1er janvier 2000, les EEF ont opposé un refus de principe à la demande qui leur a été soumise, empêchant ainsi ELSA et Micarna de s'approvisionner auprès de Watt. Les EEF ne contestent pas qu'elles ont refusé de donner accès à leur réseau; elles font uniquement valoir que ce refus était justifié par les circonstances du cas d'espèce.

42. Il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci

ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace (DPC 2000/1, p. 29; A. Palasthy, op. cit., p. 302).

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

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

45. Contrairement à ce que suggèrent les EEF (prise de position du 31 mai 2000, p. 6), l'existence d'un abus ne suppose pas nécessairement une "inégalité de traitement" entre deux ou plusieurs tiers. L'article 7 LCart n'est en effet pas uniquement applicable dans l'hypothèse où l'opérateur de réseau refuse à un tiers un transit qu'il a déjà accordé à un autre tiers, mais également dans le cas où il refuse une prestation qu'il n'a jusque-là jamais fournie à aucun tiers (dans ce sens, K. Schindler, *Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht*, thèse Berne 1998, p. 107-108; A. Palasthy, op. cit., p. 302).

46. En d'autres termes, le refus de contracter de la part d'une entreprise en position dominante peut être abusif même s'il ne constitue pas à proprement parler une discrimination; il peut y avoir abus notamment lorsque le refus a pour effet d'exclure les concurrents d'un marché (K. Schindler, op. cit., p. 195). S'agissant du cas d'espèce, on note que les EEF, en tant qu'entreprise verticalement intégrée active à la fois dans le domaine de la fourniture et du transport d'électricité, utilisent leurs infrastructures de transport pour leurs propres livraisons et que leur refus a pour effet d'évincer un fournisseur concurrent.

47. Du fait de la structure monopolistique du marché de référence et de l'importance des barrières à l'entrée, on peut présumer le défaut de concurrence efficace sur le marché de la fourniture d'électricité.

b) Défaut de motifs justificatifs

48. Au cours des négociations relatives à la demande de transit, les EEF n'ont apparemment pas fait valoir d'autres motifs de refus que le

défaut d'ouverture du marché de l'électricité sur la base d'une législation spéciale (à savoir la LME).

49. Dès lors que, d'une part, l'article 7 LCart institue une obligation de contracter à la charge d'entreprises en position dominante disposant d'infrastructures indispensables à l'exercice de la concurrence et que, d'autre part, la législation en vigueur ne prévoit pas de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart (voir ci-dessus B.1.2) le motif invoqué apparaît irrelevante.

50. Dans leurs prises de position du 10 avril et du 23 mai 2000, les EEF ont invoqué un certain nombre d'autres motifs pour justifier leur refus:

A. Le comportement de Watt pourrait, selon les circonstances (hypothèse d'offres faites à Migros avant le lancement de la procédure multisites), tomber sous l'article 4 lettre a LCD selon lequel "agit de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre".

(Prise de position du 10 avril, p. 2)

B. ELSA aurait résilié son contrat d'approvisionnement avec les EEF alors même que des discussions étaient en cours pour l'adaptation du contrat; elle aurait par ailleurs, sur instruction de la FCM, refusé d'entrer en matière sur un nouveau contrat alors que la compétitivité de l'offre des EEF aurait été reconnue.

(Prise de position du 10 avril, p. 16-17)

C. Le refus des EEF ne causerait aucun dommage à Watt dès lors qu'elle n'aurait pas obtenu l'accès aux réseaux situés jusqu'à l'entrée du réseau fribourgeois.

(Prise de position du 10 avril, p. 15)

D. Le comportement de la FCM serait à l'origine de distorsions de concurrence au détriment des EEF et des concurrents de la Migros. Celle-ci utiliserait la dépendance des EEF vis-à-vis de clients aussi important qu'ELSA et Micarna pour continuer à s'approvisionner auprès des EEF, tout en bénéficiant de toute nouvelle baisse de prix et ce sans s'engager à acheter pour une certaine durée.

(Prise de position du 10 avril, p. 17)

E. Le groupe Watt n'aurait jamais proposé ni accepté une réciprocité de la prestation de transit qu'il se serait contenté d'exiger de manière purement unilatérale.

(Prise de position du 31 mai, p. 6)

51. Aucun de ces arguments ne permet en l'espèce d'écarter l'existence d'indices de comportement illicite de la part des EEF.

52. S'agissant du premier argument (ci-dessus ch. 50 A), il faut admettre que le droit des cartels (LCart) ne saurait en principe protéger des comportements relevant de la concurrence déloyale (LCD) (idem en droit communautaire, voir H. Schröter, Artikel 85 Absatz 1, ch. 89-95, in: H.v.der Groeben et al. (éd.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5e éd., Baden-Baden 1999). Mis à part le fait que les allégations des EEF quant à d'éventuelles offres anticipées de Watt n'ont pas été étayées, on note que l'article 4 lettre a LCD n'est manifestement pas applicable dès lors qu'il concerne la rupture ("Vertragsbruch") et non la résiliation en bonne et due forme d'un contrat. En outre, en l'absence de circonstances spéciales, le simple fait de soumettre une offre n'est pas assimilé à un comportement déloyal (J. Guyet, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), in R. v. Büren/L. David (éd.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle 1998, à p. 201-202).

53. On note également au passage qu'on ne saurait exclure que les pratiques des EEF postérieures à la résiliation des contrats de fourniture puissent non seulement tomber sous le coup de l'article 7 LCart, mais également relever de l'article 4 LCD: en refusant d'accorder le transit, les EEF ont pu chercher à inciter ELSA et Micarna à conclure un nouveau contrat avec elle et, partant, à rompre des engagements valablement conclus vis-à-vis de Watt.

54. S'agissant du second argument (ci-dessus ch. 50 B), il faut partir de l'idée qu'il est légitime, du point de vue de la concurrence, qu'un acheteur potentiel puisse refuser les conditions d'un pollicitant, même s'il est formellement en négociation avec celui-ci, et donner sa préférence à un autre offreur. Il en découle que l'acheteur potentiel est également libre de rompre les négociations lorsqu'il le juge opportun (on note ici que le contrat d'approvisionnement entre les EEF et ELSA paraît avoir été valablement résilié par cette dernière, et ce tant au niveau de la forme que du délai contractuel).

55. On ne voit en tout cas pas pourquoi la rupture des négociations légitimerait ici l'offreur évincé à empêcher sciemment l'exécution du contrat conclu avec un concurrent. On peut également noter que les EEF avaient connaissance de la procédure d'appel d'offres de la FCM et qu'elles devaient donc avoir conscience du fait que la (possible) adjudication du contrat multi-sites à un autre fournisseur entraînerait pour elles la perte des contrats avec ELSA et Micarna.

56. Quant au refus d'entrer en matière sur de nouvelles offres, il apparaît légitime dès lors que l'acheteur s'est déjà engagé vis-à-vis d'un (autre) vendeur. On ne saurait en effet raisonnablement partir de l'idée que l'acheteur rompe ses engagements vis-à-vis du fournisseur avec lequel il a conclu un contrat.

57. Pour la même raison, il apparaît justifié qu'il ne soit pas tenu compte des offres faites postérieurement à la conclusion du contrat

pour évaluer la compétitivité des conditions offertes par les EEF (par rapport à celles consenties par Watt). En outre, il faut, jusqu'à preuve du contraire, partir de l'idée que c'est l'acheteur qui est le mieux à même de déterminer quelles sont les offres qui satisfont le mieux ses propres besoins. On note également qu'une comparaison de la qualité des offres en présence nécessite une approche globale, tenant compte de tous les intérêts en présence. On relève à ce titre que la FCM doit non seulement tenir compte des besoins d'ELSA et de Micarna, mais également de ceux d'une grande partie des entreprises du groupe.

58. Enfin, on ne voit pas en quoi le fait que la FCM donne des instructions qui s'imposent à des entreprises qui sont ses filiales à 100% (groupe de sociétés intégré) justifierait le comportement reproché aux EEF.

59. S'agissant du troisième argument avancé par les EEF (ci-dessus ch. 50 C), il convient de remarquer que la demande de transit faisant l'objet de la présente procédure est adressée aux EEF et non à un ou plusieurs autres opérateurs de réseau. Dans la mesure où les conditions de l'article 7 LCart sont remplies, l'opérateur contacté a en tout cas l'obligation de négocier de bonne foi les conditions du transit et de soumettre des offres raisonnables.

60. Que le transit ait effectivement lieu par la suite ou qu'il soit empêché pour une autre raison est une autre question. S'agissant d'un cas de "transit en chaîne", le refus d'un autre opérateur pourrait faire l'objet d'une procédure distincte au titre de l'article 7 LCart; l'obligation pour un opérateur donné de la "chaîne" de négocier de bonne foi ne saurait être postposée jusqu'à la résolution d'un éventuel litige impliquant un ou plusieurs autres opérateurs.

61. S'agissant du quatrième argument avancé par les EEF (ci-dessus ch. 50 D), on ne voit pas exactement à quels comportements les EEF font référence lorsqu'elles reprochent à la FCM de vouloir bénéficier de toute baisse de prix postérieurement au refus d'accorder le transit. Outre que celle-ci cherche manifestement en premier lieu à obtenir le transit (et non pas à s'approvisionner auprès des EEF), il apparaît légitime dans un régime de concurrence qu'une entreprise cherche à bénéficier des prix les plus bas possibles.

62. Du point de vue de la LCart, la recherche des prix les plus bas est légitime aussi longtemps qu'elle ne constitue pas un abus de la part d'une entreprise en position dominante. A ce propos, on relèvera que la FCM n'apparaît pas jouir d'une position dominante en tant qu'acheteur d'électricité sur le marché de référence (ELSA et Micarna consomment annuellement environ 45 GWh, les EEF fournissant au total plus de 1'600 GWh à leur clientèle). On notera surtout qu'un refus d'accorder l'accès au réseau remplissant les conditions de l'article 7 LCart ne saurait être "légalisé" par un abus de puissance d'achat (en

l'espèce non avéré) de la part du consommateur frustré du fournisseur de son choix.

63. Quant à l'obligation des EEF de fournir ELSA et Micarna après la résiliation des contrats d'approvisionnement, elle apparaît découler de l'article 7 LCart dès lors que les EEF détiennent une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité.

64. S'agissant du cinquième argument (ci-dessus ch. 50 E), on ne voit pas pourquoi celui qui demande le transit devrait spontanément offrir la réciprocité. Autre est la question de savoir s'il doit répondre positivement à une demande suffisamment concrétisée. A ce titre, on note que les EEF n'ont fait valoir aucune demande concrète de leur part en matière de transit qui aurait par la suite été refusée par le groupe Watt.

65. Il n'est de toute façon pas certain qu'un opérateur de réseau en position dominante puisse au titre de l'article 7 LCart légitimement refuser le transit à un autre opérateur de réseau verticalement intégré au seul motif que ce dernier ne lui accorderait pas la réciprocité. Cela apparaît en tout cas exclu lorsque ce dernier peut faire valoir des "legitimate business reasons" (p.ex. défaut de capacités).

C. Conclusions

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

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

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Zur Frage des beteiligten Unternehmens nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU

Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 3 Abs. 1 Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 23 Abs. 2 KG

Examen d'opérations de concentration; art. 3 al. 1 let. b de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; art. 23 al. 2 LCart

Esame della concentrazione di imprese; art. 3 cpv. 1 let. b dell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese; art. 23 cpv. 2 LCart

Zusammenfassung

Der Fragestellung des übernehmenden Unternehmens lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

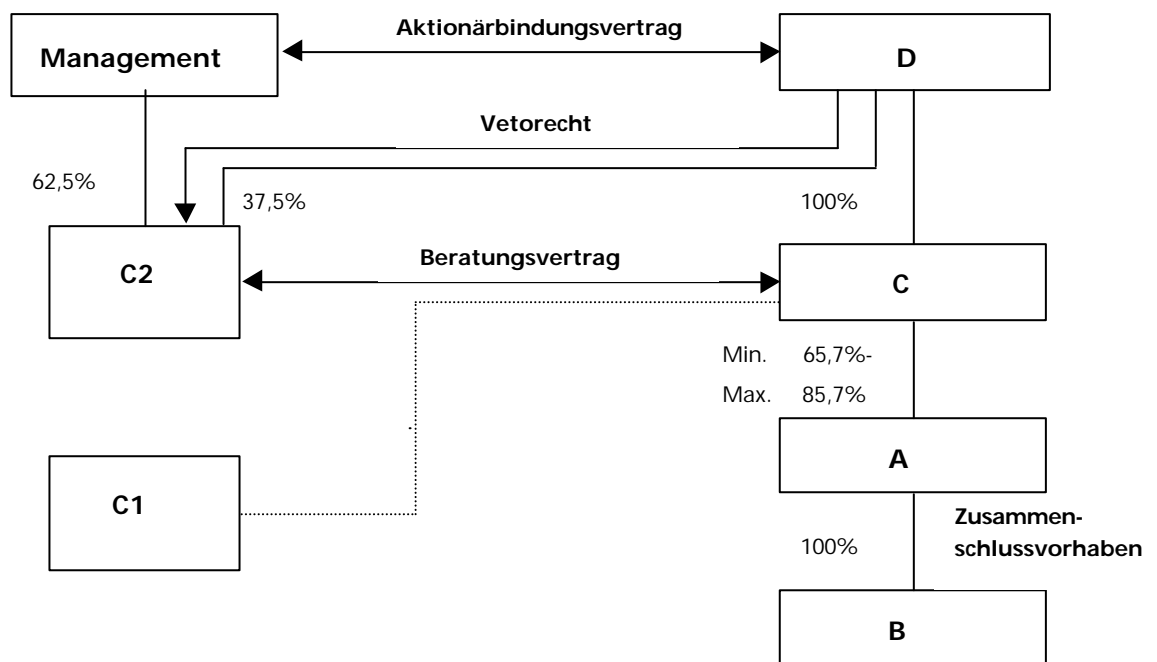
Das Unternehmen A beabsichtigt, das Unternehmen B zu übernehmen. Die Aktien des Unternehmens A befinden sich zum massgeblichen Teil im Besitze des Unternehmens C. Die Aktien des Unternehmens C stehen wiederum zu 100% im Eigentum des Unternehmens D.

C tritt als formaler Eigentümer der Aktien von A auf. Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien liegt hingegen bei verschiedenen Investoren in der Schweiz und im Ausland. Diese beteiligen sich direkt an drei Fonds, für die das Unternehmen C1 handelt.

C steuert die Investitionsentscheidungen von C1. Aus der nachfolgenden Führungsstruktur ergibt sich, dass D über C die Investitionsentscheidungen von C1 bzw. deren Fonds lenkt.

C wird vom Unternehmen C2 beraten, dessen Aktienkapital zu 62,5% vom Management und zu 37,5% von D gehalten wird. Das Management und D sind mittels Aktionärbindungsvertrag gebunden, worin D u.a. ein Vetorecht bezüglich Investitionsempfehlungen von C2 eingeräumt wird.

Diese komplexe Beteiligungsstruktur kann wie folgt illustriert werden:



In diesem Zusammenhang wurde seitens der übernehmenden Gesellschaft die Frage aufgeworfen, ob die Investitionsstruktur unter den "Unternehmensbegriff" gemäss Artikel 2 KG subsumiert werden könne und ob ein Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 1 bzw. 2 VKU und somit ein Zusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vorliegen würde.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist zum Schluss gekommen, dass:

- das Unternehmen D über das Unternehmen C die Investitionsentscheidungen des Unternehmens C1 bzw. deren Fonds steuert,
- das Unternehmen D das Unternehmen C2 zu 37,5% kontrolliert und dessen Beratungsleistungen gegenüber dem Unternehmen C mit einem Vetorecht lenken kann.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die tatsächliche wirtschaftliche Kontrolle über das Unternehmen B beim Unternehmen D liegt und dieses somit als beteiligtes und kontrollierendes Unternehmen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen auf Erwerberseite zu gelten hat.

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2 2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 1. Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 8 mai 2000 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart sur le cas des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) relatif à des accords illicites selon l'article 5 LCart

Cette décision fait l'objet d'un recours devant la Commission de recours en matière de concurrence.

A. Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête

1. L'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) est une association au sens des articles 60 ss du Code civil suisse. Elle a son siège à Fribourg (art. 1 statuts AFEC). Elle fait partie de la Fédération romande des écoles de conduite (FRE). En 1999, elle regroupait 60 membres dont 53 moniteurs et écoles de conduite actifs dans le canton de Fribourg, représentant plus des 3/4 des moniteurs inscrits auprès de l'Office de la Circulation et de la navigation du canton de Fribourg (OCN).

2. L'AFEC a pour tâche notamment de lutter contre la concurrence déloyale et d'édicter des règlements ou normes obligatoires pour tous les membres (art. 2 let. e et f des statuts AFEC).

3. En matière de tarifs, les statuts de l'AFEC prévoient que les membres de cette association s'obligent "à respecter les tarifs et conditions établis par l'association, à les afficher en vue dans leurs locaux et à les soumettre à chaque nouveau candidat" (art. 4 let. f des statuts).

4. Le 4 novembre 1998, l'AFEC a émis des tarifs conseillés pour les leçons de conduite, valables dès le 1er janvier 1999. Ces tarifs faisaient suite à ceux que l'AFEC avait édictés ces dernières années (cf. procès-verbaux des assemblées générales d'automne de l'AFEC. Ils ont été repris pour l'année 2000. Seuls les cours individuels de moto ont subis une légère augmentation (CHF 80.-- au lieu de CHF 78.--).

5. Les tarifs conseillés de l'AFEC étaient valables dès le 1er janvier 1999. Ils avaient trait à des leçons de 50 minutes. Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les prestations suivantes sont l'objet de la présente enquête:

Avec voiture de l'école	CHF 80.--
Assurance casco voiture obligatoire	CHF 70.--
Moto obligatoire 8 leçons (4x2 leçons ou 2x4 leçons)	CHF 300.--
Avec camion de l'école	CHF 140.-- (selon temps effectif)
Théorie obligatoire de sensibilisation au trafic routier	CHF 190.-- + 28.50 (livre)
Théorie: Règles de circulation	CHF 40.--
Théorie privée (50 min.)	CHF 60.--

6. Le prix du cours de sensibilisation au trafic (art. 17a OAC) est le résultat de discussions menées à partir du mois de juin 1992, entre l'Office de la circulation et de la navigation (OCN), sur mandat du Conseil d'Etat fribourgeois, et l'AFEC. Suite à ces discussions, l'AFEC a fixé le prix de ce cours à "fr. 180.-- (bouquin vendu séparément)" lors de son assemblée générale du 20 novembre 1992. Selon l'OCN, le prix du cours de sensibilisation au trafic est compris comme un prix maximal. Il correspondait au prix que proposait l'OCN, sur la base des calculs faits par l'Association des services des automobiles (ASA). Le 3 novembre 1995, l'AFEC a décidé d'augmenter le prix du cours de sensibilisation au trafic à CHF 190.--, prix qui a été accepté par l'OCN.

7. Le prix du cours de base pour élèves motocyclistes (art. 17b OAC) n'a pas été l'objet de discussions entre l'AFEC et l'OCN. Relevons toutefois qu'en 1995 ce dernier a refusé l'augmentation du prix de ce cours que proposaient les membres de l'AFEC.

8. Plusieurs faits éclairent la politique de l'AFEC en matière de prix:

- L'AFEC désapprouve ouvertement le comportement des moniteurs qui ne respectent pas les tarifs. Ceux qui ne s'y tiennent pas font régulièrement l'objet de plaintes lors des assemblées générales;
- L'AFEC a refusé en 1996 la demande d'admission d'un nouveau membre au motif qu'il "proposait des leçons à des conditions de prix nettement en dessous de celles du tarif";
- L'AFEC prend contact avec les candidats moniteurs avant même qu'ils soient titulaires du brevet de moniteur afin de les inviter à rejoindre l'AFEC. Ces entretiens visent à les informer des droits et

obligations des membres de l'AFEC en mettant l'accent notamment sur le respect du tarif des prix. Le comité de l'AFEC reçoit les candidats à l'adhésion et les oriente "sur les conditions à remplir pour être membre de [cette] Association, notamment en ce qui concerne le respect du tarif des prix, fixé chaque année par les membres lors de l'AG d'automne". En 1998, 3 des 4 candidats contactés ont finalement adhéré à l'AFEC.

A.2 Données relatives au marché

9. L'exercice de la profession de moniteur de conduite est réglementé par l'Ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (cf. art. 55 ss OAC).

10. La plupart des moniteurs fribourgeois travaillent seuls dans leur propre école de conduite. Certains partagent les locaux servant aux cours de sensibilisation au trafic et aux cours de théorie avec d'autres moniteurs. Seuls quelques-uns sont employés par une école de conduite. Ces derniers n'ont pas été comptabilisés individuellement dans le décompte du nombre de moniteurs actifs dans le canton de Fribourg en 1999 (cf. tableau n° 13).

11. Les cantons tiennent un répertoire des écoles de conduite qui ont été ouvertes sur leur territoire et surveillent l'activité des moniteurs et les installations des écoles, en faisant des inspections (art. 60 OAC). Ils exercent la surveillance sur la fréquentation et l'organisation des cours de perfectionnement. Dans le canton de Fribourg, ces tâches sont exercées par l'Office de la circulation et de la navigation (OCN) qui enregistre en moyenne l'arrivée de 2 nouveaux moniteurs par année.

12. La grande majorité des moniteurs exerçant dans le canton de Fribourg sont inscrits auprès de l'OCN. Sept moniteurs donnant des cours dans le canton de Fribourg sont inscrits auprès de l'autorité compétente d'un autre canton, car ils y exercent leur activité de façon prépondérante.

13. Selon les indications des moniteurs, de l'école-club Migros et de l'OCN, le nombre de moniteurs actifs dans le canton de Fribourg en 1999 était le suivant:

Cours / moniteurs	Moniteurs AFEC inscrits OCN/non inscrits		Moniteurs non AFEC inscrits OCN/non inscrits	
Cours de sensibilisation au trafic (art. 17a OAC)	48	2	13	3
Cours de base de motocyclistes (art. 17b OAC)	19	2	5	4
Leçons de conduite auto (cat. B)	47	2	13	5
Leçons de conduite camion (cat. C)	14	1	1	1
Leçons facultatives de théorie	42	2	11	2

14. De façon générale, les élèves conducteurs passent leur examen de conduite dans leur canton de domicile. Tout candidat a cependant la possibilité de subir son examen de conduite dans un autre canton que celui de son domicile. Pour ce faire, il doit être au bénéfice d'une autorisation accordée par l'autorité compétente de son canton de domicile. A Fribourg, en 1999, sur 4'533 examens au permis de conduire de la catégorie B, seuls 210 candidats (5%) provenaient d'un autre canton.

A.3 Procédure

15. Le 5 novembre 1996, le secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) a introduit une procédure de mise en conformité des statuts des membres du Comité National des Moniteurs de Conduite (ci-après: Comité) avec la loi sur les cartels (LCart). Cette procédure a duré jusqu'en novembre 1998. Elle a conduit les associations du Comité à transformer les tarifs obligatoires en recommandations de prix.

16. Le 18 décembre 1998, le secrétariat a ouvert une enquête préalable afin d'établir si les prix conseillés sur le marché des prestations des moniteurs de conduite en Suisse romande et dans le canton de Berne pouvaient constituer un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. Elle a démontré l'existence d'indices de restrictions illicites à la concurrence qui étaient particulièrement évidents dans le canton de Fribourg.

17. Le 13 juillet 1999, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert, d'entente avec un membre de la présidence, une enquête qui a pour objet les tarifs conseillés de l'AFEC (tableau n° 5). Elle

est dirigée contre l'AFEC et ses membres actifs qui exercent dans le canton de Fribourg.

18. La communication de l'ouverture de cette enquête a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale du 27 juillet 1999 (FF V 1999, p. 5002) et dans la Feuille officielle suisse du commerce du 20 juillet 1999 (FOSC 138 1959). Aucun tiers ne s'est annoncé pour participer à l'enquête.

19. Par lettres du 21 septembre 1999, le secrétariat a demandé aux membres actifs de l'AFEC s'ils ne voyaient pas d'inconvénient à se faire représenter par l'AFEC pour la présente procédure (art. 11a al. 1 LPA). Il a aussi demandé à l'AFEC si elle était disposée à assumer ce mandat de représentation pour ses membres. Aucun moniteur ne s'est opposé à être représenté par l'AFEC qui a accepté de représenter ses membres par lettre du 30 septembre 1999.

20. Afin d'établir l'état de fait, le secrétariat a envoyé un questionnaire à tous les moniteurs de conduite qui enseignent dans le canton de Fribourg, qu'ils soient ou non membres de l'AFEC. Il a aussi demandé des renseignements à l'Office de la circulation et de la navigation du canton de Fribourg, à l'Association des services des automobiles (ASA), à l'Association Gruyérienne des Ecoles de conduite ainsi qu'à l'école-club Migros-Fribourg.

21. Par lettre du 12 janvier 2000, le secrétariat a rappelé à l'AFEC son droit de consulter le dossier (art. 26 LPA).

22. Le 22 février 2000, le secrétariat a invité les parties à prendre position sur le projet de décision (art. 30 al. 2 LCart) et leur a fait parvenir le dossier.

23. Les 16 et 27 mars 2000, l'AFEC a demandé une prolongation du délai de réponse qui a été acceptée par le secrétariat le 27 mars 2000.

24. Le 7 avril 2000, l'assemblée générale de l'AFEC a pris, à l'unanimité, les décisions suivantes: 1) l'AFEC s'engage à ne plus édicter de tarifs de prix, 2) l'AFEC s'engage à ne plus recommander de prix lors des assemblées générales, 3) l'AFEC décide de supprimer l'article 4 des statuts. Pour ce qui concerne les cours de sensibilisation obligatoires ainsi que les cours moto, l'AFEC souhaiterait pouvoir maintenir les tarifs officiels. A ce sujet, l'AFEC a demandé une entrevue. Le secrétariat a décliné cette demande en date du 19 avril 2000.

B. Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart

25. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence [...] (art. 2 al. 1 LCart), pour autant qu'il n'y ait pas de prescriptions réservées (art. 3 LCart).

B.1.1 Entreprises

26. Selon le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, la LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533, cf. aussi DPC 1999/3, p. 451).

27. Les moniteurs indépendants et les écoles de conduite sont des entreprises au sens de la LCart. Les moniteurs qui sont employés par une école de conduite ne sont pas des entreprises au sens de la LCart (cf. n° 10).

B.1.2 Accords en matière de concurrence

28. Les accords en matière de concurrence sont a) les conventions sans force obligatoire b) d'entreprises occupant des échelons du marché identiques c) dans la mesure où ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

29. Les tarifs conseillés de l'AFEC sont des accords en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart car:

a) ils constituent des conventions adoptées par les membres actifs de l'AFEC présents à l'assemblée générale du 4 novembre 1998. Même si le comité de l'AFEC envoie à ses membres avant l'assemblée générale d'automne une liste de tarifs pour la nouvelle année, l'adoption des tarifs est en réalité le fruit d'une action consciente et voulue des membres actifs de l'AFEC. En effet, en décidant à la majorité de l'augmentation ou non des tarifs, les membres actifs de l'AFEC s'accordent directement sur le prix des prestations qu'ils s'engagent à facturer à leurs clients (art. 4 let. f des statuts). Le fait que ces tarifs soient ensuite diffusés par le biais de l'AFEC sous forme de tarifs conseillés - et donnent ainsi l'impression qu'ils constituent une décision unilatérale de celle-ci - a pour effet de les qualifier de conventions sans force obligatoire.

b) ils sont adoptés par des entreprises occupant des échelons du marché identiques. Les moniteurs et écoles de conduite de l'AFEC sont des entreprises concurrentes qui offrent des cours pratiques et théoriques de conduite aux élèves conducteurs.

c) Ils visent à restreindre la concurrence sur les prix que devraient se livrer les moniteurs de conduite. En effet, la pratique horizontale d'élaboration et de diffusion des tarifs conseillés est une activité régulière et constante de l'AFEC qui doit être interprétée comme l'expression fidèle de la volonté de ses membres de coordonner leur comportement sur le marché. De plus, ils entraînent également une restriction de la concurrence dans la mesure où ils permettent à tous les moniteurs de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par leurs concurrents.

30. Il résulte de ces éléments que les tarifs conseillés de l'AFEC sont des accords en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

B.1.3 Prescriptions réservées

31. Selon l'article 3 alinéa 1 lettre a LCart, "les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique".

32. La formation obligatoire des élèves conducteurs est réglementée par l'ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC):

- L'article 17a alinéa 1 AOC prévoit que le candidat qui s'annonce à l'examen théorique des catégories A, A1, A2, B, C, C1 ou D2 doit apporter la preuve qu'il a suivi un cours de théorie de la circulation d'une durée de 8 heures auprès d'un moniteur de conduite (cours de sensibilisation au trafic).
- L'article 17b alinéa 1 AOC dispose que le candidat au permis de conduire de la catégorie A1 doit, dans les deux mois qui suivent la délivrance du permis d'élève conducteur, suivre une instruction pratique de base pour élèves motocyclistes d'une durée de huit heures auprès d'un titulaire du permis de moniteur de conduite de la catégorie IV.

33. Le prix perçu par les moniteurs et écoles de conduite pour ces deux formations obligatoires n'est pas fixé par la loi. Le législateur fédéral permet toutefois aux cantons de fixer un plafond pour le tarif des leçons de conduite obligatoires (art. 15 al. 4 i.f. LCR, RS 741.01).

34. Dans le canton de Fribourg, le Conseil d'Etat a formellement renoncé à fixer le prix-plafond des cours obligatoires dans la mesure où les honoraires convenus entre l'AFEC et l'OCN étaient raisonnables et laissaient à chaque moniteur la possibilité d'appliquer un tarif inférieur (cf. n° 6-7). Même si l'intervention de l'OCN dans ce domaine peut matériellement être considérée comme l'exercice de la compétence cantonale de fixer des tarifs maxima, il n'empêche que la volonté aussi bien du législateur fédéral que de l'exécutif cantonal est de

laisser s'établir une concurrence de prix en dessous du prix-plafond (art. 15 al. 4 i.f. LCR). En d'autres termes, la compétence des cantons de fixer un prix maximal pour les cours obligatoires n'habilite en aucun cas les entreprises à s'entendre sur le prix effectivement pratiqué sur le marché. **L'intervention "étatique" n'a donc pas pour effet de soustraire le marché des cours obligatoires à l'application de la LCart.**

B.2 Appréciation des accords sur les prix selon l'article 5 LCart

35. En vertu de l'article 5 alinéa 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

36. Avant d'examiner le caractère illicite des accords en question, il est nécessaire de délimiter le marché de référence.

B.2.1 Marché de référence

a) Marché de produits

37. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE par analogie, DPC 1999/3, p. 455, ch. 62).

38. Pour les élèves conducteurs, le choix des cours et leçons de conduite dépend du permis de conduire qu'ils désirent obtenir. Ainsi, un élève conducteur qui désire obtenir le permis de conduire de la catégorie A ne suivra que les cours et leçons de conduite pour motocyclistes. Par conséquent, les leçons nécessaires à l'obtention du permis de conduire d'une catégorie ne sont pas substituables aux leçons de conduite pour l'obtention du permis de conduire d'une autre catégorie. Ainsi, les marchés de produits correspondent aux cours obligatoires (art. 17a et b OAC) et aux leçons théoriques et pratiques donnés aux élèves conducteurs désireux d'obtenir un permis de conduire d'une des catégories énumérées à l'article 3 OAC.

39. La présente enquête a pris en compte:

- le marché des cours de sensibilisation au trafic (art. 17a OAC);
 - le marché des cours de base pour élèves motocyclistes (art. 17b OAC);
 - le marché des leçons de conduite auto (cat. B);
 - le marché des leçons de conduite camion (cat. C);
 - le marché des leçons facultatives de théorie.
-

b) Marché géographique

40. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE par analogie, DPC 1999/3, p. 457, ch. 70).

41. Théoriquement, les élèves conducteurs peuvent prendre des leçons (théoriques et pratiques) de conduite partout en Suisse. Pratiquement, ils suivent des cours dans leur canton de domicile. Ce choix leur permet de diminuer les coûts de transport.

42. Par conséquent, le marché géographique correspond en principe au canton de domicile des élèves conducteurs. En l'espèce, il s'agit du canton de Fribourg.

B.2.2 Suppression de la concurrence efficace pour les cours de base pour élèves motocyclistes

43. Sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace, les accords entre entreprises concurrentes qui fixent directement ou indirectement les prix (art. 5 al. 3 let. a LCart).

44. En l'espèce, les tarifs conseillés de l'AFEC fixent les prix des prestations (cours de sensibilisation, leçons théoriques et pratique auto, moto, camion, etc.) fournies par les moniteurs et les écoles de conduite membres de l'AFEC qui les appliquent. Il s'agit donc d'accords de prix entre entreprises concurrentes pour lesquels l'article 5 alinéa 3 lettre a LCart présume qu'ils suppriment la concurrence efficace.

45. Cette présomption peut être renversée si la concurrence externe ou interne subsiste malgré l'accord (DPC 1999/3, p. 455, ch. 61; R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 175 s.).

46. La concurrence externe est représentée par: a) les moniteurs et écoles de conduite qui ne font pas partie de l'AFEC et b) les titulaires de permis de conduire qui donnent eux-mêmes des cours de conduite.

a) La première catégorie de concurrents est composée des 18 moniteurs et écoles de conduite non-membres de l'AFEC. Tous ces moniteurs n'offrent pas la palette complète de cours et leçons de conduite (cf. tableau n°13). Il ressort des investigations du secrétariat que les prix demandés par les moniteurs de cette première catégorie pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons de théorie et de conduite auto/camion peuvent représenter une alternative pour les élèves conducteurs. Par contre, tous les moniteurs non AFEC qui offrent des cours de base pour élèves motocyclistes demandent le même tarif que celui de l'AFEC. Seuls trois moniteurs (non inscrits à l'OCN) qui donnent ces cours principalement dans le canton de Berne ont des prix différents, tous plus élevés que celui de l'AFEC (CHF 320.-- et CHF 330.--).

b) La seconde catégorie est composée des titulaires de permis de conduire qui donnent eux-mêmes des cours de conduite pour autant qu'ils possèdent depuis trois ans au moins le permis de conduire suisse ou un permis de conduire étranger valable, correspondant à la catégorie du véhicule (art. 16 al. 2 OAC) et qu'ils ne forment pas par année deux élèves conducteurs ou plus, avec lesquels ils n'ont pas de rapports étroits (art. 47 al. 1 OAC). La concurrence que représente cette catégorie se fait sentir essentiellement pour les leçons de conduite auto. Elle ne joue aucun rôle pour les cours obligatoires (sensibilisation au trafic et moto) et les leçons donnés à des apprentis conducteurs de camion. En effet, seuls les moniteurs et instructeurs agréés peuvent donner ces cours (art. 16 al. 5, 17, 17a et 17b OAC).

47. L'analyse de ces deux catégories de concurrents démontre qu'il n'existe pas de concurrence externe pour les cours de base pour élèves motocyclistes. Les offres différentes des trois moniteurs pratiquant essentiellement dans le canton de Berne ne sont pas suffisantes pour modifier cette conclusion dans la mesure où elles sont peu nombreuses, bien délimitées géographiquement et plus élevées que celles des concurrents (cf. n° 46a).

48. Lors du renversement de la présomption d'illicéité de l'article 5 alinéa 3 LCart, l'analyse de la concurrence interne est nécessaire que s'il n'existe pas de concurrence externe. Les investigations du secrétariat ont démontré que celle-ci existe pour les cours de sensibilisation au trafic et pour les leçons de théorie et de conduite auto/camion (cf. n° 55 ss). Par conséquent, seule la concurrence interne sur le marché des cours de base pour élèves motocyclistes doit être examinée. Selon les investigations du secrétariat, 100% des 21 moniteurs de l'AFEC offrant ces cours suivent aussi la recommandation de prix de l'AFEC. Ainsi, la concurrence interne n'existe pas sur le marché des cours de base pour élèves motocyclistes.

49. Eu égard à ce qui précède, il appert que la présomption de l'article 5 alinéa 3 LCart:

- n'est pas renversée pour les cours de base pour élèves motocyclistes puisqu'il n'existe ni concurrence externe, ni concurrence interne. Par conséquent, l'accord de prix de l'AFEC relatif à ces cours supprime la concurrence efficace. Il est donc illicite;
 - est renversée pour les tarifs conseillés relatifs aux cours obligatoires de sensibilisation au trafic et aux leçons de théorie et de conduite auto/camion en raison de l'existence d'une concurrence externe. Il faut dès lors se demander s'ils peuvent tout de même affecter de façon notable la concurrence (cf. notamment DPC 1999/2, p. 231 ss).
-

B.2.3. Affectation notable de la concurrence pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons pratiques auto et camion

50. La notabilité d'une affectation de la concurrence s'apprécie en fonction de critères aussi bien qualitatifs que quantitatifs (R. Zäch: Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 157 ss).

B.2.3.1. L'affectation qualitative

51. Le prix constitue un paramètre concurrentiel qui joue en général un rôle essentiel sur le marché. En présumant que les accords horizontaux de prix ont des effets généralement négatifs sur la concurrence (art. 5 al. 3 let. a LCart), la loi sur les cartels démontre l'importance qu'il faut accorder à ce paramètre concurrentiel. D'ailleurs, la Commission de la concurrence a eu l'occasion de le préciser à plusieurs reprises (DPC 1997/3, p. 334 ss DPC 1998/3, p. 382 ss; DPC 1999/3, p. 441 ss).

52. De plus, il convient de constater que la pratique horizontale d'élaboration des tarifs conseillés est une activité régulière et constante de nombreuses associations professionnelles. Comme cette activité dure généralement depuis de nombreuses années, la fixation de prix même simplement recommandés affecte le jeu de la concurrence dans la mesure où elle permet à tous les acteurs du marché de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par les concurrents. Cette pratique est donc particulièrement nuisible dans la mesure où elle est susceptible d'influencer le comportement concurrentiel non seulement des membres de l'association concernée, mais aussi des éventuelles entreprises qui n'en font pas partie.

53. En l'occurrence, les tarifs conseillés de l'AFEC remplissent l'exigence qualitative d'une affectation notable.

B.2.3.2. L'affectation quantitative

54. L'analyse du caractère quantitativement notable d'une affectation de la concurrence s'apprécie en fonction de la concurrence actuelle (a), de la concurrence potentielle (b) et de la position des partenaires de l'échange (c).

a) La concurrence actuelle

55. Les investigations du secrétariat ont démontré que les tarifs conseillés de l'AFEC ont été appliqués en 1999 comme suit:

56. Le tarif pour les cours de sensibilisation au trafic (sans la documentation: CHF 190.--) est identique non seulement pour la plus grande majorité des membres de l'AFEC (45 sur 50), mais aussi pour une grande partie des non-membres (6 sur 16), ce qui représente environ 77% des moniteurs offrant cette prestation dans le canton de Fribourg (cf. act 11.4.1 ss). Même si le prix conseillé par l'AFEC a fait l'objet d'u-

ne "approbation" par l'OCN et peut ainsi être considéré comme un prix maximal, il n'en demeure pas moins qu'il affecte notablement la concurrence sur ce marché, ce d'autant plus que les moniteurs de conduite disposent d'un monopole de l'enseignement de ces cours (cf. n° 32).

57. Le tarif pour les cours de conduite auto (CHF 80.--/50 min.) est appliqué non seulement par 57% des membres de l'AFEC (28 sur 49), mais aussi par 2 des 18 moniteurs non-membres de l'AFEC, ce qui représente environ 44% de tous les moniteurs enseignant les cours de conduite auto dans le canton de Fribourg. Ce pourcentage monte même jusqu'à 51% si on englobe également les moniteurs appliquant un prix correspondant au même rapport prix/durée (en l'occurrence CHF 72.--/45 min). Signalons encore que ces pourcentages correspondent à ceux qui existaient pour le tarif de 1998 (CHF 78.--/ 50 minutes).

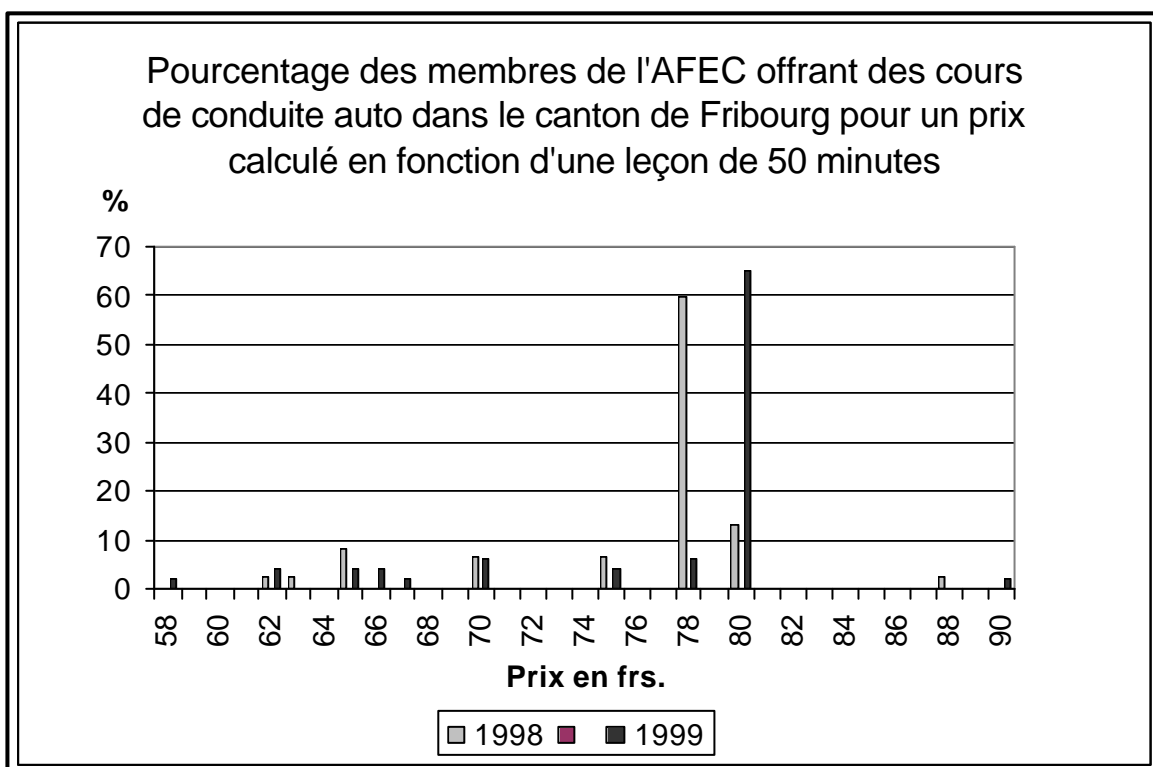
58. De plus, il faut relever que 67% des moniteurs de l'AFEC qui donnent des leçons de conduite auto (33 sur 49) font payer une assurance casco de CHF 70.--, conformément au tarif conseillé de l'AFEC dans ce domaine. Cette pratique a pour effet d'uniformiser l'offre disponible.

59. Les tableaux qui suivent mettent en lumière le comportement des membres de l'AFEC. Ils démontrent non seulement que la grande majorité de ceux-ci respectaient l'ancien tarif conseillé en 1998 (CHF 78.--/50 min.), mais aussi qu'ils ont suivi le nouveau tarif 1999 dès son entrée en vigueur (CHF 80.--/50 min).

1998**1999**

Prix pour 50 min.	Nbre de moniteurs	En % du total (47)	Prix pour 50 min.	Nbre de moniteurs	En % du total (49)
62.5	1	2%	58.3	1	2%
63.6	1	2%	62.5	2	4%
65	3	6%	65	2	4%
65.8	1	2%	66.7	2	4%
70	3	6%	67.3	1	2%
75	3	6%	70	3	6%
78	28	60%	75	2	4%
80	6	13%	78	3	6%
88.9	1	2%	80	32	66%
			89	1	2%

(tous les prix ont été calculés en fonction d'une durée de 50 min).



