



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

2002/1

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

CH-3003 Berne
(Editeur)

CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

CHF 25.--

CHF 25.--

CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 80.--

CHF 80.--

CHF 80.--

(Form: 701.000.02/1)

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
------------------------------------------	------------

Droit et politique de la concurrence	DPC
---------------------------------------------	------------

Diritto e politica della concorrenza	DPC
---------------------------------------------	------------

2002/1

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

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

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

April / avril / aprile 2002

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</p> <p>B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 Diverses</p> <p>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 Bibliografie</p> <p>E Diverses</p>
Systématique	<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</p> <p>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</p> <p>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**2002/1****A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Rapporti d'attività****A 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

1. Jahresbericht 2001 der Wettbewerbskommission 1
2. Rapport annuel 2001 de la Commission de la concurrence 21
3. Rapporto annuale 2001 della Commissione della concorrenza 41

**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. Interprofession du Gruyère 62

B 2 WettbewerbskommissionCommission de la concurrence
Commissione della concorrenza**2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste**

1. Lokoop AG vs. SBB AG 72
2. Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993 – 2000) 77
3. Mobilfunkmarkt 97
4. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) 130

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

1. Knauf La Rhénane S.A./Alcopor Holding AG 145
2. Compass - Restorama/Rail Gourmet 148
3. AZ Vertriebs AG 155
4. Edipresse Publications SA/Journal de Morges 159
5. BP/E.ON 162

6.	Weitere	174
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Vernehmlassung Agrarpolitik 2007	174
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	182
E	Diverses Divers Diversi	
E 1	OECD OCDE OCSE	
1.	Rapport annuel sur la politique de la concurrence en Suisse (1er janvier - 31 décembre 2000)	184
E 2	Gutachten Avis Pareri	
1.	Gutachten Psychotherapeuten	207
2.	Avis psychothérapeutes	216
3.	Parere Psicoterapeuti	225
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	235
	Index (deutsch, français e italiano)	238

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1	1. Jahresbericht 2001 der Wettbewerbskommission
-----	------------------------------------------------------------

A Einleitung

Die Wettbewerbskommission (Weko) hat im vergangenen Jahr 13 Untersuchungen abgeschlossen. In zwei Fällen konnte eine einvernehmliche Regelung erzielt werden. In drei Untersuchungen hat die Weko unzulässige Abreden oder unzulässige Verhaltensweisen festgestellt. Drei Untersuchungen wurden eingestellt, weil die Parteien aufgrund der Intervention der Weko ihr Verhalten angepasst haben. Vier Verfahren konnten schliesslich eingestellt werden, weil die ursprünglich befürchteten unzulässigen Abreden oder Verhaltensweisen nicht bestanden. Ausführliche Informationen zu den abgeschlossenen Untersuchungen und den weiteren Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden sind nachstehend unter C und E.2 (Statistik) enthalten.

Die Weko und ihr Sekretariat haben ihre Bemühungen verstärkt, Wettbewerbsbeschränkungen auf einvernehmliche Art zu beseitigen. Dies ist grundsätzlich vor Eröffnung einer Vorabklärung, in Vorabklärungen und in Untersuchungen möglich. Mit dem Instrument der einvernehmlichen Erledigung konnte in sieben von 38 Vorabklärungen auf die Einleitung einer Untersuchung verzichtet werden. Diese Art der Verfahrenserledigung hat für die betroffenen Parteien und für die Wettbewerbsbehörden Vor- und Nachteile (ausführlich dazu nachstehend D.1).

In letzter Zeit wurde aus gewerblichen Kreisen Kritik an der Tätigkeit der Weko laut. Es wurde ihr vorgeworfen, sie würde das Kartellgesetz einseitig auf KMU anwenden und kaum gegen Grossunternehmen vorgehen. Die Weko ist diesen Vorwürfen nachgegangen. Nachstehend finden sich unter D.2 Ausführungen zur Praxis der Weko in Bezug auf KMU. Das Kartellgesetz (KG) findet auf KMU lediglich im Bereich der Wettbewerbsabreden Anwendung; die Bestimmungen über den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und die Fusionskontrolle sind für sie nicht relevant. Bei Wettbewerbsabreden ist das KG gegenüber Kooperationen, welche die wirtschaftliche Effizienz fördern, grundsätzlich positiv eingestellt. Kartellrechtlich problematisch sind dagegen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten

Konkurrenten. Dies gilt auch für KMU, und praktisch nur in diesen Gebieten war die Weko gegenüber KMU bisher auch tätig. Schliesslich ist hervorzuheben, dass das KG mit der Bekämpfung missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und der Fusionskontrolle vor allem die KMU vor Beeinträchtigungen des Wettbewerbs schützt.