60. Ces taux d'application des tarifs AFEC sont représentatifs dans la mesure où tous les moniteurs pratiquant dans le canton de Fribourg ont été interrogés. Ils doivent être considérés comme importants car la plupart des élèves conducteurs se présentant à un examen de conduite souhaitent obtenir un permis de conduire de la catégorie B (p.ex. en

1998, 86% des examens de conduite concernaient dans le canton de Fribourg le permis auto de la catégorie B). La concurrence que pourrait représenter les titulaires de permis de conduire (n° 46b) ne modifie pas cette appréciation dans la mesure où leur part est faible (7,5% en 1998).

61. Le tarif pour les cours de conduite camion (sans remorque: CHF 140.--/ 50 min.) est respecté par 12 des 15 moniteurs de l'AFEC qui offrent des cours dans ce domaine, ainsi que par un moniteur non membre de cette association, ce qui représente 76% de l'ensemble des moniteurs offrant cette prestation dans le canton de Fribourg. Par conséquent, le tarif de l'AFEC pour les cours de conduite camion influence le comportement concurrentiel non seulement des membres de l'AFEC (concurrence interne), mais aussi des moniteurs et écoles de conduite qui ne font pas partie de cette association (concurrence externe).

62. Les tarifs pour les leçons facultatives de théorie ne sont pas systématiquement suivis par les moniteurs de l'AFEC. Les réponses apportées aux questionnaires du secrétariat démontrent que les prix demandés pour ces prestations sont très différents. Certains moniteurs proposent des forfaits, d'autres offrent des abonnements. Il en va de même pour les moniteurs et écoles de conduite qui ne font pas partie de cette association. Par conséquent, la concurrence efficace n'est pas notablement affectée sur ce marché. Cet état de fait peut se comprendre dans la mesure où l'étude des règles théoriques de la circulation routière peut aisément se faire de façon individuelle par chacun des élèves conducteurs.

63. Se fondant sur l'application des tarifs de l'AFEC par les moniteurs de conduite fribourgeois, la Commission de la concurrence apprécie la concurrence actuelle de la façon suivante:

- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de sensibilisation au trafic et pour les leçons de conduite auto (avec casco) et camion affectent notablement la concurrence sur ces marchés. Il convient donc d'examiner si l'analyse de la concurrence potentielle et de la position des partenaires commerciaux sur ces marchés est propre à modifier l'appréciation de la concurrence actuelle.
- Les tarifs conseillés par l'AFEC pour les leçons facultatives de théorie n'affectent pas notablement la concurrence sur ce marché. Il n'est donc pas nécessaire d'analyser ce marché de façon plus approfondie.

b) La concurrence potentielle

64. Pour aborder la question de la concurrence potentielle, il faut déterminer si a) des moniteurs fribourgeois qui ne donnent pas encore de cours dans certains domaines, b) des moniteurs de conduite des cantons environnants, c) des nouveaux moniteurs fribourgeois ou d)

l'école club Migros pourraient effectivement pénétrer les marchés des cours de sensibilisation au trafic et des leçons de conduite auto/camion et y jouer un rôle suffisamment important pour discipliner le comportement des moniteurs qui appliquent les tarifs de l'AFEC. Il ne suffit pas que ces concurrents puissent simplement entrer sur ces marchés en offrant des leçons de conduite. Il faut encore qu'ils puissent effectivement le faire dans des délais raisonnables.

65. a) Tous les moniteurs fribourgeois n'offrent pas la palette complète de cours de conduite (théoriques et pratiques). La plupart d'entre eux donnent uniquement les cours de conduite en vue de l'obtention du permis de la catégorie B et les cours de sensibilisation au trafic (cf. n° 13). Seuls 17 moniteurs offrent les cours de camion. De ce fait, les moniteurs qui n'offrent pas les cours de conduite camion pourraient être considérés, aux yeux des moniteurs qui les offrent, comme des concurrents potentiels. Cette concurrence potentielle doit toutefois être relativisée dans la mesure où ces moniteurs (potentiels) doivent, avant de pouvoir offrir ces prestations, suivre des cours particuliers en vue de l'obtention du permis de moniteur de conduite pour la catégorie qu'ils n'enseignent pas encore (cf. art. 48 al. 3 OAC). De plus, comme la plupart de ces concurrents - membres de l'AFEC - suivent les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours qu'ils enseignent (cf. n° 55 ss), il est probable qu'ils les suivent aussi dans les autres domaines. Par conséquent, les moniteurs appartenant à cette première catégorie ne peuvent pas être considérés comme des concurrents potentiels suffisamment forts pour discipliner le comportement des concurrents actuels qui suivent les tarifs conseillés de l'AFEC.

66. b) Les moniteurs de conduite des autres cantons suisses, en particulier des cantons environnants (BE-VD-NE) ne sont pas des concurrents potentiels susceptibles de discipliner le comportement des moniteurs qui appliquent les tarifs de l'AFEC. En effet, même si le permis de moniteur de conduite est valable sur tout le territoire suisse (art. 48 al. 2 OAC), les moniteurs pratiquent leur métier en règle générale dans leur canton de domicile et sous la surveillance de l'Office cantonal de la circulation de leur canton de domicile (art. 60 OAC, cf. n° 11). La faible mobilité intercantonale des moniteurs tient essentiellement aux coûts de déplacement d'un canton à un autre. Elle existe uniquement aux alentours des frontières cantonales. Par ailleurs, les quelques moniteurs fribourgeois qui sont soumis à la surveillance d'un autre canton ont été pris en compte dans l'analyse de la concurrence actuelle (cf. n° 12 et 55 ss).

67. c) S'agissant des nouveaux moniteurs fribourgeois, signalons que le canton de Fribourg enregistre en moyenne l'arrivée de 2 nouveaux moniteurs par année (cf. n° 11 i.f.). Etant donné leur nombre restreint, ces moniteurs potentiels ne représentent pas une forte concurrence potentielle.

68. d) Quant à l'école club Migros, elle vient de supprimer ses offres en matière de cours de conduite dans le canton de Fribourg. Une nouvelle entrée sur le marché fribourgeois est donc peu probable dans un proche avenir.

69. Sur la base de ces considérations, la concurrence potentielle sur les marchés des cours de sensibilisation au trafic et des leçons de conduite auto/camion doit être qualifiée de faible. Elle ne modifie pas les résultats de l'appréciation de la concurrence actuelle sur ces marchés.

c) La position des partenaires de l'échange

70. Les partenaires de l'échange sont les élèves conducteurs.

71. Pour les cours de sensibilisation au trafic, tous les candidats qui s'annoncent à l'examen théorique des catégories A, A1, A2, B, C, C1 ou D2 doivent apporter la preuve qu'ils ont suivi un tel cours auprès d'un moniteur de conduite (art. 17a OAC). Cette obligation légale ne permet pas aux élèves conducteurs de choisir un autre prestataire de services que celui prévu par la loi. Leur choix est encore limité par le fait qu'un fort pourcentage des moniteurs appliquent le même tarif (cf. n° 55 ss). La position des élèves conducteurs ne leur permet donc pas d'influencer le comportement concurrentiel des moniteurs dans ce domaine.

72. Quant aux leçons de conduite auto et camion, relevons que la plupart des élèves conducteurs prennent des leçons de conduite auprès d'un moniteur avant de passer leur permis, même s'il est difficile d'établir une statistique claire à ce sujet. Selon l'OCN, "7% des candidats au permis de conduire de la catégorie B (voitures automobiles légères) se sont présentés [en 1997] sans avoir suivi de cours pratiques de la conduite chez un moniteur". De plus, comme ils ne connaissent pas les exigences des examinateurs cantonaux, les élèves conducteurs ne peuvent que difficilement estimer eux-mêmes le moment à partir duquel ils sont prêts à passer l'examen de conduite. Cette ignorance les pousse à se fier à l'appréciation de leur moniteur. Celui-ci peut ainsi influencer le nombre d'heures de conduite nécessaires à la préparation de leurs élèves. Etant donné que les moniteurs et écoles de conduite sont dans une large mesure membres de l'AFEC, il est donc difficile pour les élèves conducteurs de limiter l'ampleur de l'affectation qu'entraînent les tarifs conseillés de l'AFEC sur les marchés des leçons de conduite auto/camion. La position des partenaires commerciaux ne modifie pas les résultats de l'appréciation de la concurrence actuelle.

73. Par conséquent, l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle ainsi que la position des partenaires de l'échange démontrent que les tarifs conseillés de l'AFEC relatifs aux cours de sensibilisation ainsi qu'aux leçons de conduite auto (cat. B) et camion (cat. C) affectent de façon notable la concurrence.

B.2.3.3 Pas de justification pour des motifs d'efficacité économique

74. Les tarifs conseillés de l'AFEC relatifs aux cours de sensibilisation au trafic ainsi qu'aux leçons de conduite auto et camion affectent de façon notable la concurrence. Ils sont donc illicites s'ils ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart).

75. Selon l'article 5 alinéa 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique: a) lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et b) lorsqu'il ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

76. Les parties ont affirmé que les tarifs horaires avaient été recommandés pour améliorer le professionnalisme de l'enseignement, maintenir un certain seuil de qualité, perfectionner les connaissances professionnelles et assurer non seulement la sécurité routière, mais aussi un enseignement de qualité. Aucune de ces justifications n'étant énoncée à l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart, l'AFEC n'a pas réussi à démontrer que l'élaboration et la diffusion de tarifs conseillés pouvaient être justifiés par un des motifs d'efficacité économique énumérés à l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart.

77. Certains moniteurs ont relevé que les tarifs conseillés de l'AFEC leur fournissaient une aide de calcul. Une telle aide donnerait aux moniteurs les moyens d'élaborer leur tarif. La question qui se pose est de savoir si les tarifs conseillés de l'AFEC pourraient alors constituer une sorte de schéma de calcul (art. 6 al. 1 let. b i.f. LCart).

78. La Commission de la concurrence a eu l'occasion de préciser la notion de schéma de calcul dans sa communication "conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul" du 4 mai 1998 (ci-après: Communication, cf. RPW 1998/2, p. 354 ss). Selon l'article 2 de cette Communication, "les schémas de calcul sont des indications générales et des bases de calcul standardisées qui permettent aux utilisateurs de calculer ou d'évaluer les coûts de leurs produits ou de leurs services en vue de la détermination ou de l'évaluation de leurs prix de vente".

79. En l'occurrence, "s'il est normal qu'une organisation professionnelle fournisse à ses membres des aides de calcul et de gestion, celles-ci ne doivent pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence, notamment en prenant la forme de tarifs applicables à tous leurs membres indépendamment de leur propre structure de prix de revient. La diffusion par une organisation professionnelle

de tarifs recommandés est de nature à inciter les adhérents à aligner leurs tarifs, abstraction faite de leur prix de revient. Une telle méthode dissuade les entreprises dont les prix de revient sont les plus bas de baisser leurs prix et procure ainsi un avantage artificiel aux entreprises maîtrisant moins leurs coûts de production. Un tel risque n'est en revanche pas inhérent à la diffusion de "véritables" aides de calcul, puisque celles-ci donnent aux entreprises d'indications facilitant le calcul de leurs propres structures de prix de revient et leur permettent ainsi d'établir de façon autonome leurs prix de vente" (R. von Büren: Politique de la concurrence 1999, La Vie économique 10/1999, p. 24 s.). Dans le cas d'espèce, les recommandations de prix se réfèrent à des prix de vente. Elles ne constituent pas des schémas de calcul au sens de l'article 2 de la Communication.

80. De toute façon, les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de conduite auto (cat. B, y compris casco) et de camion (cat. C) ainsi que les cours obligatoires de sensibilisation au trafic ne sont pas nécessaires pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources. Dès lors, ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart.

B.3 Résultats

81. Les résultats de l'enquête démontrent que:

- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de base pour élèves motocyclistes suppriment la concurrence efficace et partant, sont illicites;
- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons de conduite auto (cat. B, y compris casco) et camion (cat. C) sont des accords en matière de concurrence qui affectent de façon notable la concurrence sur les marchés de référence, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique et partant, sont illicites;

82. La Commission prend acte que l'AFEC, lors de son assemblée générale du 7 avril 2000, a décidé: 1) de s'engager à ne plus édicter de tarifs de prix, 2) de s'engager à ne plus recommander de prix lors des assemblées générales et 3) de supprimer l'article 4 de ses statuts.

C. Frais

D. Dispositif

83. La Commission de la concurrence, se fondant sur l'état de fait et les considérants qui précèdent,

constate que:

- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de base pour élèves motocyclistes suppriment la concurrence efficace et partant, sont illicites;
- Les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons de conduite auto (cat. B, y compris casco) et camion (cat. C) sont des accords qui affectent de façon notable la concurrence sur les marchés de référence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique et partant, sont illicites;

prend acte des décisions de l'assemblée générale du 7 avril 2000 par lesquelles:

- l'AFEC s'est engagée à ne plus édicter de tarifs de prix;
- l'AFEC s'est engagée à ne plus recommander de prix lors des assemblées générales;
- l'AFEC a supprimé l'article 4 de ses statuts;

et décide que:

- Les membres actifs de l'AFEC ont l'interdiction à l'avenir de s'entendre sur les tarifs, que ce soit de façon explicite ou implicite;
- Les membres actifs de l'AFEC ont l'interdiction à l'avenir d'utiliser l'ancienne liste des tarifs de l'AFEC dans l'exercice de leur activité professionnelle;
- l'AFEC transmettra au secrétariat de la Commission de la concurrence une copie des procès-verbaux des assemblées générales 2000 et 2001.

84. L'inobservation de la présente décision et des décisions prises par l'AFEC lors de son assemblée générale du 7 avril 2000 sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.

85. [Frais de procédure]

86. [Voies de recours]

87. [Notification]

B 2.2	2. Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines
-------	---

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 19 avril 2000 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart sur le cas des accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines relatif à des accords illicites selon l'article 5 LCart

A. En fait

A.1 Objet de l'enquête

1. Les sociétés Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG vendent des vitamines synthétiques qu'elles fabriquent par le biais de procédés biologiques ou chimiques. Elles ont passé des accords de portée mondiale concernant certaines vitamines. Les accords ont commencé à déployer leurs effets en janvier 1990 (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).
 2. Les accords passés par la société Hoffmann-La Roche AG ont porté sur les vitamines A, E, B2, B5, C, Bétacarotènes et Carotinoïde. S'agissant de la société BASF AG, les accords ont porté sur ces mêmes vitamines. Quant à la société Rhône-Poulenc Animal Nutrition, elle a passé des accords concernant les vitamines A et E utilisées dans l'alimentation animale (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).
 3. Les vitamines sont essentiellement destinées aux usages suivants:
 - a) usage thérapeutique;
 - b) alimentation humaine - les vitamines sont utilisées dans la fabrication de produits alimentaires, notamment de ceux ayant perdu tout ou partie de leurs vitamines d'origine du fait des procédés industriels de transformation qu'ils ont subis (ex: lait, céréales, beurre, chocolat, jus d'orange) -;
 - c) alimentation animale (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).
 - 4) Les accords ont consisté à:
 - fixer directement et indirectement le prix des vitamines concernées dans le monde;
 - se répartir les quantités de vitamines à vendre dans le monde;
 - opérer une répartition géographique du volume des ventes (pièces 2,10,11,15 à 18).
 5. Les accords se sont présentés comme suit (pièces 2, 10, 11, 15 à 18):
-

Vitamines	Durée	Participants
A	Janvier 1990 – février 1999	Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition, BASF AG
E	Janvier 1990 – février 1999	Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition, BASF AG
B2	Janvier 1991 – décembre 1995	Hoffmann-La Roche AG, BASF AG
B5	Janvier 1991 – décembre 1998	Hoffmann-La Roche AG, BASF AG
C	Janvier 1991 – automne 1995	Hoffmann-La Roche AG, BASF AG
Betacarotène	Janvier 1991 – décembre 1998	Hoffmann-La Roche AG, BASF AG
Carotinoïde	Janvier 1991 – décembre 1998	Hoffmann-La Roche AG, BASF AG

6. Le cartel a été organisé de manière minutieuse et efficace avec des procédés élaborés. Des représentants de chaque entreprise se sont ainsi rencontrés deux à quatre fois par année. De plus, des réunions ultérieures ont eu lieu dans l'unique but de vérifier l'opportunité des décisions prises par rapport au marché. Parmi ces représentants se trouvaient des personnes responsables aux différents échelons décisionnels (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).

7. Par ailleurs, les parties se sont échangés chaque mois les chiffres des volumes de vitamines vendues en Europe, pays par pays. En effet, et pour des raisons stratégiques, les parties ont adapté le prix des vitamines aux conditions du marché (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).

8. En outre, aucun document, note ou agenda relatifs à ces séances n'a été conservé par les parties. Les participants à ces réunions ont admis avoir également discuté de la manière d'éliminer tout nouveau concurrent gênant et de limiter l'expansion des producteurs chinois (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).

9. En 1997, les sociétés ont eu connaissance du fait que des autorités examinaient l'existence de comportements anti-concurrentiels dans le domaine des vitamines. Elles ont décidé alors de diminuer le nombre et la fréquence de leurs rencontres et que celles-ci ne seraient plus que bilatérales (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).

10. Le 22 décembre 1997, Rhône-Poulenc Animal Nutrition a annoncé à ses partenaires Hoffmann-La Roche AG et BASF AG qu'elle mettait fin à toute collaboration commerciale. Hoffmann-La Roche AG et BASF AG ont allégué que le cartel avait continué à produire des effets jusqu'en février 1999 (pièces 2, 10, 11, 15 à 18).

11. Au cours de l'enquête, les parties ont affirmé que le cartel avait été démantelé et qu'elles avaient d'ores et déjà pris les mesures

adéquates afin que de tels comportements anti-concurrentiels ne se reproduisent plus (pièces 15 à 18).

12. En 1998, Hoffmann-La Roche AG a vendu en Suisse [...] tonnes de vitamines pour une valeur de CHF [...] à 150 entreprises principalement actives dans les secteurs de l'alimentation humaine et animale, dans une moindre mesure dans ceux des médicaments et des cosmétiques (pièce 15).

13. En 1998, le chiffre d'affaires réalisé par Rhône-Poulenc Animal Nutrition en Suisse pour les vitamines A était d'environ CHF [...] et pour les vitamines E de CHF [...] et concernait dix entreprises sises en Suisse. Les informations présentées démontrent qu'entre 1989 et 1998, les prix sur le marché mondial, et donc sur le marché suisse, des vitamines A et E ont augmenté en moyenne de [...] % (pièce 18).

14. Enfin, en 1998, BASF AG a vendu en Suisse [...] tonnes de vitamines pour un montant total de [...] DM (pièce 17).

A.2 Procédure

15. Le 19 mai 1999, l'ambassade des Etats-Unis à Berne a informé les autorités suisses que Hoffmann-La Roche AG avait accepté de payer une amende de 500 millions de dollars pour avoir participé à un cartel mondial visant à fixer les prix et à répartir les marchés de certaines vitamines vendues aux Etats-Unis et ailleurs. BASF AG a également accepté de payer une amende de 225 millions de dollars pour avoir participé à ce cartel. Rhône-Poulenc Animal Nutrition a par contre échappé à l'amende en vertu du programme de clémence des autorités de concurrence américaines (pièces 1 à 5).

16. A cette même période, l'existence de tels accords a été confirmée par Hoffmann-La Roche AG à un membre de la Commission de la concurrence. Aussi, et sur la base de ces indices, le secrétariat, d'entente avec un membre de la Présidence, a ouvert une enquête au sens de l'article 27 LCart.

17. Par lettre du 21 juin 1999, le secrétariat a informé Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG de l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 alinéa 1er LCart relative au marché des vitamines (pièces 3 à 5).

18. Conformément à l'article 28 alinéa 1er LCart, l'ouverture de l'enquête a été publiée le 29 juin 1999 dans la Feuille fédérale ainsi que dans la Feuille officielle suisse du commerce. Aucun tiers ne s'est annoncé auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (pièces 8 et 9).

19. En date du 11 janvier 2000, Rhône-Poulenc Animal Nutrition a signé une déclaration concernant les vitamines A et E et dont le contenu est le suivant:

"Rhône-Poulenc Animal Nutrition confirme avoir cessé:

- d'appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A et E dans le monde;
- d'appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marché de ces vitamines dans le monde;
- de participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

Rhône-Poulenc Animal Nutrition s'engage à ne plus:

- conclure et appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A et E dans le monde;
- conclure et appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marché de ces vitamines dans le monde;
- participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

A cet effet, elle a introduit:

- une politique d'information au sein de son entreprise afin que tous les collaborateurs connaissent le but de la LCart et ses conséquences légales en cas de violation de celle-ci".

20. En date du 12 janvier 2000, Hoffmann-La Roche AG a signé une déclaration identique concernant les vitamines A, E, B2, C, B5 (Calpan), Bétacarotène et vitamines prémixes.

21. Le 25 janvier 2000, la société BASF AG a signé une déclaration identique concernant les vitamines A, E, B2, C, B5 (Calpan) et Bétacarotène (pièce 21).

22. Par lettres du 22 février 2000, le secrétariat a invité les parties à prendre position sur le projet de décision (art. 30 al. 2 LCart) (pièce 22).

B. Considérants

B.1 Champ d'application

B.1.1 Application de la LCart

23. Il ressort des déclarations unanimes des parties que les accords relatifs aux vitamines B2 et C, conclus en janvier 1991, ont cessé de déployer leurs effets fin 1995, soit six mois avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LCart.

24. Les accords en matière de concurrence conclus avant le 1er juillet 1996 doivent être examinés au regard de la nouvelle loi sur les cartels s'ils continuent d'entraîner des restrictions à la concurrence après son entrée en vigueur (ATF 124 III 495). A contrario, et dès lors que les accords relatifs aux vitamines B2 et C ont cessé de déployer leurs effets avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ils échappent à tout examen sous l'angle de la LCart.

25. Seuls seront dès lors examinés sous l'angle de la LCart les accords portant sur les vitamines A, E, B5 (Calpan), Carotinoïde et Bétacarotène.

26. Les vitamines sont utilisées également en Suisse: soit au niveau de la production, soit au niveau de la consommation. Par conséquent, le cartel mondial a nécessairement déployé ses effets sur le marché suisse (cf. également le chiffre 40). Ceci n'est en outre pas contesté par les parties.

B.1.2 Entreprises

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

28. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 1999/3, p. 451).

29. Les sociétés Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG sont des entreprises au sens de la LCart.

B.1.3 Accords en matière de concurrence

30. Par accord en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

31. Il ressort des réponses de Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG qu'entre fin janvier 1990 et février 1999, des représentants de ces sociétés se sont rencontrés régulièrement afin de s'accorder sur les prix des vitamines, les quantités vendues, et opérer une répartition géographique du marché des vitamines (pièces 19 à 21).

32. Par conséquent, il ressort des allégations unanimes des parties que celles-ci ont participé avec conscience et volonté à une action collective visant une restriction à la concurrence.

B.1.4 Prescriptions réservées

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

34. En l'espèce, aucune prescription légale ne soustrait le marché concerné à l'application de la LCart.

B.2 Appréciation des accords

35. En vertu de l'article 5 alinéa 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

36. Afin d'établir si l'accord entraîne une restriction notable à la concurrence, ou une suppression de celle-ci, il est nécessaire de délimiter auparavant le marché de référence.

B.2.1 Marché de référence

a) Marché de produits

37. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

38. Les produits concernés sont les substances synthétiques non conditionnées appartenant aux groupes de vitamines suivants: A, E, B2, B5, C, Bétacarotène et Carotinoïde. Etant donné les caractéristiques métabolisantes qui lui sont propres, chaque groupe de vitamines est apte à satisfaire, dans les secteurs thérapeutique, de l'alimentation animale et de l'alimentation humaine, des besoins constants qui ne peuvent l'être par d'autres produits et notamment par les vitamines appartenant aux autres groupes; il n'est, de ce fait, pas interchangeable avec les autres groupes.

39. On peut dès lors considérer que chaque groupe de vitamines constitue un marché distinct parce qu'il est particulièrement apte à satisfaire des besoins constants et n'est pas, ou peu, interchangeable avec d'autres groupes ou d'autres produits.

b) Marché géographique

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

41. En l'espèce, les vitamines ayant fait l'objet des accords sont destinées à être offertes et vendues dans le monde entier. Du côté de l'offre, les entreprises de taille internationale s'approvisionnent (global sourcing) et écoulent leurs produits (global distribution) au niveau mondial. S'agissant du commerce des vitamines, il n'y a d'une part guère d'obstacles administratifs, et, d'autre part, le coût de transport des vitamines est négligeable comparativement à leur valeur. De ce fait, il y a lieu de considérer que du côté de l'offre, les conditions sont homogènes au niveau mondial.

42. Aussi, et parmi les demandeurs se trouvent des entreprises de taille internationale qui produisent notamment des produits alimentaires, tels que lait, céréales, beurre, chocolat et jus d'orange (cf. chiffre 3 ci-dessus). Lesdites entreprises cherchent et peuvent se procurer les vitamines en cause aux conditions les plus avantageuses sur le marché mondial. Les vitamines sont importées dans toute l'Europe, dès lors les coûts de transport de celles-ci ne constituent pas un motif dissuasif. Les conditions de concurrence sont par conséquent homogènes puisqu'il n'existe aucune barrière économique ou juridique.

43. Les accords examinés avaient une dimension internationale puisqu'ils étaient de nature à influencer les conditions de l'offre et de la demande au niveau mondial, même si certains accords étaient également passés au niveau national. Le marché des vitamines peut par conséquent être considéré comme mondial.

B.2.2 Suppression d'une concurrence efficace

44. Aux termes de l'article 5 alinéa 3 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace, dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement les prix;
- b. qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

45. En l'espèce, il ressort du dossier que les parties ont fixé directement et indirectement le prix des vitamines, ce qu'elles ont reconnu. Les parties ont également admis s'être entendues sur les quantités de biens à produire et à distribuer. Enfin, elles ont déclaré avoir procédé à une répartition géographique du marché tant au niveau régional (Eu-

rope, Asie, Amérique du Nord et Amérique du Sud), qu'international et national. Les présomptions de l'article 5 alinéa 3 lettres a, b et c LCart sont donc réalisées en l'espèce.

46. Il ressort de l'enquête que tant la concurrence interne que la concurrence externe ont été éliminées, ce que les parties n'ont pas contesté. Les présomptions de l'article 5 alinéa 3 lettres a, b, et c LCart n'ayant pas été réfutées, la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration.

47. Au cours de la procédure d'enquête, les parties ont unanimement déclaré que les accords avaient cessé de déployer leurs effets sur le plan mondial en février 1999, soit avant l'ouverture de l'enquête. Il n'y a pas lieu de douter de ces allégations. Partant, plus aucune conséquence nuisible pour l'ordre économique suisse n'existe à ce jour.

48. Par conséquent, la Commission de la concurrence ne peut que constater que les accords précités étaient illicites au sens de l'article 5 LCart dès lors qu'il y a eu suppression d'une concurrence efficace.

49. Au cours de la procédure, les parties ont démontré leur ferme volonté de prendre toutes les mesures nécessaires afin que de tels accords ne se reproduisent plus. Elles ont également souhaité s'engager formellement auprès de la Commission de la concurrence dans ce sens. Aussi, les parties ont-elles signé une "déclaration" aux termes de laquelle elles confirment que les accords en cause ont cessé, s'engagent à ne plus participer à de tels accords, et, enfin, s'engagent à mener une politique d'information au sein de leur entreprise afin que de tels agissements ne se reproduisent plus.

50. Compte tenu de ce qui précède, la Commission est d'avis que les mesures prises par les parties, ainsi que les engagements pris par celles-ci dans leur "déclaration" sont de nature à supprimer et à empêcher la formation d'accords illicites au sens de la loi sur les cartels.

C. Frais

51. Conformément à l'article 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision, à savoir Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG.

52. En vertu de l'article 4 alinéas 1 et 2 de l'ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à 130 francs l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de

l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

53. La Commission de la concurrence décide d'augmenter le montant des émoluments, compte tenu de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'ordonnance sur les émoluments LCart). Le temps consacré à l'affaire s'élève à 446 heures. Les émoluments se montent dès lors à Frs [...] (Frs. [...] + Frs. [...]).

54. Outre les émoluments, l'assujetti est également tenu de rembourser les débours (art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les émoluments LCart), qui se montent en l'espèce à Frs [...].

55. L'émolument (incluant le temps consacré par la Chambre, la Commission et son secrétariat) se monte à:

Émoluments: [...]

Débours: [...]

Total: [...]

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

D. Dispositif

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

1. Constate que les accords suivants étaient illicites au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart:

- Vitamine A: accords conclus entre Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG de janvier 1990 à février 1999;
- Vitamine E: accords conclus entre Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG de janvier 1990 à février 1999;
- Vitamine B5: accords conclus entre Hoffmann-La Roche AG et BASF AG de janvier 1991 à décembre 1998;
- Vitamine Bétacarotène: accords conclus entre Hoffmann-La Roche AG et BASF AG de janvier 1991 à décembre 1998;
- Vitamine Carotinoïde: accords conclus entre Hoffmann-La Roche AG et BASF AG de janvier 1991 à décembre 1998.

2. Prend acte du fait que Rhône-Poulenc Animal Nutrition, dans la "déclaration" signée en date du 11 janvier 2000 a confirmé avoir cessé:

- d'appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A et E dans le monde;
 - d'appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marché de ces vitamines dans le monde;
-

- de participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

s'est engagée à ne plus:

- conclure et appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A et E dans le monde;
- conclure et appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marchés de ces vitamines dans le monde;
- participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

3. Prend acte du fait que Hoffmann-La Roche AG, dans la "déclaration" signée le 12 janvier 2000 a confirmé avoir cessé:

- d'appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A, E, B2, C et B5 (Calpan), Bétacarotène et vitamines prémixes dans le monde;
- d'appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marché de ces vitamines dans le monde;
- de participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application;

s'est engagée à ne plus:

- conclure et appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A, E, B2, C, B5 (Calpan), Bétacarotène et vitamines prémixes dans le monde;
- conclure et appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marchés de ces vitamines dans le monde;
- participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

4. Prend acte du fait que BASF AG, dans la "déclaration" signée le 25 janvier 2000 a confirmé avoir cessé:

- d'appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A, E, B2, C, B5 (Calpan) et Bétacarotène dans le monde;
- d'appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marché de ces vitamines dans le monde;
- de participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application;

s'est engagée à ne plus:

- conclure et appliquer des accords sur la fixation, l'augmentation et le maintien du prix des vitamines A, E, B2, C, B5 (Calpan) et Bétacarotène dans le monde;
- conclure et appliquer des accords sur la répartition du volume des ventes et des parts de marchés de ces vitamines dans le monde;
- participer à des réunions et des conversations pour échanger des informations commerciales concernant les vitamines dans le but ou avec l'effet de fixer les prix, les volumes de ventes et les répartitions du marché des vitamines dans le monde, de diriger le cartel et d'en assurer l'application.

5. L'inobservation de la présente décision sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.

6. [Frais de procédure]

7. [Voies de recours]

8. [Notification]

B 2.2	3. Volkswagen-Vertriebssystem
-------	--------------------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 8. Mai 2000 betreffend die Untersuchung gemäss Artikel 27 KG über (angeblich) unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

A.1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung

1. In ihrem Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Automobilmarkt aus dem Jahre 1994 stellte die frühere Kartellkommissi-

on fest, dass bei Neuwagen trotz Preisdifferenzen von teilweise über 60% praktisch keine Parallel- oder Direktimporte von Fahrzeugen in die Schweiz erfolgten¹. Die gestützt auf diese Erkenntnis erlassenen Empfehlungen zur Lockerung der technischen Einfuhrvorschriften wurden von den zuständigen schweizerischen Regierungsstellen befolgt. Die Änderungen der einschlägigen Verordnungen traten auf den 1. Oktober 1995 in Kraft².

2. Nach Inkrafttreten der Ordnungsänderungen gingen bei der Kartellkommission Klagen ein, wonach die Volkswagen-Gruppe und andere Automobilhersteller den Parallelhandel sowie Direktimporte zu behindern versuchten.

3. Ab Oktober 1996 führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Reihe von Vorabklärungen gegen verschiedene Unternehmen der Automobilbranche durch, darunter auch die Marken Audi und Volkswagen.

4. Dem Sekretariat wurde ein Schreiben des offiziellen italienischen Importeurs für Fahrzeuge der Marken Audi und Volkswagen, Auto-germa, vom 2. Oktober 1995 zugestellt, welches an die italienischen Händler derselben Marken adressiert war. Darin stellte der Importeur zunächst fest, dass in letzter Zeit die Exporte von Fahrzeugen der Marken Volkswagen und Audi immer häufiger würden und machte darauf folgende Anordnung: "A tal riguardo, rileviamo che vendite dirette – o tramite canali non autorizzati – di autoveicoli effettuate in Paesi non facenti parte del Mercato Comune Europeo e della Unione Europea (quali ad esempio la Svizzera e la ex-Jugoslavia), costituiscono violazione del Contratto di Concessione AUTOGERMA e sono pertanto vietate" (vgl. Akte Nr. 2). Das Schreiben erfolgte einen Tag nach Inkrafttreten der geänderten technischen Vorschriften zur erleichterten Einfuhr von ausländischen Fahrzeugen in die Schweiz.

5. Auf Anfrage des Sekretariats teilten die Volkswagen AG (für die Marke Volkswagen) und die Audi AG (für die Marke Audi) demgegenüber Ende Oktober 1996 mit, dass es zu keiner Zeit Boykottmassnahmen durch sie oder Mitglieder ihrer Vertriebsorganisationen gegenüber Kunden aus der Schweiz gegeben habe. In den Jahren 1995 und 1996 sei vielmehr eine Vielzahl von Fahrzeugen durch italienische Händler an Schweizer Kunden verkauft worden (vgl. Akten Nr. 9, 10). Das erwähnte Zirkularschreiben (vgl. Akte Nr. 2) habe lediglich den Zweck gehabt, die zunehmende Anzahl von Verkäufen an nichtautorisierte Wiederverkäufer zu verhindern.

¹ Vgl. den Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Automobilmarkt (VKKP 3/1994).

² Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen (TGV).

6. Diese Angaben von Volkswagen und Audi waren jedoch nicht belegt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beschloss deshalb am 6. Oktober 1997 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (Weko) die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 Kartellgesetz (KG) gegen die Volkswagen AG. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 4. November 1997 gemäss Artikel 28 KG im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht (vgl. Akte Nr. 15) und der Volkswagen AG mittels Publikation im Sinne von Artikel 36 VwVG mitgeteilt (vgl. Akte Nr. 17).

7. Als das Sekretariat im Rahmen seiner Ermittlungen eine Zeugeneinvernahme durchführte, bezeichnete die Volkswagen AG am 24. März 1998 einen Rechtsvertreter in der Schweiz (vgl. Akte Nr. 25).

8. Das Sekretariat verlangte die geltenden europäischen Händlerverträge der Volkswagen-Gruppe ein. Der Händlervertrag Status M, welcher heute für den Vertrieb von Volkswagen-Automobilen in Deutschland gültig ist, wurde dem Sekretariat vom VW- und Audi-Direktvertreter-Verband der Schweiz am 3. Juli 1998 zugesandt (vgl. Akte Nr. 44). Dieser Vertrag ist im Vergleich zu den übrigen Händlerverträgen insofern spezieller Natur, als dass es in Deutschland natürlich keinen Importeur gibt und damit der Vertrag direkt zwischen der Volkswagen AG (dem sog. Vertriebszentrum) und den Händlern abgeschlossen wird. Dieser Mustervertrag enthält in § 5 Ziffer 2 folgenden Wortlaut: "Der gesamte Export in andere Länder als der Europäischen Union (EU) und des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist ausschliesslich der Volkswagen AG vorbehalten". Der gleiche Direktvertreter-Verband sandte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zudem ein im Mai 1998 an seine nationalen Vertriebsorganisationen gerichtetes Zirkularschreiben der Volkswagen AG zu, das – als Reaktion auf den Entscheid der Europäischen Kommission i.S. Volkswagen³ – die Einrichtung einer Telefon-Hotline vorsieht (vgl. Akten Nr. 62, 78). Darin wird festgelegt, dass offizielle Vertreter an jeden Endkunden und an autorisierte Vermittler verkaufen dürfen, aber nur dann, wenn der Endkunde aus der EU oder dem EWR stammt.

9. Von der Volkswagen AG in Wolfsburg erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zudem am 7. September 1998 eine Kopie des Musters des heute gültigen Standard-Händlervertrages, der gemäss Aussagen eines Vertreters der Volkswagen AG in dieser Form in Europa von den Importeuren mit den Händlern abgeschlossen wird (vgl. Akte Nr. 92). Mit diesen seit 1. Oktober 1996 geltenden Verträgen wurden Exportbeschränkungen innerhalb des EU-, EWR- und EFTA-

³ Die EU-Kommission verhängte eine Geldbusse gegen Volkswagen, weil VW mit den italienischen Vertragshändlern eine Strategie vereinbart hatte, die zu einer wesentlichen Einschränkung des Parallelhandels aus Italien in andere Mitgliedstaaten geführt hatte. Ein solches Verhalten stelle die Verwirklichung des Binnenmarktes in Frage.

Raumes aufgehoben (vgl. Akte 140). Der Export von Automobilen in Länder ausserhalb der bezeichneten Räume ist gemäss Artikel 3 Ziffer 7 des Vertrages jedoch ohne die vorherige Zustimmung des Lieferanten nicht gestattet (vgl. Rz. 15 ff.).

10. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission befragte in der Schweiz domizilierte Unternehmen, welche Parallelimporte durchführen bzw. in der Vergangenheit durchführten, aber keine offiziellen Volkswagen-Konzessionäre sind. Aufgrund derer Aussagen ergaben sich Indizien dafür, dass die Volkswagen AG Parallelimporte verhinderte:

- Die Fratec SA aus Lugano begann nach der Lockerung der schweizerischen technischen Einfuhrvorschriften, Vermittlerdienste und sonstige Unterstützung beim Import von Neuwagen durch Private anzubieten. Obwohl die Fratec SA Fahrzeuge lediglich vermitteln wollte, antwortete der damalige italienische Volkswagen-Importeur am 31. Oktober 1995, dass ein Verkauf an Schweizer nicht möglich sei, da die Schweiz nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft sei. Andere offizielle Audi/VW-Vertreter bestätigten diese Aussage, indem sie entweder mitteilten, dass ein Import in die Schweiz verboten sei oder behaupteten, dass die Abwicklung umständlich und mit grossen Schwierigkeiten verbunden sei. Bereits ein Jahr später, im Jahr 1996, musste die Fratec SA ihre Vermittlertätigkeit deshalb wieder einstellen (vgl. Akten Nr. 3, 37, 43, 55, 60, 61, 69, 70).
 - Die Aspeda AG Zollagentur Luzern wollte ab dem 1. Oktober 1995 Dienstleistungen im Bereich des Direktimports von Automobilen anbieten. Sie verschickte dazu am 6. September 1995 ca. 3000 Mails, in denen die neuen Dienstleistungen angeboten wurden. Da es sich für die Privatpersonen aber in der Folge als unmöglich erwies, Automobile, darunter auch solche der Volkswagen AG, im Ausland zu erwerben, musste diese Abteilung der Aspeda AG bald darauf wieder geschlossen werden (vgl. Akten Nr. 4, 38, 87).
 - Die Firma EURautomobiles, Crissier, versuchte im Jahre 1996, Automobile der Volkswagen-Gruppe im Namen von Privatkunden zu importieren. Dabei wurde EURautomobiles von den ausländischen Volkswagen-Vertretern zu verstehen gegeben, dass letztere bei einem Verkauf Gefahr liefen, ihre Markenkonzession zu verlieren, oder dass im Falle eines Verkaufs kein Rabatt gewährt werden könne, was den Kauf uninteressant machte. Die Firma EURautomobiles musste die Importtätigkeit von Volkswagen-Automobilen aufgeben und handelt heute nur noch mit Fahrzeugen anderer Hersteller (vgl. Akten Nr. 1, 73).
 - Die Firma Auto Vogel aus Kriens teilte dem Sekretariat mit, dass sie während ihrer Zeit als VW/Audi-Konzessionär im Jahr 1996 zwei bis drei Neuwagen aus Deutschland importiert habe. Dies sei aber nur
-

aufgrund besonders guter Beziehungen im Ausland möglich gewesen (vgl. Akte Nr. 39, 45).

11. Am 6. April 1998 wurde Herr Thomas Wegmann aus Feldmeilen vom Sekretariat als Zeuge einvernommen (vgl. Akte Nr. 22, 32). Bei der Zeugeneinvernahme war auch der Rechtsvertreter der Volkswagen-Gruppe anwesend. Der Zeuge hat aus eigenen privaten Beweggründen im Februar 1998 Recherchen über die Möglichkeiten des Direktimports von Fahrzeugen gemacht und sich dabei auf die Marken Audi, VW, BMW und Opel konzentriert. Bezüglich der ersten beiden Marken legte er seine Erfahrungen in Italien, Frankreich und Holland dar.

12. Vom holländischen Generalimporteur wurde ihm am 25. Februar 1998 explizit mitgeteilt, dass in die Schweiz keine Autos verkauft werden dürften, da dies ein Verstoss gegen den Generalimporteurvertrag mit der Volkswagen-Gruppe darstelle. Vorgängig hatte ihm bereits eine Konzessionärin, die Garage E-Point in Amsterdam, mitgeteilt, dass sie kein Interesse an einem Verkauf an Schweizer habe.

13. Die Erfahrungen des Zeugen Wegmann in Italien stellen ebenfalls Indizien für die Nichtbelieferung von Schweizer Endkunden durch das Volkswagen-Vertriebssystem dar. So hat ihm der Generalimporteur Rigoldi mitgeteilt, dass für die von ihm angefragten Modelle während der nächsten zwei Jahre infolge vieler Bestellungen ein Engpass bestehe. Im Weiteren wurde er an eine Konzessionärin in Como, die Garage Frangi, verwiesen, bei der er eine Preisliste für die Modelle Polo, Golf und Audi A3 anforderte. Erhalten hat der Zeuge lediglich eine Preisliste für den Polo. Dabei handelte es sich aber nicht um die offizielle Preisliste, sondern um eine handgeschriebene Liste, welche keinen Vergleich mit anderen Preislisten zulies, da die Ausstattungsdetails fehlten.

14. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission bestätigen diese Angaben die Anhaltspunkte für die Behinderung von Direkt- und Parallelimporten in die Schweiz durch die Volkswagen AG.

A.2 Stellungnahme der Partei

15. Seitens der Partei wurde das Verbot von Passivverkäufen in die Schweiz jedoch zu jedem Zeitpunkt der Untersuchung bestritten. In ihren Stellungnahmen vom 17. Dezember 1998 (vgl. Akte Nr. 112) sowie vom 20. März 2000 (vgl. Akte Nr. 140) machte die Volkswagen AG insbesondere folgende Punkte geltend:

- Es sei richtig, dass die europäischen Händlerverträge ein Zustimmungserfordernis für VW-Exporte in Länder ausserhalb "der EU sowie des Europäischen Wirtschafts- und Freihandelsraumes" enthielten. Der Begriff "Europäischer Freihandelsraum" sei dabei jedoch eigens für die Schweiz eingeführt worden, welche weder zur EU noch zum EWR gehöre. Damit unterliege der Export in die Schweiz weder einem Verbot noch einem Zustimmungserfordernis.
-

- Bei den deutschen Händlerverträgen sei aus einem redaktionellen Versehen heraus, welches aus terminlichen Gründen nicht mehr korrigiert werden konnte, nicht auch von der EFTA die Rede. Entgegen dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen sei es jedoch nicht die Absicht VWs, die Schweiz anders als die EWR-Staaten zu behandeln. Dies bewiesen die vergleichsweise zahlreichen und anteilmässig stetig zunehmenden Direkt- bzw. Parallelimporte von VW- und Audi-Fahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz. In ihrer Stellungnahme belegte die Partei diese Aussage mit verschiedenen Statistiken.
- Das in Rz. 8 dieser Verfügung bezeichnete Zirkularschreiben sei nicht von der Volkswagen AG sondern vom Schweizer Importeur AMAG entworfen und an dessen Händler versandt worden. Damit erkläre sich, dass die Schweiz nicht als Exportland aufgeführt worden sei.
- Die Schreiben der Autogerma vom 2. und 31. Oktober 1995 seien mit Inkrafttreten des neuen Importeurvertrages sowie den entsprechend erneuerten Händlerverträgen am 1. Oktober 1996 hinfällig geworden.
- Betreffend der Zeugenaussagen von Herrn Wegmann machte die Partei geltend, dass das Verhalten der Angestellten von Importeuren und Händlern nicht ohne weiteres der Volkswagen AG zugeschrieben werden könne. Hinzu komme, dass es dem Importeur grundsätzlich nicht erlaubt sei, direkt an Endkunden im In- und Ausland zu liefern. Diese Aussage des Importeurs gelte jedoch nicht für die Händler des VW-Vertriebssystems.
- Die Anzahl der Direkt-/Parallelimporte der Marken VW und Audi hätten sich sehr ähnlich wie der Durchschnitt aller anderen Marken entwickelt. Dass ein wirksames Passivverkaufsverbot durch VW bestehe, könne deshalb nur dann behauptet werden, wenn davon ausgegangen werde, dass alle anderen Hersteller von Personenwagen ebenfalls ähnliche Passivverkaufsverbote kennen.

16. Mit Datum vom 28. März 2000 hat die Partei auf freiwilliger Basis eine Erklärung zuhanden des Präsidiums der Wettbewerbskommission abgegeben (vgl. Akte Nr. 141), deren wesentlicher Inhalt im Folgenden wiedergegeben wird:

"Es ist unsere Geschäftspolitik - und wird es auch in Zukunft sein -, dass es allen Händlern unserer Vertriebsorganisation in den EU- und EWG-Staaten sowie in der Schweiz frei steht, Volkswagen-Fahrzeuge auf Anfrage, allenfalls unter Einschaltung eines Vermittlers, an Endverbraucher zu verkaufen, wenn diese Endkunden aus einem anderen EU- oder EWR-Staat oder aus der Schweiz stammen. Insbesondere ist es unseren Händlern in den EU- oder EWR-Staaten gestattet, an Endkunden in der Schweiz Fahrzeuge zu liefern.

Unsere in einem EU- oder EWR-Staat domizilierten Händler, die auf Anfrage hin Fahrzeuge an Endverbraucher in der Schweiz liefern, werden von Volkswagen weder direkt noch indirekt an der Vornahme solcher Passivlieferungen behindert"⁴.

A.3 Preisdifferenzen und Parallelhandel

17. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die von der Kartellkommission erlassenen Empfehlungen zur Lockerung der technischen Einfuhrvorschriften von den zuständigen Regierungsstellen befolgt wurden (vgl. Rz. 1). Dies hat zur Folge, dass auf dem Automobilmarkt zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine bedeutenden nicht-tarifären Handelshemmnisse mehr bestehen.

18. Zur Abklärung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Schweizer Automobilmarkt führte das Sekretariat mehrere Preisvergleiche durch. Für die Jahre 1996⁵ und 1997⁶ wurden die Preise von vier bzw. drei zur VW-Gruppe gehörenden Automodellen in den Mitgliedstaaten der EU⁷ mit den Preisen der entsprechenden Modelle in der Schweiz verglichen. Namentlich wurden die Modelle VW Polo (860 PS), VW Passat Variant CL (90 PS), Audi A4 (1.8i, 125 PS) sowie der Audi A6 (2.6i) bzw. der Audi A3 (1.6i) in die Analyse einbezogen (vgl. Akte Nr. d.23). Der Preisvergleich für das Jahr 1998 wurde demgegenüber umfassender angelegt: Er berücksichtigt nicht nur verschiedene Modelle des Volkswagenkonzerns, sondern auch Fahrzeuge anderer Marken und Hersteller. Um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten, wurden die Preise jeweils ins Verhältnis zum Schweizer Preis gesetzt, d.h. letzterer entspricht 100%⁸.

⁴ Gemäss Auskunft der Partei handelt es sich beim Wort "EWG" um einen Tippfehler. Gemeint ist der "EWR".

⁵ Die Angaben für das Jahr 1996 sind einem Preisvergleich des TCS vom 19.9.1996 entnommen. Die Mehrwertsteuer (MWSt.) ist in der Berechnung nicht enthalten.

⁶ Der Preisvergleich für das Jahr 1997 wurde sekretariatsintern erarbeitet. Er beruht auf den alle vier Monate publizierten Angaben der Europäischen Kommission und den entsprechenden jährlichen Angaben der Automobilrevue. Dabei wurden die sog. "out of pocket"-Preise berechnet, d.h. diejenigen Preise, welche der Schweizer Endabnehmer effektiv bezahlen muss (ohne ausländische, aber mit schweizerischer MWSt. und inklusive der schweizerischen Fahrzeugsteuer von 4%).

⁷ Im Einzelnen handelt es sich um folgende Länder: Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien.

⁸ Zusätzliche methodische Anmerkungen: Beim Vergleich der Autopreise in den verschiedenen Ländern wurden diejenigen Steuern und Gebühren, welche in der Schweiz zusätzlich zu den Zollgebühren erhoben werden, zu den EU-Preisen vor Steuern addiert. Die EU-Preise wurden vorgängig um die Ausstattungsunterschiede bereinigt und in Schweizer Franken umgerechnet, so dass sie mit den schweizerischen Katalogpreisen inkl. MWSt. vergleichbar sind. Grundlage des Preisvergleichs sind die Bruttopreise, d.h. die Preise vor Abzug eventueller Rabatte. Für einzelne Automodelle waren diese jedoch nicht verfügbar, so dass auf die Nettopreise zurückgegriffen werden musste.

19. Im Jahr 1996 wurden die betrachteten Modelle des Volkswagenkonzerns in sämtlichen Ländern billiger angeboten als in der Schweiz, wobei sich die Preisdifferenzen zwischen 32% (VW Polo und VW Passat in Portugal) und 6% (Audi A6 in Italien) bewegten. Verhältnismässig am teuersten erwies sich die Schweiz beim VW Passat sowie beim Audi A4: In der EU konnten diese Modelle durchschnittlich um rund 25% günstiger erstanden werden. Der VW Polo wurde in den europäischen Ländern im Durchschnitt rund 19% billiger angeboten; die geringste durchschnittliche Preisdifferenz konnte beim Audi A6 festgestellt werden (10%).

20. Obschon die Volkswagenfahrzeuge auch 1997 in der Schweiz mehr kosteten als im EU-Raum, zeigten sich die Preisdifferenzen nicht mehr so ausgeprägt wie im Jahr zuvor. Am meisten lohnte sich nach wie vor der Kauf des VW Polo in Portugal (-25%); praktisch gleich teuer wie in der Schweiz war dasselbe Modell hingegen in Deutschland (-0,6%). Bezogen auf die einzelnen Modelle nahmen die Preisunterschiede 1997 Durchschnittswerte zwischen 15% (VW Polo) und 11,3% (Audi A4) an.

21. Die Tendenz zur Angleichung der Preise setzte sich 1998 fort: Während der VW Polo wie im Vorjahr in der EU durchschnittlich 11% günstiger angeboten wurde, reduzierte sich die durchschnittliche Preisdifferenz beim Audi A3 von 12,3% auf 8,2%. Eine Angleichung ähnlichen Ausmasses erfuhren die Preise des Audi A4: 1998 kostete dieser in der Schweiz noch 8,5% mehr als in der EU.

22. 1998 wurden die gültigen Preise von insgesamt 54 Fahrzeugmodellen aus der Schweiz mit den Preisen der entsprechenden Modelle in den wichtigsten europäischen Ländern verglichen⁹. In den Preisvergleich mit einbezogen wurden namentlich Deutschland, Frankreich, Italien, die Niederlande, Österreich, Spanien, Portugal, Belgien sowie Grossbritannien. Die betrachteten Automodelle sind den Segmenten "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse" und "Obere Mittelklasse" zuzuordnen (vgl. Akte Nr. d.1).

23. Der Vergleich der Schweizer Preise mit denjenigen von Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und Belgien zeigt, dass die Schweiz bei 23 von 54 Modellen, also bei rund der Hälfte, gegenüber allen anderen Ländern am teuersten ist. Bei 14 dieser 23 Modelle beträgt die durchschnittliche Preisdifferenz weniger als 10%, die neun übrigen Modelle sind in der Schweiz um mindestens 10% teurer (vgl. Akte Nr. d.2).

⁹ Quelle der europäischen Daten: Autopreise in der Europäischen Union am 1. November 1998, veröffentlicht von der EU-Kommission; Quelle der Schweizer Daten: Zeitschrift Motor Report, veröffentlicht von Eurotax (Stand 10.7.98).

24. Für die Erklärung der Preisdifferenzen spielen verschiedene Faktoren eine Rolle. Als erstes sind die **Steuern** zu nennen: Die Preispolitik der Automobilhersteller steht in inversem Zusammenhang mit dem nationalen Steuerniveau. In jenen Ländern, in welchen die beim Autokauf anfallenden Steuern tief sind, verlangen die Hersteller tendenziell höhere Preise vor Steuern und vice versa. **Nationale Rechtsvorschriften** sind ein weiterer Grund für Preisunterschiede. Der Linksverkehr beispielsweise zwingt die Automobilhersteller zur Fabrikation entsprechender Fahrzeuge eigens für Grossbritannien, welches infolgedessen gegenüber den anderen europäischen Ländern einen eigenen Markt bildet. Ausserdem können länderspezifische **Käuferpräferenzen** Preisdifferenzen begründen. So sind zum Beispiel unterschiedliche Bedürfnisse betreffend das Ausstattungsniveau der Fahrzeuge beobachtbar, aber auch Unterschiede in den nationalen Vorlieben für bestimmte Automarken. Des Weiteren werden die Autopreise durch das **Vertriebssystem** beeinflusst: Einerseits können ineffiziente Vertriebsstrukturen für höhere Preise verantwortlich sein. Andererseits können Unterschiede bei den Faktorkosten oder im Leistungsniveau der Vertriebskanäle zu Unterschieden bei den Endproduktpreisen führen. Ein qualitativ besseres Vertriebssystem verursacht in der Regel auch höhere Kosten und ist dementsprechend teurer. Im Unterschied zu ineffizienten Vertriebsstrukturen steht hier dem höheren Preis jedoch eine bessere Leistung gegenüber. Schliesslich ist denkbar, dass kurzfristig höheren Preisunterschieden Ausschläge des **Wechselkurses** zu Ungunsten der Schweiz zugrunde liegen¹⁰.

25. Die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem Durchschnitt der oben genannten Länder nehmen für die zur VW-Gruppe gehörenden Automodelle 1998 folgende Werte an¹¹ (vgl. Akte Nr. d.2):

Seat Ibiza:	-12,83%
Seat Cordoba:	-11,71%
VW Polo:	-11,51%
Seat Toledo:	- 8,88%
Audi A4:	- 8,47%
Audi A3:	- 8,16%
VW Golf:	- 5,80%
VW Bora	- 5,55%
VW Passat:	- 5,19%

¹⁰ Im System flexibler Wechselkurse wird in diesem Zusammenhang von einem Überschreiten der Wechselkurse gesprochen.

¹¹ Der absolute Preisunterschied zwischen der Schweiz und dem Durchschnitt der übrigen Länder wird ins Verhältnis zum Schweizer Preis des betreffenden Automodells gesetzt. Auf diese Weise ergeben sich obige Differenzen: Der Audi A3 ist z.B. in den EU Ländern im Durchschnitt 8,16% billiger als in der Schweiz.

26. Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und den übrigen Ländern liegen bei den zur VW-Gruppe gehörenden Automodellen (Durchschnitt -8,7%) leicht höher als die gesamten Preisunterschiede (-7,21%¹²). D.h., dass die VW-Preise in der Schweiz zwar höher sind als in der EU, die Volkswagen-Fahrzeuge jedoch nicht systematisch viel teurer sind als die Modelle anderer Hersteller.

27. Die absoluten minimalen und maximalen Preisunterschiede bei den VW-Modellen entsprechen 1998, auf die Schweiz bezogen, folgenden Werten¹³ (vgl. Akte Nr. d.3):

Modell	Minimum		Maximum	
Audi A3	- CHF 3'387.--	Belgien	- CHF 1'502.--	Deutschland
Audi A4	- CHF 3'703.--	Italien	- CHF 2'378.--	Deutschland
Seat Cordoba	- CHF 3'423.--	Spanien	- CHF 1'798.--	Italien
Seat Ibiza	- CHF 2'946.--	Italien	- CHF 1'076.--	Deutschland
Seat Toledo	- CHF 3'464.--	Österreich	- CHF 972.--	Deutschland
VW Polo	- CHF 3'237.--	Belgien	- CHF 939.--	Deutschland
VW Golf	- CHF 2'017.--	Portugal	- CHF 19.--	Deutschland
VW Bora	- CHF 2'736.--	Portugal	+ CHF 295.--	Deutschland
VW Passat	- CHF 3'018.--	Spanien	+ CHF 390.--	Deutschland

Lesebeispiel: Der Audi A3 wird in Belgien am günstigsten angeboten und zwar für CHF 3'387.-- weniger als in der Schweiz. Am meisten kostet der Audi A3 im EU-Raum demgegenüber in Deutschland, wobei der Schweizer Preis noch einmal CHF 1'502.-- darüber liegt.

Bei den in dieser Tabelle aufgeführten Preisdifferenzen handelt es sich um sog. Brutto-Arbitragepotenziale: Wäre der Parallelimport von Automobilen kostenlos, so könnten z.B. beim Kauf des Audi A3 in Belgien CHF 3'387 gespart werden. Die bei jedem Parallelimport anfallenden pekuniären und nicht-pekuniären Transaktionskosten (Informations-, Transport-, Homologationskosten, Zeitaufwand, Sprachbarrieren usw.) müssen jedoch vom Brutto-Arbitragepotenzial subtrahiert werden. Auf diese Weise lässt sich das – individuell unterschiedliche – Netto-Arbitragepotenzial ermitteln. Dieses bezeichnet den Unterschied zwischen dem Verkaufspreis in der Schweiz und den Gesamtkosten des Autokaufs im Ausland, d.h. dem ausländischen Verkaufspreis zuzüglich der Transaktionskosten. Parallelimporte lohnen sich nur bei

¹² In die Berechnung dieses Durchschnitts wurden nur jene Modelle mit einbezogen, deren EU-Durchschnittspreis unter dem Schweizer Preis liegt, d.h. die in der Schweiz billigeren Modelle wurden nicht berücksichtigt.

¹³ Grossbritannien und die Niederlande wurden aus dieser Betrachtung ausgeschlossen, da es sich bei beiden Ländern um Spezialfälle handelt, welche diese Darstellung verzerren würden: In den Niederlanden ist das Steuerniveau sehr hoch, Grossbritannien erhebt demgegenüber sehr tiefe Steuern, unterscheidet sich jedoch durch den Linksverkehr von den übrigen europäischen Ländern.

einem positiven Netto-Arbitragepotenzial. Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass beim vorgefundenen Brutto-Arbitragepotenzial das Netto-Arbitragepotenzial nicht genügend Spielraum für Parallelimporte in grösserem Umfang bietet.

28. Bei jenen VW-Produkten, welche in der Schweiz teurer sind als im europäischen Ausland, ist am häufigsten eine Preisdifferenz um CHF 3'000 zu beobachten¹⁴ (vgl. Akte Nr. d.3).

29. Trotz des Fortbestands der Preisdifferenzen nahmen die Direkt- bzw. Paralleleinfuhren auch nach Wegfall der rechtlichen Hindernisse am 1. Oktober 1995 (vgl. Rz. 1,17) kaum zu. 1995 wurden insgesamt 2'337 Neuwagen parallel in die Schweiz importiert, was einem Anteil von 0,9% an den gesamten Neuzulassungen des selben Jahres entspricht. 1996 stieg dieser Wert auf 1,5%, in den beiden folgenden Jahren erfuhren die Parallelimporte jedoch wieder eine Reduktion auf jeweils 0,9%. Eine ähnliche Entwicklung ist bei den Marken VW und Audi zu beobachten: 1995 wurden insgesamt 293 VW-Fahrzeuge parallel importiert, was einem Anteil von 0,7% an den gesamten Neuzulassungen der bezeichneten beiden Marken im selben Jahr entspricht. Dieser Wert erhöhte sich 1996 auf 1,0% (463 Fahrzeuge), sank in den beiden darauf folgenden Jahren jedoch wieder auf 0,6% bzw. 0,5% (vgl. Akte Nr. d.28)¹⁵.

30. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Volkswagen Fahrzeuge sind - wie auch die Produkte anderer Hersteller - in der Schweiz im Durchschnitt noch immer teurer als in der EU. Diese Preisdifferenzen sind nach Ansicht der Wettbewerbskommission jedoch nicht ausreichend, um Parallelimporte in grösserem Ausmass zu generieren. Zudem ist eine Angleichung der Preise an das europäische Niveau zu beobachten.

A.4 Verfahren

31. Mit Schreiben vom 9. Oktober 1996 teilte die Wettbewerbskommission der Volkswagen AG sowie der Audi AG die Eröffnung einer Vorabklärung nach Artikel 26 KG mit (vgl. Rz. 3; Akten Nr.7, 8).

32. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so dass am 7. Oktober 1997 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die Volkswagen AG beschlossen und der letzteren mittels Publikation mitgeteilt wurde (vgl. Rz. 6; Akte Nr. 11).

¹⁴ Auch hier handelt es sich um eine Angabe zum Brutto-Arbitragepotential (vgl. Rz. 27).

¹⁵ Quellen: "Direktimporte – Zusammenfassung von 1980 bis 1998", VSAI Statistik; "In Verkehr gesetzte neue Motorfahrzeuge" 1995 -1998, BFS.

33. Am 15. September 1998 wurde der Partei Akteneinsicht gewährt (vgl. Akte Nr. 101).
34. Ein erster Verfügungsentwurf wurde der Volkswagen AG am 29. Oktober 1998 zur Stellungnahme zugesandt (vgl. Akte Nr. 104). Die neu hinzugekommenen Akten wurden in der Folge zur Einsicht gegeben.
35. Aufgrund der von Volkswagen am 17. Dezember 1998 eingereichten Stellungnahme (vgl. Akte Nr. 112) sowie den Ergebnissen weiterer Recherchen des Sekretariats im Automobilsektor wurde der erste Verfügungsentwurf überarbeitet.
36. Am 6. Oktober 1999 wurde der Partei ein zweiter Verfügungsentwurf zur Stellungnahme gegeben (vgl. Akte Nr. 122). Dem Gesuch um Akteneinsicht wurde mit Schreiben vom 8. Oktober 1999 nachgekommen (vgl. Akte Nr. 125). Aufgrund des fehlenden Dispositivs wurde der Verfügungsentwurf seitens des Sekretariats am 1. Dezember 1999 als gegenstandslos erklärt (vgl. Akten Nr. 129a, 129b).
37. Der dritte und letzte Verfügungsentwurf wurde der Partei am 7. Dezember 1999 zusammen mit dem Aktenverzeichnis zur Stellungnahme gegeben (vgl. Akte Nr. 130). Die Akteneinsicht wurde mit Schreiben vom 9. Dezember 1999 gewährt (vgl. Akte Nr. 132).
38. Die Stellungnahme der Volkswagen AG vom 20. März (vgl. Akte Nr. 140) sowie die Stellungnahme vom 17. Dezember 1998 als integraler Bestandteil der ersteren wurden der Wettbewerbskommission zusammen mit dem Verfügungsentwurf am 8. Mai 2000 zum Entscheid vorgelegt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Sachlicher Geltungsbereich

B.1.1.a Unternehmen

39. Die Volkswagen AG, Wolfsburg (D), ist Dachgesellschaft und wichtigstes operatives Einzelunternehmen der Volkswagen-Gruppe. Der Volkswagenkonzern ist an der Audi AG in Ingolstadt (D) mit 98,99% beteiligt. Der gesamte Konzern stellt Fahrzeuge der Marken Volkswagen, Audi, Seat und Skoda sowie entsprechende Fahrzeugeinzelteile und Zubehör her. Die Volkswagen AG sowie die in ihrer Vertriebsorganisation zusammengeschlossenen Unternehmen sind als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

B.1.1.b Wettbewerbsabrede

40. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstu-

fen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

41. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

42. Die Volkswagen AG organisiert den Vertrieb ihrer Produkte in den verschiedenen Vertriebsgebieten. Dabei schliesst sie entweder selber die Verträge mit den Volkswagen-Händlern ab, wie dies in Deutschland der Fall ist: Der entsprechende Händlervertrag wird zwischen der Volkswagen AG, dem Vertriebszentrum und dem einzelnen Händler abgeschlossen, wobei dem Vertriebszentrum vor allem Beratungsfunktionen zu Gunsten des Händlers zukommen. In anderen Staaten wie beispielsweise Italien, in denen der Importeur eine hundertprozentige Tochter der Volkswagen AG ist, werden die Händlerverträge ebenfalls zwischen dem Volkswagenkonzern und dem einzelnen Händler abgeschlossen. In denjenigen Staaten, in welchen der nationale Importeur nicht in den Konzern eingegliedert ist, werden die Händlerverträge durch die Volkswagen AG ausgearbeitet und von den Importeuren im Verhältnis mit ihren regionalen Vertretern verwendet. In allen drei Fallkategorien handelt es sich somit um direkte oder indirekte Vereinbarungen zwischen der Volkswagen AG und den einzelnen Händlern. Allfällig zwischengeschaltete dritte Unternehmen wie nationale Importeure haben in diesen Punkten höchstens eine Kontroll- oder Aufsichtsfunktion im Namen der Volkswagen AG.

43. Bei der hier interessierenden Vereinbarung zwischen der Volkswagen AG und den offiziellen VW/Audi-Vertretern handelt es sich um das Verbot, in Länder ausserhalb der EU und des EWR zu verkaufen. Diese Klausel findet sich explizit in § 5 Ziffer 2 des Händlervertrages Status M (vgl. Akte Nr. 44), der in Deutschland gilt (vgl. Rz. 8). Die gleiche Klausel ist in Artikel 3 Ziffer 7 des geltenden europäischen Standard-Händlervertrages enthalten. Danach ist "der Export von Vertragsprodukten in Länder ausserhalb der EU sowie des europäischen Wirtschafts- und Freihandelsraumes (ist) ohne die schriftliche Zustimmung des Lieferanten nicht gestattet".

44. Der Begriff "europäischer Wirtschafts- und Freihandelsraum" findet sich in anderen Händlerverträgen, so zum Beispiel im schweizerischen Mitvertreter-Vertrag zwischen dem sog. Direktvertreter und dem einzelnen Händler. In diesem Vertrag ist mit dem Europäischen Wirtschafts- und Freihandelsraum explizit der EWR gemeint. Diese Auslegung entspricht dem soeben erwähnten deutschen Händlervertrag und dem Wortlaut des Zirkularschreibens, das die Volkswagen AG im Anschluss an die Entscheidung der Europäischen Kommission in Brüssel an alle nationalen Vertriebsorganisationen versandt hat und in

dem explizit nur von der EU bzw. dem EWR die Rede ist (vgl. Akten Nr. 62, 78).

45. Demgegenüber stehen die Aussagen der Partei, nach welchen der Begriff des "Europäischen Freihandelsraumes" in die Händlerverträge aufgenommen worden sei, um damit die Schweiz, welche weder der EU noch dem EWR angehört, in die Vereinbarungen mit einzuschliessen. Die Schweiz sei den EU- bzw. EWR-Staaten in den Händlerverträgen folglich gleichgestellt (vgl. Kap. A.2).

46. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission wäre ein Verhalten, welches bezweckt oder bewirkt, dass alternative Distributionskanäle vom Vertrieb von VW-Produkten ausserhalb des EU-/EWR-Raumes ausgeschlossen würden, eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG. Da es im vorliegenden Fall nicht möglich war, das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung rechtsgenüchlich zu beweisen, konzentrierte sich die Untersuchung auf die wettbewerbslichen Auswirkungen.

B.1.2 Räumlicher Geltungsbereich

47. Das schweizerische Kartellgesetz ist auch anwendbar auf Sachverhalte, die sich ausserhalb des schweizerischen Territoriums ereignen (z.B. Abreden), sich aber in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 2 KG). Falls die Volkswagen AG (D) Direkt- und Parallelimporte in die Schweiz mittels Abreden verhindert, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz. Das KG ist somit anwendbar.

B.2 Keine Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

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

49. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden.

50. Nicht auszuschliessen ist hingegen, dass der Wettbewerb durch die vorliegende Abrede erheblich beeinträchtigt wurde. Das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch das Verbot von Passivverkäufen in die Schweiz konnte im vorliegenden Fall allerdings nicht rechtsgenüchlich bewiesen werden. Hätte der Beweis jedoch erbracht werden können, wäre die Wettbewerbsbeschränkung als erheblich zu qualifizieren gewesen.

51. Dieser Nachweis kann indessen unterbleiben, da zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs mehr feststellbar sind: Die VW-Händlerverträge enthalten kein Verbot für Passivverkäufe in die Schweiz mehr. Zudem hat die Unter-

suchung ergeben, dass das Preisgefälle zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf VW-Fahrzeuge nicht mehr genügend Spielraum für Parallelimporte grösseren Ausmasses bietet. Zur Zeit besteht daher kein Bedarf nach weiteren Abklärungen. Die Untersuchung i.S. Volkswagen-Vertriebssystem wird somit ohne weitere Folgen eingestellt.

B.3 Ergebnis

52. Aufgrund der abnehmenden Preisunterschiede bei den Fahrzeugen der Volkswagengruppe in der Schweiz und den anderen europäischen Ländern wird festgestellt, dass die oben dargelegte Abrede heute keine erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen mehr zeitigen dürfte, weshalb zum gegenwärtigen Zeitpunkt auf die Anordnung behördlicher Massnahmen verzichtet werden kann.

C. Kosten

53. Mit Schreiben vom 18. Dezember 1998 nahm die Volkswagen AG, vertreten durch Dr. Marcel Dietrich, Homburger Rechtsanwälte, Zürich, Stellung zum Verfügungsentwurf vom 29. Oktober 1998 betreffend das Volkswagen-Vertriebssystem. Mit der Begründung, dass sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung finden liessen und damit die Voraussetzungen für die Einleitung des Untersuchungsverfahrens nicht gegeben gewesen seien, wurde der Antrag gestellt, der Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

54. Entgegen dieser Auffassung ergaben sich im Rahmen der Vorabklärung Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so dass eine Untersuchung nach Artikel 27 KG eröffnet wurde. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin, d.h. die Volkswagen AG.

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

56. Gestützt auf die Übergangsbestimmung von Artikel 9 KG-Gebührenverordnung gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung, d.h. am 1. April 1998, noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten erfolgt ist, das bisherige Recht.

57. Als das bisherige Recht gilt die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR

172.041). Nach Artikel 13 dieser Verordnung kann die Wettbewerbskommission für den Erlass von Verfügungen Verfahrenskosten erheben.

58. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf 9% der gesamten Aufwendungen. Derjenige Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, umfasst somit 91% der gesamten Aufwendungen bzw. in Stunden ausgedrückt [...] Stunden.

59. Gemäss Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m. Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200-5'000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts des Umfangs und/oder der Schwierigkeiten des Falles (vgl. Art. 2 Abs. 3) eine Spruchgebühr von [...] Franken erhoben. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird den Parteien somit eine Gebühr von [...] Franken auferlegt.

60. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung). Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird der Partei somit eine Gebühr von [...] Franken auferlegt.

61. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, auf [...] Franken.

D. Dispositiv

62. Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung i.S. Volkswagen-Vertriebssystem wird im Sinne der vorangehenden Erwägungen eingestellt.
 2. [Kosten]
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 2.2	4. Vertrieb von Markenartikeln im Detailhandel
-------	---

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 5. Juni 2000 betreffend die Untersuchung gemäss Artikel 27 KG über (angeblich) unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

A.1 Anlass und Verfahren

1. Die Wettbewerbskommission hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") beauftragt, die Wettbewerbssituation im Detailhandel zu untersuchen. Die Untersuchung lehnt sich an die Mitte der Neunzigerjahre vorgebrachten Klagen von Markenartikelherstellern über die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen seitens Detailhandel sowie an die diesbezüglich unter dem alten Kartellgesetz ("KG") eröffnete Untersuchung über "Nachfrage-macht im Detailhandel" an.
 2. Bei der vorliegenden Untersuchung geht es um die Klärung eines Teils der vorgebrachten Klagen aus der Sicht des neuen KG. Gegenstand sollen die nachstehenden Klagen von PROMARCA – Schweizerischer Markenartikelverband ("Promarca") sein.
 3. Die von Promarca bereits vor Inkrafttreten des neuen KG erhobenen und seither wiederholten Klagen betreffen in erster Linie Gebühren, welche die Händler von den Herstellern für Vertriebsdienstleistungen verlangen. Es handelt sich im Wesentlichen um Entgelte für das Angebot von Absatzkanälen, für Verkaufsförderungsmassnahmen am POS (point of sale), für das Betreiben einer zentralen Inkassostelle und für die Übernahme des Delkredererisikos. Je nach Absatzkanal kommen für diese Dienstleistungen folgende Gebühren zur Anwendung: Listinggebühren für die Aufnahme eines Produktes in das Sortiment des Händlers, Marketing- und Werbebeiträge in verschiedenen Ausprägungen sowie sogenannte Inkassogebühren für die zentrale Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Die letztgenannten werden in der Regel in Form einer "on-the-top-Gebühr" (Gebühr auf dem fakturierten Umsatz) verrechnet. Dies bedeutet, dass der fakturierte Gesamtbeitrag um einen gewissen Prozentsatz reduziert wird (vgl. Rz. 24).
 4. Die Kläger erhoben mithin den allgemeinen Vorwurf, dass die Händler ein gleichgerichtetes Verhalten an den Tag legen und damit die Marktgegenseite benachteiligen. Dieser Vorwurf ist sehr weit gefasst. In diesem Sinne war auch der Auftrag der Wettbewerbskommission zur Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse im Detailhandel offen formuliert.
-

5. Im Hinblick auf die tatsächlich vorgebrachten Klagen grenzte daher das Sekretariat im Einvernehmen mit der Kommission die Untersuchung auf das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Vertrieb von Markenartikeln ein. Die Kommission behält sich aber vor, künftig bei Vorliegen von Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen einzelner oder mehrerer Detailhändler oder aufgrund konkreter Klagen in anderen Teilmärkten des Detailhandels erneut tätig zu werden.

6. In der Untersuchung soll somit geprüft werden, ob das beklagte, gleichgerichtete Verhalten der Detailhändler im Vertrieb von Markenartikeln, das Resultat einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG ist. Im Zentrum der Untersuchung stehen dabei Gebühren und Konditionen, welche bei der Zurverfügungstellung von Absatzkanälen für verarbeitete Konsumgüter aus den Bereichen Nahrungsmittel (Food) und anderen Gütern des täglichen Bedarfs (Near-Food wie bspw. Kosmetika, Hygiene- und Reinigungsartikel) erhoben werden. Die Untersuchung schliesst bewusst den Bereich der landwirtschaftlichen Erzeugnisse (unverarbeitete Frischprodukte wie Früchte/Gemüse, Fleisch und Eier) aus. Die landwirtschaftlichen Erzeugnisse unterscheiden sich von den vorhergenannten Gütergruppen dadurch, dass sie häufig in einem vertikal integrierten Prozess produziert und vertrieben werden. Die Produktions- und Vertriebsprozesse im Landwirtschaftsbereich sind zudem geprägt durch einen hohen Grad an staatlicher Regulierung.

7. Das Sekretariat hat am 3. November 1997 den Unternehmen Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft die Eröffnung der Untersuchung mitgeteilt. Ebenso erfolgten Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (4. Dezember 1997) und im Bundesblatt (BBl 1997 IV 1195).

8. Promarca wurde vom Sekretariat auf die Untersuchung hingewiesen, hat aber auf eine Beteiligung am Verfahren verzichtet.

9. Am 12. Januar 1998 wurde nachträglich auch Mabeag in die Untersuchung miteinbezogen. Die Ausweitung des Verfahrens wurde ebenfalls amtlich publiziert (BBl 1998 I 261).

10. Zur Klärung des Sachverhaltes wurden den Parteien Fragebogen zugestellt. Die Fragen bezogen sich dabei auf folgende Bereiche:

- Tätigkeiten der Parteien im Beschaffungsmarkt;
 - Gebühren bzw. Konditionen, welche die Detailhändler bzw. die Inkassostellen den Herstellern in Rechnung stellen;
 - Ausgestaltung der verschiedenen erhobenen Gebühren und Konditionen;
 - Die Beschreibung der Gegenleistungen.
-

11. Mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 wurden schliesslich auch verschiedene Hersteller von Markenartikeln¹ (Rivella AG, Maestrani AG, Kambly SA, Passugger Quellen, Nestlé SA, Pierrot Lusso, Hero, Gerberkäse AG, McCormick SA, Knorr AG, Kraft Jacobs Suchard und Novartis) zum Sachverhalt befragt. Die Unternehmen hatten Stellung zu nehmen, zu Art und Höhe der durch die Detailhändler erhobenen Gebühren und Konditionen bei der Zurverfügungstellung ihrer Absatzkanäle. Die Hersteller wurden ebenfalls gefragt, ob sie in der Vergangenheit feststellen konnten, dass die erhobenen Gebühren und Konditionen bei verschiedenen Detailhändlern grosse Ähnlichkeiten aufwiesen. Dies könnte ein Indiz dafür sein, dass Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegen.

12. Der Verfügungsentwurf wurde Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft am 21. März 2000 zur Stellungnahme gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG vorgelegt.

13. Mit Schreiben vom 19. April 2000 bzw. 25. April 2000 nahmen Syntrade und Migros Stellung zum Verfügungsentwurf. Die Bemerkungen der beiden Parteien wurden in der Verfügung berücksichtigt.

14. Coop und EG Dritte Kraft haben keine Stellungnahme eingereicht.

A.2 Parteien

15. Der Migros-Genossenschafts-Bund ("Migros"), Zürich, als Dachorganisation wird getragen durch zehn Regionalgenossenschaften. Die Migros besitzt verschiedene Tochtergesellschaften und Beteiligungen im In- und Ausland. Diese sind in verschiedenen Branchen ausserhalb des Detailhandels tätig (z.B. Produktion oder Dienstleistungen). Die unter der Firma "Migros" am Markt auftretenden Verkaufsstellen zeichnen sich dadurch aus, dass der grösste Teil des Sortiments Eigenmarken sind und zudem ein grosser Teil des Sortiments in eigenen Produktionsbetrieben hergestellt wird. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass die Migros v.a. in ihrer Anfangszeit wiederholt von Markenartikelherstellern boykottiert wurde. Die Beschaffung erfolgt für einen Grossteil der Produkte zentral. Die Regionalgesellschaften haben dabei gewisse Antragsrechte und sind bei Frischprodukten sowie bei regionalen Spezialitäten für die Beschaffung selbst zuständig. Tochtergesellschaften wie z.B. die Globus-Gruppe haben eine eigenständige Beschaffung (gem. Stellungnahme Migros vom 14. Januar 1998).

¹ Die Hersteller wurden stichprobeweise ausgewählt. Es wurden Hersteller befragt, welche ihre Produkte jeweils über unterschiedliche Absatzkanäle vertreiben.

16. Die Coop Schweiz ("Coop"), Basel, ist die Dachorganisation der ihr angeschlossenen Coop-Genossenschaften und aller anderen zur schweizerischen Coop-Gruppe gehörenden Unternehmungen und Organisationen (Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen). Für die im Zentrum dieser Untersuchung stehende Beschaffung im Detailhandel gilt bei Coop eine weitgehende Zentralisierung. Grundsätzlich bestehen für die regionalen Coop-Genossenschaften nur bei klar definierten regionalen Spezialitäten und Frischprodukten Spielräume für eine dezentrale Beschaffung. Die Bedingungen und Konditionen für die Zurverfügungstellung des Coop-Absatzkanales werden demzufolge gegenüber den Lieferanten grundsätzlich zentral ausgehandelt (gem. Stellungnahme Coop vom 16. Januar 1998).

17. Die Unternehmen auf Handelsstufe haben sich mit Ausnahme von Migros und Coop, die einen hohen Grad an vertikaler Integration aufweisen, in sogenannten Einkaufsgesellschaften mit jeweils ähnlichen Dienstleistungspaketen für die Hersteller (Inkassostelle und Absicherung des Delkredererisikos) zusammengeschlossen. Als Hauptgrund für diese Entwicklung werden allgemein die strukturellen Nachteile genannt, welche den kleineren Detailhandelsunternehmen im Vergleich zu den Grossverteilern entstehen (gem. Stellungnahmen Syntrade vom 16. Januar 1998, Mabeag vom 20. März 1998 und EG Dritte Kraft vom 21. Januar 1998). Die Grossverteiler können in den Verhandlungen mit den Herstellern aufgrund der grossen Einkaufsvolumina teilweise entscheidend bessere Bedingungen erzielen. Die kleineren Detailhandelsunternehmen bezwecken mit der Zusammenarbeit, diese Wettbewerbsnachteile zu eliminieren.

18. Die Mabeag AG ("Mabeag"), Glattbrugg, war (vgl. Rz. 19) eine Non-Profit-Organisation und gehörte den ihr angeschlossenen aber sonst voneinander unabhängigen und sich konkurrenzierenden Handelsunternehmen. Ihr Geschäftszweck lag in der Abwicklung des Zahlungsverkehrs (inkl. Übernahme des Delkredererisikos) und der zentral koordinierten Marktbearbeitung zwischen den Aktionären und ihren Lieferanten. Die Tätigkeiten im Bereich Koordination der Marktbearbeitung waren in der Praxis auf ein Minimum beschränkt. Die folgenden Unternehmen waren Aktionäre der Mabeag (Stand: Januar 1998):

- Alimentana Sista Holding, Ebikon
 - Alisa SA, Riazzino
 - Flughafen-Restaurant AG, Zürich-Airport
 - Primago AG, Volketswil
 - Growa AG, Mosseedorf
 - Howeg-Planteurs Réunis SA, Ebikon
 - Interkauf AG, Oftringen
 - Pergros SA, Pambio-Noranco
 - Jumbo Markt AG, Dietlikon
 - Lekkerland (Schweiz) AG, Volketswil
-

- Manor AG, Basel
- Ochsner & Co. AG, Winterthur
- Pick Pay Betriebs AG, Glattbrugg
- Prodega AG, Moosseedorf
- SSG Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding, Olten
- SSG, Speisewagen AG, Zürich
- Unicash AG, La Chaux-de-Fonds
- Usego AG, Volketswil
- Valrhône SA, PAM SA, Sion.

(gem. Stellungnahme Mabeag vom 20. März 1998)

19. Mitte Oktober 1998 haben sich die Mitglieder der Mabeag der Syntrade angeschlossen. Damals hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Frage geprüft, ob es sich bei diesem Vorgang um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelte. Die Meldepflicht war nicht gegeben, weil mit dem Vorhaben kein Anschlusshaus die Kontrolle über Syntrade erlangte und auch kein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen im Sinne der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) entstand. Im Folgenden werden unter "Syntrade" sowohl die Anschlusshäuser der Syntrade als auch diejenigen der Mabeag zusammengefasst.

20. Mitglieder der Syntrade Service AG ("Syntrade"), Pfäffikon, sind voneinander unabhängige und sich konkurrenzierende Handelsunternehmen. Syntrade bezweckt das Errichten und den Betrieb einer Inkasostelle für die Mitglieder und die Abdeckung des Delkredererisikos gegenüber den Herstellern. Grundsätzlich sind auch Aufgaben im Bereich der Marktbearbeitung vorgesehen. Syntrade ist aber im heutigen Zeitpunkt und in letztgenanntem Bereich noch nicht als Koordinator für die Mitglieder tätig. Aktionäre der Syntrade sind:

- Amidro AG, Biel
- Pratelli Cattori SA, Losone
- Chaillet & Saltz SA, Genève
- EPA AG, Zürich
- Galenica AG, Schönbühl
- Jelmoli AG, Zürich
- Kiosk AG, Muttenz
- Roeb Holding AG, Bern
- Groupe Magro SA, Sion
- Merkur AG, Bern
- Pistor, Rothenburg
- Selecta AG, Murten
- Volg Konsumwaren AG, Winterthur
- Markant AG, Pfäffikon (nur als Lizenz- und Know-How-Geberin beteiligt).

(gem. Stellungnahme Syntrade vom 16. Januar 1998)

21. Syntrade macht in ihrer Stellungnahme vom 16. Januar 1998 geltend, dass

- Vom gesamten (Einkaufs-)Handelsvolumen ihrer Anschlusshäuser etwa [20-30%] über die Syntrade fakturiert werden und
- Von sämtlichen Lieferanten ihrer Anschlusshäuser etwa [10-20%] einen Vertrag mit Syntrade haben.

22. Aufgabe der EG Dritte Kraft AG ("EG Dritte Kraft"), Lachen, ist die Absicherung des Delkredererisikos der Lieferanten und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs und des Inkassos. Anschlussfirmen der EG Dritte Kraft gehören ausschliesslich zum Denner-Konzern. Es handelt sich dabei um:

- Waro AG, Volketswil
- Denner AG, Zürich
- Franz Carl Weber, Spreitenbach
- Babycare, Spreitenbach
- Wallace Apotheken, Volketswil.

(gem. Stellungnahme EG Dritte Kraft vom 21. Januar 1998)

23. Aus den Unternehmensbeschreibungen geht hervor, dass die Bezeichnung "Einkaufsgesellschaft" für die Organisationen Syntrade und EG Dritte Kraft nur bedingt zutrifft. Die Organisationen übernehmen keine Beschaffungsaufgaben für die angeschlossenen Detailhandelsunternehmen. Die Konditionen für die Beschaffung bzw. die Bedingungen für das Angebot der Absatzkanäle werden durch die einzelnen Detailhandelsunternehmen, welche miteinander im Wettbewerb stehen, mit den Lieferanten individuell ausgehandelt.

24. Die Einkaufsorganisationen Syntrade und EG Dritte Kraft (sowie Migros und Coop) sind zentrale Zahlstellen für das Inkasso von Forderungen aus Warenlieferungen der Industrie gegenüber den Anschlusshäusern (Handel). Nebst der zentralen Abwicklung des Zahlungsverkehrs übernehmen die Inkassostellen in der Regel - mittels Bankgarantie - das Delkredererisiko für die Warenlieferungen. Die Inkassodienstleistung der zentralen Fakturierungsstelle wird von den Herstellern mittels "on-the-top-Kondition" (prozentuale Gebühr auf dem fakturierten Umsatz) abgegolten. Je nach Inkassostelle werden für die Absicherung des Delkredererisikos und das zentrale Inkasso (zentrale Abwicklung des Zahlungsverkehrs) den Lieferantenrechnungen unterschiedliche Prozentsätze abgezogen. Die Abzüge weisen zwischen dem tiefsten und dem höchsten Prozentsatz eine Differenz von 100% auf (Stellungnahmen Parteien und Syntrade Service AG, Projekt Alpha vom 16. Juli 1998; die genauen Prozentsätze sind Geschäftsgeheimnisse).

25. Die übrigen Gebühren wie Listinggebühren, Werbebeiträge etc. sowie die Konditionen allgemein sind Gegenstand der individuellen

Verhandlungen zwischen der Industrie und dem einzelnen Absatzkanal (vgl. Rz. 37 ff.).

A.3 Die Schweizer Detailhandelsstrukturen

26. Der Detailhandel kann als vertikale Kette von vorgelagerter Industrie (Verarbeitungsindustrie), En-Gros- und Detailhandelsunternehmen und den Kunden dargestellt werden. Wichtige Akteure auf Handelsstufe sind die Genossenschaften Migros und Coop, die Filialbetriebe Denner, Pick-Pay, Jumbo, Waro, Merkur, der unabhängige Detailhandel Primo/Vis-à-Vis, Denner-Satelliten, EPA-Superdiscount, Volg und Spar. Daneben betreiben die meisten Warenhäuser (insbes. EPA, Manor, Jelmoli, Loeb) das Lebensmittel-Einzelhandelsgeschäft. Ferner sind die sogenannten "Cash and Carries" Prodega und CC-Anghern, welche im En-Gros-Vertrieb und in der Belieferung des Gastgewerbes tätig sind, zu erwähnen.

27. Die zahlreichen voneinander unabhängigen Absatzkanäle bewerben sich um die Gunst der Kundschaft. Dazu versuchen sie sich jeweils mittels einem bestimmten Sortiment, bestimmten Markentypen (No-Names, Handelsmarken und Markenartikeln) sowie der Preisstruktur von der Konkurrenz zu differenzieren. Diese Differenzierung lässt sich bei den wichtigsten Absatzkanälen etwa folgendermassen umschreiben:

- a) Migros als Grossverteilerin und Vollsortimenterin bietet fast ausschliesslich Eigenmarken vorwiegend im mittleren Preissegment an. Mit ihrer No-Name-Eigenmarke "Budget-Line" hat sich Migros zudem auch mit einem engen Güterangebot im Tiefpreissegment positioniert. Eigenmarken, welche am Markt schwach etabliert sind, werden durch starke Handelsmarken (Markenartikel) ersetzt. Diese führt Migros – auf Stufe Detaileinzelhandel – häufig exklusiv in ihrem Sortiment.
 - b) Coop als zweite Grossverteilerin und Vollsortimenterin führt in ihrem Angebot mehrheitlich Handelsmarken (Markenartikel) in einem breiten Sortiment. Coop hat sich im mittleren bis höheren Preissegment positioniert.
 - c) Pick-Pay ist ein Markenartikel-Discounter mit relativ breitem Teilsortiment im unteren Preissegment.
 - d) Denner ist ein Hard-Discounter mit mehrheitlich unbekanntem (meist ausländischen "No-Name"-) Marken und relativ schmalen Teilsortiment im Tiefpreissegment.
 - e) Primo/Vis-à-vis und Volg sind typische Dorf- und Quartierläden mit verhältnismässig breitem Sortiment an Markenartikeln im höheren Preissegment.
-

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.2 Unternehmen

29. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.3 Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von Markenartikeln

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

31. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

32. Zwischen Hersteller- und Detailhandelsstufe bestehen verschiedene vertragliche Beziehungen. Dazu gehören die oben angesprochenen Gebühren und Konditionen. Im Folgenden geht es darum, theoretisch und empirisch diejenigen Gebühren und Konditionen herauszukristallisieren, bei welchen möglicherweise Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegen könnten.

33. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Abrede getroffen wird, und die Stabilität einer Abrede sind in aller Regel negativ abhängig von der Anzahl Unternehmen.

34. Allerdings können sogenannte Institutionen (Verhaltensregeln und Organisationen, welche als Normierungs- oder Standardisierungsinstitution aufgefasst werden können; vgl. auch B.S. Frey, Ökonomie ist Sozialwissenschaft, Verlag Vahlen, 1990) dazu führen, dass Abreden selbst bei einer Vielzahl von Marktteilnehmern stabil sein können.

35. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung können die zentralen Fakturierungsstellen Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft als Institutionen im oben genannten Sinne aufgefasst werden.

36. Demzufolge könnte es möglich sein, dass die Konditionen, welche die Handelsstufe für die Übernahme des Delkredererisikos und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über die zentralen Inkassostellen (Migros, Coop, Syntrade, EG Dritte Kraft) den Herstellern in Rechnung

stellen, das Resultat von Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen.

37. Die anderen Gebühren für das Angebot von Absatzkanälen bzw. die Aufnahme ins Sortiment (Listinggebühren), für Verkaufsförderungsmassnahmen, für Marketing- und Werbebeiträge werden gemäss Angaben der Parteien jeweils direkt zwischen Herstellern und Detailhandelsunternehmen ausgehandelt. Als Arbeitshypothese kann aufgrund der Anzahl Detailhandelsunternehmen in der Schweiz die Wahrscheinlichkeit als gering bezeichnet werden, dass bei direkt zwischen Herstellern und Detailhandelsunternehmen ausgehandelten Konditionen und Bedingungen branchenweite Abreden vorliegen.

38. Das Sekretariat überprüfte mittels Befragung der Parteien (vgl. Rz. 10) und ausgewählter Hersteller von Markenartikeln (vgl. Rz. 11), ob bei direkt zwischen Herstellern und Detailhandelsunternehmen ausgehandelten Konditionen und Bedingungen branchenweite Abreden vorliegen.

39. Die Befragung der Parteien ergab, dass

- Nur die Konditionen, welche die Handelsstufe für die Übernahme des Delkredererisikos und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über die zentrale Inkassostellen von den Inkassogesellschaften für die jeweiligen Anschluss Häuser bestimmt werden;
- Die Anschluss Häuser den jeweiligen Inkassogesellschaften keine Auskunft über andere bei Lieferanten erhobene Konditionen oder Gebühren geben.

40. Zur Überprüfung der Stellungnahmen der Parteien wurden auch verschiedene Hersteller (vgl. Rz. 11) befragt. Insbesondere wurden Auskünfte zu Gebühren und Konditionen verlangt, welche der Detailhandel den Herstellern in Rechnung stellt. Weiter wurde gefragt, welche dieser Gebühren und Konditionen über Inkassogesellschaften und welche direkt mit dem jeweiligen Detailhändler ausgehandelt werden. Ebenso wurden die Hersteller von Markenartikeln befragt, ob sie in der Vergangenheit feststellten, dass Gebühren oder Konditionen zwischen den verschiedenen Detailhändlern koordiniert werden.

41. Die Antworten ergaben, dass ausser den Delkredere- bzw. Inkassogebühren, welche Gegenstand von Verhandlungen mit den jeweiligen Inkassogesellschaften darstellen, alle anderen Gebühren und Konditionen direkt mit den Detailhändler bzw. Detailhandelsketten ausgehandelt werden.

42. Es konnte festgestellt werden, dass die von den Herstellern direkt mit den einzelnen Detailhändlern vereinbarten Gebühren und Konditionen in Art und Höhe zwischen den einzelnen Detailhändlern stark variieren. Die Vielzahl unterschiedlicher Gebühren und Konditionen

lässt den Schluss zu, dass zwischen den einzelnen Detailhändlern keine Abreden bestehen.

43. Die Hersteller sagen übereinstimmend, dass bei Gebühren und Konditionen, welche sie direkt mit den Detailhändlern aushandeln, zwischen den Detailhändlern keine Abreden bestehen. Damit wird die Hypothese, dass Abreden zwischen einer grossen Anzahl von Marktteilnehmern im vorliegenden Fall unwahrscheinlich sind, empirisch bestätigt. An den Aussagen der Hersteller ist nicht zu zweifeln, hätten diese doch offensichtlich kein Interesse, eine solche Abrede zu schützen.

44. Der weitgehende Teil der Einkaufskonditionen wird durch die Detailhandelsunternehmen individuell mit den Lieferanten ausgehandelt. Bei den individuell ausgehandelten Konditionen ist nicht vom Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auszugehen.

45. Im Folgenden soll untersucht werden, ob Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von Markenartikeln im Detailhandel im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG bei den Inkassostellen vorliegen. Auf Wettbewerbsabreden untersucht wird einerseits innerhalb der Inkassostelle Syntrade (zwischen den jeweiligen Anschlusshäusern) und andererseits zwischen den Inkassostellen Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft. Wie oben ausgeführt, werden von den Inkassostellen Gebühren für das Inkasso und das Delkredererisiko erhoben.

46. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob der Wettbewerb im Angebot von Absatzkanälen beschränkt wird. Es gilt insbesondere zu untersuchen, ob a) der Anschluss von Detailhandelsunternehmen an eine Inkassostelle eine Wettbewerbsabrede ist (Wettbewerbsabrede innerhalb einer Inkassostelle) und/oder b) eine Wettbewerbsabrede zwischen Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft im Bereich der prozentualen Gebühr für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs und der Übernahme des Delkredererisikos ("on-the-top-Konditionen") vorliegt.

B.4 Keine Wettbewerbsabrede innerhalb der Inkassostelle

47. Aus den Sachverhaltsermittlungen wurde nirgends ersichtlich, dass die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über eine Inkassostelle sowie die damit einhergehende Abschöpfung der "on-the-top-Kondition" eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

48. Die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Syntrade und den Anschlusshäusern lässt ebenfalls nicht den Schluss zu, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. So kann jedes Anschlusshaus individuell entscheiden, ob die Dienstleistung von Syntrade in Anspruch genommen werden soll oder nicht. Die Anschlusshäuser können diese Entscheidung im Einvernehmen mit den Lieferanten sogar für jede einzelne Lieferanten-Kunden-Beziehung individuell treffen.

49. Durch die Anzahl tatsächlich über die Inkassostellen abgewickelten Transaktionen kann festgestellt werden, dass die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über eine zentrale Inkassostelle auch keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Vom gesamten Handelsvolumen der Anschluss Häuser von Syntrade werden [20-30%] effektiv über Syntrade abgewickelt (Stellungnahme Syntrade vom 16. Januar 1998). Bezüglich der Lieferanten ist die Situation ähnlich. [10-20%] aller Lieferanten der Anschluss Häuser von Syntrade haben einen Vertrag abgeschlossen, der die Inkassotätigkeit von Syntrade beinhaltet.

50. Insgesamt wird deshalb mit dem Anschluss eines Handelsunternehmens an die Inkassoorganisation Syntrade weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch eine solche bewirkt. Das Abwickeln des Zahlungsverkehrs über eine zentrale Inkassostelle kann im vorliegenden Fall nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden.

51. Eine Wettbewerbsabrede könnte jedoch vorliegen, wenn sich die Anschluss Häuser verpflichten müssten, nur noch Lieferanten zu berücksichtigen, die bereit sind, die Dienstleistungen der Syntrade in Anspruch zu nehmen. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

52. Im Fall der EG Dritte Kraft erübrigen sich Abklärungen bezüglich Wettbewerbsabreden innerhalb der Inkassostelle, da alle Anschluss Häuser zum Denner-Konzern gehören.

B.5 Keine Wettbewerbsabrede zwischen den Inkassostellen

53. Die Stellungnahmen der angeschriebenen Unternehmen sowie die Eingaben von Promarca bieten keine Anhaltspunkte dafür, dass zwischen Migros, Coop, Syntrade und EG Dritte Kraft in irgendeiner Form rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen abgeschlossen wurden, die gegenüber den Produzenten eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken würden.

54. Aus den Stellungnahmen von Syntrade, Mabeag und EG Dritte Kraft ergibt sich, dass die Dienstleistungen für die Lieferanten und die erwähnten angewandten "on-the-top-Konditionen" u.a. eingeführt wurden, um "strukturelle Nachteile" gegenüber Coop und Migros zu eliminieren (vgl. Rz. 17). Dieser Nachvollzug könnte allenfalls im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG als gleichgerichtetes Verhalten bezeichnet werden.

55. Die von den Parteien angewandten "on-the-top-Konditionen" (vgl. Rz. 24) zur Abgeltung der Inkasso- und Delkredereabsicherungsleistungen sind in ihrer Höhe jedoch sehr unterschiedlich. Die Abzüge weisen zwischen dem tiefsten und dem höchsten Prozentsatz eine Differenz von 100% auf. Es kann somit nicht von abgestimmten Verhaltensweisen ausgegangen werden.

B.6 Ergebnis

56. Insgesamt konnten keine Bestätigungen dafür gefunden werden, dass bei den untersuchten Gütergruppen Food- (verarbeitete und kürzerfristig unverderbliche Nahrungsmittel) und Near-Food-Produkte in der Schweiz auf Handelsstufe der Wettbewerb durch Abreden beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wäre.

57. Aufgrund der Erwägungen kann vielmehr festgehalten werden, dass zurzeit keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorzufinden sind.

C. Kosten

58. Die Untersuchung wurde aufgrund eines Auftrages der Wettbewerbskommission eröffnet. Die untersuchten Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung liessen sich im Lauf der Untersuchung nicht erhärten.

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

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

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

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

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

der KG-Gebührenverordnung entstanden sind, werden folglich keine Kosten erhoben.

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

65. Für das vorliegende Verfahren werden somit keine Gebühren erhoben.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung betreffend Abreden über die Beschaffung im Detailhandel wird ohne Folgen eingestellt.
2. [Rechtsmittelbelehrung]
3. [Eröffnung]

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. VEBA AG / VIAG AG

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 6. April 2000 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen der VEBA Aktiengesellschaft (nachstehend "VEBA") und der VIAG Aktiengesellschaft (nachstehend "VIAG") ein.

Die VEBA ist in den Geschäftsbereichen Stromversorgung, Öl, Chemie, Distribution/Logistik, Telekommunikation, Immobilien-Management und Silizium-Wafer tätig. Die VIAG ist aktiv in den Bereichen Stromversorgung, Chemie, Verpackung, Aluminium, Telekommunikation, Stahl- und Metallhandel. Nach Vollzug der geplanten Fusion soll sich das neue Unternehmen vermehrt auf die Kernbereiche Energie und Chemie konzentrieren, wichtig sind ferner die Bereiche Telekommunikation und Immobilien-Management. Die Fusionspartner beabsichtigen, die Bereiche Aluminium, Logistik/Distribution, Silizium-Wafer und Verpackungen nach dem geplanten Zusammenschluss abzustossen.

Es handelt sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG, da zwei bis anhin voneinander unabhängige Unternehmen zusammengeführt werden. Die Aufgreifschwelle von Artikel 9 Absatz 1 KG ist durch beide Unternehmen offenkundig überschritten, das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Nur unwesentlich betroffene Märkte

Die Märkte für Elektrizität, Telekommunikation und Stahlhandel werden vom Zusammenschluss nur unwesentlich berührt. Auf eine eingehendere Abklärung konnte deshalb verzichtet werden.

Betroffener Markt: Cyanurchlorid

Sachlich und räumlich relevanter Markt

Bei der Chemikalie Cyanurchlorid handelt es sich um ein Commodity-Produkt, welches von der nachgelagerten, weiterverarbeitenden Industrie als Vorprodukt eingesetzt wird für die Herstellung von Herbiziden zum Schutz von Maiskulturen, aber auch von optischen Aufhellern für Papier, Textilien und Waschmittel, Reaktiv-Farbstoffen zur Verbesserung der Beständigkeit und Intensität z.B. von Textilfarben und UV-Stabilisatoren, die dem Zerfall von Kunststoffoberflächen vorbeugen. Für Endverbraucher ist Cyanurchlorid nicht verwendbar. VIAG produziert Cyanurchlorid über ihre Tochtergesellschaft SKW Trostberg AG, VEBA über die Degussa-Hüls AG.

Die Intensität und die Art des Einsatzes von Cyanurchlorid auf den vier erwähnten Hauptabnehmermärkten befinden sich stark im Wandel, resp. sind – nicht zuletzt aus umweltrechtlichen Gründen – rückläufig. Cyanurchlorid ist durch diverse andere Vorprodukte substituierbar. Vor allem aus umweltrechtlichen Gründen muss in Zukunft noch vermehrt auf bereits existierende Substitutionsprodukte ausgewichen werden (beispielsweise ist der Einsatz sogenannter "Triazin-Herbizide", die auf Cyanurchlorid basieren, bereits in fünf EU-Staaten umwelpolizeirechtlich verboten). Daher ist bei der Definition des sachlich relevanten Marktes nicht von einem engen relevanten Markt für Herstellung und Absatz von Cyanurchlorid allein auszugehen, sondern von der breiteren Sicht der weiterverarbeitenden Industrie hinsichtlich der Substituierbarkeit von Cyanurchlorid. Diese Frage kann hier indessen offen bleiben, da selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung (Cyanurchlorid) keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen vorliegen.

Der räumlich relevante Markt für Cyanurchlorid ist weltweit zu definieren: Cyanurchlorid wird weltweit hergestellt, kann ohne wesentliche Auflagen transportiert werden und wird weltweit vertrieben. Der

Transportpreis ist niedrig, länder- und gebietsspezifische Preisunterschiede bestehen kaum.

Marktanteile; betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU

In den Jahren 1996, 1997 und 1998 produzierte Degussa-Hüls (VEBA) zwischen [...] und [...] Tonnen Cyanurchlorid, was über diese Jahre hinweg laut Schätzungen der meldenden Unternehmen Marktanteilen von [...], [...] und [...] entsprach. SKW Trostberg (VIAG) produzierte in derselben Periode zwischen [...] und [...] Tonnen Cyanurchlorid, was Marktanteile von [...], [...] und [...] ergab. Aufgrund dieser Marktanteile liegt ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Der geplante Zusammenschluss führt im Markt für Cyanurchlorid zu einer Marktanteilsaddition, die VEBA und VIAG einen gemeinsamen Marktanteil von [...] verschafft. Trotz dieser Marktanteilsaddition ist jedoch der geplante Zusammenschluss unter dynamischer Betrachtung des relevanten Marktes unbedenklich.

Aktuelle Konkurrenz

Auf dem eng gefassten, sachlich relevanten Markt für Cyanurchlorid besteht intakte aktuelle Konkurrenz zu VEBA und VIAG: In Europa wird Cyanurchlorid durch die Lonza (Marktanteil [...]) hergestellt, in den USA durch Novartis (Novartis ist der weltweit grösste Produzent von Cyanurchlorid, verwendet das erzeugte Cyanurchlorid jedoch unternehmensintern (captive use) zur Herstellung von Herbiziden; auf dem nachgelagerten Herbizid-Markt ist Novartis führend).

Entscheidenden Einfluss auf die aktuelle weltweite und europäische Wettbewerbssituation üben jedoch die zahlreichen chinesischen Anbieter aus, die nach der Überwindung anfänglich bestehender Qualitätsschwierigkeiten in den letzten Jahren mit aggressivem Preisverhalten sowie qualitativ konkurrenzfähigem Material erfolgreich den Eintritt in den Cyanurchlorid-Markt vollzogen haben und in einigen Märkten der Welt (z.B. Indien) bereits Marktführer sind. Cyanurchlorid wird nach Angabe der Parteien bereits von ca. 32 chinesischen Anbietern verkauft. Die Ware chinesischer Hersteller ist auch in Europa leicht erhältlich, da sie nicht nur von Chemie-Brokern, sondern auch über professionelle Absatzgesellschaften wie die deutsche Sinochem (Jiangsu Hamburg GmbH) vertrieben wird. Degussa-Hüls und SKW Trostberg verfügen in Anbetracht dieser Konkurrenzsituation weder vor noch nach der geplanten Zusammenführung über einen Preissetzungsspielraum, da die Abnehmerseite im Falle von Preiserhöhungen seitens von Degussa-Hüls und SKW Trostberg leicht auf alternative Cyanurchlorid-Anbieter ausweichen kann.

Potenzielle Konkurrenz

Die zahlreichen Marktzutritte chinesischer Hersteller in den letzten Jahren zeigen, dass der Markt für Cyanurchlorid offen ist und die Marktzutrittsschranken tief liegen:

- Forschung und Entwicklung im Bereich Cyanurchlorid sind ausgeschöpft, Cyanurchlorid hat das Stadium der Reife bereits überschritten. Die einzigen wettbewerblich bedeutenden Faktoren liegen noch in der Reinheit und der Verpackung der Chemikalie;
- Cyanurchlorid lässt sich verhältnismässig einfach von jedem chemischen Unternehmen herstellen, das Herstellungsverfahren unterliegt längst keinem Patentschutz mehr;
- Behördliche Bewilligungen für die Herstellung von Cyanurchlorid sind lediglich in umweltrechtlicher Hinsicht notwendig;
- Degussa-Hüls und SKW Trostberg unterhalten in Westeuropa keine Verträge mit Alleinvertriebshändlern, aus welchen Markteintrittsschranken resultieren würden. SKW Trostberg vertreibt Cyanurchlorid über unabhängige Handelsvertreter nach Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Spanien und in die Niederlande.

Nicht nur die aktuelle und potenzielle Konkurrenzsituation, sondern auch die weltweiten Überkapazitäten der Cyanurchlorid-Hersteller sowie der anhaltende Preiszerfall auf dem interessierenden Markt verhindern eine Preisbestimmungsmacht der zusammengeschlossenen Parteien (im Jahre 1992 lag der Kilopreis von Cyanurchlorid noch bei über CHF 4.00, heute bewegt er sich noch bei ca. CHF 2.40).

Aus diesen Gründen vermag auch die erwähnte Marktanteilsaddition keine Anhaltspunkte zu liefern, dass der gemeldete Zusammenschluss auf dem relevanten Markt für Cyanurchlorid eine beherrschende Stellung der Parteien im Sinne von Artikel 10 Absatz 1 KG begründen oder verstärken würde.

Ergebnis

Aufgrund der vorliegenden Angaben zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz liegen in keinem der verschiedenen relevanten Märkte Anhaltspunkte vor, wonach der Zusammenschluss von VEBA und VIAG eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen für die Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	2. Elf Aquitaine / TOTALFINA
-------	-------------------------------------

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

A. Les parties

En date du 17 février 2000, les sociétés anonymes de droit français TOTALFINA et Elf Aquitaine (ci-après: ELF) ont adressé au secrétariat de la Commission de la concurrence une notification d'opération de concentration.

Les sociétés en cause exercent leurs activités dans les domaines de la production de pétrole et de gaz, le raffinage, la distribution de produits pétroliers, la pétrochimie et la chimie de spécialités.

La concentration envisagée a été initiée par le lancement d'une offre publique d'échange lancée par TOTALFINA sur ELF le 5 juillet 1999 à la bourse de Paris, où sont cotées les deux sociétés. Une contre offre a ensuite été lancée par ELF.

Le 26 octobre 1999, les actionnaires d'ELF ont accepté l'offre publique d'échange de TOTALFINA dès lors que les conditions de réussite du rapprochement industriel et humain des deux entreprises étaient réunies.

B. Les marchés concernés

	Suisse	EU
1/Vente de carburant d'aviation (TOTALFINA+ELF)	[...] ¹	[...]
2/Vente d'élastomères de type "sbs" (TOTALFINA)	[...]	[...]
3/Vente des PVDF (thermoplastiques) (ELF)	[...]	[...]
4/Vente des polystyrènes (ELF)	[...]	[...]
5/Vente des peroxydes d'hydrogènes (ELF)	[...]	[...]

¹ Ces données relèvent du secret d'affaire.

Les cinq marchés susmentionnés sont des marchés de dimension au moins européenne.

a) S'agissant du marché de la vente de carburants d'aviation, on constate que la concurrence actuelle est importante.

Suisse	1996	1997	1998
Shell	[...]²	[...]	[...]
TOTALFINA + ELF			[...]
Esso+Mobil			[...]
BP	[...]		[...]
Agip	[...]		[...]

² Ces données relèvent du secret d'affaire.

En outre, du côté de la demande, les partenaires potentiels de l'échange (compagnies aériennes) ont une position forte.

Au niveau européen, la Commission est intervenue sur le marché des produits raffinés en obligeant TOTALFINA-ELF à se désengager de la logistique d'importation, de transport et de distribution de produits raffinés (carburant et fioul domestique). Seul le marché des carburants d'aviation est concerné puisque les parties ne sont pas actives en Suisse sur le marché du fioul domestique. Les mesures prises au niveau européen auront des conséquences positives indirectes également sur le territoire helvétique.

b) S'agissant des quatre autres marchés, force est de constater que seule l'une des deux entreprises est active sur ces marchés. La concentration n'entraînera dès lors pas d'addition de parts de marché.

De plus, si l'on examine la possibilité pour l'une des deux entreprises de pénétrer le ou les marchés sur lequel son partenaire à la concentration est actif, force est de constater que cela nécessiterait la réalisation d'un site quasi complet de production, et ne pourrait être effectué à partir des productions existantes. En outre, et s'agissant des marchés 3, 4 et 5 susmentionnés, sur lesquels seule ELF est active, TOTALFINA ne possède pas le savoir-faire nécessaire pour la production et la commercialisation de ces produits, à l'exception du polystyrène produit aux Etats-Unis. Il n'y a dès lors pas lieu de craindre un renforcement de la position de l'une ou l'autre des deux entreprises sur ces marchés ou sur un marché parallèle. L'opération de concentration ne constitue dès lors pas un "achat" de concurrents potentiels.

Enfin, et pour ces quatre marchés, aucune barrière à l'entrée n'existe. Les brevets détenus par l'un ou l'autre des deux partenaires sont anciens et le savoir-faire connu de tous les concurrents.

Compte tenu de ce qui précède, et malgré la structure oligopolistique de ces quatre marchés, la concentration n'entraînera pas de renforcement de la position actuelle des entreprises sur les marchés en cause, ou sur les marchés parallèles, au vu de leurs activités respectives. De plus, et sur la base de la situation économique actuelle, les risques d'une création de position dominante collective sont faibles.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission de la concurrence a autorisé l'opération de concentration des entreprises Elf Aquitaine et TOTALFINA.

B 2.3	3. Südostschweiz Pressevertrieb AG
-------	---

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 24. März 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Südostschweiz Presse AG (SOPR), Chur, und die ZUVO Zustell- und Vertriebsorganisation AG, Zürich, beabsichtigen, die Südostschweiz Pressevertrieb AG (SPV) zu gründen, um die Frühzustellung von Zeitungen zusammenzulegen. An der SPV wird die SOPR mit 65% und die ZUVO mit 35% Aktienkapital vertreten sein.

Meldepflicht

Es ist vorgesehen, dass die beiden Unternehmen die SPV mittels eines Zusammenarbeits- und Aktionärsbindungsvertrages gemeinsam kontrollieren werden. Das Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und somit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

Als beteiligte Unternehmen gelten gemäss Artikel 3 Absatz 1 VKU die kontrollierten und die kontrollierenden Unternehmen. Kontrollierende Unternehmen sind die SOPR und die ZUVO, beziehungsweise deren Mutterunternehmen. An SOPR sind mehrere unabhängige Verlage beteiligt, welche die Tageszeitung Südostschweiz (z.T. unter anderem Namen erscheinend) produzieren. Es bestehen zwölf regionale Ausgaben, verteilt auf die Kantone Graubünden, Glarus, Schwyz und St. Gallen und das Fürstentum Liechtenstein. An SOPR hält die Gasser Me-

dien AG, Chur, eine Mehrheitsbeteiligung. An ZUVO sind die Neue Zürcher Zeitung AG und die TA-Media AG zu je 50% beteiligt. ZUVO betreibt im Grossraum Zürich die Frühzustellung der Neuen Zürcher Zeitung und des Tages Anzeigers. Auf einen detaillierten Beschrieb der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen wird verzichtet. Diese sind unter anderem aus anderen Verfahren bekannt (Publicitas Gasser – Tschudi Druck, RPW 1997, 179 ff.) und für die Beurteilung des Vorhabens nicht notwendig.

Da es um Unternehmen geht, deren geschäftliche Tätigkeiten ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht, ist gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG das Zwanzigfache der tatsächlich in diesem Bereich getätigten Umsätzen massgebend. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b. Es handelt sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Marktgegenseite sind die Zeitungsverlage, welche die Frühzustellung (bis 06.30 Uhr) ihrer Erzeugnisse nachfragen. Für die Verlage ist die Frühzustellung von Zeitungen von grosser Bedeutung, da sie von den Lesern erwartet wird. Als sachlich relevanter Markt ist daher der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen anzusehen.

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). SPV wird die Kantone Glarus und Graubünden, sowie die Sankt Gallischen Bezirke Gaster und Sargans abdecken. Der räumlich relevante Markt ist somit auf diese Gebiete zu beschränken.

Marktstellung und aktueller Wettbewerb

In Graubünden wurde die Frühzustellung für die Titel der Südostschweiz, den Tages Anzeiger und die Neue Zürcher Zeitung durch eine Abteilung der SOPR organisiert. Die ZUVO besorgte in den Gebieten Glarus und Gaster die Frühzustellung für die erwähnten Zeitungen. SOPR und ZUVO sind in diesen Regionen die einzigen Unternehmen, welche Frühzustellung anbieten. Das Vorhaben führt in diesen Gebieten zu keinen Marktanteilsadditionen, da die genannten Zeitungen bereits vorher exklusiv durch die Betriebe, welche das Gemeinschaftsunternehmen SPV gründen, vertragen wurden.

Marktanteilsadditionen können möglicherweise in Mels erwartet werden, sofern der Sarganserländer in Mels seine lokale Auflage zur Früh-

zustellung übergibt. Grundsätzlich ist aber nicht zu erwarten, dass das Vorhaben zu Marktanteilsadditionen führt.

Der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen weist einige Besonderheiten auf, die näher zu erörtern sind. Als Interessenten von Frühzustelldiensten kommen praktisch nur Zeitungsverlage in Frage. Die Anzahl der Zeitungen, die in den betroffenen Regionen als Nachfrager eines Frühzustelldienstes in Betracht kommen, ist begrenzt auf einige Titel. Im konkreten Fall werden es vor allem die Titel der Südostschweizer Presse, die NZZ und der Tages Anzeiger sein, die schon bisher durch die beiden Vertriebsorganisationen, welche die SPV gründen, vertragen wurden.

Um die Frühzustellung als Dienstleistung kostendeckend anbieten zu können, muss ein möglichst hoher Anteil der Haushalte abgedeckt werden, was sich nur über die Verteilung von mehreren Titeln gleichzeitig erreichen lässt. Aufgrund der Eigenschaften der physischen Belieferung und der Logistik kann davon ausgegangen werden, dass die Frühzustellung in bestimmten Gebieten am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen durchgeführt werden kann. Ein Blick auf andere Regionen in der Schweiz zeigt, dass derartige Gebietsmonopole im Pressevertrieb üblich sind. So ist z.B. in den Agglomeration Zürich und Bern nur eine einzige Vertriebsorganisation tätig, obwohl – wenn überhaupt – nur in städtischen Gebieten mit zwei grösseren lokalen Zeitungen Platz für eine weitere Vertragsorganisation ist.

Die Struktur des Marktes weist somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf. In einem effizient funktionierenden Markt, der Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist, wird es nicht zu aktueller Konkurrenz im Markt kommen. Vielmehr existiert eine Konkurrenz um den Markt, welcher durch die potenziellen Konkurrenten geführt wird (RPW 1999/3, S. 473, Rz. 31).

Im Übrigen kann (und wurde) auf die Erkenntnisse des sehr ähnlich gelagerten Falles Schweizerische Post – BEVO (RPW 1998, S. 265 ff.) zurückgegriffen. In diesem Fall hatte die Post einen Anteil von 50% sowie die strategische und operative Führung an der Berner Vertragsorganisation übernommen.

Potenzieller Wettbewerb

Es existieren keine gesetzlichen oder behördlichen Marktzutrittschranken. Der Frühzustellbereich gehört auch nicht in den Monopolbereich der Post. Für branchenfremde Newcomer ist aber mit nicht unerheblichen Markteintrittskosten zu rechnen. Wichtigste potenzielle Konkurrenten sind Unternehmen aus dem Bereich des Directmarketing und insbesondere die Post, die selbst oder mittels Tochterunternehmen in der Frühzustellung tätig ist. Es besteht daher die Möglichkeit, dass die Post ihre Tätigkeiten auf benachbarte Märkte ausdehnen könnte. Ob dies wahrscheinlich ist, kann offen gelassen werden.

Ergebnis

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss zu keinen bedeutenden Marktanteilsadditionen führt, da ZUVO und SOPR bereits als einzige Unternehmen in ihren angestammten Gebieten die gleichen Zeitungstitel in Frühzustellung vertragen haben.

Die auf dem regional strukturierten Markt anfallende Nachfrage kann von mehreren Anbietern gar nicht kostendeckend befriedigt werden.

Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG).

B 2.3	4. EM.TV / SLEC
-------	------------------------

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 31. März 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Der deutsche Medienkonzern EM.TV & Merchandising AG, München (EM.TV), beabsichtigt, 50% der Anteile der SLEC Holding, Jersey (SLEC), zu übernehmen, die in der Durchführung und der Vermarktung der FIA Formel 1 Weltmeisterschaft tätig ist.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

EM.TV ist ein hauptsächlich in Deutschland aktiver Medienkonzern, der in den Bereichen Rechtehandel (Fernseh-, Heimvideo- und Musikrechte), Merchandising, Eventmarketing und Consumer Products tätig ist. EM.TV ist auch an nationalen und internationalen Film- und Fernsehproduktionen beteiligt. Das Schwergewicht der Tätigkeiten liegt dabei im Bereich von Kinder- und Jugendsendungen.

Mit 50% Hauptanteilseigner an SLEC ist die Bambino Holdings Ltd., Jersey (Bambino). SLEC ist über ihre Tochtergesellschaften Formula One Administration Ltd., London (FOA), und Formula One Management Ltd., London (FOM), ausschliesslich in der Durchführung und Vermarktung der FIA Formel 1 Weltmeisterschaft tätig. Deren Durchführung erfolgt unter der Aufsicht der Fédération Internationale de l'Automobile (FIA), einem Zusammenschluss internationaler Automobilclubs und Motorsportorganisationen. SLEC ist über die FOA/FOM für die operative Durchführung der einzelnen Rennen sowie der Vermarktung der Rechte an der Formel 1 Weltmeisterschaft zuständig (Vergabe von Veranstaltungsrechten an die Betreiber der einzelnen Renn-

strecken, Fernsehübertragungsrechte, Merchandisingrechte an der Formel 1 Weltmeisterschaft).

Auf einen detaillierten Beschrieb der rechtlichen Struktur der Gesellschaften und des Vorhabens wird verzichtet. Nach Beendigung der Transaktionen werden EM.TV und Bambino neu je 50% Anteile an SLEC halten. Mittels Abschlusses eines Aktionärsbindungsvertrages werden sie SLEC gemeinsam kontrollieren. Das Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) zu qualifizieren.

Gemäss Artikel 9 Absatz 2 Kartellgesetz (KG) ist bei Unternehmen, die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG) tätig sind, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätzen massgebend. Veranstalter ist nach Artikel 2 Absatz 1 RTVG, wer Programme schafft oder sie zusammenstellt und sie (a) verbreitet; (b) durch Dritte vollständig und unverändert weiterverbreiten lässt. Darunter fällt auch die Lizenzierung von Fernsehprogrammen und der Handel mit Übertragungsrechten.

Der Hauptteil der Umsätze von EM.TV und SLEC erfolgt in den erwähnten Bereichen. Unter Berücksichtigung der Schwellenwerte aus dem Medienbereich (Art. 9 Abs. 2 KG) erreichen die beteiligten Unternehmen die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 KG. Insbesondere werden die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Beurteilung nach Artikel 10 KG

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

Die Parteien sind von einem relevanten Markt für die Lizenzierung von Fernseh- und Merchandisingrechten ausgegangen. Der gemeinsame Marktanteil würde in diesem Fall deutlich unterhalb von 20% liegen. Die Parteien haben ihn auf unter 5% geschätzt.

Als Arbeitshypothese kann von einer engeren Marktabgrenzung ausgegangen werden. Der relevante Markt wird sektorspezifisch auf die Übertragungs- und Merchandisingrechte an Kinder- und Jugendprogrammen, an Sportveranstaltungen beziehungsweise den Rechten an einzelnen Sportveranstaltungen wie der FIA Formel 1 Weltmeisterschaft abgegrenzt (vgl. dazu mit weiteren Hinweisen: von der Crone/Groner, Marktmacht und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, in Symposium Schluemp, Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht, Zürich 1998, S. 63 f.; Wachtmeis-

ter, Broadcasting of Sports Events and Competition Law, in Competition Policy Newsletter 1998, number 2, S. 5 f.).

Bei dieser Marktabgrenzung erfolgen grundsätzlich keine Marktanteilsadditionen, da sich die Tätigkeitsbereiche von EM.TV (Kinder- und Jugendprogramme) und SLEC (FIA Formel 1 Weltmeisterschaft) nicht überschneiden.

Unter der Annahme, dass es einen Markt für die Rechte an Sportveranstaltungen gibt, würde es zu Marktanteilsadditionen kommen, da EM.TV die Rechte für die Snowboard Weltmeisterschaft und für die Boxkämpfe von Mike Tyson besitzt. Mit Blick auf die Vielzahl anderer Sportveranstaltungen führt dies höchstens zu geringen Marktanteilsadditionen.

Die beteiligten Unternehmen haben verschiedene Verträge abgeschlossen und sind Partnerschaften mit Medienunternehmen oder Fernsehsendern eingegangen. Unter anderem hat EM.TV eine Vereinbarung mit SF DRS abgeschlossen, welche die Lizenzierung von Zeichentrickserien aus dem sogenannten Junior-Programmstock von EM.TV betrifft. Dies gibt jedoch zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass, da es sich um verschiedene relevante Märkte handelt. Es ist davon auszugehen, dass die Beteiligung von EM.TV bei SLEC zu keinen nennenswerten Veränderungen im Bereich der Lizenzierung von Fernseh- und Merchandisingrechten und der FIA Formula 1 im Besonderen führen wird.

Aus den genannten Gründen bestehen daher - unabhängig von welcher Marktabgrenzung ausgegangen wird - keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

B 2.3	5. Rätia Energie AG
-------	----------------------------

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. März 2000

A. Sachverhalt

1. Am 28. Februar 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Aare Tessin AG (Atel), die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) und der Kanton Graubünden (Kanton GR) (nachfolgend: die Partner), die Aktiva der Kraftwerke Brusio AG (KWB), der Rätischen Werke für Elektrizität AG (RW) und der AG Bündner

Kraftwerke (BK) in eine gemeinsame Gesellschaft, die unter dem Namen Rätia Energie AG firmieren wird, zusammenzuführen.

2. Die Atel und die EGL sind beide vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU). Sie zählen zu den sechs in der Schweiz tätigen Verbundunternehmen oder "Überlandwerke", die die Stromübertragungsnetze (Hoch- und Höchstspannungsnetze) besitzen.

3. Die Atel ist eine Tochtergesellschaft der Motor Colombus AG. Die Atel hat Beteiligungen an mehreren EVU, u.a. Minderheitsbeteiligungen an der BK (21,93%), RW (28,74%) und KWB (22,25%).

4. Die EGL gehört zur Watt Gruppe (Watt AG, Zürich), die ihrerseits von den Nordostschweizerischen Kraftwerken (31%), der Energie Baden-Württemberg (24,5%), dem Bayernwerk (24,5%) und der CS Group (20%) kontrolliert wird. Der Watt Gruppe unterstellt sind mehrere bedeutende EVU wie die Centralschweizerische Kraftwerke (CKW), das Kraftwerk Laufenburg (KWL) und die Kraftübertragungswerke Rheinfelden AG (KWR). Die EGL hält Minderheitsbeteiligungen an RW (37,93%) und KWB (22,25%).

5. Der Kanton GR hält Beteiligungen an mehreren EVU, u.a. an BK (54,4%) und KWB (44,91%). Er hat ausserdem kraft kantonalen Rechts weitgehende Befugnisse im Energiebereich und gegenüber EVU. So ist er berechtigt, sich an EVU zu beteiligen (Art. 7 EnG; Art. 22 Abs. 1 BWRG), in den Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen (Art. 19 Abs. 3 BWRG) und weitgehende Auskünfte zu verlangen (Art. 1 BWRV).

6. Die KWB ist ein vertikal integriertes EVU, welches hauptsächlich in Graubünden tätig ist. Sie verfügt über nicht unbedeutende Produktionskapazitäten (Energieproduktion 1998: 1546 GWh). In ihrem Absatzgebiet beliefert sie Verteilwerke des Oberengadins und des Puschlavs sowie die Rhätische Bahn und Bergbahnen im Berninagebiet (1998: 192 GWh).

7. Die RW hält Beteiligungen an der Elim AG (Immobilien), an der BK (1998: 22,5%) sowie an der Kraftwerke Hinterrhein (1998: 2,4%).

8. Die BK ist ein EVU, welches Wiederverkäufer und Endabnehmer mit elektrischer Energie im Bündner Rheintal, im Prättigau und im Oberengadin versorgt (Abgabe in 1998: 339,1 GWh). Sie betreibt eigene Wasserkraftanlagen im Prättigau und im Oberengadin (gesamte Eigenerzeugung in 1998: 269,1 GWh) und bezieht Strom bei anderen EVU (Ankauf in 1998: 103,7 GWh). In ihren Absatzgebieten besitzt die BK den grössten Teil der Verteilnetze.

B. Erwägungen

B. 1 Geltungsbereich

9. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden tref-

fen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 1 KG).

B 1.1.a Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss Beteiligten sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

11. Dies gilt im vorliegenden Fall auch für den Kanton GR aufgrund seiner Beteiligungen am Aktienkapital mehrerer EVU, insb. seiner Mehrheitsbeteiligungen an BK und an der Grischelectra AG (Chur). Eine natürliche oder juristische Person, die selbst nicht die Unternehmenseigenschaft innehat, aber ein oder mehrere Unternehmen kontrolliert, ist für die Zwecke der Zusammenschlusskontrolle einem Unternehmen gleichzustellen (Ducrey/Drolshammer, Art. 9, Rz. 6, in Homburger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997).

12. Dass die Beteiligungen des Kantons möglicherweise dem Verwaltungs- und nicht dem Finanzvermögen zuzuordnen sind, spielt keine entscheidende Rolle in Bezug auf die Unternehmenseigenschaft gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG. Entscheidend ist, ob der Kanton durch seine Beteiligungen die Möglichkeit hat, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines oder mehrerer Unternehmen auszuüben (Art. 1 VKU). Ob dies mit der Absicht der Gewinnerzielung oder für andere Zwecke (insb. zu Gunsten des öffentlichen Interesses) erfolgt, ist unerheblich.

B. 1.1.b Unternehmenszusammenschluss

13. Der Zusammenschluss soll in zwei nacheinander zu vollziehenden Schritten erfolgen: (1) Annexion der RW durch die KWB, (2) Erwerb der Kontrolle über die BK durch die KWB.

14. Im ersten Schritt werden KWB und RW fusioniert (Annexion gemäss Art. 748 OR). Da die RW eine Beteiligung an BK hält, wird dadurch die KWB in diesem Umfang unmittelbar Aktionärin der BK (22,54%).

15. Im zweiten Schritt werden der Kanton GR und Atel ihre Beteiligung an BK als Sacheinlage in KWB einbringen. Als Gegenleistung für diese Sacheinlage erhalten Kanton und Atel im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Aktien von KWB. Der Kanton GR wird nach Vollzug der Transaktion 44,26% des Aktienkapitals an KWB halten, während auf Atel 24,64% und auf EGL 21,25% des Aktienkapitals entfallen. Nach erfolgter Transaktion wird KWB in "Rätia Energie AG" und BK in "Rätia Energie Klosters AG" umfirmiert. Mittels eines Vertrages vom 2. Dezember 1999 zwischen dem Kanton GR, Atel und EGL wird die gemeinsame Kontrolle über Rätia Energie AG begründet.

16. Entgegen der Meinung der anmeldenden Unternehmen stellt das Vorhaben keinen rein konzerninternen Vorgang dar, sondern einen Zusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG.
17. In Bezug auf die KWB und ihrer Aktiva bewirkt der Vorgang keine strukturelle Veränderung. Die KWB ist bereits vor dem Zusammenschluss [...] ¹ ein Gemeinschaftsunternehmen (GU) zwischen dem Kanton GR einerseits und Atel und EGL andererseits. Nach erfolgtem Zusammenschluss bleiben die Aktiva der KWB in einem GU, welches von den gleichen Unternehmen aufgrund eines Vertrages vom 2. Dezember 1999 (gemeinsam) kontrolliert wird.
18. In Bezug auf RW und BK bzw. ihrer Aktiva bewirkt der Vorgang hingegen eine kartellgesetzlich relevante strukturelle Veränderung.
19. Die RW ist vor dem Vollzug als ein von den Partnern unabhängiges Unternehmen zu betrachten. Ihr Aktienkapital befindet sich nämlich im Streubesitz (Atel: 28,74%; KWB: 25,17%; EGL: 37,93%; Dritte: 10,6%) und es gibt keine Vereinbarungen oder sonstigen Umstände, die das Bestehen einer alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Artikel 1 VKU begründen würden. Nach Vollzug werden die Aktiva der RW vom Kanton GR, der Atel und der EGL im Rahmen der Rätia Energie AG gemeinsam kontrolliert.
20. Die BK ist vor Vollzug durch den Kanton GR kontrolliert (alleinige Kontrolle durch ihre Mehrheitsbeteiligung von 54,4%). Nach Vollzug werden die Aktiva der BK über die Mehrheitsbeteiligung (ca. 98%) der Rätia Energie AG an der Rätia Energie Klosters AG vom Kanton GR, der Atel und der EGL gemeinsam kontrolliert.
21. Zur Verwirklichung ihres Vorhabens haben die Partner verschiedene Vereinbarungen getroffen, u.a. einen Vertrag betreffend die energiewirtschaftliche Zusammenarbeit. Dieser Vertrag enthält auch eine infolge ihrer strukturellen Auswirkungen fusionskontrollrechtlich relevante Bestimmung (Art. 3 des Vertrages).
22. Diese Bestimmung bezweckt die energiewirtschaftliche Integration der Grischelectra AG (GEAG) in die Rätia Energie AG. Die GEAG ist eine gemeinsame Gesellschaft der EGL, der KWB (als sog. B-Partner) sowie des Kantons GR und Dritter (als sog. A-Partner). Zweck der GEAG ist die Verwertung von Beteiligungsenergie des Kantons und Dritter (ca. 500 GWh/Jahr). EGL und KWB sind verpflichtet, die in die GEAG eingebrachte Energie zu übernehmen (sie teilen sich diese Verpflichtung im Verhältnis zwei Drittel zu einem Drittel).
23. Zum Zweck des Miteinbezugs der GEAG in die Rätia Energie AG wird die EGL ihre Rechte und Pflichten aus dem Partnervertrag bezüg-

¹ Geschäftsgeheimnis

lich Energie und Leistung samt den damit verbundenen Verpflichtungen per 1. April 2000 an die Rätia Energie AG abtreten. In diesem Sinne übernimmt EGL Kernenergiequoten von der Rätia Energie AG und überlässt der Rätia Energie AG Lieferverträge bzw. Stromkunden im Kanton Graubünden (bspw. IB der Stadt Chur). Die GEAG überlässt die nicht zur Versorgung im Kanton abgesetzte Energie der Rätia Energie AG. Diese Verpflichtungen sind für eine Dauer von mindestens 30 Jahren vereinbart worden.

24. Entgegen der Meinung der anmeldenden Unternehmen muss auch dieser Vorgang als Bestandteil des Zusammenschlusses berücksichtigt werden. Wie bei der Eingliederung der BK wechseln die Kontrollverhältnisse unternehmensrelevanter Aktiva durch Integration in ein GU. Dass die Parteien (insb. EGL) für die Abtretung eine Gegenleistung erhalten, ist nicht entscheidend.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B. 1.3 Meldepflicht

26. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

27. Als beteiligte Unternehmen gelten bei einem Kontrollerwerb gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen.

28. Im vorliegenden Fall sind gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU die Umsatzzahlen des Watt-Konzerns (die Watt AG ist Muttergesellschaft der EGL), des Motor-Columbus-Konzerns (Muttergesellschaft der Atel), des Kantons GR als Inhaber von Kontrollrechten in mehreren Unternehmen, der KWB-Gruppe, der BK und der RW zu berücksichtigen.

29. Aus der Meldung ergibt sich, dass die gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU konsolidierten, in der Schweiz erwirtschafteten Umsätze der Atel (CHF 963.8 Mio.) und der EGL (CHF 751.9 Mio.) schon allein die in Artikel 9 Absatz 1 KG definierten Schwellenwerte erreichen. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B. 2 Vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens

30. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG eröffnet die Weko eine Prüfung, wenn die vorläufige Prüfung Anhaltspunkte ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

31. Laut Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen 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.

B. 2.1 Relevante Märkte

32. Vorab gilt es festzustellen, in welchen Märkten der Zusammenschluss allenfalls zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen könnte. Der Zusammenschluss wird sich hauptsächlich im Bereich der Stromaktivitäten der Beteiligten auswirken.

33. Die hier relevanten Aktivitäten der beteiligten EVU lassen sich in folgende Hauptbereiche unterteilen, die auch den Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung bilden können: Erzeugung, Stromproduktion in Kraftwerken; Übertragung, Fortleitung von Strom über das Elektrizitätsnetz hoher Spannung; Verteilung, Fortleitung von Strom über das Elektrizitätsnetz mittlerer oder niedriger Spannung; Versorgung, Lieferung an Stromverbraucher oder Weiterverteiler. Der mit der Liberalisierung in Europa entstehende Handelsmarkt (oder Trading), d.h. Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betr. Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind, muss hier nicht behandelt werden.

B.2.1.a Stromerzeugung

34. Die Anbieter auf dem Erzeugungsmarkt sind die Inhaber von Produktionskapazitäten (Kraftwerke, Bezugsrechte). Auf der Stufe Erzeugung (Produktion) werden Primärenergieträger (Laufwasser und gespeichertes Wasser, Kohle, Erdgas, nukleare Brennstoffe, Öl etc.) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt. Die produzierte Elektrizität wird an sog. Verbundunternehmen verkauft resp. innerhalb vertikal integrierter Unternehmen weitergegeben.

35. Die räumliche Dimension des Marktes lässt sich anhand der Lage der Transportnetze und der tatsächlichen Zugangsmöglichkeiten definieren. So sind Erzeugungskapazitäten, die eine "Insellage" aufweisen (überhaupt keine Verbindung zum Nachfrager oder "bottleneck" im Netz), nicht substituierbar mit vernetzten Produzenten. Relevant sind einzig die Produktionskapazitäten, die in der Schweiz bzw. im Absatzgebiet des GU eingesetzt werden können. Daher kann hier von einem nationalen resp. regionalen Markt ausgegangen werden.

B.2.1.b Stromübertragung

36. Die Anbieter auf dem Stromübertragungsmarkt sind die Betreiber von Übertragungsnetzen (Hochspannungsleitungen zur Fortleitung elektrischer Energie über grössere Distanzen). Das Hochspannungsnetz wird in der Schweiz von einigen wenigen sog. Verbundunternehmen betrieben. International wird die Stromübertragung im Rahmen der UCTE (Union pour la coordination du transport de l'électricité), an der auch die EGL und die Atel beteiligt sind, koordiniert.

37. Von der Stromübertragung zu unterscheiden ist die Stromverteilung, die einen separaten Markt bildet (RPW 1997/4, S. 558, S. 566).

B.2.1.c Stromverteilung im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin

38. Die Anbieter auf dem Stromverteilungsmarkt sind Betreiber von Verteilnetzen (Elektrizitätsnetz mittlerer und niedriger Spannung), deren Dienstleistungen von Stromversorgern zwecks Belieferung von Stromabnehmern (Stromverbraucher, Weiterverteiler wie Stadt- oder Gemeindewerke) nachgefragt werden.

39. Mehrere der am Zusammenschluss Beteiligten sowie mit ihnen verbundene Unternehmen besitzen Verteilnetze in der Schweiz (so die KWB im Puschlav oder die Atel im Nordtessin). Durch den Zusammenschluss unmittelbar betroffen sind jedoch einzig die zwei Verteilgebiete der BK im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin. Diese Absatzgebiete der BK sind als separate Märkte zu betrachten. Die räumliche Dimension beider Märkte wird durch die geographische Ausdehnung der entsprechenden Verteilanlagen bestimmt.

B.2.1.d Stromversorgung im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin

40. Die Anbieter auf dem Stromversorgungsmarkt sind Stromversorger, deren Leistungen von Stromabnehmern (Stromverbraucher, Weiterverteiler wie Stadt- oder Gemeindewerke) nachgefragt werden.

41. Mehrere der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sowie mit ihnen verbundene Unternehmen versorgen Stromabnehmer in verschiedenen Gebieten der Schweiz. Vom Zusammenschluss unmittelbar betroffen sind jedoch einzig die zwei Absatzgebiete der BK im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin. Diese zwei Absatzgebiete sind als separate Märkte zu betrachten. Die Frage, ob in diesen Märkten eine weitergehende Unterteilung, bspw. nach Kundengruppen, geboten ist, kann hier angesichts der Marktstruktur offen bleiben.

42. Da die Verteilnetze faktisch geschlossen bleiben, sind gegenwärtig Versorgungs- und Verteilmärkte geographisch gesehen im Prinzip deckungsgleich. Mit Inkrafttreten des EMG bzw. effektiver Öffnung der Verteilnetze (Gewährung der Durchleitung durch die Netzbetrei-

ber) könnten sich die gegenwärtig lokal abzugrenzenden Stromversorgungsmärkte in der Zukunft geographisch ausdehnen (dies sollte insb. die gemäss EMG Durchleitungsberechtigten betreffen).

B.2.2 Beurteilung des Zusammenschlusses

43. Die Beurteilung des Zusammenschlusses wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit die Weko die Bestrebungen zur Öffnung des schweizerischen Strommarktes mittels eines Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG), welches gegenwärtig im Parlament beraten wird, in ihrer Würdigung gemäss Artikel 10 KG berücksichtigen darf.

44. Fest steht, dass das EMG die wettbewerblichen Bedingungen grundlegend verändern könnte und dass die Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Fusionskontrolle auch vorausschauend würdigen muss (Art. 10 Abs. 4 KG). Auf der anderen Seite ist zu betonen, dass der fragliche Erlass noch nicht verabschiedet wurde und sein Inhalt - einschliesslich Datum des Inkrafttretens - noch nicht fest steht (einziger Anhaltspunkt ist der bundesrätliche Entwurf vom 7. Juni 1999), weshalb auch eine gewisse Vorsicht geboten erscheint² (vgl. Ducey/Drolshammer, Art. 10, Rz. 37-38, in Homburger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997).

45. Die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten EVU sind auf verschiedenen Stufen im Elektrizitätsbereich aktiv. Man kann daher zwischen horizontalen (B.2.2.1), vertikalen (B.2.2.2) und sonstigen Auswirkungen des Zusammenschlusses unterscheiden (B.2.2.3).

B.2.2.1 Horizontale Auswirkungen

46. Horizontale Auswirkungen sind auf die Zusammenführung von Aktiva der gleichen Marktstufe zurückzuführen und sind durch Marktanteilsadditionen gekennzeichnet.

B.2.2.1a Stromerzeugung

47. Abgesehen von der RW verfügen alle am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen über Kapazitäten in der Stromproduktion. Nimmt man alternativ die Schweiz oder Graubünden als relevanten Markt, haben die Beteiligten folgende Marktstellungen:

² Ausländische Beispiele zeigen auch, dass die praktische Umsetzung der Öffnung der Strommärkte nach Verabschiedung der entsprechenden Liberalisierungserlasse nicht immer reibungslos verläuft.

	Schweiz		Graubünden	
Atel	7'173 GWh	15,19%	521 GWh	6,81%
EGL	12'733 GWh	20,89%	1'017 GWh	27,46%
KWB	1'546 GWh	2,13%	709 GWh	9,27%
BK	269 GWh	0,44%	269 GWh	3,52%

48. Vor dem Zusammenschluss ist keines der Beteiligten als marktbeherrschend zu betrachten.

49. Für die Beurteilung der horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses können die Kapazitäten der Beteiligten nicht alle einfach addiert werden. Da die KWB bereits vor dem Zusammenschluss ein GU der Partner ist, bewirkt das Vorhaben keine strukturelle Veränderung in Bezug auf ihre Kapazitäten. Zu berücksichtigen ist lediglich der Marktanteil von BK, der als Folge des Vorhabens zu den bisherigen Marktanteilen der KWB hinzukommt. Dieser Marktanteil beträgt weniger als 1% auf dem Markt Schweiz bzw. weniger als 4% auf dem Markt Graubünden. Die Rätia Energie AG wird über einen Marktanteil von weniger als 3% auf dem Markt Schweiz und weniger als 13% auf dem Markt Graubünden verfügen. Das Zusammenschlussvorhaben hat folglich auf dem Erzeugungsmarkt keine nennenswerten Auswirkungen. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

50. Ergänzend ist anzumerken, dass diese Würdigung auch dann gilt, wenn man die Operationen im Zusammenhang mit der GEAG berücksichtigt oder die Kapazitäten der Rätia Energie AG den Partnern (Atel und EGL) zurechnen würde.

B.2.2.1.b Stromübertragung

51. Im Bereich der Stromübertragung verfügen die Atel, die EGL (bzw. die mit ihnen verbundenen Unternehmen) und die KWB über bedeutende, teilweise "parallele" Kapazitäten (z.B. grenzüberschreitende Leitungen Schweiz-Italien). Hingegen sind weder die RW noch die BK in diesem Geschäftsbereich präsent.

52. Es sind daher keine horizontale Auswirkungen im Bereich der Stromübertragung zu verzeichnen.

B.2.2.1.c Stromverteilung im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin

53. Die BK verfügt über ein faktisches Monopol in ihrem Absatzgebiet des Prättigaus und Bündner Rheintals sowie in ihrem Absatzgebiet des Oberengadins, wo sie den grössten Teil des Verteilnetzes kontrolliert.

54. Eine Ausnahme im Bündner Rheintal bilden zwei Gemeinden³ sowie die Energiekooperation St. Antönien, welche auf ihren jeweiligen Gebieten über eigene Verteilnetze verfügen. Im Oberengadin besteht eine ähnliche Situation in Bezug auf eine Gemeinde⁴ sowie in Bezug auf das Absatzgebiet des EW St. Moritz.

55. In horizontaler Hinsicht wird der Zusammenschluss an der bestehenden Lage im Wesentlichen nichts ändern. Die bestehende Monopolsituation der BK wird einfach auf die Rätia Energie AG übertragen.

56. Eine Ausnahme bildet das Absatzgebiet der Region St. Moritz im Oberengadin (das zwei Gemeinden abdeckt), welches vom EW St. Moritz als Stromversorger bzw. Weiterverteiler betreut wird. Das Netz des EW St. Moritz ist nämlich sowohl mit dem Netz der BK (Einspeisungspunkt Champfer) wie auch mit dem Netz der KWB verbunden (Einspeisungspunkte St. Moritz-Bad und Islas). So bezog im Geschäftsjahr 1999 das EW Strom von beiden EVU (66.098 Mio. kWh von der KWB gegen 1.432 Mio. kWh von der BK). Mit dem Zusammenschluss geraten die zwei gegenwärtig konkurrierenden Netze im Rahmen der Rätia Energie AG unter einheitliche Leitung.

57. Abgesehen von der geringen Bedeutung dieser Überlappung und der relativ bescheidenen Bezugsmöglichkeiten bei der BK, ist hier auf die wirtschaftlich positiven Auswirkungen eines koordinierten Netzbetriebs hinzuweisen (insb. Skalenerträge).

B.2.2.1.d Stromversorgung im Prättigau und Bündner Rheintal sowie im Oberengadin

58. Die BK verfügt über ein faktisches Monopol in ihrem Absatzgebiet des Prättigaus und Bündner Rheintals sowie in ihrem Absatzgebiet des Oberengadins.

59. Im Oberengadin versorgt sie zwei Wiederverkäufer (EW Samedan und teilweise EW St. Moritz), fünf Mittelspannungskunden und 9'631 Niederspannungskunden (Zahlen von 1998).

60. Im Prättigau und Bündner Rheintal versorgt sie drei Wiederverkäufer (EW Maienfeld, EW Jenins, Energiekooperation St. Antönien), zwei Hochspannungskunden, 57 Mittelspannungskunden und 19'625 Niederspannungskunden (Zahlen von 1998).

61. In horizontaler Hinsicht wird der Zusammenschluss an dieser Lage im Wesentlichen nichts ändern. Die bestehende Monopolsituation der BK wird einfach auf die Rätia Energie AG übertragen.

³ Gemeinde Maienfeld und Gemeinde Jenins. Die BK wurde vertraglich mit dem Betrieb des Verteilnetzes der Gemeinde Maienfeld beauftragt.

⁴ Gemeinde Samedan

62. Eine Ausnahme bildet die Region von St. Moritz (die zwei Gemeinden umfasst) im Oberengadin, welche vom EW St. Moritz als Stromversorger bzw. Weiterverteiler betreut wird. Das EW St. Moritz verfügt nämlich über ein eigenes Verteilnetz und ist an zwei, gegenwärtig in Konkurrenz stehende Netze gebunden (Netze der BK und der KWB). Eine mögliche Konkurrenz auf Ebene der Versorgung wird durch den Zusammenschluss beseitigt.

63. Die gegenwärtige Monopolsituation in den genannten Gebieten könnte sich mit der Marktöffnung gemäss EMG bzw. die effektive Gewährung der Durchleitung durch die Betreiber der Verteilnetze ändern.

B.2.2.1.e Ergebnis

64. Das Zusammenschlussvorhaben weist keine horizontalen Auswirkungen auf, die zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

B.2.2.2 Vertikale Auswirkungen

B.2.2.2.a Ausführungen

65. Neben horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses sind auch mögliche vertikale Auswirkungen zu berücksichtigen. Vertikale Auswirkungen sind auf die Zusammenführung von Aktiva verschiedener Marktstufen (sog. Vertikalintegration) zurückzuführen (RPW 1997/4, S. 558, S. 571).

66. Im vorliegenden Fall könnte befürchtet werden, dass die Eingliederung der BK, die über eigene Absatzgebiete bzw. Verteilnetze verfügt (vgl. B.2.2.1.c und d), in die neugebildete Rätia Energie AG den Marktausschluss oder die Diskriminierung dritter Versorgungsunternehmen bewirken wird.

67. Die Rätia Energie AG und ihre Mütter verfügen nämlich über bedeutende Produktionskapazitäten und könnten geneigt sein, die Verteilnetze der BK für eigene Stromlieferungen vorzubehalten (in der geltenden Rechtsordnung und auch nach Inkrafttreten des EMG kann die Verweigerung der Durchleitung von Strom durch einen Netzbetreiber im Einzelfall eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG darstellen (Verfügung BKW FMB Energie AG vom 7. Februar 2000, RPW 2000/1, S. 29; A. Palasthy, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), in AJP 3/2000, S. 298) bzw. von ihrer besonderen Position zu profitieren, um bedeutende Stromkunden durch langfristige Verträge an sich zu binden. Dadurch könnten die gegenwärtigen regionalen Monopole der BK im Versorgungsbereich (vgl. oben B.2.2.1c und d) zementiert werden.

68. Da Artikel 10 KG auch die Einfrierung bestehender marktbeherrschender Stellungen (hier auf den Stromversorgungsmärkten), die oh-

ne Zusammenschluss abgebaut werden könnten, erfasst, ist diese mögliche Auswirkung wettbewerbsrechtlich relevant.

69. Technisch sind die Gebiete so erschlossen und die vorhandenen Netze verschiedener Spannungen derart miteinander verknüpft, dass eine Lieferung in den Absatzgebieten der BK für jeden schweizerischen und ausländischen Stromversorger möglich wäre, so auch für die Atel, die EGL und die KWB. Die Benutzungsrechte der Netze sind auch so ausgestaltet, dass die letztgenannten EVU in der Lage wären, Stromabnehmer in den Absatzgebieten der BK (wenigstens im Oberengadin; die Absatzgebiete Prättigau und Bündner Rheintal könnten eine gewisse "Insellage" aufweisen) zu beliefern, indem sie ausschliesslich Netze verwenden, an denen die am Zusammenschluss Beteiligten oder mit ihnen verbundene Unternehmen Benutzungsrechte besitzen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Zusammenschluss eine "lückenlose" vertikale Integration bewirken wird, welche bei den Beteiligten einen Interessenkonflikt auslösen könnte.

70. Zu berücksichtigen gilt jedoch, dass die Interessenlage durch den Zusammenschluss nicht wesentlich geändert wird. Die BK ist nämlich schon heute ein vertikal integriertes EVU, so dass ein Interessenkonflikt in Bezug auf die Gewährung der Durchleitung bzw. eine besondere Stellung gegenüber Stromabnehmern in den fraglichen Absatzgebieten auch ohne Zusammenschluss bestehen würde (vgl. RPW 1997/4, S. 558, S. 571).

71. In Bezug auf die Bindung von Stromkunden durch Abschluss von Lieferverträgen ist auch darauf hinzuweisen, dass sie heute im Hinblick auf die Marktöffnung auch unabhängig vom Netzeigentum mittels Verträgen mit finanziellen Anreizen erfolgt.

72. Für die Beurteilung der wettbewerblichen Lage muss auch das EMG berücksichtigt werden, das eine Durchleitungspflicht vorschreibt, welche im Verteilnetz gilt (Art. 5 Abs. 1 und 3 EMG-Entwurf). Gegen die Einführung dieser Durchleitungspflicht hat es bisher im Parlament (Beratungen im Nationalrat) keine grundsätzliche Opposition gegeben.

73. Fraglich ist einzig, ob das EMG das Missbrauchspotenzial (auch gegenüber festen Kunden) bei vertikal integrierten Netzbetreibern vollständig zu beseitigen vermag. Bekanntlich bezieht sich die im Entwurf vorgesehene Netzgesellschaft lediglich auf das Übertragungsnetz und nicht auch auf das Verteilnetz. Für Letzteres schreibt der Entwurf lediglich eine buchhalterische Trennung vor (Art. 7 EMG-Entwurf), die mögliche Interessenkonflikte vertikal integrierter Netzbetreiber vermutlich weniger effizient zu beseitigen vermag.

74. In Bezug auf die Wirkung des EMG auf langfristige Verträge ist auf Artikel 29 des EMG-Entwurfes hinzuweisen, der in bestimmten Fällen die Anpassung bestehender Vertragsverhältnisse ermöglicht.

Auch das KG (insb. Art. 5) bleibt auf solche Verträge grundsätzlich anwendbar.

75. Im Zusammenhang mit der Marktöffnung und dem fairen Wettbewerb zwischen Stromversorgern um Endkunden ist schliesslich zu betonen, dass der Kanton GR seine Stellung und gesetzlichen Befugnisse (insb. in Bezug auf die Erlangung von wettbewerblich sensiblen Informationen der EVU, vgl. oben Rz. 5) nicht dazu missbrauchen darf, um die Wirksamkeit des Wettbewerbs zu beeinträchtigen. Das EMG schreibt die Anpassung bzw. Aufhebung solcher kantonalen Vorschriften vor (Botschaft zum EMG Ziff. 15).

B.2.2.2.b Ergebnis

Das Zusammenschlussvorhaben weist keine vertikalen Auswirkungen auf, die zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

B.2.2.3 Sonstige Auswirkungen

B.2.2.3.a Nebenabreden ("ancillary restraints")

77. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Vorhaben bzw. dem GU nicht unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren nicht notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden ("ancillary restraints") zu bezeichnen (vgl. M. Leupold, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, S. 150; A. Palasthy, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1).

78. Abreden, die die genannten Bedingungen nicht erfüllen (keine Nebenabreden), erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid (Ph. Zurkinden, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, Diss. Basel, 1999, S. 157 f.). Sie bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Artikel 5 KG, u.U. im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren.

79. Es gilt nachfolgend, die im Vertrag der Partner betreffend die "energiewirtschaftliche Zusammenarbeit", welcher ihrem Zusammenarbeitsvertrag betreffend Rätia Power beigelegt ist, vereinbarten Bestimmungen wettbewerbsrechtlich zu würdigen.

- *Bereitstellung der energiewirtschaftlichen Ressourcen von Atel und EGL [...]*⁵

⁵ Geschäftsgeheimnis

Diese Bestimmung ist als grundsätzlich wettbewerbsneutral einzu-
stufen und bedarf daher keiner näheren Prüfung.

- *Energiebezüge von Rätia Energie AG [...]*⁶

Die Bestimmung in ihrer gegenwärtigen Form bewirkt oder be-
zweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, die für das Funktionieren
der Rätia Energie AG nicht notwendig ist. Sie ist daher von diesem
Entscheid nicht abgedeckt.

B.2.2.3.b Spill-over effects

80. Fraglich ist noch, ob das Vorhaben Anlass zu einer wettbewerbs-
rechtlich relevanten Koordinierung der Aktivitäten der Beteiligten,
insb. der Partner, ausserhalb des vertraglich festgelegten Kooperati-
onsgegenstandes geben wird. Eine solche Koordination könnte eine
bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken oder als
Wettbewerbsabrede unter Artikel 5 KG fallen.

81. Diese Koordinierung erfährt keine Legalisierung durch den fusi-
onskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid (Ph. Zurkinden, op. cit.,
S. 157 f.).

82. Fest steht, dass die Partner nach Vollzug des Zusammenschlusses
in den gleichen Bereichen wie die Rätia Energie AG bzw. in miteinan-
der eng verknüpften Bereichen tätig bleiben werden. Eine Koordinie-
rung kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Eine
spürbare Koordinierung, die primär auf den Zusammenschluss zurück-
zuführen wäre, ist jedoch unwahrscheinlich angesichts der verhältnis-
mässig geringen Bedeutung der Aktiva des GU im Vergleich zu denje-
nigen der Partner und der Tatsache, dass die bestehende GU-
Konstellation durch die Einverleibung der BK nicht wesentlich geän-
dert wird.

B.2.2.3.c Ergebnis

83. Artikel [...] ("Energiebezüge von Rätia Energie AG") des Vertra-
ges zwischen Rätia Energie AG, dem Kanton GR, der Atel und der EGL
betreffend die energiewirtschaftliche Zusammenarbeit ist von diesem
Entscheid nicht abgedeckt und unterliegt somit Artikel 5 KG. Der vor-
liegende Entscheid präjudiziert nicht die materielle Beurteilung dieser
Vertragsbestimmung.

B.3 Schlussfolgerung

84. 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 Artikel 10 KG sind daher
nicht gegeben.

⁶ Geschäftsgeheimnis

B 2.3	6. St. Galler Tagblatt AG / Medien Z Holding - Radio RI
-------	--

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 15. Mai 2000 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen der St. Galler Tagblatt AG (nachstehend "STG") sowie der Medien Z Holding AG (nachstehend "MZH") ein.

Die STG ist Herausgeberin des St. Galler Tagblattes, Verlegerin diverser Zeitschriften im Special-Interest-Bereich bzw. via Tochtergesellschaften des ostschweizerischen Gratisanzeigers "Anzeiger". Zudem verteilt die STG Zeitungen, Zeitschriften und Drucksachen. Die STG ist auch im Bereich der elektronischen Medien tätig, indem sie eine Beteiligung von 44% an der Kafera AG, der Trägerin von "Radio aktuell", hält. Im Jahre 1999 hat die STG zudem sämtliche Aktien des Lokalfernsehsenders Tele Ostschweiz übernommen.

Die MZH hält verschiedene Beteiligungen im Mediensektor und setzt ihre Schwerpunkte bei der Verbreitung von Radioprogrammen und der Vermittlung von Radiowerbung. Die MZH ist zu 30% an der Radio RI AG beteiligt. Ferner hervorzuheben sind die Beteiligungen der MZH an der Radio Z AG (100%), der Radio Eviva AG (20%), der IP Multimedia (Schweiz) AG (33%) und an der ProSpot Z AG (80%)

Im Rahmen des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens beabsichtigen die STG und die MZH, fortan die gemeinsame Kontrolle über die Radio RI AG (nachstehend "Radio RI") auszuüben. Radio RI ist Inhaberin einer Lokalradiokonzession und verbreitet unter diesem Namen ein Lokalradioprogramm im St. Galler Rheintal (Region Nr. 42). Als kleines Lokalradio kämpft Radio RI seit geraumer Zeit mit erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten.

Das Ziel der geplanten Zusammenarbeit mit der STG und der MZH liegt in einer engen Kooperation mit dem Radiosender Radio aktuell (STG) hinsichtlich Vermarktung und Werbung sowie im Programmbe-
reich: Radio RI soll von Radio aktuell ein Mantelprogramm übernehmen, damit sich Radio RI auf das lokale Programmangebot beschränken und Kosten einsparen kann. Die Integration von Radio aktuell ins Betriebskonzept von Radio RI soll schliesslich auch eine längerfristige Verbesserung des Vermarktungsbereichs ermöglichen, indem Radio RI der Anschluss an nationale Werbekampagnen ermöglicht werden soll. Zu diesem Zweck hat die Radio Ostschweiz AG (vormals Kafera AG) als von der STG kontrollierte Trägerin von Radio aktuell mit Radio RI einen Werbepool (den sog. "Ost-Pool") vereinbart.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Gemeinschaftsunternehmen

Die Übernahme der Kontrolle über Radio RI durch die STG und die MZH soll durch eine neue Beteiligung der STG an Radio RI von 35% und der Erhöhung der entsprechenden Beteiligung der MZH von 30% auf 35% geschehen. Nach erfolgtem Erwerb dieser Beteiligungen werden der STG und der MZH mit einem Aktionärsbindungsvertrag starke Minderheitsrechte eingeräumt. Demnach unterliegen die wichtigsten geschäftspolitischen Entscheide von Radio RI jeweils dem Zustimmungsvorbehalt der Aktionärsvertreter der STG und der MZH, woraus ein bestimmender Einfluss der meldenden Unternehmen auf die Gestaltung des unternehmerischen Geschicks von Radio RI resultiert.

Da die STG und die MZH auf diese Weise die gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, ist das gemeldete Zusammenschlussvorhaben als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 VKU zu qualifizieren.

Überschreitung der Umsatzgrenzwerte

Weil das der Meldung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft im Jahre 1999 abgeschlossen worden ist, sind die Umsätze des Geschäftsjahres 1998 massgebend (vgl. Art. 9 Abs.1 KG).

Die STG erzielte unter Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Umsätze ihrer Tochterunternehmen und insbesondere ihres Mutterunternehmens (AG für die Neue Zürcher Zeitung) im Geschäftsjahr 1998 einen Umsatz, der nach Multiplikation mit dem Faktor 20 (Art. 9 Abs. 2 KG/Art. 7 VKU) die Umsatzgrenzwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG (CHF 500 Mio. Umsatz eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens in der Schweiz) weit übersteigt.

Die MZH erzielte im Geschäftsjahr 1998 unter Hinzurechnung der Umsätze ihrer Tochterunternehmen einen Umsatz von CHF [...]. Multipliziert mit dem Faktor 20 (Art. 9 Abs. 2 KG/Art. 7 VKU) resultiert ein massgeblicher Umsatz von CHF [...].

Das Zusammenschlussvorhaben ist gemäss Artikel 9 KG zweifellos meldepflichtig.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Im Medienbereich sind in sachlicher Hinsicht die Märkte für Information/Unterhaltung (vorliegend der Hörermarkt) und für Werbung zu unterscheiden.

Hörermarkt

Vorliegend ist gemäss Praxis der Wettbewerbskommission von einem *sachlich* relevanten Markt für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen auszugehen.

Räumlich wird dieser Markt beschränkt durch das Gebiet, in welchem ein Rundfunkprogramm empfangen werden kann. Im vorliegenden Fall wird der räumlich relevante Markt durch das in der Lokalradio-konzession von Radio RI definierte Sendegebiet (Region Nr. 42, St. Galler Rheintal) begrenzt, umfasst also mit anderen Worten das Sendegebiet von Radio RI, welches sich effektiv über das St. Galler Oberland, das Bündner Rheintal und das Fürstentum Liechtenstein erstreckt. In das Sendegebiet von Radio RI strahlen vor allem Radio Liechtenstein ("Radio L"), Radio Grischa, Radio aktuell, DRS 1 bis 3 und SWR 3 ihre Programme aus. Ferner werden auch die Programme von Radio Österreich, des Bayrischen Rundfunks, der Antenne Bayern und von Radio 7 empfangen, wenn auch in geringerem Umfang.

Laut Schätzungen der meldenden Unternehmen verzeichnet Radio RI in seinem Sendegebiet einen Marktanteil von ca. 16,6%. Dieser lässt sich aus den Resultaten der jährlich erscheinenden Privatradio-Studie der Firma Publica Data, einer Tochtergesellschaft des SRG-Forschungsdienstes, ableiten, wobei sie auf das Sendegebiet von Radio RI angepasst werden muss. Basis dieser Untersuchung bildet die sog. "allgemeine Hörerschaft", bestehend aus einer bestimmten Anzahl Radiohörer, die angeben, welches Radioprogramm sie normalerweise konsumieren. Im Sendegebiet von Radio RI empfangen von 168 befragten Radiohörern nur gerade 27 regelmässig Radio RI; dies entspricht dem oben angeführten, geschätzten Marktanteil.

Selbst wenn die Empfänger der ausländischen Sender (SWR 3, Bayrischer Rundfunk, Antenne Bayern, Radio Österreich und Radio 7) nicht in die Berechnung miteinbezogen werden, liegt der Marktanteil von Radio RI mit ca. 18,8% unter 20%. Zudem verzeichnet Radio RI im eigenen Sendegebiet deutlich niedrigere Einschaltquoten als seine schärfsten Konkurrenten Radio Grischa, Radio L oder Radio DRS (Radio L wird als liechtensteinischer Sender in der erwähnten Studie leider nicht erfasst, verzeichnet jedoch im interessierenden Gebiet einen hohen Höreranteil).

Das von der STG kontrollierte Radio aktuell, mit welchem im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine Kooperation beabsichtigt wird, kann im Sendegebiet von Radio RI nicht empfangen werden. Der Marktanteil des Volksmusiksenders Radio Eviva, an welchem die MZH eine Beteiligung von 20% hält, ist vernachlässigbar, zumal Radio Eviva ein Satelliten-Radioprogramm ausstrahlt. Das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben bewirkt daher im sachlich relevanten Markt für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen innerhalb der einschlägigen räumlichen Grenzen (Sendegebiet von Radio RI) keine Marktanteilsaddition, womit der Hörermarkt auch aufgrund des erwähnten Marktanteils von Radio RI nicht im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen ist. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach auf diesem sachlich und räumlich relevanten

Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

Werbemärkte

In *sachlicher Hinsicht* sind die Märkte für nationale und regionale/lokale Rundfunkwerbung zu unterscheiden. Je nach zu vermarktetem Produkt sind die verschiedenen Medien (Radio, Fernsehen, Printmedien, Direktwerbung) untereinander substituierbar oder verhalten sich lediglich komplementär (vgl. RPW 1997/2, S. 190 f.), so dass entweder von einem Markt für Werbung generell oder – was im vorliegenden Fall angesichts der Besonderheiten der Radiowerbung wohl sachgerecht wäre – von einem engeren Markt für Rundfunkwerbung innerhalb der jeweiligen räumlichen Grenzen auszugehen ist. Ob vorliegend der Markt für Werbung generell oder lediglich für Rundfunkwerbung massgeblich ist, kann hier offengelassen werden, da das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben sowohl bei der engsten als auch bei allen weiteren Marktabgrenzungen eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt. Immerhin mag die Gründung von Radio-Werbepools (vgl. hierzu etwa MEDIA TREND JOURNAL 3/2000, S. 48 ff.) als Indiz dafür gedeutet werden, dass die sachliche Marktabgrenzung eher eng zu ziehen ist.

In *räumlicher Hinsicht* ist der Markt für regionale/lokale Radiowerbung regional bzw. lokal abzugrenzen, nämlich durch das Sendegebiet von Radio RI. Ob der räumlich relevante Markt für nationale Radiowerbung national oder regional/lokal zu definieren ist, kann hier offen bleiben, weil das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben selbst bei enger lokaler Definition des räumlichen Marktes für nationale Radiowerbung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Markt für regionale/lokale Werbung

Nach Erlangung der vorliegend zu prüfenden Kontrolle durch die STG und die MZH über Radio RI wäre Radio RI zusammen mit Radio aktuell in den "Ost-Pool" eingebunden und könnte sich fortan besonders im Bereich der nationalen Werbung auf ein umfangreicheres Werbevolumen abstützen.

Die gesamten Werbe- und Sponsoringeinnahmen von Radio RI beliefen sich im Jahre 1999 auf CHF [...], wovon CHF [...] auf den lokalen und regionalen Werbemarkt entfielen. Die Werbeeinnahmen der anderen Lokalsender, insbesondere von Radio L, sind nicht bekannt, mit Ausnahme jener von Radio Grischa (ca. CHF [...]). Die Werbeeinnahmen von Radio RI sind jedenfalls vergleichsweise bescheiden.

Marktanteilsschätzungen für den regionalen/lokalen Rundfunk-Werbemarkt im Sendegebiet von Radio RI liegen nicht vor, sind indes im vorliegenden Fall auch entbehrlich, da die aktuelle Konkurrenz auf dem lokalen sowie regionalen Werbemarkt auch nach dem inte-

ressierenden Übernahmeprojekt intakt bleibt: So können Werbetreibende, die im Sendegebiet von Radio RI aktiv sind, auf andere Lokalradios wie Radio Grischa und Radio L ausweichen. Dies bedeutet, dass Werbetreibenden nach der Erlangung der Kontrolle durch die STG und die MZH über Radio RI Radio-Werbepattformen über zwei Radio-Werbepools offenstehen, nämlich über den "Leader-Pool" (Radio Grischa, Piz, Top Gesamt, Zürisee) und den "Ost-Pool" (Radio aktuell, Radio RI). Insbesondere bietet sich als Werbeträger auch das im relevanten Gebiet weitverbreitete Radio L an, welches keinem Radio-Werbepool angehört.

Angesichts der aktuellen Konkurrenzsituation können Erörterungen zum potenziellen Wettbewerb unterbleiben. Bei der soeben skizzierten aktuellen Konkurrenz auf dem Markt für regionale/lokale Rundfunkwerbung bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die geplante Übernahme der Kontrolle über Radio RI durch die meldenden Unternehmen eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

Die Auswirkungen des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt für nationale Werbung sind vernachlässigbar.

Ergebnis

Zusammenfassend ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben der STG und der MZH in Sachen Radio RI eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	7. NZZ-Gruppe / Bertelsmann AG - Druckerei-Branchensoftware
-------	--

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 18. Mai 2000 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen der schweizerischen NZZ-Gruppe und der deutschen Bertelsmann AG ein.

Die **Bertelsmann AG** (nachstehend "Bertelsmann") ist das Mutterunternehmen des gleichnamigen Medienkonzerns. Die internationalen Gruppenaktivitäten umfassen Printmedien (Buch-, Zeitschriften- und Zeitungsverlage), diverse Fachverlage in den Bereichen Wissenschaft und Wirtschaft, Musikmedien, die mitbeherrschende Beteiligung an den Rundfunkaktivitäten der CLT-UFA sowie damit im Zusammenhang

stehende Dienstleistungen (Druckerei, Digitalisierung, Marketing, Layout etc.).

Die **NZZ-Gruppe** (nachstehend "NZZ") verlegt und vertreibt vorwiegend in der Schweiz überregionale und regionale Tageszeitungen und unterhält daneben vergleichsweise untergeordnete Aktivitäten in den Bereichen Druckerei, Buchverlag und elektronische Medien (Dokumentation, Information).

Im Rahmen des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens beabsichtigen Bertelsmann (über ihre Tochtergesellschaft Reinhard Mohn GmbH) sowie NZZ (über ihre Tochtergesellschaft Zollikofer AG), gemeinsam eine Beteiligung von über 80% am Aktienkapital der **SSB Software Service und Beratung GmbH** (nachstehend "SSB") mit Sitz in München zu erwerben; die NZZ soll über die Zollikofer AG zu 27,3%, Bertelsmann über die Reinhard Mohn AG zu 54,7% an der SSB beteiligt sein.

Die SSB entwickelt und vertreibt Software-Branchenlösungen für die Druckindustrie, welche für die Ablaufsteuerung des Druckereibetriebs sowie für Einkauf- und Materialwirtschaft, Auftragsabwicklung, Vertrieb und dergleichen eingesetzt werden. Das System trägt den Produktnamen "DISO" und wird von Unternehmen der Bereiche Print- und graphische Druckerei sowie Etiketten- und Verpackungsherstellung verwendet.

1. Sowohl die NZZ als auch Bertelsmann verwenden in ihren Betrieben die Druckerei-Branchensoftware von SSB. Die interessierende Software wurde bereits vor einigen Jahren entwickelt und muss in den nächsten Jahren dringend modernisiert werden. Trotz ihrer guten Kundenstruktur ist die SSB nicht in der Lage, ihre Geschäftstätigkeit aus eigener Kraft zu finanzieren. Die meldenden Unternehmen wollen mittels der geplanten Beteiligung gemeinsam sicherstellen, dass die heute verwendete Softwareversion weiterentwickelt wird und damit auch in Zukunft zur Verfügung steht.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Indem die NZZ und Bertelsmann an der SSG zusammen eine Beteiligung von über 80% erwerben, erlangen sie die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben ist mithin als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 VKU zu qualifizieren.

Die Umsätze der NZZ und von Bertelsmann im Geschäftsjahr 1998/1999 übersteigen die Umsatzgrenzwerte von Artikel 9 Absatz 1 KG, das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Vorliegend ist von einem sachlich relevanten Markt für Druckerei-Branchensoftware auszugehen. Räumlich erstreckt sich der relevante

Markt auf die Schweiz, eventuell auf Europa (von insgesamt 120 SSB-Kunden befinden sich deren 13 in der Schweiz). Die genaue Abgrenzung des räumlichen Marktes kann indessen offen bleiben, da das gemeldete Zusammenschlussvorhaben auch bei engster räumlicher Marktdefinition (Schweiz) keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bewirkt.

Weder die NZZ noch Bertelsmann sind auf dem soeben beschriebenen sachlich relevanten Markt selber tätig. Die meldenden Unternehmen bewirtschaften zudem vornehmlich verschiedene geographische Märkte. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben führt in der Schweiz daher nicht zu Marktanteilsadditionen auf dem sachlich relevanten Markt. Die genauen Marktanteile von SSB sind zwar nicht bekannt, übersteigen in Deutschland 5% aber kaum und sind in der Schweiz vernachlässigbar.

Schliesslich besteht auf dem Markt für Druckerei-Branchenlösungen intakte aktuelle Konkurrenz: Die grössten Anbieter solcher Software sind die Herbert Dahm Datensystem GmbH in Deutschland, die Mart GmbH in den Niederlanden und die Orcom Systems in der Schweiz. Daneben existieren diverse andere kleinere Softwareanbieter wie die SSB, welche entsprechende Branchenlösungen entwickeln.

Ergebnis

Zusammenfassend ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben mangels Marktanteilsadditionen und angesichts der intakten aktuellen Konkurrenz keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben der NZZ und von Bertelsmann mit der SSB eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	8. Gebr. Tobler AG / Alruma AG
--------------	---------------------------------------

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

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

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

Die Alruma AG, Zürich, beabsichtigt, die Gebrüder Tobler AG, Urdorf, zu übernehmen. Aufgrund der gegebenen Beteiligungsstruktur an der Alruma AG ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission zum Schluss gekommen, dass als beteiligte Unternehmen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU die UBS AG als kontrollierendes und die Gebr. Tobler AG als kontrolliertes Unternehmen heranzuziehen sind. Die Alruma AG als sog. "special purpose vehicle" wurde einzig zum Zweck des Aktienerwerbs an der Gebr. Tobler AG gegründet.

Die Gebr. Tobler AG ist vor allem als Grosshändler von Haustechnik und von Haustechnik-Systemen, namentlich im Bereich Wassertechnik, tätig. Die UBS AG verfügt in den Tätigkeitsbereichen der Gebr. Tobler AG weder über eigene Aktivitäten noch über entsprechende Beteiligungen. Im konkreten Fall bestehen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, die vom Zusammenschluss berührt werden.

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

B 2.3	9. Bon appétit Gastronomie AG / Bell Gastro
-------	--

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

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

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

Die Bon Appétit Gastronomie AG, eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Bon appétit Group AG, bzw. ihre Tochtergesellschaft Howeg AG hat mit dem Kauf- und Zusammenarbeitsvertrag vom 1. Dezember 1999 die Gastrobeflieferungsorganisation Bell Gastro von der Bell Holding AG erworben. Der Vollzug ist per 1. Oktober 2000 vorgesehen.

Die Howeg AG belieferte ihre Kunden bisher mit dem Trockensortiment Food, Nonfood und Getränke, nicht aber mit Fleischwaren. Mit dem Kontrollwechsel wird die Howeg AG für die Belieferung im Bereich der Gastronomie ihr Sortiment mit dem Bereich Fleischwaren erweitern können. Die Bon appétit Gastronomie AG bzw. die Howeg AG übernimmt von Bell Gastro den Verkauf, das Marketing und die Logistik. Die Bell Gastro wird sich auf die Produktion von Fleisch konzentrieren. Die Bon appétit Gastronomie AG ist insbesondere im Bereich des Grosskonsumentenmarktes tätig. Die Nachfrageseite umfasst unter anderem Hotels, Pensionen, Restaurants, Bars, Dancings, Imbisse, Take-aways, Personalrestaurants, Heime, Spitäler, Kantinen, Club- und Sportlokale. Die Angebotsseite lässt sich in den Abholgrosshandel und in den Belieferungshandel unterteilen. Die Bell Gastro ist eine Organisationseinheit der Bell AG, eine Tochtergesellschaft der Bell Holding AG, die vorwiegend im Bereich der Fleischverarbeitung und des Fleischhandels tätig ist. Die Bell Gastro beliefert Gastronomiebetriebe mit Fleisch.

Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keiner wesentlichen Kumulation von Marktanteilen auf dem Grosskonsumentenmarkt. Im konkre-

ten Fall bestehen keine betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, die vom Zusammenschluss berührt werden.

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

B 2.3	10. Weitere
--------------	--------------------

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

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

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

Die Wettbewerbskommission erachtet den Unternehmenszusammenschluss ALSTOM / ALSTOM ABB POWER als unbedenklich.

B 2	4. Sanktionen Sanctions Sanzioni
------------	---

B 2.4	1. Zusammenschluss Unternehmung X / C-AG und D-AG
--------------	--

Verstöße im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 51 Abs. 1 KG

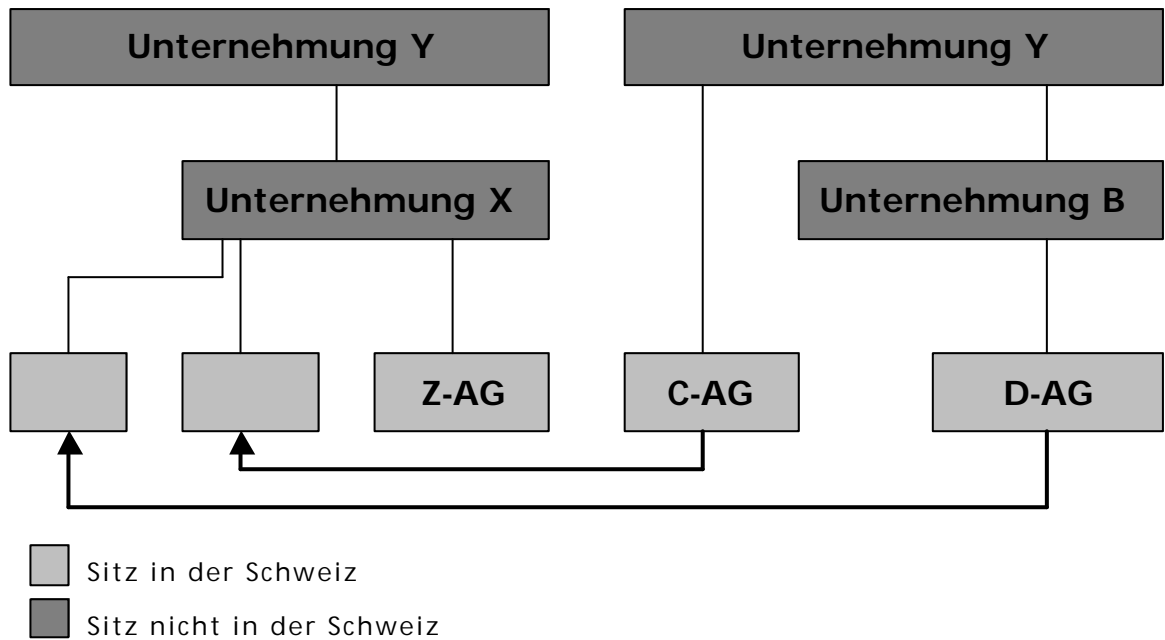
Inobservation en rapport avec les fusions d'entreprises selon l'art. 51 al. 1 LCart

Infrazioni in relazione con le fusioni giusta l'art. 51 cpv. 1 LCart

Verfügung vom 8. Mai 2000 in Sachen Verwaltungssanktionen gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG

A. Sachverhalt

1. Die Unternehmung X ist eine Tochtergesellschaft der Unternehmung Y. Die Unternehmung X hält, erwirbt und verwaltet Geschäftsanteile anderer Gesellschaften und Grundstücke. Die Z-AG ist eine Tochtergesellschaft der Unternehmung X.
 2. Die D-AG ist eine Tochtergesellschaft der Unternehmung B, die ihrerseits eine Tochtergesellschaft der Unternehmung A ist. Die D-AG ist in der Informatikbranche tätig.
 3. Die C-AG ist eine direkte Tochtergesellschaft der Unternehmung A. Die C-AG ist ebenfalls in der Informatikbranche tätig.
-



4. Am 25. Januar 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über folgenden Zusammenschluss erhalten (vgl. act. 4): Die Unternehmung X hatte am 24. November 1999 von der Unternehmung A die Aktien der C-AG und von der Unternehmung B die Aktien der D-AG gekauft.

5. Die Käuferin war bei der Übernahme der Ansicht, dass der Zusammenschluss nicht meldepflichtig sei. Sie ging davon aus, dass lediglich der von ihrer schweizerischen Tochtergesellschaft Z-AG in der Schweiz erzielte Umsatz relevant sei (ca. [...] Franken im Jahr 1998) und somit die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Kartellgesetz (KG) nicht erreicht seien (vgl. act. 1). Diese Problematik wurde jedoch erst nach dem Vollzug des Zusammenschlusses festgestellt. Die nachträgliche Meldung erfolgte am 25. Januar 2000 (vgl. Ziff. 4).

6. Der Zusammenschluss war meldepflichtig, wurde jedoch von der Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 28. Januar 2000 für unbedenklich erklärt, weil keine betroffenen Märkte i.S.v. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) bestanden, die vom Zusammenschluss berührt worden wären (vgl. act. 6). Auf die Einleitung einer Prüfung wurde deshalb verzichtet.

B. Verfahren

7. Am 13. März 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Sanktionsverfahren nach Artikel 53 Absatz 1 KG wegen eines möglichen Verstosses im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen eröffnet (Art. 51 KG; vgl. act. 7). Ein Sanktionsverfahren wurde bereits im Schreiben vom 25. Januar 2000 des Sekretariats der Wettbe-

werbskommission betreffend die Vollständigkeit der Meldung ausdrücklich vorbehalten (vgl. act. 5).

8. Gemäss Artikel 29 f Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) wurde die Unternehmung X mit Schreiben vom 13. März 2000 (vgl. act. 7) eingeladen, sich zum Vorwurf der Meldepflichtverletzung zu äussern.

9. Die Unternehmung X macht in ihrem Schreiben vom 14. April 2000 im Wesentlichen folgende Argumente geltend (vgl. act. 8):

Die beiden Unternehmen C-AG und D-AG befanden sich im Herbst 1999 in einer wirtschaftlich äusserst schlechten Lage und waren dem Konkurs nahe. Die Gesellschaften benötigten dringend zusätzliche finanzielle Mittel, welche die Muttergesellschaft nicht mehr bereitstellen wollte bzw. konnte. Die Übernahmeverhandlungen fanden deshalb unter grossem Zeitdruck statt. Mit dem am 24. November 1999 vollzogenen Aktienkauf (6 Tage nach Unterzeichnung des Aktienkaufvertrages) konnten die dringend benötigten finanziellen Mittel der D-AG und der C-AG zugeführt werden. Angesichts dessen konnten gewisse Abklärungen (u.a. die Meldepflicht des Zusammenschlusses) nicht mit der sonst üblichen Sorgfalt und Genauigkeit vorgenommen werden. Der Irrtum bezüglich Meldepflicht wurde erst nach dem Vollzug des Aktienkaufes festgestellt. Die Unternehmung X hat anschliessend die erforderlichen Massnahmen eingeleitet und mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Kontakt aufgenommen.

Aufgrund dieser Umstände sei das Fehlverhalten der Unternehmung X als entschuldbar anzusehen. Des Weiteren sei bei der Bemessung der Sanktion zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss als unbedenklich beurteilt hat. Die Stellungnahme wird mit dem Fazit geschlossen, dass der vorliegende Fall somit höchstens als leichter Fall zu beurteilen sei. Entsprechend sei von einer Sanktion gegen die Unternehmung X abzusehen.

C. ERWÄGUNGEN

1. Anwendbarkeit des KG

10. Gegenstand des Verwaltungsanktionsverfahren ist der Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung. Dieser stellt einen Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 KG dar.

11. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Artikel 18 Absatz 3 KG und Artikel 53 KG zuständig für die Ausfällung von Verwaltungsanktionen.

12. Auf die kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar, soweit das KG von diesen nicht abweicht. Artikel 53 KG enthält keine abweichende Bestimmung. Die einschlägigen Be-

stimmungen des VwVG sind somit anwendbar (RPW 1998, Curti & Co AG, S. 614 ff.).

2. Unternehmenszusammenschluss

13. Als Unternehmenszusammenschluss gilt nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung, durch den ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erhält. Durch den Kontrollerwerb der Aktien der D-AG und der C-AG durch die Unternehmung X liegt ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor, sofern die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 KG erreicht sind.

14. Obwohl die beiden übernommenen Gesellschaften rechtlich gesehen zwei selbstständige Unternehmen sind, liegt wirtschaftlich betrachtet eine Übernahme vor. Zweck des Zusammenschlusses war die Übernahme des gesamten Schweizer Geschäfts der Unternehmung A. Im Übrigen geht auch aus dem Kaufvertrag hervor, dass es sich um eine Übernahme handelt: So besteht lediglich ein Kaufvertrag für den Erwerb beider Gesellschaften und der Kaufpreis ist für die beiden Gesellschaften nicht getrennt aufgeführt.

3. Meldepflicht

15. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, falls die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 KG erreichen. Als beteiligte Unternehmen gelten bei der Erlangung der Kontrolle das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich auch aus dem Umsatz seiner Mutter- und Schwesterunternehmen zusammen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c VKU).

16. Vorliegend ist das kontrollierende Unternehmen die Unternehmung X, die Teil der Unternehmung Y ist. Die kontrollierten Unternehmen sind die D-AG und die C-AG.

17. Die Meldepflicht besteht, wenn die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 KG erreicht werden. Es müssen

- die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a erster Teilsatz KG) und
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

18. In casu betragen die kumulierten Umsätze aller beteiligten Unternehmen 1998 weltweit ca. [...] Franken. Die D-AG als kontrolliertes Unternehmen erzielte 1998 in der Schweiz einen Umsatz von [...] Franken und die C-AG (ebenfalls kontrolliertes Unternehmen) einen Umsatz von [...] Franken. Die Z-AG erwirtschaftete 1998 einen Umsatz von

[...] Franken, wobei aber gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b auch die in der Schweiz erzielten Umsätze der Mutterunternehmen hinzugerechnet werden müssen. Der Umsatz der Unternehmung Y inkl. der Z-AG betrug 1998 in der Schweiz [...] Franken.

19. Die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 KG werden erreicht. Es handelt sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Dies deckt sich im Übrigen auch mit der Einschätzung der Unternehmung X in den Schreiben vom 17. Dezember 1999 (vgl. act. 1) und vom 14. April 2000 (vgl. act. 8).

4. Verstoss

20. Vorhaben über Unternehmenszusammenschlüsse sind gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden.

21. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b VKU ist die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Unternehmen, welches die Kontrolle erlangt, einzureichen. In casu hat die Unternehmung X die Kontrolle erlangt und ist dementsprechend meldepflichtig.

22. Der Aktienkaufvertrag ist von den Parteien am 18. November 1999 unterzeichnet worden. Der Vollzug des Kaufvertrages erfolgte am 24. November 1999 durch Übergabe der Inhaberaktien der beiden übernommenen Gesellschaften. Die Unternehmung X hat Anfang Dezember 1999 erstmals telefonisch Kontakt mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission aufgenommen. Am 15. Dezember 1999 wurde dem Sekretariat ein Entwurf der Meldung zugestellt (vgl. act. 1).

23. Vorliegend handelt es sich somit um einen Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung i.S.v. Artikel 51 Absatz 1 KG. Die Unternehmung X hat im Übrigen bereits in ihrem Schreiben vom 15. Dezember 1999 auf diese Tatsache aufmerksam gemacht (vgl. act. 1).

24. Infolge Nichtmeldung eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ist somit eine Verwaltungssanktion gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG auszusprechen.

5. Sanktion

25. Nach Gesetz ist die Höhe der Verwaltungssanktion nach den konkreten Umständen zu bemessen. Das Abstellen auf die konkreten Umstände ist Ausdruck des im Verwaltungsrecht allgemein gültigen Verhältnismässigkeitsprinzips (Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I, S. 621). Die Höhe der Verwaltungssanktion ist so zu bemessen, dass sie für die betroffenen Unternehmen spürbar ist (vgl. insbesondere RPW 1998, Curti & Co AG, S. 618, Rz. 27).

26. Im Falle der Verletzung der Meldepflicht berücksichtigt die Wettbewerbskommission grundsätzlich drei Kriterien (RPW 1998, Curti & Co

AG, S. 619, Rz. 30; Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 706):

- Die Bedeutung des Unternehmens, das die Meldepflicht verletzt hat, auf dem Markt; dazu wird von dem in der Schweiz erzielten Jahresumsatz ausgegangen (Kriterium I);
- Die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche wird bejaht, wenn der Zusammenschluss zu gemeinsamen Marktanteilen von mehr als 20% bzw. mehr als 30% im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU führt (Kriterium II);
- Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG durch das Zusammenschlussvorhaben (Kriterium III).

27. Kriterium I stellt auf den in der Schweiz erzielten Jahresumsatz ab. Der gesamte durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen 1998 erzielte Umsatz in der Schweiz betrug [...] Franken (vgl. Ziff. 18). Von dieser Summe wird ein Basisbetrag ermittelt, der 0,1 Promille des Jahresumsatzes in der Schweiz beträgt (vgl. RPW 1998, Curti & Co AG, S. 619, Rz. 31f.). In casu resultiert ein Basisbetrag von [...] Franken.

28. Kriterium II bezieht sich auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb. Mit einem Marktanteil von insgesamt (D-AG, C-AG und Z-AG) rund [...] % (1998) bzw. [...] % (1999, geschätzt) liegen keine Märkte vor, die gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vom Zusammenschluss betroffen sind. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine Reduktion des Basisbetrages um 25% (vgl. RPW 1998, Curti & Co AG, S. 619, Rz. 31ff.). Als Zwischenergebnis resultiert ein Betrag von [...] Franken.

29. Kriterium III stellt auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG ab. Eine marktbeherrschende Stellung der D-AG, C-AG und Z-AG liegt nicht vor. Aufgrund dieser Konstellation rechtfertigt sich eine Kürzung des Zwischenergebnisses um 50% (vgl. RPW 1998, Curti & Co AG, S. 619, Rz. 31ff.). Es resultiert damit ein Betrag von [...] Franken. Dem Antrag der Partei (vgl. Ziff. 9), bei der Berechnung der Höhe der Sanktion die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses zu berücksichtigen, wird somit Folge geleistet.

30. Ein Verschulden ist nicht Voraussetzung zur Aussprechung einer Verwaltungssanktion nach Artikel 51 KG. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission werden ausschliesslich objektive Kriterien bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt (RPW 1998, Curti & Co. AG, S. 617f., Rz. 24, 28 und 29). Somit kann das Argument der Unternehmung X, dass die Pflicht zur Meldung des Zusammenschlusses bei den schweizerischen Wettbewerbsbehörden verletzt wurde, weil sich die

Verhandlungsparteien unter einem hohen Zeitdruck befanden (vgl. Ziff. 9), bei der Berechnung der Höhe des Sanktionsbetrages nicht berücksichtigt werden.

31. Aus den Vorbringen der Unternehmung X (vgl. Ziff. 9) ist ersichtlich, dass während der kurzen Zeitspanne zwischen Unterzeichnung des Aktienkaufvertrages und Vollzug des Aktienkaufes gewisse Abklärungen nicht mit der sonst üblichen Sorgfalt und Genauigkeit vorgenommen werden konnten. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Verletzung von Artikel 9 Absatz 1 KG vorsätzlich begangen wurde. Von einem Strafsanktionsverfahren i.S.v. Artikel 55 KG kann deshalb abgesehen werden.

32. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen wird die Unternehmung X für die Verletzung der Meldepflicht i.S.v. Artikel 51 Absatz 1 KG mit einem Betrag von [...] Franken belastet.

D. Kosten

33. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall die meldepflichtige Unternehmung. Sie, d.h. die Unternehmung X, ist Verfügungsadressatin.

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

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

36. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr beläuft sich demnach auf [...] Franken.

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

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Erlangung der Kontrolle durch die Unternehmung X an der C-AG und an der D-AG gemäss Artikel 9 Absatz 1 und 2 KG meldepflichtig war.
2. Die Unternehmung X wird gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG mit einem Betrag von [...] Franken belastet.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 2

5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni

B 2.5

1. Fristverlängerungsgesuch i.S. Vertrieb von Arzneimitteln

Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG

Décision incidente selon l'art. 45 al. 1 PA

Decisione incidente giusta l'art. 45 cpv. 1 PA

Zwischenverfügung in Sachen Fristverlängerungsgesuch des X. vom 28. April 2000 / 8. Mai 2000 im Zusammenhang mit der Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Vertrieb von Arzneimitteln wegen (angeblich) unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) hat den Parteien am 14. März 2000 den Verfügungsentwurf i.S. Vertrieb von Arzneimitteln (Sanphar) durch amtliche Publikation (BBl 2000, Nr. 10, S. 1360 f.) zur Stellungnahme zugestellt (Ordner VII, act. 65). Das Sekretariat hat zudem den ihm bekannten Parteien, mit hin auch X., den ganzen Verfügungsentwurf samt Aktenverzeichnis am 3. März 2000 vorab zur Kenntnisnahme zugestellt (Ordner VII, act. 67 und 69 f.).

2. X. hat mit Schreiben vom 9. März 2000 erstmals infolge Ferienabwesenheit der beiden für die Stellungnahme zuständigen Sachbearbeiter um Fristerstreckung ersucht (Ordner VII, act. 72). Das Sekretariat hat die Frist alsdann praxisgemäss um 30 Tage erstreckt (Ordner VII, act. 73).

3. X. hat mit Schreiben vom 28. April 2000 erneut um Fristverlängerung bis mindestens 23. Juni 2000, eventualiter bis 15. Juni 2000 ersucht (Ordner VIII, act. 15).

4. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 4. Mai 2000 die Frist letztmalig bis 22. Mai 2000 erstreckt (Ordner VIII, act. 16). Es hat X. im gleichen Schreiben eingeladen, bis 8. Mai 2000 mitzuteilen, ob am Fristverlängerungsgesuch vom 28. April 2000 festgehalten werde.

5. Mit Schreiben vom 8. Mai 2000 hat X. (im Folgenden: Gesuchsteller) dem Sekretariat mitgeteilt, er halte an seinem Fristverlängerungsgesuch vom 28. April 2000 fest. Gleichzeitig stellte er u.a. einen Antrag auf Wiedererwägung (Ordner VIII, act. 19).

B. Erwägungen

6. Gemäss Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), welches gemäss Artikel 39 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) auf das Kartellverwaltungsverfahren Anwendung findet, ergeht die Ablehnung eines Fristverlängerungsgesuchs in Form einer Zwischenverfügung (vgl. Beschwerdeentscheid REKO WEF vom 8. Juli 1999, in: RPW 1999/3, S. 497 ff., mit Hinweisen; *Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 2 octobre 1996, c. 2a*, in: VPB 61.60; ferner Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 zu Art. 61 VRPG und N 6 zu Art. 43 VwVG).

7. Gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Die vorliegende Verfügung ist eine verfahrensleitende Verfügung nach Artikel 23 Absatz 1 KG.

8. Der Gesuchsteller hat in seinem Schreiben vom 8. Mai 2000 zunächst ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht (Ordner VIII, act. 19).

a) Nach Artikel 58 Absatz 1 VwVG kann die Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen. Ein Wiedererwägungsgesuch setzt begriffsnotwendig eine Verfügung voraus. Konstitutives Element einer Verfügung ist u.a. die Ausrichtung auf verbindliche Rechtswirkungen (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Nr. 487 ff.). Dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn die Behörde Mitteilungen macht, deren Inhalt sich auf Empfehlungen, Vorschläge oder Ratschläge beschränkt (vgl. Grisel, *traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, S. 404; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Nr. 691 und 701).

b) Im vorliegenden Fall fehlt es an der vorausgesetzten Verfügung, um auf das Wiedererwägungsgesuch eintreten zu können. Dem Schreiben des Sekretariats vom 4. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 16) kommt kein Verfügungscharakter zu. Das Sekretariat hat dem Gesuchsteller in besagtem Schreiben einzig eine vorläufige und summarische Beurteilung des Gesuchs zukommen lassen und diesem empfohlen, das Gesuch zurückzuziehen. Damit hat das Sekretariat dem Gesuchsteller das (in casu allenfalls bestehende) rechtliche Gehör i.S.v. Artikel 30 Absatz 1 VwVG eingeräumt. Das Sekretariat hat zudem im Schreiben vom 4. Mai 2000 ausdrücklich den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung vorbehalten, sollte der Gesuchsteller an seinem Antrag festhalten wollen (Ordner VIII, act. 16). Damit fehlt dem Schreiben des Sekretariats bereits das für die Annahme einer Verfügung erforderliche Merkmal der Rechtsverbindlichkeit.

c) Auf das Wiedererwägungsgesuch wird deshalb nicht eingetreten.

9. Der Gesuchsteller hat ferner in seinem Schreiben vom 8. Mai 2000 an seinem zweiten Fristverlängerungsgesuch vom 28. April 2000 festgehalten (Ordner VIII, act. 19).

a) Nach Massgabe von Artikel 22 Absatz 2 VwVG kann eine behördlich angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht. Fristerstreckungsgesuche sind gehörig zu bescheinigen (vgl. Entscheid des Schweizerischen Bundesrates vom 24. August 1992, in: VPB 58.5; sinngemäss Art. 33 Abs. 2 OG; vgl. auch Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Berne 1990, ad art. 33 OJ chi. 2, p. 230) und diesbezügliche Gründe - soweit wie möglich - zu beweisen (vgl. § 12 Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG]; Kölz/Bosshart/Röhl, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. Aufl., Zürich 1999, N 9 zu § 12 VRG). Über das Vorliegen solcher Gründe entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen und nimmt dabei Rücksicht auf die Natur der Streitsache, die betroffenen Interessen und die Verfahrensumstände. Im Zusammenhang mit der zeitlichen Bemessung trägt die Behörde dem Interesse an einem raschen Verfahrensgang Rechnung (Merkli/Aeschliemann/Herzog, a.a.O., N 4 zu Art. 43 VRPG).

Nach der Praxis des Sekretariats kann die erstmals verlängerte Frist - auf ein entsprechendes Gesuch des Gesuchstellers hin - ein letztes Mal um maximal die Dauer der ordentlichen Frist verlängert werden. Im Gegensatz zur ersten Fristerstreckung muss der Gesuchsteller allerdings qualifizierte Gründe geltend machen. Damit gemeint sind Gründe, die auf höhere Gewalt zurückzuführen sind. So vermag etwa Arbeitsüberlastung allein eine zweite ausnahmsweise gewährte Fristverlängerung nicht zu rechtfertigen (vgl. im Ergebnis auch Beschwerdeentscheid REKO WEF vom 8. Juli 1999, in: RPW 1999/3, S. 497 ff.).

b) Der Gesuchsteller macht mehrere Gründe für das zweite Fristverlängerungsgesuch geltend:

aa) Der Gesuchsteller trägt in seinen Schreiben vom 28. April 2000 (Ordner VIII, act. 15) sowie vom 8. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 19) zunächst als "Hauptgrund" für das Gesuch vor, die Generalversammlung des Vereins "Sanphar" werde am 21. Juni 2000 den Entscheid "über die allfällige Aufhebung der Sanphar-Reglemente sowie über die allfällige Auflösung des Verbandes" fällen. Dieses Vorbringen genügt aus zahlreichen Gründen den Anforderungen an eine zusätzliche Fristverlängerung nicht.

Zunächst finden sich in den Vorbringen des Gesuchstellers überhaupt keine Belege für das Stattfinden einer Generalversammlung. Ferner räumt er ein, dass "zurzeit noch keineswegs sicher ist, ob und wieweit die Generalversammlung von Sanphar am 21. Juni 2000 den Anträgen des Vorstandes" folgen wird. Es fehlen wiederum Belege zu den Anträgen des Vorstandes und zu den traktandierten Beschlussgegenständen der Generalversammlung. Alsdann vermag der alleinige Umstand, dass eine wie auch immer geartete Änderung des kartellrechtlichen Untersuchungsgegenstandes nach Ablauf der bereits erstreckten Vernehmlassungsfrist (Art. 30 Abs. 2 KG) von den Parteien ins Auge gefasst wird, grundsätzlich keinen zureichenden Grund für eine zweite Verlängerung der Frist darzustellen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 12 zu § 12 VRG). Gerade dies verfolgt aber der Antrag des Gesuchstellers vom 28. April 2000 (Ordner VIII, act. 15), abgesehen davon, dass eine ohnehin nur ausnahmsweise eingeräumte zweite Fristerstreckung praxisgemäss höchstens 30 Tage und nicht - wie beantragt - fünf Wochen und mehr betragen kann. Schliesslich ergibt sich aus einem allgemein zugänglichen Communiqué von Sanphar, dass "der Verband zwar in der Versenkung verschwinden wird, dessen Aufgaben zum Teil aber weiter wahrgenommen werden" und "die bisherigen Dienstleistungen von einer selbstständigen, unternehmerisch geführten Organisation erbracht werden sollen" (Ordner VIII, act. 4). Mit anderen Worten dürfte selbst die beabsichtigte Auflösung des Vereines "Sanphar" nichts am kartellrechtlich relevanten Sachverhalt ändern, womit auch inhaltlich der Antragsbegründung des Gesuchstellers der Boden entzogen ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bereits infolge fehlender Belege das Verlängerungsgesuch abzuweisen ist. Im Übrigen könnte der oben aufgeführte Grund die beantragte Fristverlängerung auch an sich nicht rechtfertigen.

bb) Der Gesuchsteller macht ferner geltend, er habe von der protokollierten Aussage des Herrn Y (Ordner VII, act. 60) erst am 13. April 2000 anlässlich einer Akteneinsicht (Ordner VIII, act. 7) Kenntnis genommen (Gesuch vom 28. April 2000, Ziff. 1). Der Umstand, dass er die Akteneinsicht erst einen Tag vor Ablauf der ersten ordentlichen Frist

zur Stellungnahme in Anspruch genommen hat, gereicht dem Gesuchsteller zu seinem eigenen Nachteil. Die daraus resultierende zeitliche Dringlichkeit hat der Gesuchsteller - namentlich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass ihm der Verfügungsentwurf samt Aktenverzeichnis bereits am 3. März 2000 vorab zugestellt wurde und er diesen zur Kenntnis genommen hat (Ordner VII, act. 72) - selber zu vertreten. Er kann damit jedenfalls keine weitere Fristerstreckung rechtfertigen.

cc) Auch die geltend gemachte Arbeitsüberlastung (Gesuch vom 28. April 2000, Ziff. 3) stellt - im Unterschied zur ersten Fristverlängerung (Beschwerdeentscheid REKO WEF vom 8. Juli 1999, in: RPW 1999/3, S. 497 ff.) - keinen hinreichenden Grund für die beantragte zweite Fristverlängerung dar.

Im Übrigen könnte sich der Gesuchsteller auch mit der auf seine eigene Prioritätensetzung zurückzuführende Arbeitsüberlastung nicht exkulpieren. Nach Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren (SR 172.062) beträgt die Frist für die Vernehmlassung zur Revision KVV und KLV drei Monate. Mit der Fristverlängerung bis 22. Mai 2000 beläuft sich die Frist zur Stellungnahme i.S. Vertrieb von Medikamenten auf insgesamt 69 Tage seit amtlicher Publikation und auf 80 Tage seit Kenntnisnahme des Verfügungsentwurfes (vgl. Ordner VII, act. 72, in welchem der Gesuchsteller den Empfang des Verfügungsentwurfes bestätigt). Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich aus einem solchen Terminkalender eine Arbeitsüberlastung für einen Verband wie den X. ergeben soll. Es geht jedenfalls nicht an, dass ein Verfahren aufgrund der Unterschätzung des zu erwartenden Arbeitsanfalls seitens einer Partei erheblich verzögert wird. Es liegt somit auf der Hand, dass die geltend gemachten Umstände, auf welche die angebliche Arbeitsüberlastung zurückzuführen ist, keinen zureichenden Grund für die beantragte Fristverlängerung darstellen.

dd) Einzig die in Ziffer 2 des Gesuchs vom 28. April 2000 erwähnte (und belegte) Geschäftssitzung des Vorstandes vom 16. Mai 2000 vermag eine Fristverlängerung im Grundsatz (aber nicht soweit die Dauer in Frage steht) zu begründen. Die Einräumung einer Frist bis zum 22. Mai 2000 erscheint als angemessen, um die anlässlich der Vorstandssitzung vom 16. Mai 2000 erfolgten Beschlüsse umzusetzen.

c) Die Ausführungen zeigen mit hinreichender Deutlichkeit, dass weder die formellen noch die materiellen Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Gewährung einer zweiten Fristerstreckung um volle 30 Tage erfüllt sind. Mit der Fristverlängerung bis 22. Mai 2000, womit sich die Frist zur Stellungnahme - wie bereits oben erwähnt - auf insgesamt 69 Tage seit amtlicher Publikation und auf 80 Tage seit Kenntnis des Verfügungsentwurfes beläuft, wird den Anliegen des Gesuchstellers in angemessener Weise Rechnung getragen. Diese (neue) Frist erscheint schliesslich im Lichte anderer vergleichbarer gesetzlicher Fristen - wie etwa der nicht verlängerbaren (Art. 22 Abs. 1 VwVG) Be-

schwerdefrist von 30 Tagen von Artikel 50 VwVG - als durchaus grosszügig bemessen und liegt in jedem Falle im Rahmen der pflichtgemässen Ermessensausübung.

10. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 VwVG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Nach Artikel 55 Absatz 2 VwVG kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Ein solcher Entzug ist zu begründen (Beschwerdeentscheid REKO WEF vom 12. Juli 1999, in: RPW 1999/3, S. 501 ff.).

a) Der in Artikel 55 Absatz 1 VwVG enthaltene Grundsatz gilt ohne weiteres für positive Anordnungen einer Behörde. Fraglich ist indes, ob auch einer Beschwerde gegen eine negative Verfügung aufschiebende Wirkung zukommen kann.

Das Sekretariat vertritt in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Lehre die Auffassung, dass bei einer negativen Verfügung - wie in casu der Abweisung eines Fristverlängerungsgesuchs - der Suspensiveffekt nichts bewirken kann (vgl. Zimmerli/Kälin/Kiener, Grundlagen zum öffentlichen Verfahrensrecht, Bern 1997, S. 138; Kölz/Häner, a.a.O., Nr. 648). Wenn die beantragte Fristverlängerung nicht angeordnet worden ist, so kann auch die beantragte Rechtsfolge nicht gelten. Diese Rechtsfolge kann und braucht daher nicht zusätzlich noch aufgeschoben zu werden (BGE 117 V 188, 116 Ib 350; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 5 zu Art. 69 VRPG).

b) Um der Rechtssicherheit willen entzieht das Sekretariat einer allfälligen Beschwerde - vorsorglicherweise - dennoch die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung sei Folgendes angeführt:

aa) Zunächst könnte die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde zur Folge haben, dass dem - vom Sekretariat (teilweise) abgewiesenen - Gesuch um Fristverlängerung vorläufig entsprochen würde, mithin die zweite Fristansetzung obsolet würde (vgl. hierzu Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 7 zu § 25 VRG, wonach die aufschiebende Wirkung bei negativen Verfügungen ein solches gerade nicht nach sich ziehen kann).

bb) Alsdann gilt es zu verhindern, dass die im vorliegenden Kartellverwaltungsverfahren involvierten Parteien, unter ihnen auch der Gesuchsteller, das rechtliche Gehör i.S.v. Artikel 30 Absatz 2 KG dazu gebrauchen, mittels mehrfacher Fristverlängerungen den Untersuchungsgegenstand kurz vor Abschluss des zweijährigen Verfahrens vor der Wettbewerbskommission abzuändern, indem sie wenige Tage vor Ablauf der beantragten zweiten ausserordentlichen Fristverlängerung z.B. das kartellrechtlich beanstandete Verhalten modifizieren.

c) Aus diesem Grunde wird einer allfälligen Beschwerde vorsorglicherweise die aufschiebende Wirkung gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG entzogen.

A. Kosten

11. Über die Kosten für diese Zwischenverfügung wird mit dem Kostententscheid in der Hauptsache entschieden (RPW 1999/2, S. 219, Rz. 62).

D. Dispositiv

1. Auf das Wiedererwägungsgesuch wird nicht eingetreten.
2. In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 28. April/8. Mai 2000 um Fristverlängerung wird die Frist zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf i.S. Vertrieb von Arzneimitteln bis 22. Mai 2000 verlängert.
3. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG entzogen.
4. Über die Kosten für diese Verfügung wird mit dem Kostententscheid in der Hauptsache entschieden.
5. [Rechtsmittel]
6. [Eröffnung]

B 2

6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni

B 2.6

1. Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (pour le français B 2.6 2.)

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandations, préavis; art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazioni, preavviso; art.8 cpv. 2 LMI

Empfehlungen nach Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH – EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK).

1. Einleitung

1. Am 7. Februar 2000 hat die Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) einen Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in die interne Konsultation gegeben. Im Sinne der Transparenz

und der guten Zusammenarbeit ist die Vorlage auch der Wettbewerbskommission zur fakultativen Stellungnahme zugestellt worden.

2. Der Entwurf dient einerseits der Anpassung der IVöB an die Verpflichtungen der Kantone aus dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (bilaterales Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen). Andererseits vereinheitlicht der Entwurf auch die Schwellenwerte der Vergabeverfahren für Beschaffungen, welche nicht von den internationalen Verpflichtungen erfasst werden und demnach allein durch innerstaatliches Recht geregelt werden.

3. Die vorliegenden Empfehlungen stützen sich auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGBM kann die Wettbewerbskommission Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben. Der Entwurf wird mit diesen Empfehlungen daher allein aus Sicht des BGBM beurteilt.

4. Die Wettbewerbskommission hat im Mai 1998 zu einem Entwurf vom 25. März 1998 für eine Revision der IVöB Stellung genommen, welcher das kantonale und kommunale Beschaffungswesen in der Schweiz weitgehend vereinheitlicht hätte¹. Wo angezeigt, wird für weitere Ausführungen auf diese Empfehlungen hingewiesen.

2. Die Mindestanforderungen des BGBM an das kantonale und kommunale Beschaffungsrecht

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

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

6. Von diesen Minimalanforderungen darf nur unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM abgewichen werden. Die Beschränkungen

¹ Recommandations de la Commission de la Concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998 (Recommandations rév. AIMP), RPW/DPC 1998/2, p. 329 ff.

müssen demnach gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Ferner dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Das BGBM stellt demnach keine detaillierten Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auf, sondern dient allein der Durchsetzung des diskriminierungsfreien Marktzuganges.

7. Unter den Begriff der "öffentlichen Beschaffung" fallen sämtliche Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Artikel 5 Absatz 1 BGBM erfasst somit grundsätzlich sämtliche Auslagen, die von Trägern öffentlicher Aufgaben zur Erfüllung derselben getätigt werden².

3. Allgemeine Beurteilung des Entwurfs

8. Die WEKO beurteilt den Entwurf insgesamt sehr positiv. Sie begrüsst die Anstrengungen der Kantone zur Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne eines Binnenmarktes Schweiz. Von besonderer Bedeutung sind die nachfolgenden Punkte, welche den Mindestanforderungen des BGBM entsprechen:

- Der Anwendungsbereich des Entwurfs erfasst sämtliche Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden;
- Die Schwellenwerte für die Vergabeverfahren werden im Sinne von Obergrenzen gesamtschweizerisch vereinheitlicht, mit der Möglichkeit für die Kantone, auch tiefere Schwellenwerte anzusetzen;
- Beschaffungen, die aufgrund der Bagatellklausel nicht den internationalen Verpflichtungen unterstehen, werden gemäss dem innerstaatlichen Recht vergeben;
- Der Rechtsschutz wird für alle Beschaffungen verstärkt, indem der Zuschlag generell in Form von Verfügungen zu erfolgen hat und eine Beschwerde an eine unabhängige kantonale Rechtsinstanz vorzusehen ist³.

9. Diese Änderungen tragen zu mehr Transparenz, zu mehr Wettbewerb und daher zur Bildung eines Binnenmarktes Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens bei.

² Vgl. Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 13. November 1996 zum Entwurf der Submissionsverordnung des Kantons Uri (Empfehlung Uri), nicht publiziert, Bemerkungen zu Artikel 6 des Entwurfs, S. 4 f., und Recommandations de la Commission de la Concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998 (Recommandations NE), RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss., chiffre 9, p. 338.

³ Vgl. auch Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 3. November 1997 zu den Submissionsgesetzesentwürfen der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt, RPW/DPC 1997/4, S. 591 ff.

10. Empfehlungen gestützt auf das BGBM ergehen zum Anwendungsbereich betreffend Konzessionen, zur Ausnahmeregelung, zum Gegenrecht, zur freien Wahl zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren, zur Beschränkung der Anzahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter im Rahmen des selektiven Verfahrens, zum weiteren Vorgehen betreffend die Erfahrungen zu den Vergabeverfahren sowie zur Problematik der Vorschriften betreffend Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen.

4. Der Anwendungsbereich und Konzessionen

11. In Bezug auf den Anwendungsbereich der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen ist die Problematik vorhanden, dass mit der Vergabe von Konzessionen zum Teil die Erledigung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist (z.B. Verleihung des ausschliesslichen Rechts zur Bewirtschaftung des öffentlichen Grundes für die Aussenwerbung, sogenannte Werbepachtverträge)⁴. Die Wettbewerbskommission empfiehlt sicherzustellen, dass die Vergabe von solchen Konzessionen, mit denen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist, unter den Anwendungsbereich des Entwurfes fallen.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt sicherzustellen, dass die Vergabe von Konzessionen, mit welchen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist, in den Anwendungsbereich des Entwurfes fallen.

5. Die Ausnahmen (Art. 10 des Entwurfes)

12. In Artikel 10 des Entwurfes sind Fälle aufgelistet, in denen die Vereinbarung keine Anwendung finden soll (Aufträge an Behinderterinstitutionen, im Rahmen von Agrarprogrammen, für Beschaffung von Waffen, etc. sowie bei Gefährdung der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung etc.).

13. Das BGBM erfasst grundsätzlich alle Beschaffungen, welche zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden. Ausnahmen von der Anwendung von Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM gibt es in diesem Sinne nicht⁵. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann es aber gerechtfertigt sein, ein Verfahren zu wählen, aus welchem gleichzeitig Beschränkungen des Marktzuganges resultieren (z.B. die direkte Vergabe). Dies ist jedoch in jedem Fall einzeln zu entscheiden.

⁴ Vgl. Empfehlungen der Wettbewerbskommission gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen, RPW/DPC 1999/2, S. 260.

⁵ Recommandations NE du 6 juillet 1998, RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss., chiffre 8 ss.

14. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher, Artikel 10 des Entwurfes so abzuändern, dass die Ausnahmen nur für den Staatsvertragsbereich gelten und ansonsten die Vorschriften des Allgemeinen Teils anwendbar sind. Dies bedingt eine Änderung der Überschrift und des Einleitungssatzes des ersten Absatzes. Absatz 2 von Artikel 10 ist zu streichen. Im Kurzkomentar oder in allfälligen Erläuterungen kann darauf hingewiesen werden, dass die darin angesprochenen Fälle von öffentlichen Beschaffungen (Schutz der Polizeigüter und der Rechte des geistigen Eigentums) allenfalls im freihändigen Verfahren vergeben werden können.

Empfehlungen: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Überschrift von Artikel 10 des Entwurfes wie folgt zu formulieren:

" Art. 10 Ausnahmen des Staatsvertragsbereichs

¹ Die Vorschriften gemäss Staatsvertragsbereichs finden keine Anwendung auf: . . .".

Die Wettbewerbskommission empfiehlt, Artikel 10 Absatz 2 des Entwurfes zu streichen und den Kurzkomentar im dargestellten Sinne zu ergänzen.

6. Die Gegenrechtsklausel (Art. 10bis Bst. a des Entwurfes)

15. Gemäss Artikel 10bis des Entwurfes ist die Vereinbarung anwendbar auf Angebote von Anbietern, die ihren Sitz oder Wohnsitz haben: a) in einem beteiligten Kanton; b) in einem Staat, der durch einen Staatsvertrag entsprechend verpflichtet ist.

16. Ein Gegenrecht ist möglich in Bezug auf Staaten, welche durch Staatsvertrag entsprechend verpflichtet sind. Gegenrechtsvorbehalte in Bezug auf Kantone hingegen sind mit dem Inkrafttreten des BGBM hinfällig geworden. In einem Binnenmarkt Schweiz haben alle Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz Anspruch auf freien und diskriminierungsfreien Marktzugang. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher, Artikel 10bis Buchstabe a des Entwurfes zu streichen⁶.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Gegenrechtsklausel in Bezug auf die Kantone in Artikel 10bis Buchstabe a des Entwurfes zu streichen.

7. Die Vergabeverfahren (Art. 12 des Entwurfes)

17. Gemäss Artikel 12 des Entwurfes wird zwischen dem offenen und selektiven Verfahren, dem Einladungsverfahren und der direkten Ver-

⁶ Vgl. auch *Recommandatios rév. AIMP*, a.a.O., chiffre 12, RPW/DPC 1998/2, p. 329 ss.

gabe unterschieden. Im offenen Verfahren wird der geplante Auftrag öffentlich ausgeschrieben und alle Anbieter können ein Angebot einreichen. Im selektiven Verfahren wird der geplante Auftrag öffentlich ausgeschrieben und alle Anbieter können einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Anschliessend werden die Anbieter bestimmt, welche die Eignungskriterien erfüllen und daher ein Angebot einreichen dürfen. Im Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber ohne Ausschreibung direkt diejenigen Anbieter, welche zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Bei der freihändigen Vergabe schliesslich vergibt der Auftraggeber direkt.

1. *Wahl zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren (Art. 12bis Abs. 1 des Entwurfes)*

18. Im Staatsvertragsbereich kann wahlweise im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden (Art. 12bis des Entwurfes). Dasselbe gilt für den Allgemeinen Bereich, da diesbezüglich keine anderen Bestimmungen vorhanden sind. Der Kurzkomentar enthält dazu keine Ausführungen.

19. Durch das selektive Verfahren wird die Zahl der am Vergabeverfahren teilnehmenden Anbieter eingeschränkt. Es sollte daher nur restriktiv verwendet werden und nur dann Anwendung finden, wenn die Umstände des Einzelfalles, wie zum Beispiel die Komplexität des Falles, dies verlangen. Die willkürliche Anwendung des selektiven Verfahrens kann zu Marktzugangsbeschränkungen führen, die sich nicht durch Artikel 3 BGBM rechtfertigen lassen. Eine allfällige Verwendung von protektionistischen Kriterien ist ohnehin BGBM-widrig.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt die Verankerung des Prinzips der restriktiven Anwendung des selektiven Verfahrens.

2. *Beschränkung der Anzahl der Offerierenden im selektiven Verfahren (Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Entwurfes)*

20. Der Auftraggeber kann im selektiven Verfahren nach der Qualifikation der Anbieter die Zahl der zur Angebotseingabe Eingeladenen beschränken, "wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein" (Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Entwurfes). Der Kurzkomentar enthält dazu keine Ausführungen.

21. Grundsätzlich sollen alle im selektiven Verfahren qualifizierten Anbieter ein Angebot einreichen können. Die Beschränkung der Anzahl der Offerierenden führt zu einer Wettbewerbsbeschränkung. In den Empfehlungen vom 18. Mai 1998 hat die Wettbewerbskommission die Ausführungen des Erläuternden Berichts begrüsst, wonach eine Beschränkung die Ausnahme darstellt und in den Ausschreibungsun-

terlagen anzukündigen ist⁷. Die Wettbewerbskommission bestätigt diese Ausführungen und empfiehlt die Ergänzung von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes mit einer entsprechenden Formulierung. Ausserdem ist in einem allfälligen Erläuternden Bericht zu dieser Revision darauf hinzuweisen, dass eine Beschränkung der Offerierenden im selektiven Verfahren nur in Ausnahmefällen zulässig ist.

22. Ferner darf der Auftraggeber ortsfremde Anbieter nicht diskriminieren (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM, vgl. Ziff. 6 und nachfolgend Ziff. 26 dieser Empfehlungen). Ein entsprechender Hinweis ist ebenfalls in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes aufzunehmen.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt die Ergänzung von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes,

- **Wonach die Beschränkung der Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter in den Ausschreibungsunterlagen anzukündigen ist, und**
- **Ortsfremde Anbieter bei der Auswahl nicht diskriminiert werden dürfen.**

3. Das offene Verfahren als Grundsatz

23. Der Grundsatz des diskriminierungsfreien Marktzuganges gemäss Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM gilt für sämtliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden, unabhängig vom Umfang des einzelnen Vorhabens⁸. Der Begriff "umfangreich" ist somit im Zusammenhang mit der Mindestanforderung von Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM zu interpretieren.

24. Aus Sicht des diskriminierungsfreien Marktzuganges und des Wettbewerbs ist von den verschiedenen Vergabeverfahren das offene Verfahren zu bevorzugen⁹. Alle interessierten Anbieter, welche sich in den einschlägigen Publikationsorganen informieren, bekommen dadurch die Möglichkeit, sich um die Vergabe zu bewerben und ein Angebot einzureichen. Sie haben damit zunächst Marktzugang zu den einzelnen Beschaffungsvorhaben. Wird einem Anbieter im weiteren Verlauf des Verfahrens der Zuschlag nicht erteilt, so kann er den Vergabeentscheid im Rechtsmittelverfahren überprüfen lassen.

⁷ Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffres 16 s., p. 332 s.

⁸ Recommandations NE, a.a.O., chiffres 8-10, p. 338; Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das öffentliche Beschaffungswesen, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, S. 35 ff., S 57 f.

⁹ Recommandations NE, a.a.O., chiffre 16, p. 340; Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffre 14, p. 332.

25. Das Einladungsverfahren und die direkte Vergabe berauben die nicht berücksichtigten Anbieter der Möglichkeit, sich über das Beschaffungsvorhaben zu informieren und sich um den Zuschlag zu bewerben. Sie stellen daher eine Beschränkung des Marktzuganges dar, welche nur unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM zulässig ist¹⁰.

4. Allgemeine Voraussetzungen der Bestimmung der Schwellenwerte

26. Da das Einladungsverfahren wie auch die direkte Vergabe grundsätzlich eine Beschränkung des Marktzuganges darstellen, sind die Schwellenwerte, welche die Anwendbarkeit der beiden Verfahren definieren, nur zulässig, wenn die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind. Schwellenwerte müssen demnach gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM) und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM). Auf keinen Fall dürfen bei der Bestimmung der Höhe der Schwellenwerte Argumente oder Überlegungen berücksichtigt werden, die als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen zu interpretieren sind (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Keine formelle Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

27. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGBM müssen Beschränkungen des Marktzuganges gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten. Schwellenwerte sind daher für ortsansässige und ortsfremde Personen unterschiedslos zu bestimmen.

Überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

28. Als überwiegendes öffentliches Interesse kommen in Bezug auf die Höhe der Schwellenwerte für die Publikation verfahrenswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Aspekte in Betracht. Andere Interessen, wie zum Beispiel wirtschaftspolitische Interessen, sind nicht zulässig. Die Höhe der Schwellenwerte ist damit vom Verwaltungsaufwand, wie er bei der Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens anfällt, abhängig zu machen.

29. Insgesamt aber sind die volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Regelung der Schwellenwerte ausschlaggebend. Ziel der Regelung der Schwellenwerte muss es sein, unter Wahrung der Wirtschaftlichkeit der Vergabeverfahren einen möglichst grossen Anteil des Gesamtvo-

¹⁰ Recommandations NE, a.a.O., chiffre 16, p. 340; Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffre 14, p. 332.

lumens der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb zu vergeben. Dies dient der sparsamen Verwendung der öffentlichen Mittel und fördert in volkswirtschaftlicher Hinsicht Qualität und Innovation, was wiederum dem Wirtschaftsstandort Schweiz zu Gute kommt.

Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

30. Die Massnahmen, welche den Marktzugang beschränken, müssen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c und Absatz 3 BGBM entsprechen. Die Massnahmen müssen daher geeignet sein und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen. Ferner darf der Eingriff im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unangemessen schwer wiegen¹¹. Gemäss Artikel 3 Absatz 3 BGBM sind Beschränkungen nur dann verhältnismässig, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird. Dabei sind die Nachteile und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat. Unzulässig ist es, vorgängig zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit die Niederlassung oder den Sitz am Bestimmungsort zu verlangen.

31. Das Einladungsverfahren und die direkte Vergabe und damit die Bestimmung der entsprechenden Schwellenwerte sind grundsätzlich geeignete Mittel, um die Verfahrensökonomie zu wahren. Werden die Schwellenwerte auf einem Niveau festgelegt, welches den Anliegen der Verfahrensökonomie entspricht und gleichzeitig die volkswirtschaftlichen Aspekte wahrt, handelt es sich auch um das mildeste der zur Verfügung stehenden Mittel. Konkret ist bei der Festlegung der Schwellenwerte das Verhältnis zwischen dem Umfang der Beschaffung und dem Verwaltungsaufwand des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen¹². Gleichzeitig muss aber auch gesichert sein, dass ein möglichst grosser Anteil des Gesamtvolumens der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb vergeben wird.

32. Die Schwellenwerte sind somit auf einem Niveau anzusetzen, welches den grössten volkswirtschaftlichen Nutzen repräsentiert. Unter Wahrung der Wirtschaftlichkeit der Vergabeverfahren muss ein möglichst grosser Anteil des Gesamtvolumens der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb vergeben werden. Aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGBM, welcher die formelle Diskriminierung verbietet, können diesbezüglich aber keine Argumente eingebracht werden, welche einen "gewissen Spielraum" für die Bevorzugung von Ortsansässigen fordern.

¹¹ BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen.

¹² Vgl. diesbezüglich auch: *Recommandations rév. AIMP*, chiffre 21, p. 334.

5. Die Schwellenwerte des Entwurfs (Art. 12bis Abs. 2 des Entwurfes)

33. Der Anwendungsbereich des Entwurfs unterscheidet zwischen dem Staatsvertragsbereich und dem Allgemeinen Bereich (Art. 5bis und 6 des Entwurfs). Zum Staatsvertragsbereich gehören all jene Beschaffungen, welche von den Verpflichtungen der internationalen Verträge erfasst werden. In den Allgemeinen Bereich fallen alle übrigen Beschaffungen (Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 des Entwurfs).

34. Die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich richten sich nach den internationalen Verpflichtungen. Darauf ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. Von besonderer Bedeutung sind aus Sicht des BGBM die Schwellenwerte für den Allgemeinen Bereich.

35. Die Schwellenwerte des Allgemeinen Bereichs lauten wie folgt:

	Güter/DL (in CHF)	Baufträge (in CHF)
Freihändige Vergabe	bis 50'000.--	bis 100'000.--
Einladungsverfahren	bis 250'000.--	bis 500'000.--
Offenes Verfahren	ab 250'000.--	ab 500'000.--

36. Die Schwellenwerte sind einseitig durchlässig, d.h. im Einzelfall kann anstelle des zulässigen freihändigen Verfahrens auch im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren vergeben werden. Die Kantone sind ferner frei, im Allgemeinen Bereich für die Verfahren generell tiefere Werte vorzusehen. Festzuhalten ist, dass die Bestimmungen des gewählten Verfahrens anzuwenden sind und dass aus der Anwendung tieferer Schwellenwerte keine Gegenrechtsvorbehalte abgeleitet werden können (Art. 12bis des Entwurfes).

37. Das Sekretariat hat sich in einem Schreiben vom 2. September 1999 an die BPUK zur Höhe der Schwellenwerte geäußert. Es hat, gestützt auf eine ECOPLAN-Studie vom Januar 1994, niedrigere Schwellenwerte (Publikation von Bauaufträgen ab CHF 300'000.-- bzw. Güter/DL ab CHF 150'000.--) vorgeschlagen.

38. Die WEKO nimmt das Schreiben des Sekretariates zur Kenntnis. Zu dieser Problematik hat sie sich bereits in ihren Empfehlungen vom 25. März 1998 zum Entwurf für eine revidierte IVöB geäußert. Sie bekräftigt die damaligen Feststellungen, wonach die Erfahrungen der Praxis zeigen werden, ob die Schwellenwerte des Entwurfs allenfalls anzupassen sind.

39. Um in ein paar Jahren beurteilen zu können, ob die Schwellenwerte anzupassen sind, müssen heute die entsprechenden Daten erfasst werden. Die WEKO empfiehlt den Kantonen daher, die entsprechenden Vorkehren an die Hand zu nehmen und das Sekretariat der

Wettbewerbskommission im Sinne von Artikel 4 Absatz 4 des Entwurfes dabei mit einzubeziehen.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die entsprechenden Vorkehren zu treffen, damit nach einer geeigneten Dauer die notwendigen Daten und Erfahrungen vorhanden sind, um über eine allfällige Änderung der Schwellenwerte entscheiden zu können. Sie empfiehlt, dabei das Sekretariat der WEKO mit einzubeziehen.

8. Arbeitsschutzvorschriften und Arbeitsbedingungen (Art. 11 Bst. e des Entwurfes)

40. Bei der Vergabe von Aufträgen sind allgemein die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beachten (Art. 11 Bst. e des Entwurfes). Der Kurzkomentar enthält keine Ausführungen zu dieser Problematik.

41. Gemäss BGBM ist diesbezüglich grundsätzlich das Herkunftsprinzip anzuwenden. Die Wettbewerbskommission bekräftigt diesbezüglich ihre Empfehlungen vom 18. Mai 1998 (Recommandations rév. AIMP) und vom 6. Juli 1998 (Recommandation NE). Demnach kann in Bezug auf die Einhaltung von Vorschriften betreffend Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen grundsätzlich das Leistungsortsprinzip gelten, vorausgesetzt, dass alle diesbezüglichen Bestimmungen im Inland als gleichwertig anzusehen sind. Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Problematik im Kurzkomentar darzustellen und Artikel 11 Buchstabe e des Entwurfes entsprechend zu ergänzen.

Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, Artikel 11 Buchstabe e des Entwurfes wie folgt und den Kurzkomentar im dargestellten Sinne zu ergänzen:

"Art. 11 Allgemeine Grundsätze

...

e. ... und Arbeitnehmer; dabei gelten im Inland alle als gleichwertig;"

9. Die "Auslinkklausel" (Art. 8 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b des Entwurfs)

42. Zum Staatsvertragsbereich und zum Allgemeinen Bereich enthält der Entwurf eine Vorschrift, wonach Auftraggeber der Vereinbarung unterstellt sind, "soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben" (Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Abs. 2 Bst. b des Entwurfs). Anders formuliert fallen jene Auftraggeber nicht unter die Vereinbarung, welche einen kommerziellen oder industriellen Charakter haben. Der Kurzkomentar weist diesbezüglich auf die im bilateralen Abkommen enthaltene sogenannte "Auslinkklausel" hin.

43. Artikel 3 Ziffer 5 des bilateralen Abkommens EG – CH sieht die Möglichkeit vor, dass "in einem Bereich Beschaffungen von dem Abkommen unterstellten Auftraggebern (z.B. Telekommunikation und Energie) von der Anwendung des Abkommens auszunehmen, falls nachweisbar Wettbewerb herrscht, d.h. innerhalb eines geographisch bestimmten Gebietes Konkurrenten dieselben Dienstleistungen unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten in der Lage sind (Prinzip der Ausklinkklausel)"¹³. Gemäss Botschaft ist in diesen Fällen genügend gewährleistet, dass die Beschaffungen nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen und demnach kein Bedarf mehr für eine staatliche Regulierung gegeben ist. In einer Arbeitsgruppe aus Vertretern des Bundes und der Kantone sollen Abgrenzungsfragen zur Kompetenz der Kantone geklärt werden¹⁴.

44. Zurzeit sind die Arbeiten zur Umsetzung der aus dem bilateralen Abkommen resultierenden Verpflichtungen im Gange. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist in der Arbeitsgruppe der Bundesverwaltung vertreten. Angesichts des Umstandes, dass diese Umsetzungsarbeiten noch nicht abgeschlossen sind, sollte im Entwurf eine allgemeinere Formulierung gewählt werden, welche eventuell Bezug nimmt auf das bilaterale Abkommen CH - EG.

B 2.6	2. Révision de l'accord international sur les marchés publics (AIMP) du 1er février 2000 (Deutscher Text B 2.6 1.)
-------	---

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandations, préavis; art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazioni, preavviso; art. 8 cpv. 2 LMI

Recommandations selon l'article 8 alinéa 2 LMI de la Commission de la concurrence du 17 avril 2000 concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) (Adaptation aux accords bilatéraux CH – CE) destinées à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement

1. Introduction

1. Le 7 février 2000, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection

¹³ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 VI 6128, 6205; Sonderdruck, S. 78.

¹⁴ A.a.o., S. 6205 f., bzw. S. 78 f. sowie S. 6210 bzw. S. 83.

de l'environnement a mis en consultation interne un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Dans un souci de transparence et de collaboration, ce projet a également été soumis à la Commission de la concurrence pour prise de position facultative.

2. Le projet a d'une part pour objectif d'adapter l'AIMP aux engagements des cantons résultant de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics (accord bilatéral sur les marchés publics). D'autre part, il vise à uniformiser les valeurs seuils de la procédure d'adjudication pour les marchés qui ne sont pas compris dans les engagements internationaux et donc uniquement réglementés par le droit interne.

3. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). L'article 8 alinéa 2 LMI confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent du projet de révision que sous l'angle de la LMI.

4. En mai 1998, la Commission de la concurrence s'est déjà prononcée sur un projet de révision de l'AIMP du 25 mars 1998, qui aurait largement uniformisé les marchés publics cantonaux et communaux en Suisse¹. Elle y fait référence chaque fois que cela paraît nécessaire.

2. Exigences minimales de la LMI pour les cantons et communes en matière de marchés publics

5. La LMI contient des règles minimales qui doivent être respectées dans le cadre des marchés publics des cantons et des communes. Ce sont:

- Le principe de non-discrimination (art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI),
- La publication des projets de grande importance ainsi que des critères de participation et d'attribution du marché (art. 5 al. 2 LMI), et
- La règle prévoyant que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1er LMI) et que le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

¹ Recommandations de la Commission de la Concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998 (Recommandations rév. AIMP), RPW/DPC 1998/2, p. 329 ss.

6. Une dérogation à ces exigences minimales est uniquement possible aux conditions énoncées à l'article 3 LMI. Ainsi, des restrictions sont admissibles, pour autant qu'elles sont appliquées de la même façon aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et qu'elles répondent au principe de la proportionnalité. Enfin, les restrictions ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux. La LMI ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics, mais vise simplement à garantir un accès non discriminatoire au marché.

7. Par la notion de "marchés publics", on entend les marchés des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. L'article 5 alinéa 1 LMI saisit en principe l'ensemble des dépenses effectuées par les entités chargées de l'exécution de tâches publiques dans l'accomplissement de leur mission².

3. Appréciation générale du projet

8. La Comco considère le projet comme très positif dans son ensemble. Elle tient à saluer les efforts déployés par les cantons pour régler les marchés publics dans le sens d'un marché intérieur helvétique. Les points suivants sont particulièrement importants et correspondent aux exigences minimales de la LMI:

- Le champ d'application du projet comprend tous les marchés publics des cantons et des communes;
- Il existe des valeurs seuils applicables aux procédures d'adjudication, sous forme de limites supérieures, identiques pour toute la Suisse. Les cantons ont néanmoins la possibilité d'opter pour des valeurs seuils plus basses;
- les marchés publics qui, en vertu de la clause de bagatelle, n'entrent pas dans le champ d'application soumis à des accords internationaux, sont adjugés selon les règles du droit suisse;
- Les garanties légales sont renforcées pour tous les types de marchés, dès lors que l'adjudication doit en principe revêtir la forme d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours devant une instance cantonale indépendante³.

² Recommandations de la Commission de la concurrence du 13 novembre 1996 relatives au projet d'Ordonnance sur les soumissions du canton d'Uri (Recommandations Uri), non publiées, remarque concernant l'article 6 du projet, p. 4. Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998 (Recommandations NE), RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss, chiffre 9.

³ Recommandations de la Commission de la concurrence du 3 novembre 1997 relatives aux projets de soumission des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, RPW/DPC 1997/4, p. 591 ss.

9. Ces modifications engendrent davantage de transparence et de concurrence. Elles contribuent ainsi à développer un marché intérieur suisse dans le domaine des marchés publics.

10. Les présentes recommandations ont trait au champ d'application en matière de concessions, à la réglementation des exceptions, à la réciprocité, au libre choix entre procédures ouverte et sélective, à la limitation du nombre d'offreurs dans la procédure sélective, à une pratique plus large des procédures d'adjudication, ainsi qu'aux prescriptions relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs.

4. Champ d'application et concessions

11. S'agissant du champ d'application des dispositions relatives aux marchés publics, il faut remarquer que l'octroi de concessions est en partie liée à l'accomplissement de tâches publiques (par ex. l'octroi de droits exclusifs dans le cadre de l'exploitation du domaine public pour la publicité extérieure) auquel cas les prescriptions relatives aux marchés publics sont applicables⁴. La Commission de la concurrence recommande de s'assurer que l'octroi de concessions liées à l'exécution de tâches publiques tombe dans le champ d'application du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de s'assurer que l'octroi de concessions relatives à l'utilisation du domaine public tombe dans le champ d'application du projet.

5. Exceptions (art. 10 du projet)

12. L'article 10 énumère un certain nombre de cas pour lesquels l'accord n'est pas applicable (marchés passés avec des institutions pour handicapés, dans le cadre de programmes agricoles, pour l'acquisition d'armes etc., de même qu'en cas de menace pour les bonnes mœurs ou pour l'ordre public, etc.).

13. De façon générale, tous les marchés visant la réalisation de tâches publiques sont soumis à la LMI. Il n'y a pas d'exceptions à l'application de l'article 5 LMI en relation avec l'article 3 LMI⁵. En revanche, les circonstances particulières d'un cas peuvent justifier d'opter pour une procédure restreignant l'accès au marché (par ex. l'adjudication directe). Ce point doit cependant être décidé au cas par cas.

14. La Commission de la concurrence recommande donc de modifier l'article 10 du projet, de façon à ce que les exceptions ne s'appliquent

⁴ Recommandations de la Commission de la concurrence conformément à l'art. 8 al. 2 LMI du 17 mai 1999 à l'attention des collectivités publiques des cantons et communes concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure, RPW/DPC 1999/2, p. 267 ss.

⁵ Recommandations NE, loc. cit., p. 336 ss., ch. 8 ss.

qu'au domaine couvert par des traités internationaux, les prescriptions de la partie générale étant par ailleurs applicables. Il convient donc de modifier l'intitulé ainsi que la phrase d'introduction du premier alinéa. Il convient également de biffer le deuxième alinéa de l'article 10. Par ailleurs, il pourrait être indiqué dans un commentaire ou dans d'éventuelles explications que les cas de marchés publics mentionnés ci-dessus (protection des biens publics et droits découlant de la propriété intellectuelle) peuvent être soumis à une procédure d'adjudication directe.

Recommandations: la Commission de la concurrence recommande de modifier l'intitulé de l'article 10 du projet comme suit:

" Art. 10 Exceptions pour les marchés publics soumis à des traités internationaux

¹ S'agissant des marchés publics soumis à des traités internationaux, le présent accord n'est pas applicable..."

La Commission de la concurrence recommande de supprimer l'article 10 alinéa 2 du projet et de compléter le commentaire dans le sens mentionné ci-dessus.

6. Clause de réciprocité (art. 10bis let. a du projet)

15. L'article 10bis du projet dispose que l'accord est applicable aux offreurs ayant leur domicile ou leur siège a) dans un canton partie à l'accord, b) dans un Etat qui est engagé de façon correspondante par un traité.

16. La réciprocité est possible en ce qui concerne des Etats qui sont engagés de la même façon par des traités internationaux. La réserve de la réciprocité est en revanche devenue caduque pour les cantons suite à l'entrée en vigueur de la LMI. Dans un marché intérieur suisse, tous les offreurs qui possèdent un siège ou un établissement en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché. Pour ces motifs, la Commission de la concurrence recommande de biffer l'art. 10bis let. a du projet⁶.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de biffer la clause de réciprocité concernant les cantons qui figure à l'article 10bis lettre a du projet.

7. Procédure d'adjudication (art. 12 du projet)

17. L'article 12 du projet opère une distinction entre d'une part procédure ouverte et procédure sélective et d'autre part, entre

⁶ Recommandations rév. AIMP, loc. cit., p. 332.

procédure d'invitation et procédure d'adjudication directe. Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tout offreur peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation; l'autorité adjudicatrice détermine quels sont les offreurs qui remplissent les qualifications requises et les invite à adresser une offre. Dans la procédure d'invitation, l'adjudicateur décide directement, sans publication préalable, quels sont les offreurs invités à présenter une offre. Finalement, dans la procédure d'adjudication directe, l'adjudicateur adjuge directement.

1. *Choix entre procédure ouverte et procédure sélective (art. 12bis al. 1er du projet)*

18. Les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou sélective (art. 12bis du projet). Faute de disposition contraire, ce choix est également valable pour les autres marchés publics. Le commentaire n'apporte aucune précision à ce sujet.

19. Par le biais de la procédure sélective, le choix des participants à la procédure d'adjudication est limité. Dès lors, il ne devrait s'effectuer que de façon restrictive, et pour autant que les circonstances du cas l'exigent (par exemple en raison de la complexité du marché en question). Une application arbitraire de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché, sans pour autant être justifiée par l'article 3 LMI. Une utilisation de critères protectionnistes serait sans autre contraire à la LMI.

Recommandation: La Commission de la concurrence recommande d'ancrer le principe d'une application restrictive de la procédure sélective.

2. *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective (art. 12 al. 1er let. b du projet)*

20. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre, en fonction de critères d'aptitude "s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie" (art. 12 al. 1 let. b du projet). Le commentaire n'apporte aucune précision à ce sujet.

21. En principe, tous les candidats qualifiés devraient pouvoir déposer une offre dans le cadre de la procédure sélective. La limitation du nombre d'offreurs constitue une restriction à la concurrence. Dans ses recommandations du 18 mai 1998, la Commission de la concurrence a salué le contenu du rapport explicatif à ce sujet, qui précise qu'une restriction constitue l'exception et qu'elle doit être annoncée dans les

documents d'appel d'offres⁷. La Commission de la concurrence confirme le bien-fondé de ces précisions et recommande de compléter l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet par une formulation correspondante. En outre, il y aurait lieu d'indiquer dans un éventuel rapport explicatif qu'une limitation du nombre d'offres dans une procédure sélective n'est admissible que dans des cas exceptionnels.

22. Finalement, l'autorité adjudicatrice ne doit pas discriminer les offreurs extérieurs par rapport aux offreurs locaux (art. 3 al. 1er let. a LMI; voir également ch. 6 et 26 des recommandations précitées). Une indication allant dans ce sens devrait également figurer à l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet en tenant compte de ce qui suit:

- **La limitation du nombre d'offres doit être expressément mentionnée dans l'appel d'offres, et**
- **Il n'est pas permis de discriminer les offreurs extérieurs par rapport aux offreurs locaux.**

3. Procédure ouverte comme principe

23. Le principe d'un accès au marché non discriminatoire (art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI) vaut pour tous les marchés des cantons et communes, indépendamment de l'importance de chaque projet⁸. La notion "de grande importance" doit être interprétée à la lumière de l'exigence minimale figurant à l'article 5 en relation avec l'article 3 LMI.

24. Du point de vue d'un accès au marché non discriminatoire et de la concurrence, la procédure ouverte est celle qui doit être privilégiée parmi toutes les procédures prévues⁹. Dans le cadre de cette procédure, tous les offreurs intéressés qui s'informent dans les organes de publication relevant la possibilité de participer et de soumettre une offre. Dans un premier temps, ils ont ainsi accès aux différents marchés mis au concours. Un offeror qui est exclu en cours de procédure a par la suite la possibilité d'interjeter un recours contre la décision d'adjudication.

⁷ Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 16.

⁸ Recommandations NE, op. cit., p. 338, chiffres 8-10; Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das öffentliche Beschaffungswesen, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, p. 35 ss, 57 ss.

⁹ Recommandations NE, op. cit., p. 340, ch. 16; Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 14.

25. Les procédures d'invitation et d'adjudication directe privent les offreurs qui n'ont pas été pris en considération de la possibilité de s'informer du projet de marché et de participer à la procédure. Dès lors, elles constituent des restrictions à l'accès au marché, qui ne sont admissibles qu'aux conditions prévues par l'article 3 LMI¹⁰.

4. Conditions générales relatives à la fixation de valeurs seuils

26. Etant donné que les procédures d'invitation et d'adjudication directe restreignent l'accès au marché, les valeurs seuils définissant l'application de ces deux procédures ne sont admissibles que dans la mesure où elles remplissent les conditions cumulatives de l'article 3 LMI. Ainsi, des valeurs seuils doivent impérativement s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 1 let. a LMI), être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 LMI) et respecter le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c et al. 3 LMI). En outre, la fixation de valeurs seuils ne saurait prendre en considération des arguments ou des réflexions pouvant être interprétés comme des obstacles déguisés aux échanges, destinés à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

Pas de discrimination formelle (art. 3 al. 1 let. a LMI)

27. En vertu de l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI, des restrictions à la liberté d'accès au marché s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux. Il faut dès lors déterminer des valeurs seuils s'appliquant indifféremment aux offreurs locaux et extérieurs.

Intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 LMI)

28. S'agissant des valeurs seuils soumises à publication, entrent en ligne de compte comme intérêt public prépondérant des motifs d'économie de procédure et des motifs d'économie politique. D'autres intérêts, par ex. des motifs de politique industrielle, ne sont pas admissibles. La hauteur des valeurs seuils est donc fonction de la charge administrative causée par l'exécution de la procédure de mise au concours.

29. Dans l'ensemble pourtant, les effets économiques sont déterminants s'agissant de la réglementation des valeurs seuils. La fixation de valeurs seuils doit permettre à la concurrence d'intervenir pour la plus grande part possible des volumes des marchés publics, tout en garantissant la rentabilité des procédures d'adjudication. Le but est d'économiser les ressources publiques et d'encourager la qualité et l'innovation dans une perspective économique, ce qui est en faveur de la place économique suisse.

¹⁰ Recommandations NE, op. cit., p. 340, ch. 16; Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 14.

Proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c et al. 3 LMI)

30. Les mesures limitant l'accès au marché doivent respecter le principe de la proportionnalité tel que prévu à l'article 3 alinéa 1 lettre c et alinéa 3 LMI. Cela signifie que la mesure envisagée doit être nécessaire et constituer le moyen le plus modéré pour atteindre le but recherché. Enfin, un rapport raisonnable doit exister entre le résultat recherché et les limites à la liberté nécessaires pour atteindre ce résultat¹¹. Conformément à l'article 3 LMI, les restrictions répondent au principe de la proportionnalité lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. Sur ce point, il faut tenir compte des certificats et garanties que l'offreur a déjà fourni à son lieu de provenance. Il est illicite d'exiger au préalable de l'offreur qu'il ait son siège ou sa résidence au lieu d'exécution des travaux.

31. Les dispositions relatives aux valeurs seuils dans la procédure d'invitation et d'adjudication directe sont de manière générale des moyens propres à sauvegarder le principe de l'économie de la procédure. Si les valeurs seuils sont fixées à un niveau permettant à la fois de préserver le principe de l'économie de la procédure et les aspects de politique économique, on peut alors parler du moyen le plus modéré pour atteindre le but visé. Concrètement, il convient de prendre en considération le rapport entre l'importance du marché et les charges administratives liées à la procédure d'adjudication¹². Il faut en même temps garantir qu'une part aussi importante que possible du volume total des marchés soit attribuée dans le cadre d'une mise au concours.

32. Les valeurs seuils doivent ainsi être fixées à un niveau qui soit le plus profitable d'un point de vue économique. Tout en assurant la rentabilité des procédures d'adjudication, elles doivent permettre à la concurrence d'intervenir autant que possible lors de l'adjudication de marchés publics. Par ailleurs, le fait d'invoquer qu'une "marge de manœuvre" permet de donner la préférence aux offreurs locaux serait contraire à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI.

5. Valeurs seuils du projet (art. 12bis al. 2 du projet)

33. Le champ d'application du projet opère une distinction entre les marchés publics soumis aux traités internationaux et les autres marchés publics (art. 5bis et 6 du projet). Font partie des marchés soumis aux traités internationaux, tous les marchés qui sont compris dans les engagements internationaux. Les autres marchés publics entrent dans la partie générale (art. 6 al. 3 et 7 du projet).

¹¹ ATF 121 I 129, c. 3b, et renvois mentionnés.

¹² Recommandations rév. AIMP, p. 334, chiffre 21.

34. Les valeurs seuils relevant des marchés publics soumis aux traités internationaux sont déterminées d'après les engagements internationaux. Il n'y a pas lieu ici de s'étendre davantage sur cet aspect. Par contre, les valeurs seuils applicables aux autres marchés publics ont une signification particulière au regard de la LMI.

35. Les autres marchés publics ont les valeurs seuils suivantes:

	biens/services (en CHF)	Constructions (en CHF)
Adjudication directe	jusqu'à 50'000.--	jusqu'à 100'000.--
procédure d'invitation	jusqu'à 250'000.--	jusqu'à 500'000.--
procédure ouverte	dès 250'000.--	dès 500'000.--

36. Ces valeurs seuils sont unilatéralement souples, ce qui signifie qu'un marché peut être adjugé selon la procédure d'invitation ou la procédure ouverte au lieu de la procédure d'adjudication directe, mais pas l'inverse. S'agissant des marchés publics qui ne sont pas soumis à des traités internationaux, les cantons sont en principe libres de prévoir des valeurs inférieures. Il convient de relever qu'il faut appliquer les dispositions correspondant à la procédure choisie et qu'on ne saurait déduire des réserves de réciprocité en se fondant sur l'application de valeurs seuils inférieures (art. 12bis du projet).

37. Le secrétariat a eu l'occasion de s'exprimer quant au montant des valeurs seuils, dans un courrier du 2 septembre 1999 adressé à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement. Sur la base d'une étude réalisée par ECOPLAN en janvier 1994, il a proposé des valeurs seuils inférieures (CHF 300'000.-- pour la publication des travaux de constructions et CHF 150'000.-- pour les biens et services).

38. La Commission de la concurrence prend connaissance du courrier du secrétariat. Elle s'est déjà exprimée à ce sujet dans ses recommandations du 25 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Elle confirme ses précédentes constatations, à savoir que c'est la pratique qui démontrera s'il y a lieu de modifier les valeurs seuils du projet.

39. Pour être en mesure d'apprécier d'ici quelques années s'il y a lieu de modifier les valeurs seuils, les données y relatives doivent être saisies dès aujourd'hui. La Comco recommande aux cantons de prendre les dispositions nécessaires pour ce faire et d'impliquer, au sens de l'article 4 alinéa 4 du projet, le secrétariat de la Commission de la concurrence.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande que soient prises des mesures destinées à assurer que soient disponibles en temps utile les données et expériences nécessaires à la détermination d'une éventuelle modification des valeurs seuils. Dans ce contexte, elle recommande d'impliquer le secrétariat de la Commission de la concurrence dans ses travaux.

8. Prescriptions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e du projet)

40. Lors de l'adjudication de soumissions, il faut prendre en compte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e du projet). Le rapport explicatif ne contient pas de précisions à ce sujet.

41. En vertu de la LMI, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes. La Commission de la concurrence confirme ici ses recommandations du 18 mai 1998 (Recommandations rév. AIMP) ainsi que celles du 6 juin 1998 (Recommandation NE). En conséquence, l'observation des prescriptions concernant la protection des travailleurs et des conditions de travail sont en principe valables au lieu d'exécution, étant donné que toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes. La Commission recommande de mentionner cette problématique dans le commentaire et de compléter en conséquence l'article 11 lettre e du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le rapport explicatif dans le sens mentionné ci-dessus et l'article 11 lettre e du projet comme suit:

"Art. 11 Principes généraux

...

e. ... de travail; dans ce contexte, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes;"

9. Clause d'exception (art. 8 al. 1 let. a et al. 2 du projet)

42. Le projet contient une prescription valable aussi bien pour les marchés soumis aux traités internationaux que pour les autres marchés publics, selon laquelle les adjudicateurs sont soumis à l'AIMP, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère commercial ou industriel (art. 8 al. 1er let. a et al. 2 let. b du projet). En d'autres termes, l'accord n'est pas applicable à une entité ayant un caractère commercial ou industriel. Le commentaire se réfère à ce propos à la "clause d'exception" figurant dans l'accord bilatéral.

L'article 3 alinéa 5 de l'accord bilatéral CH - CE prévoit en effet la possibilité de "soustraire à l'accord des entités (p.ex. des opérateurs de

télécommunications ou des entités opérant dans le domaine de l'énergie) pour certains marchés si la concurrence est assurée et que d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques (principe de la clause d'exception)"¹³. Selon le Message, l'application de critères économiques est suffisamment garantie dans ces cas et partant, une réglementation étatique apparaît superflue. Des questions de délimitation des compétences des cantons doivent être clarifiées au sein d'un groupe de travail formé de représentants de la Confédération et des cantons¹⁴.

44. La transposition dans le droit suisse des engagements résultant de l'accord bilatéral sont actuellement en cours. Un représentant du secrétariat de la Commission de la concurrence siège dans le groupe de travail de l'administration fédérale. Compte tenu du fait que ces tâches ne sont pas encore achevées, le projet devrait contenir une formulation plus générale, qui pourrait éventuellement se référer à l'accord bilatéral CH - CE.

B 2

7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi

B 2.7

1. Vernehmlassung zum Entwurf der Experten- und Expertinnenkommission Moor zu einem Bundesgesetz über die Filmproduktion und Filmkultur

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

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart

Allgemeine Bemerkungen

Vor dem Hintergrund des Auftrages gemäss Artikel 71 der Bundesverfassung und der Zielsetzung der Filmförderung muss es aus wettbewerblicher Sicht darum gehen, eine möglichst wettbewerbsneutrale Regulierung zu erlassen. Wir sind deshalb mit der Konzeption des Expertenentwurfs im Grundsatz einverstanden. Aus wettbewerblicher Sicht zu begrüssen ist dabei insbesondere der Verzicht auf die derzeit noch geltende Bewilligungspflicht für Verleih- und Vorführbetriebe.

¹³ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, édition spéciale, p. 76 ss.

¹⁴ Message, loc. cit., p. 76 ss, 81 ss.

Mit dem Verzicht auf dieses strukturpolitische Instrument und der Beschränkung auf die Förderung der Filmvielfalt und –qualität hält sich der Expertenentwurf an den verfassungsrechtlichen Rahmen von Artikel 71 der Bundesverfassung. In Bezug auf die erwähnte Förderung sind wir allerdings der Meinung, dass die vorgesehene Regelung nicht in allen Teilen befriedigt. Dies betrifft namentlich zwei Instrumente, welche die Angebotsvielfalt sicherstellen sollen (Art. 21 und 22 des Expertenentwurfs, vgl. nachstehend).

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Ad Artikel 21: Lenkungsabgaben

Eine Lenkungsabgabe soll auf Filmen erhoben werden, die in einer hohen Kopieanzahl oder Auflage verliehen oder vertrieben werden (sog. "Kassenschlager"), d.h. eine grosse Anzahl von Leinwänden gleichzeitig besetzen. Ziel der Abgabe ist es, weniger publikumswirksamen Filmen den Marktzugang zu erleichtern und damit die Filmvielfalt zu fördern. Die Erträge aus der Abgabe sollen dabei in den vorgesehenen Filmfonds fliessen (Art. 16) und zur Filmförderung (Art. 5 ff.) eingesetzt werden.

Vorab möchten wir festhalten, dass es sich bei der fraglichen Abgabe nicht wirklich um eine Lenkungsabgabe handelt. Eine Lenkungsabgabe dient dazu, einen negativen externen Effekt einzudämmen, indem die entsprechende Tätigkeit des Verursachers verteuert wird (Internalisierung). Es ist u.E. nicht sachgerecht, den Verleihern bzw. Vertreibern eines "Kassenschlagers" einen negativen externen Effekt auf den Rest der Gesellschaft anzulasten; dies im Gegensatz etwa zu einem Hauseigentümer, der mit seiner Heizung die Umwelt mit CO² belastet.

Aus wettbewerblicher Sicht können wir der Einführung der vorgeschlagenen Lenkungsabgabe bzw. dem Versuch, auf das Nachfrageverhalten der Konsumenten künstlich Einfluss zu nehmen, nicht zustimmen. Sollen finanzielle Mittel für die Filmförderung bereitgestellt werden, hat dies mittels Rückgriff auf die allgemeinen Bundesmittel zu geschehen. Die Verfolgung eines öffentlichen Interesses muss auch mit öffentlichen Mitteln finanziert werden. Eine derartige Finanzierung wäre auch aus Gründen der Transparenz klar vorzuziehen.

Kommt dazu, dass die Erhebung, Bestimmung und Durchsetzung (Art. 28: Widerhandlungen gegen die Vorschrift über die Lenkungsabgaben) weitere Regulierungen erfordert. Die damit verbundenen Kosten stehen in keinem Verhältnis zum Ertrag aus der Abgabe.

Schliesslich darf zumindest bezweifelt werden, ob sich eine derartige Abgabe überhaupt dazu eignet, das Ziel der Angebotsvielfalt zu erreichen. Insbesondere besteht die Möglichkeit, dass eine Lenkungsabgabe die Kino-Eintrittspreise für "Kassenschlager" erhöht und damit einen Nachfragerückgang nach sich ziehen könnte. Gleichzeitig werden sich die geförderten Filme aufgrund der Kundenpräferenzen

kaum zu "Kassenschlagern" entwickeln. Dies würde schlussendlich nicht nur das Fondssystem verunmöglichen, sondern den gesamten Kinomarkt in der Schweiz negativ belasten.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen beantragen wir, Artikel 21 und Artikel 28 des Expertenentwurfs zu streichen und Artikel 16 entsprechend abzuändern.

Ad Artikel 22: Massnahmen

Diese Bestimmung stellt das zweite Instrument dar, welches die angestrebte Angebotsvielfalt garantieren soll. Ist diese Vielfalt (trotz Lenkungsabgabe) nicht gegeben, sollen die betroffenen Verleih-, Vorführ- und Vertriebsunternehmen aufgefordert werden, geeignete Vorschläge zu unterbreiten. Subsidiär ordnet das Bundesamt geeignete Massnahmen an, und zwar dann, wenn die unterbreiteten Vorschläge nicht geeignet sind oder innert Frist keine Vorschläge eingereicht werden.

Wir begrüssen zwar die Idee der subsidiären Anordnung staatlicher Massnahmen. Damit wird die Selbstverantwortung der betroffenen Unternehmen gefördert und dem Kooperationsprinzip Rechnung getragen.

Dennoch sollte von dieser Bestimmung abgesehen werden. Aus den Erläuterungen zum Expertenentwurf geht hervor, welche Überlegungen zur fraglichen Bestimmung geführt haben. Dort wird ausgeführt, dass Beschränkungen der Angebotsvielfalt auf dem Filmmarkt namentlich durch Exklusivabreden, Vor- oder Nachspielsperren und Blockbuchen verursacht würden. Als mögliche Massnahmen werden Lieferungspflichten oder Quotenregelungen aufgezählt.

Bei den erwähnten Beschränkungen der Angebotsvielfalt handelt es sich um solche, die unter Umständen mit den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes geahndet werden können. Darüber hinausgehende Eingriffe erachten wir als weder wünschenswert noch erforderlich.

Die Aufrechterhaltung dieser Bestimmung wäre in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen auch der Rechtssicherheit abträglich.

Wir beantragen deshalb, Artikel 22 des Expertenentwurfs zu streichen.

B 7 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

B 7	1. Submission Kanton Zürich
------------	------------------------------------

Entscheid der 1. Kammer vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000 i.S. A. B., C.+B. Architekt ETH/SIA, Zürich, Beschwerdeführer, gegen Oberstufenschulgemeinde D., Beschwerdegegnerin, betreffend Submission:

I. Die Oberstufenschulgemeinde D. eröffnete mit einer Ausschreibung vom 10. September 1999 eine Submission im selektiven Verfahren für den Architekturauftrag zur Renovation des 100-jährigen Oberstufenschulhauses G. in D. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sollten drei bis fünf Bewerber zur Offertstellung eingeladen werden. Nachdem innert Frist 14 Teilnahmeanträge eingegangen waren, lud die Oberstufenschulpflege D. mit Entscheid vom 18. November 1999 sechs Bewerber zur Einreichung eines Angebots ein. Die Teilnahmeanträge der übrigen Bewerber, darunter jener der Einzelfirma C.+B., Architektur und Generalplanung, Inhaber A. B., Zürich, wurden abgelehnt. Der Entscheid wurde den Beteiligten mit Schreiben vom 18. November 1999 eröffnet.

II. Am 24./25. November 1999 erhob A. B. als Inhaber der Einzelfirma C.+B. beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Oberstufenschulpflege D. und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, die Wiederholung des Präqualifikationsverfahrens "durch eine unabhängige Instanz" sowie die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung. Die Oberschulstufengemeinde D. liess innert erstreckter Frist mit Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2000 die Abweisung der Beschwerde beantragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

Die Ausführungen der Parteien werden, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen wiedergegeben.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. a) Gegen den Entscheid einer Gemeindebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Für Vergaben im Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVÖB) ergibt sich dies aus § 3 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVÖB-BeitrittsG) in Verbindung mit Artikel 15 IVÖB. Für andere Vergaben hat der Regierungsrat mit § 1 Absatz 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) gestützt auf § 2 Absatz 2 und § 7 Absatz 1 IVÖB-BeitrittsG die Bestimmungen

des Beitrittsgesetzes und der Verordnung auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden anwendbar erklärt, soweit es durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) verlangt wird. Gestützt darauf gelangt der in § 3 IVöB-Beitrittsg geregelter Rechtsschutz gegenüber allen nach dem vollständigen Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes ergangenen Vergabeentscheiden zur Anwendung (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13, E. 1; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22).

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist daher zulässig. Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Bestimmungen von § 3 ff. IVöB-Beitrittsg, ergänzt durch die sinngemäss heranzuziehenden Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, zur Anwendung.

b) Die Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer im selektiven Verfahren wird in § 4 Buchstabe c IVöB-Beitrittsg ausdrücklich als anfechtbarer Entscheid bezeichnet. Der Beschwerdeführer ist daher zur Beschwerde gegen den Entscheid der Beschwerdegegnerin, mit welchem ihm die Einreichung eines Angebots verwehrt wurde, befugt. Die Beschwerdelegitimation wird im Übrigen auch von der Beschwerdegegnerin nicht in Frage gestellt.

2. Die in Frage stehende Beschaffung wird vom Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht erfasst. Die Gemeinden wurden jedoch vom Regierungsrat gestützt auf § 2 Absatz 2 IVöB-Beitrittsg mit Wirkung ab 1. Januar 1999 in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung einbezogen (RRB Nr. 1501 vom 1. Juli 1998; LS 720.111) und unterstehen damit auch in Bezug auf den Ablauf des Vergabeverfahrens und die materielle Behandlung der Angebote den Bestimmungen des kantonalen Rechts. Die angefochtene Vergabe ist daher nach diesen Regeln zu beurteilen.

3. Der Beschwerdeführer verlangt unter anderem die Wiederholung des Präqualifikationsverfahrens durch eine unabhängige Instanz. Diesem Begehren kann von vornherein nicht entsprochen werden. Das Verwaltungsgericht ist nicht befugt, in die Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin einzugreifen. Unter den gegebenen Umständen kann das Verwaltungsgericht aber – im Falle einer Gutheissung der Beschwerde – den angefochtenen Entscheid aufheben und die Beschwerdegegnerin verpflichten, den Beschwerdeführer ebenfalls zur Offertstellung einzuladen.

4. a) Der Beschwerdeführer rügt, die Ortsansässigkeit sei als Eignungskriterium am höchsten gewichtet worden, was bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen gemäss Binnenmarktgesetz und Submissionsverordnung unzulässig sei. Ausserdem stimmten die angewendeten Eignungskriterien nicht mit den in den Ausschreibungsunterlagen be-

kanntgegebenen Kriterien überein. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, das Kriterium der Ortsansässigkeit sei nicht als Eignungskriterium, sondern als Auswahlkriterium verwendet worden, nach welchem die grundsätzlich geeigneten Anbieter ausgewählt worden seien. Dies sei submissionsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal das Kriterium der Ortsansässigkeit dem allgemein bekannten Umstand Rechnung trage, dass für komplexe Bauaufgaben eine geringe räumliche Distanz zwischen der Baustelle und den Büroräumlichkeiten des Architekten und Bauleiters äusserst wichtig sei. Sodann dürfe die Auswahl unter den grundsätzlich geeigneten Bewerbern durchaus nach anderen Kriterien erfolgen, als sie für die Beurteilung der Eignung aufgestellt und in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben worden seien.

b) aa) Die vergebende Behörde legt die für eine Beschaffung massgeblichen Eignungskriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) zu gewährleisten, muss die Festlegung der Eignungskriterien jedoch zu Beginn des Verfahrens erfolgen, und diese sind den Interessenten in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. In der Publikation der Ausschreibung müssen gemäss § 16 Absatz 3 Buchstabe f SubmV die an die Anbieter gestellten wirtschaftlichen und technischen Anforderungen sowie die verlangten finanziellen Garantien und Angaben genannt werden. Dieselben Angaben gehören nach § 17 Absatz 1 Buchstabe g SubmV auch zum Inhalt der Ausschreibungsunterlagen. Aus Gründen der Praktikabilität muss es dabei genügen, wenn in der publizierten Ausschreibung die wesentlichsten Punkte genannt sind und detaillierte Angaben aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen.

Gemäss Artikel 5 Absatz 1 BGBM dürfen ortsfremde Anbietende bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM nur Beschränkungen, welche gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (Bst. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (Bst. b), und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (Bst. c). Als überwiegendes öffentliches Interesse kommt unter anderem der Schutz der natürlichen Umwelt in Betracht (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM). Eine auf diese Bestimmungen gestützte Beschränkung darf jedoch in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Gemäss Rechtsprechung ist hinsichtlich der Zuschlagskriterien ein Abstellen auf die Anfahrtswege, die ein Anbieter von seinem auswärtigen Geschäftsstandort bis zum Einsatzort zurücklegen muss, unter dem Aspekt der Gleichbehandlung höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter mit sich bringt (vgl. VGr, 20. August 1999, BEZ 1999 Nr. 27 = URP 1999 S. 814 E. 4a; RB 1998 Nr. 70 = BEZ 1999 Nr. 12 = URP

1999 S. 165 E. 5a; AGVE 1997 Nr. 95 S. 364 E. 2d, Nr. 96 S. 365; EGV-SZ 1995 Nr. 59; dazu Anm. Peter Gauch in Baurecht 1997, S. 51). Würde generell auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt, würde damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (vgl. Art. 1 – 3 BGBM) weitgehend verunmöglicht. Auch mit Bezug auf die Eignungskriterien dürfen ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter nicht diskriminiert werden. Gemäss § 22 SubmV dürfen nur objektive Kriterien zur Anwendung gelangen, welche insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen und Anbieter betreffen. Der Nachweis ist auf diejenigen Eignungskriterien zu beschränken, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Eignungskriterien dürfen nicht in der Absicht festgelegt werden, ortsfremde Bewerberinnen und Bewerber von vornherein auszuschliessen oder zu benachteiligen, weshalb das Kriterium der Ortsansässigkeit als Eignungskriterium grundsätzlich unzulässig ist.

bb) Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 26 Abs. 1 Bst. a SubmV). Nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b IVöB und § 10 Absatz 3 SubmV kann jedoch die Zahl der im selektiven Verfahren zum Einreichen eines Angebots einzuladenden Anbieterinnen und Anbieter beschränkt werden, wenn die rationelle Durchführung des Vergabeverfahrens es erfordert. Dabei muss aber ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet bleiben (Art. 12 Abs. 1 Bst. b IVöB); die Zahl der Eingeladenen darf, sofern sich genügend Anbieterinnen und Anbieter bewerben, nicht kleiner als drei sein (§ 10 Abs. 3 SubmV). Diese Vorschriften entsprechen den für Vergaben des Bundes geltenden Bestimmungen von Artikel 15 Absatz 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) und von Artikel 12 Absatz 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11).

Wie eine Vergabestelle vorzugehen hat, wenn die geforderten Eignungskriterien von einer grösseren Anzahl Interessenten erfüllt werden, als aufgrund der vorgesehenen Beschränkung zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden können, regelt die Submissionsverordnung nicht. Artikel X Ziffer 1 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422) verlangt, dass die Teilnehmenden in gerechter und nichtdiskriminierender Weise ausgewählt werden. In der Literatur wird vorgeschlagen, dabei auf das Mass der Eignung abzustellen und im Zweifelsfall das Los entscheiden zu lassen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Ziff. 16.2). Jedenfalls

dürfen bei der Auswahl im selektiven Verfahren keine vergabefremden Kriterien zur Anwendung gelangen. Werden Eignungskriterien oder allenfalls weitere Auswahlkriterien dazu verwendet, die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren mit beschränkter Teilnehmerzahl vorzunehmen, muss in den Ausschreibungsunterlagen – ebenso wie bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (BEZ 1999 Nr. 13 E. 3b) – ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst.

c) aa) Die Kriterien, welche bei der Selektion der Bewerberinnen und Bewerber zur Anwendung gelangten, sowie deren Gewichtung wurden erst am 18. November 1999, unmittelbar vor der Öffnung der Teilnahmeanträge, wie folgt festgelegt:

Eignungskriterien	Punkte
1. Ortsansässigkeit (Büro in D.)	3
2. Bauleitung im eigenen Büro	2
3. Besondere Eignung (schon Renovationen und Umbauten ausgeführt)	2
4. Versichert (mind. 1'000'000.--)	1
5. Gute Referenzen (Erfahrung im Schulhausbau)	1
6. Im Büro sollten 4 Mitarbeiter fest angestellt sein	2
7. Lehrlingsausbildung	1
8. Buchhaltung mit EDV / ausgerüstet mit CAD	0
Total Punktezahl	12

Nach den dargelegten Grundsätzen darf die Ortsansässigkeit im Rahmen der Präqualifikation grundsätzlich keine Rolle spielen. Vorliegend ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die etwas längeren Anfahrtswege des in der Stadt Zürich domizilierten Beschwerdeführers nachteilig auswirken sollten. Dass die grössere Distanz den Beschwerdeführer an einer termingerechten und fachlich einwandfreien Erledigung des Auftrags hindern könnte, ist nicht anzunehmen und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht konkret begründet. Jedenfalls wird dadurch seine finanzielle, wirtschaftliche, fachliche oder organisatorische Leistungsfähigkeit und damit seine Eignung nicht in Frage gestellt.

Indem die Beschwerdegegnerin die Ortsansässigkeit im Rahmen der Zulassung zur Offertstellung berücksichtigte, versties sie gegen das fundamentale Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ortsansässigkeit als Eignungskriterium

oder – wie die Beschwerdegegnerin behauptet – als zusätzliches Kriterium zur Auswahl der grundsätzlich geeigneten Anbietenden zur Anwendung gelangte. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin erweist sich schon aus diesem Grund als unzulässig.

bb) Abgesehen von der generellen Unzulässigkeit des Kriteriums der Ortsansässigkeit unterliess es die Beschwerdegegnerin auch, in den Ausschreibungsunterlagen auf dieses Kriterium und dessen Gewichtung bei der Auswahl der Teilnehmenden hinzuweisen. In der publizierten Ausschreibung wurde erwähnt, für die Selektion komme eine Kriterienliste für die fachliche Beurteilung der Anbieterinnen und Anbieter zur Anwendung; die Bewerberinnen und Bewerber müssten sich über "Fachkenntnisse in folgenden Bereichen ausweisen: Renovationserfahrung mit Referenzen im Schulhausbau, in Sanierungsprojekten und Erfahrung mit Denkmalschutzobjekten". Sodann würden nur Bewerberinnen und Bewerber zugelassen, welche anhand eines Fragebogens ihre finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Eignung nachwiesen. In den Ausschreibungsunterlagen (Fragebogen) wurden folgende Eignungskriterien bekanntgegeben: Vollständigkeit der Bewerbung, Erfahrung und fachspezifisches Wissen des Architekturbüros, Organisation der Büros, vorhandene Kapazität, Referenzen vergleichbarer Objekte mit Referenzpersonen, Lehrlingsausbildung, Handelsregisterauszug und Angaben zur Bonität. Demgegenüber wurden weder das Kriterium der Ortsansässigkeit noch dessen Gewichtung bei der Auswahl der einzuladenden Anbietenden in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt. Auch die Gewichtung der weiteren angewendeten Kriterien, die erst unmittelbar vor dem Öffnen der eingegangenen Bewerbungen und des Auswahlentscheids definitiv festgelegt und gegenüber den Ausschreibungsunterlagen teilweise umformuliert wurden, blieb in der publizierten Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen unerwähnt. Die Interessenten hatten somit keine Möglichkeit, diesen Eignungs- bzw. Auswahlkriterien entsprechend deren Gewichtung bei der Ausarbeitung des Teilnahme gesuchs Rechnung zu tragen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin war nach den dargelegten Grundsätzen nicht zulässig. Dabei kann offen gelassen werden, ob die in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Eignungskriterien als solche überhaupt zulässig sind.

5. Die strittigen Bewertungen im Zusammenhang mit dem Kriterium der Ortsansässigkeit betreffen viele Punkte. Wird von der Berücksichtigung dieses unzulässigen Kriteriums abgesehen, erreicht der Beschwerdeführer die maximale Punktzahl und ist damit besser platziert als andere Bewerberinnen und Bewerber, welche von der Beschwerdegegnerin zur Offertstellung eingeladen wurden. Die Verfügung der Vergabeinstanz, mit welcher der Beschwerdeführer nicht zum Angebot zugelassen wurde, ist deshalb nicht haltbar. Der Entscheid ist in

Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und der Beschwerdeführer ist zum Einreichen eines Angebots innert einer angemessenen Frist zuzulassen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig und ihr steht von vornherein keine Parteientschädigung zu. Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer solchen Vergütung an den Beschwerdeführer sind mangels besonderer Aufwendungen ebenfalls nicht erfüllt (§ 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/6. September 1987).

Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführer zur detaillierten Offertstellung für die Renovation des Schulhauses G., D., einzuladen.
2. [Gerichtsgebühren]
3. [Gerichtskosten]
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Mitteilung an die Parteien und den Regierungsrat.

B 7	2. Submission Kanton Aargau
-----	------------------------------------

Entscheid der 3. Kammer vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 19. Juli 1999 i.S. R. AG Beschluss des Gemeinderates O. vom 19./28. April 1999 betreffend Submission:

A. Im Zusammenhang mit dem Umbau der Turnhalle in eine Mehrzweckhalle führte der Gemeinderat O. für die Vergabe des Bühnenabschlusstors (BKP Nr. 377) ein selektives Submissionsverfahren durch. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte am 11. Januar 1999. Es wurden schliesslich sechs Offerten mit Netto-Angebotssummen zwischen CHF [...] und CHF [...] eingereicht. Am 19. April 1999 beschloss der Gemeinderat O.:

- "1. Die Vergebungsbehörde hegt den dringenden Verdacht, dass zwischen den Anbietern eine Preisabsprache stattgefunden hat.
 2. Aufgrund dieser Erkenntnis wird die Submission für die Arbeitsgattung BKP Nr. 377, Bühnenabschlusstor, gestützt auf die Bestimmungen des Aarg. Submissionsdekrets abgebrochen.
 3. (Rechtsmittelbelehrung)"
-

Am 28. April 1999 wurde dieser Beschluss an die Anbietenden versandt.

B. a) Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 5. Mai 1999 (Postaufgabe) beantragt die R. AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin), "es sei der Entscheid der Vergebungsbehörde aufzuheben und das Submissionsverfahren fortzusetzen".

b) Mit Vernehmlassung vom 10. Mai 1999 beantragt der Gemeinderat O. die Abweisung der Beschwerde.

c) Die Beschwerdeführerin hat sich zur Vernehmlassung des Gemeinderats nicht mehr geäußert.

d) Mit Beschluss vom 12. Juli 1999 vergab der Gemeinderat O. den Auftrag nach neuerlicher Ausschreibung - wobei die Beschwerdeführerin ebenfalls wieder eine Offerte einreichte - an die E., zum Preis von CHF [...].

C. Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 19. Juli 1999 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. 1. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig "in den Fällen, welche dieses oder ein anderes Gesetz bestimmt" (§ 51 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968). Überdies kann durch Dekret des Grossen Rates die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf weitere Fälle ausgedehnt werden (§ 51 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 des Submissionsdekrets (SubmD) vom 26. November 1996 (in Kraft seit dem 1. Mai 1997) kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Tritt eine Gemeinde als Vergabestelle auf, gilt diese Rechtsschutzbestimmung unabhängig vom Wert des Auftrags (§ 24 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 Bst. d SubmD). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Behandlung des vorliegenden Falles zuständig.

2. Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

3. Verfügungen und Entscheide kann jedermann durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht (§ 38 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 SubmD).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist die Rechtmässigkeit des mit Beschluss vom 19. April 1999 angeordneten Verfahrensabbruchs zu überprüfen. Das Verwaltungsgericht kann dabei lediglich eine allfällige Widerrechtlichkeit des Abbruchs feststellen, die Vergabestelle aber nicht zur Weiterführung des abgebrochenen Verfahrens oder zur Erteilung des Zuschlags verpflichten, denn gemäss § 22 Absatz 1 SubmD ist die Vergabestelle nicht zum Zuschlag verpflichtet. Bricht die Vergabestelle das Verfahren ohne oder aus unzureichendem Grund ab, können die Anbietenden gegebenenfalls Ansprüche aus Schadenersatz geltend machen (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1997, S. 360 f.). So haftet nach § 38 SubmD die Vergabestelle für den Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat (Abs. 1), wobei diese Haftung auf die Aufwendungen beschränkt ist, die den Anbietenden im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen (Abs. 2); zudem muss die Widerrechtlichkeit der Verfügung vorgängig durch die Beschwerdeinstanz im Beschwerdeverfahren festgestellt worden sein (Abs. 3). In Betracht kommt gegebenenfalls auch die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüchen aus culpa in contrahendo (vgl. Erw. II/2/a hienach). An der Prüfung der Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs hat die Beschwerdeführerin, die im abgebrochenen Verfahren ein Angebot eingereicht hat, somit klarerweise ein schützenswertes Interesse. Daran ändert die Tatsache, dass die Vergabestelle zwischenzeitlich ein neues Submissionsverfahren (unter Beteiligung der Beschwerdeführerin) durchgeführt und mit der Zuschlagserteilung an eine Mitkonkurrentin auch abgeschlossen hat (Bst. B/d hievor), nichts.

II. 1. Die Gemeinden unterstehen den Bestimmungen des Submissionsdekrets grundsätzlich nur, wenn sie Bauaufträge im geschätzten Wert des Einzelauftrags von über CHF 200'000.-- bzw. Dienstleistungs- und Lieferaufträge im geschätzten Wert des Einzelauftrags von über CHF 50'000.-- (§ 5 Abs. 1 Bst. d SubmD) oder Aufträge, die von der öffentlichen Hand subventioniert werden (§ 5 Abs. 1 Bst. b SubmD), vergeben (Botschaft des Regierungsrats zum Submissionsdekret [Botschaft] vom 22. Mai 1996, S. 1, S. 7, S. 12). Gemäss Angabe des Gemeinderats O. wird der Umbau der Turnhalle zu einer Mehrzweckhalle durch den Kanton subventioniert (Vernehmlassung, S. 3; Vernehmlassungsbeilage 10), weshalb das Submissionsdekret zur Anwendung gelangt, obschon der Schwellenwert gemäss § 5 Absatz 1 Buchstabe d SubmD nicht erreicht wird (vgl. auch Vernehmlassungsbeilage 10, S. 3).

2. a) Die Vergabestelle begründet den Abbruch des Submissionsverfahrens mit dem dringenden Verdacht, dass unter den Anbietenden eine Preisabsprache stattgefunden habe, damit die R. AG den Auftrag erhalte. Dieser Verdacht sei sowohl vom Architekten als auch vom Bühnenplaner geäußert worden und werde durch eine Offerte für ein vergleichbares Bühnentor in der Gemeinde U., die rund CHF 6'000.-- niedriger sei, bestätigt (Vernehmlassung, S. 2). Durch die Absprache werde der Grundsatz des wirklichen Wettbewerbs missachtet.

b) Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Beschwerde, eine unzulässige Preisabsprache mit den übrigen Anbietern vorgenommen zu haben. Tatsache sei, dass für den Verband der schweizerischen Lieferanten von falt- und schiebewänden (VSLFS) gemeinsam Kalkulationsgrundlagen erarbeitet worden seien. Dies sei auch in andern Verbänden üblich. Die Kalkulationen entstünden in einer Erfa-Gruppe und bezweckten eine Preisfindung, die Herstellungskosten, Montage und Administration umfassten und eine angemessene Risiko- und Verdienstmarge beinhalteten. Diese würden als unterste Kalkulationspreise betrachtet. Der Preiskampf bewirke, dass die Eingabepreise in der Regel unter der Verbandskalkulation liegen würden, und dass es zwangsläufig zu grösseren oder kleineren Preisunterschieden unter den Anbietern komme. Im konkreten Fall lägen "Offerten mit einer Preisspanne von + 8%" vor.

c) Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll vom 6. April 1999 wurden die folgenden Netto-Eingabesummen eingereicht (Vernehmlassungsbeilage 4):

1.	W. AG, N.	CHF [...]	100.00%
2.	R. AG, V.	CHF [...]	101.13%
3.	Ra. AG, L.	CHF [...]	101.19%
4.	Sch., K.	CHF [...]	103.28%
5.	H. AG, H.	CHF [...]	106.12%
6.	H+T AG, A.	CHF [...]	107.98%

Nach erfolgter Prüfung und Bereinigung der Angebote lagen Nettosummen zwischen CHF [...] und CHF [...] vor.

2. Zu prüfen ist, ob die Vergabestelle im vorliegenden Fall berechtigt war, die Submission abzubrechen.

a) Die Vergabestelle ist nicht zum Zuschlag verpflichtet (§ 22 Abs. 1 SubmD). Aus wichtigen Gründen kann das Verfahren jederzeit abgebrochen oder wiederholt werden. Dies ist gemäss § 22 Absatz 2 Buchstaben a - c SubmD insbesondere zulässig, wenn

- kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt;

- aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen oder wegen wegfallender Wettbewerbsverzerrungen günstigere Angebote zu erwarten sind;
- eine wesentliche Änderung des Projektes erforderlich wurde.

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, macht aber deutlich, dass der Abbruch des Submissionsverfahrens nicht grundlos erfolgen darf. Nicht nur § 22 Absatz 2 SubmD, sondern schon die vorvertragliche Treuepflicht nach Artikel 2 ZGB verbietet es nämlich der Vergabestelle, dem einzelnen Submittenten seine Chance auf den Zuschlag durch grundlosen Verfahrensabbruch zu entziehen oder durch eine Wiederholung des Verfahrens allenfalls zu verschlechtern. Der Anbieter darf sich gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber auf ein vertrauenswürdiges, korrektes Verhalten verlassen, und darauf, dass die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss ausübt; eine grundlose Schmälerung der Chance des einzelnen Submittenten auf den Zuschlag erscheint auch unter diesem Gesichtswinkel ausgeschlossen. Bereits aus der allgemeinen, vorvertraglichen Treuepflicht sowie aufgrund des vom öffentlichen Auftraggeber pflichtgemäss auszuübenden Ermessens folgt daher ohne weiteres der Grundsatz, dass das Submissionsverfahren ohne Vergebung des Auftrags nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden darf, falls nicht die Haftung aus culpa in contrahendo Platz greifen soll (Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/98 vom 3. November 1997 in Sachen M., S. 7 f., VGE III/136 vom 9. Oktober 1998 in Sachen T. AG, S. 5 ff.; vgl. zum Ganzen: Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 453 ff.).

b) Die Vergabebehörde ist somit dann berechtigt, ein Submissionsverfahren ohne Entschädigungsfolgen abzubrechen (und allenfalls zu wiederholen), wenn Gründe vorliegen, die in § 22 Absatz 2 Buchstaben a - c SubmD beispielhaft aufgezählt sind oder die nach dem Sinne dieser Bestimmung als wichtig gelten können. Kein wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch bildet das Fehlverhalten eines oder mehrerer Submittenten, denn sonst würden die korrekt handelnden Submittenten grundlos ihrer Chance auf den Zuschlag beraubt (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 455). Fehlbare Submittenten können jedoch aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. So sieht § 28 Absatz 1 Buchstabe e SubmD ausdrücklich vor, dass Anbietende vom Verfahren ausgeschlossen werden oder sogar der Zuschlag zu widerrufen ist, wenn sie Abreden getroffen haben, die einen wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Der Ausschluss eines fehlbaren Anbieters ist zwingend (Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 26. November 1996, Art. 1995, S. 622 [Votum Küng]). Ein wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch liegt aber dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber nachweist, dass sich alle Submit-

tenten unkorrekt verhalten haben, d. h. wenn alle Anbieter sich an unzulässigen Absprachen beteiligt haben (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 455). Gemäss § 8 Absatz 2 Buchstabe b SubmD kann denn auch ein wegen der Höhe des Auftragswerts grundsätzlich im offenen oder selektiven Verfahren zu vergebender Auftrag freihändig vergeben werden, wenn die eingereichten Angebote unter den Anbietenden abgesprochen wurden. Die diesfalls zulässige freihändige Vergabe setzt implizit den Abbruch des ursprünglichen, offenen oder selektiven Verfahrens voraus. Das heisst, eine Preisabsprache unter den Anbietenden stellt jedenfalls dann einen wichtigen Grund im Sinne von § 22 Absatz 2 SubmD dar, der einen Verfahrensabbruch zu rechtfertigen vermag, wenn alle Anbietenden daran beteiligt waren (vgl. auch Botschaft, S. 16). Die Verordnung des Grossen Rates vom 16. Juli 1940 über die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung [SubVO]) hielt in § 9 Absatz 2 Ziffer 2 fest, dass der Zuschlag unterbleiben könne, wenn die Berechnung der Angebote in einer Weise erfolgt sei, die einen Wettbewerb ausschliesse. Eine vergleichbare Regelung enthält das Beschaffungsrecht des Bundes in Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) vom 11. Dezember 1995. Danach kann die Auftraggeberin den Auftrag direkt vergeben, wenn im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind.

c) aa) Mit unzulässigen Wettbewerbsabreden befasst sich in erster Linie das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Preisabsprachen sind Abreden unter den Anbietenden, die sich in direkter oder indirekter Form auf die Preisbildung auswirken. Sie können sowohl die direkte Preisfestsetzung als auch indirekte Preisfestsetzungselemente wie Rabatte, Skonti etc. betreffen. Die Wirkung einer Preisabrede kann sich zudem aus unter den Anbietenden vereinbarten Kalkulationsschemata ergeben, wenn diese derart ausgestaltet sind, dass ihre konsequente Anwendung automatisch zu einem bestimmten einheitlichen Marktpreis führt. Kartellrechtlich unbedenklich sind hingegen Kalkulationsschemata, die als rein technische Rechenhilfen konzipiert sind und beispielsweise auf Verbandsebene sicherstellen wollen, dass die Verbandsmitglieder ihre Kalkulation nach betriebswirtschaftlich korrekten Kriterien ausführen. Als Kalkulationshilfen werden auf Verbandsebene auch Empfehlungen an die Mitglieder weitergegeben. Eine derartige Empfehlung hat nicht ohne weiteres den Charakter einer horizontalen Wettbewerbsabrede. Sie wird erst dann zur allenfalls kartellrechtlich relevanten Wettbe-

werbsabrede, wenn sie sich dadurch qualifiziert, dass sie in der Praxis auch tatsächlich befolgt wird (vgl. Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, S. 179 f., N 26 zu Art. 5 KG). Diesfalls wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede vermutet (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

Die genannten Überlegungen aus der Sicht des Kartellrechts zu den Preisabreden lassen sich jedenfalls dem Grundsatz nach auch auf das Vergaberecht übertragen, soweit die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch Submissionsabreden und die diesbezüglichen Abwehrmechanismen des Vergaberechts in Frage stehen. Das Kartellgesetz 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). Aber auch das Hauptziel des Submissionsrechts ist es, den wirksamen Wettbewerb zu fördern (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SubmD).

bb) Aus dem Wettbewerbscharakter der Submission folgt, dass Angebote mit verdeckter, d.h. für den Ausschreibenden nicht erkennbarer Preisabsprache treuwidrig sind. Verdeckte Preisabsprachen zwischen den Submittenten verfälschen den Wettbewerb und machen den Wert jeder Ausschreibung hinfällig, gleichgültig, auf welche Art und Weise die Preise abgesprachen wurden und ob die Absprache die Angebotspreise unmittelbar oder nur mittelbar beeinflusst. So oder anders wird der Ausschreibende über eine Tatsache (nämlich die unabhängige Errechnung des Angebotspreises) getäuscht, die erheblich ist für seinen Entschluss, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen (Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 138, Rz. 472; Marco S. Stoffel, *Die Submission nach schweizerischem Baurecht*, Zürcher Diss., Winterthur 1981, S. 141). Submissionskartelle entstehen entweder durch spontane Preisabsprachen einzelner Anbieter oder durch Preisabstimmungen, die von einem Verband unter seinen an Submissionen teilnehmenden Mitgliedern organisiert werden (Stoffel, a.a.O., S. 141; vgl. auch Peter Galli, *Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen*, Diss. Zürich 1981, S. 125). Ein Hauptanwendungsfall eines Submissionskartells ist die Begünstigung eines Anbieters durch Schutzofferten von Mitanbietern. Mit solchem Verhalten täuschen die kartellisierten Anbieter das Bestehen von Wettbewerb vor. Die Vergabestelle hat indessen gar keine Auswahlmöglichkeit, denn die Anbieter haben den Zuschlag bereits vorbestimmt (Stoffel, a.a.O., S. 142 f.). Der Regierungsrat des Kantons Aargau hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1993 hinsichtlich Preisabsprachen Folgendes festgehalten (Beschluss des Regierungsrats [RRB] Nr. 1204 vom 5. Mai 1993, S. 4 f.):

"Gemäss den Vorschriften der Submissionsverordnung ist jede Art von Absprachen verboten, die geeignet ist, den

Wettbewerb zu beeinflussen oder zu beschränken. (...) Dass immer wieder Absprachen vorkommen und damit der freie Wettbewerb behindert oder gar ausgeschaltet wird, ist dem Regierungsrat bekannt. Dies zeigen vor allem Beispiele aus früheren Jahren, in denen Verbandsmitglieder mit der Androhung von Konventionalstrafen zu Absprachen genötigt wurden. Auch das Faktum, dass entsprechende Vorschriften in die Submissionsverordnung aufgenommen wurden, zeigt, dass dieses Thema offensichtlich schon 1940 aktuell war. Dass sich solche Absprachen nicht direkt beweisen lassen, liegt ebenfalls in der Natur der Sache; solche Vorgänge werden kaum aktenkundig gemacht. Alle Massnahmen, die geeignet sind, den freien Wettbewerb zu verfälschen, sind entsprechend zu sanktionieren. Wenn der Gemeinderat aufgrund seiner Informationen den Eindruck gewonnen hat, im vorliegenden Fall seien Absprachen unter den (...) Bauunternehmungen erfolgt, so dass kein Wettbewerb stattgefunden habe und deshalb das Ergebnis der Submission im Sinne von § 9 Absatz 2 Ziffer 2 SubVO unannehmbar sei, sieht der Regierungsrat keinen Anlass, daran zu zweifeln. Der Gemeinderat hat bei seinen Entscheiden auch auf die Interessen der Steuerzahler entsprechend Rücksicht zu nehmen."

cc) Von den verdeckten Preisabsprachen, die zu einer Täuschung der Erwartungen der Vergabebehörde hinsichtlich des Wettbewerbscharakters der Submission und der freien Preisbildung führen, ist die offene Preisabsprache zu unterscheiden. Mit der Eingabe einer offen abgesprochenen Offerte, wie in Fällen der Richt- und Kollektivofferte, wird beim Auftraggeber zwar keine falsche Vorstellung bezüglich der freien Preisbildung erweckt (Stoffel, a.a.O., S. 142); gleichwohl sind sie kartell- und submissionsrechtlich aber wegen des damit verbundenen Wettbewerbsausschlusses problematisch.

d) Es stellt sich die Frage, welchen Anforderungen an den Nachweis einer (verdeckten) Submissionsabsprache zu stellen sind. Der direkte Nachweis solcher Abreden dürfte - wie bereits der Regierungsrat im zitierten Entscheid festgehalten hat - der Vergabestelle nur sehr selten gelingen; sie wird sich in der Regel mit Indizien, die auf Preisabsprachen schliessen lassen, begnügen müssen. Die sachlich begründete Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, muss daher in aller Regel für den Ausschluss der betroffenen Anbietenden aus dem Verfahren bzw. für den Abbruch der Submission, sofern mutmasslich alle Anbieter beteiligt sind, ausreichen. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass die Vergabestelle im Normalfall ein erhebliches Interesse an der zügigen Abwicklung des Vergabeverfahrens hat und schon deshalb die mit einem Abbruch und einer allfälligen Wiederholung des

Verfahrens verbundenen Verzögerungen und Umtriebe nur in begründeten Fällen auf sich nehmen wird. Auch dieser Gesichtspunkt lässt es gerechtfertigt erscheinen, von der Vergabestelle nicht den strikten Nachweis der erfolgten Absprache zu verlangen, sondern den sachlich ausreichend begründeten Verdacht genügen zu lassen.

e) aa) Die eingereichten Offerten sind im Rahmen des Offertbereinigungsverfahrens gemeinsam vom projektleitenden Architekten und vom Bühnenplaner geprüft und anhand der Zuschlagskriterien bewertet worden. Dabei entstand der Eindruck, dass es sich um "verabredete Verbandspreise" handle bzw. dass die Submission unter Verbandsdiktat entstanden sei (vgl. Vernehmlassungsbeilage 5). Architekt und Bühnenplaner beantragten der Vergabestelle daher den Abbruch der Submission; sie belegten ihren Verdacht mit einer wesentlich günstigeren Offerte der Ra. AG zuhanden der Gemeinde U. für eine vergleichbare Bühnenabschlusswand (Vernehmlassungsbeilage 6). Mit Schreiben vom 22. April 1999 hielt der Bühnenfachplaner zuhanden der Vergabestelle fest: "Den Aussagen der verschiedenen Torbauer nach zu schliessen, sollte die Firma R. den Auftrag erhalten, deshalb haben sich die anderen Torbaufirmen zurückgehalten" (Vernehmlassungsbeilage 8). Daraufhin teilte die Vergabestelle den Anbietenden den Abbruch des Verfahrens mit (Protokollauszug vom 19. April 1999).

bb) Vorliegendenfalls war eine Bühnenabschlusswand mit den Massen 8,30 m x 4,00 m (Höhe), bestehend aus total acht Elementen, davon ein Teleskop-Element, zu offerieren. Die Ra. AG offerierte die Schiebetoranlage inkl. Montage zum Preis von CHF [...] brutto bzw. CHF [...] (inkl. 3% Rabatt, 2% Skonto, 7,5% MWSt, ohne 0,5% Baureinigung und 0,5% Bauwesenversicherung). Die Offerte datiert vom 31. März 1999; die Gültigkeit des Angebots beträgt vier Monate ab rechtskräftigem Zuschlag. Die von der Vergabestelle als Indiz für die erfolgte Absprache herangezogene und von der Ra. AG im Rahmen des Submissionsverfahrens der Gemeinde U. eingereichte Offerte vom 6. Februar 1999 (Eingabetermin) betrifft eine Bühnenabschlusswand mit den Massen 8,96 m x 4,45 m; sie besteht ebenfalls aus acht Elementen (inkl. ein Teleskop-Element). Angeboten wurde diese Anlage für CHF [...] brutto bzw. CHF [...] netto (Festpreis bis 31. Dezember 1999).

Abgesehen von den unterschiedlichen Massen erscheinen die beiden Abschlusswände identisch. Trotzdem wurde von der Ra. AG die Anlage, d.h. die Grundkonstruktion, in U. rund CHF 6'000.-- billiger offeriert. Die Offerte U. stellt damit zumindest ein Indiz dar, das den Verdacht einer Absprache zu begründen vermag. Eine ähnliche Auftragssumme legte denn auch der Architekt im vorliegenden Fall dem Kostenvoranschlag für das Bühnenabschlusstor zugrunde (CHF [...], vgl. Vergabeantrag des Architekten vom 11. April 1999 [Vernehmlassungsbeilage 5]). Daran vermag auch der Umstand, dass in der hier zu beur-

teilenden Vergabe Offerten mit Preisunterschieden von bis zu 8% eingegangen sind (Verwaltungsgerichtsbeschwerde), nichts zu ändern.

Dem Bühnenplaner gegenüber haben die Anbietenden nach seiner unterschriftlich bestätigten Angabe Aussagen gemacht, aus denen zu schliessen war, dass die R. AG den Auftrag erhalten sollte und die andern sich deshalb zurückhielten (vgl. Erw. aa hievor). Der Bühnenplaner vertrat daher die Auffassung, dass mit einer erneuten Ausschreibung ein günstigeres Angebot erzielt werden könnte (Vernehmlassungsbeilage 8). Die Vergabestelle hatte diese weiteren Abklärungen und die Bestätigung durch den Bühnenplaner ausdrücklich verlangt, nachdem seitens des Architekten und des Bühnenplaners die Vermutung einer Preisabrede geäussert worden war. Der Gemeinderat führt in seiner Vernehmlassung wörtlich Folgendes aus:

"7. Gestützt auf die Aussage sowohl des Architekten als auch des Fachplaners sowie der beigelegten Kopie der Offerte des Tors für die Anlagen in U., welche rund 60 cm grösser, sonst aber identisch ist, jedoch rund CHF 6'000.-- weniger kostet, ist davon auszugehen, dass die Unternehmer eine Absprache vereinbarten. Im Schreiben vom 22. April 1999 stellt der Bühnenplaner auch fest, dass nach den Aussagen der verschiedenen Torbauer zu schliessen ist, dass die Firma R. den Auftrag erhalten sollte, weshalb sich die andern Unternehmer zurückgehalten haben."

Die Vernehmlassung des Gemeinderats wurde der Beschwerdeführerin am 25. Mai 1999 zugestellt (vgl. Empfangsbescheinigung), und es wurde ihr die Möglichkeit eingeräumt, sich "zu allfälligen Neuerungen in der Vernehmlassung" zu äussern. Davon hat sie in der Folge keinen Gebrauch gemacht, insbesondere hat sie die in der Vernehmlassung des Gemeinderats wiedergegebene Feststellung des Bühnenplaners nicht als unwahr zurückgewiesen. Gemäss § 21 Absatz 1 VRPG sind die Beteiligten verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken, soweit sie ein Verfahren durch ihre Begehren einleiten. Tun sie dies nicht, wird dies im Rahmen der Beweiswürdigung - bzw. im vorliegenden Fall bei der Frage nach dem hinreichend begründeten Verdacht - berücksichtigt (§ 21 Abs. 2 VRPG; Michael Pfeifer, Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, Basel 1980, S. 127 f.), soweit diesbezüglich nach dem Vergabeentscheid vorgebrachte Argumente überhaupt relevant sind. Auch aus den Akten ist im Übrigen nichts ersichtlich, was die Glaubwürdigkeit der immerhin unterschriftlich bestätigten Angaben des Fachplaners in Frage stellen könnte.

cc) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass verschiedene Anhaltspunkte für eine Preisabprache unter den an der Submission be-

teiligten Anbietern bestehen, die gesamthaft betrachtet genügen, um den Verdacht der Vergabestelle als hinreichend sachlich begründet erscheinen zu lassen. Wenn die Vergabestelle aufgrund der ihr vorliegenden Informationen zum Schluss gekommen ist, der Wettbewerb habe im vorliegenden Fall nicht gespielt, und deshalb das Verfahren abgebrochen hat, so lässt sich dies nicht beanstanden. Der sachlich begründete Verdacht einer Preisabsprache unter allen teilnehmenden Anbietern stellt - wie ausgeführt - einen den Abbruch des Verfahrens ohne Entschädigungsfolgen rechtfertigenden wichtigen Grund im Sinne von § 22 Absatz 2 SubmD dar.

3. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist demzufolge abzuweisen.

III. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht kostenpflichtig (§ 33 Abs. 2 VRPG). Eine Parteikostenentschädigung fällt ausser Betracht (§ 36 VRPG).

Demgemäss wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. [Verfahrenskosten]
 3. [Eröffnung]
-

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2 1. Bibliographie Bibliographie Bibliografia

BERGMANN Mats A., "The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?" in: *European Competition Law Review* 2000, 59 ff.

BORER Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, 35 ff.

BOVET Christian, Swiss Competition Law 1998-1999, in: *SZW* 2000, 85 ff.

BOVET Christian, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Wettbewerbsrecht (II) Verfahren, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 434, Sektion XIII, Stand Juni 1999 (ist gleichzeitig in Französisch erschienen)

CAHILL Brian F., DREYER Joachim, GABRIEL Sivio C., KERBER Wolfgang, SCHMIDT Ingo, SCHÜTZ Jörg, SCHWAN Rudolf, "Die Europäische Fusionskontrolle", *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Band 270, Duncker & Humblot, Berlin 2000

DIETRICH Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse – Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10, 32-38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, 75 ff.

DROLSHAMMER Jens, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: *SJZ* 2000, 218 ff.

DROLSHAMMER Jens, Der Stand des schweizerischen Kartellrechts im Jahr 1999: Die Sicht der Unternehmen - Ein Plädoyer für eine kooperative und internationalistische Kartellrechts-Community und Kartellrechtskultur in der Schweiz, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Basel; Genf; München 2000, 187 ff.

DUCREY Patrik, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, 115 ff.

GUGLER Philippe, Le contrôle des concentrations en Suisse: le cas d'united bank of Switzerland (UBS), *Revue* no 114 – mars-avril 2000

HILTY Reto M., Verbot von Parallelimporten - Heimatschutz oder Schildbürgerstreich, in: sic! 2000, 231 ff.

HOFFET Franz, Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 45 ff.

MEIER-SCHATZ Christian J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 185 ff.

PALASTHY Andras, Zusammenschlusskontrolle in der Stromwirtschaft: EG- und Schweizer Wettbewerbsrecht, in: Jusletter 19. Juni 2000 (<http://www.weblaw.ch/jusletter>)

RICHLI Paul, Verfahren und Rechtsschutz, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 130 ff.

SAURER Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? – Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 167 ff.

STOFFEL Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 19 ff.

VON BÜREN Roland, Neue Entwicklungen im Wirtschaftsrecht: Kartellrecht, in: Jusletter 5. Juni 2000

ZÄCH Roger, Parallelimporte im Patentrecht: Kartellrechtliche Sicht, in: sic! 2000, 275 ff.

ZÄCH Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 1 ff.

ZURKINDEN Philipp, Sollen nationale oder supranationale Wettbewerbsbehörden, sowohl im Untersuchungs- als auch im Entscheidstadium, von der politischen Gewalt völlig unabhängig sein? Bejahendenfalls, wie kann eine solche Unabhängigkeit gesichert werden?, sic! 1/2000, 62.

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

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

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
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**

abgestimmtes Verhalten -
 Abrede 208, 209, 210, 219, 220, 221, 223, 224,
 247, 305, 306, 307, 308
 accordi -
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -
 accords 155, 167, 172, 173, 174, 175, 177, 183,
 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193,
 194, 195, 196, 281, 283, 292
 accord à l'amiable -
 aktuelle Konkurrenz 226, 252, 255
 aktuelle Wettbewerber -
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten -
 Angebotssubstituierbarkeit -
 associations économiques et professionnelles
 177
 associazioni economiche o le organizzazioni
 del ramo -
 Aufgreifkriterien 234
 Aussenseiter -

B

barrières à l'entrée 160
 barrières légales -
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 262,
 306, 307
 betroffener Markt 226
 Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
 communication 171, 183, 292
 concurrence actuelle 177, 180, 181, 182, 229
 convention tarifaire -

D

Diskriminierungen 245, 277, 278

E

efficacité économique 174, 183, 184, 185, 191
 efficienza economica -
 einvernehmliche Regelung -
 enge Abgrenzung -

erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

F

Festsetzung von Preisen -
 funktionale Substituierbarkeit -
 funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 230, 231, 234,
 238, 247, 250, 254

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kollusion -
 Konkurrenzverbot 247
 Kreuzpreiselastizität -

L

libre accès au marché -

M

marché de référence 157, 159, 160, 163, 174,
 191
 marché géographique 158, 159, 175, 192
 marchés publics 271, 272, 281, 282, 283, 284,
 285, 286, 288, 289, 290, 291
 Marktabgrenzung 225, 234, 235, 240, 252
 Marktanteile 226, 243, 255, 256, 262
 Marktanteilsaddition 226, 267, 231, 232, 233,
 235, 242, 251, 255
 Marktanteilsberechnung -
 marktbeherrschende Stellung 227, 233, 240,
 248, 252, 253, 255, 256, 257, 262
 Marktbeherrschung -
 Marktgegenseite 212, 231, 234
 Marktöffnung 245, 246, 247
 Marktschranken -
 Marktstrukturen -
 Marktzutritt 227, 232
 Marktzutrittsschranken 227, 232
 Meldepflicht 216, 230, 233, 239, 250, 254, 259,
 260, 261, 262, 263

mesures provisionnelles -
 Missbrauch einer marktbeherrschenden
 Stellung -
 missbräuchliches Verhalten -
 Monopolrente -
 Monopolstellung -

N

non-discrimination 282

Ö

Öffnung der Märkte -
 offreurs 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289

P

Parallelverhalten -
 position dominante 158, 159, 160, 161, 163,
 164, 230
 potenzielle Konkurrenz 227
 Preiswettbewerb -
 principe de la proportionnalité 283, 289
 Produktdifferenzierung -

R

räumlich relevanter Markt 225
 räumliche Marktabgrenzung -
 règlement tarifaire -
 relevanter Markt 225, 231

sachlich relevanter Markt 231
 Sanierungsfusion -
 Sanktionierung -
 Sanktionsandrohung -
 Schwellenwerte 234, 239, 260, 261, 271, 272,
 277, 278, 279, 280
 staatliche Markt- oder Preisordnung -
 substituierbar 225, 231, 234, 240, 252
 Substitutionsmöglichkeit -
 Substitutionsprodukt 225
 suppression d'une concurrence efficace 174,
 191, 192, 193

T

tarif minimum -

Tarife -
 tarifs recommandés 184

U

unabhängig 215, 216, 218, 225, 227, 230, 235,
 238, 240, 246, 260, 271, 272, 276, 295, 296,
 302, 307, 313
 unerheblich 233, 237
 unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils 282, 283, 288, 289, 290, 291
 Verhältnismässigkeitsprinzip 261
 Verstärkung einer marktbeherrschenden
 Stellung 225, 235, 245, 247, 255
 Vertikalabreden -
 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen -

W

Werbebeschränkungen -
 Wettbewerbsabreden 196, 207, 212, 213, 214,
 219, 220, 221, 222, 223, 236, 247, 264, 306,
 313
 wirtschaftliche Effizienz -
 Wirtschaftsverbände -