B Revision des Kartellgesetzes

Die Arbeiten an der Revision des Kartellgesetzes wurden im vergangenen Jahr zügig weitergeführt. Nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens Ende 2000 hat der Bundesrat am 4. April 2001 über das weitere Vorgehen entschieden. Die Arbeitsgruppe "Revision KG" unter Leitung von Dr. ERIC SCHEIDEGGER, Wirtschaftsberater von Bundesrat PASCAL COUCHEPIN, hat den Vernehmlassungsentwurf überarbeitet und die Botschaft redigiert. Der Bundesrat hat die Botschaft zur Revision des KG am 7. November 2001 verabschiedet und dem Parlament überwiesen.

Hauptziel der Revision ist die Einführung direkter Sanktionen bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten (sog. harte Kartelle; KG 5 III) und bei Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung (KG 7). Die Höhe der Sanktion soll nach der Dauer und Schwere des Verstosses festgelegt werden und kann bis zu 10% des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes betragen. Der Bundesrat hat die Verfassungsmässigkeit direkter Sanktionen abklären lassen. In seinem Gutachten kommt Prof. RENÉ RHINOW zum Schluss, dass die vorgesehene Sanktionsregelung nicht gegen die Bundesverfassung verstösst (ausführlich in Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW, 2001/3, S. 592 ff.).

Besteht Unsicherheit, ob ein Verhalten mit Sanktionen bestraft werden könnte, soll den Unternehmen die Möglichkeit offen stehen, dies der Weko zu melden, bevor es Wirkung entfaltet. Damit soll sichergestellt werden, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssen. Allein schon mit dem Eingang der Meldung bei der Weko entfällt die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung. Die Unternehmen können damit allfällige Rechtsunsicherheiten über die wettbewerbsrechtlichen Folgen ihres Verhaltens rasch und mit minimalem Aufwand beseitigen. Das Sekretariat wird zudem zur Verfügung stehen, um Zusammenarbeitsvorhaben ohne besondere Förmlichkeit zu prüfen (KG 23 II).

Zusätzlich zu den direkten Sanktionen soll im revidierten KG eine Bonusregelung aufgenommen werden. Sie soll der Weko erlauben, ganz oder teilweise auf Sanktionen zu verzichten, wenn ein Unternehmen, das einem Kartell angehört, zur Aufdeckung und Auflösung dieses Kartells beiträgt. Diese Massnahme, die sich im Ausland bewährt hat, soll die Arbeit der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Aufdeckung harter Kartelle wesentlich erleichtern.

Weitere Revisionspunkte betreffen eher geringfügige Anpassungen. Auf die speziell tiefen Schwellenwerte bei Medienzusammenschlüssen soll verzichtet werden; bei den Schwellenwerten für Bankenzusammenschlüsse soll eine Anpassung an das EU-Recht stattfinden. Des Weiteren soll eine gesetzliche Grundlage für die Gebühren der Wettbewerbsbehörden im KG selbst aufgenommen werden.

In der KG-Revision wird auch den Anliegen der KMU Rechnung getragen. Mit einer Änderung in KG 4 II soll klargestellt werden, dass bei der Frage der Marktbeherrschung nicht allein auf die Marktstruktur abzustellen ist, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind. Bei diesem Verständnis kann Marktbeherrschung auch vorliegen, wenn ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Konkurrenten über eine überragende Marktstellung verfügt oder bei Unternehmen, von denen andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter stark abhängig sind. Weko und Sekretariat sind gewillt, bei der Umsetzung der KG-Revision die Rechtssicherheit für KMU mit gezielter Öffentlichkeitsarbeit, insbesondere im Bereich der zulässigen Kooperationen, zu erhöhen.

C Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen

1. Produktemärkte

Neben der Untersuchung bezüglich Uhrenvertrieb und derjenigen gegen die Genfer Kammer der Abdichtungs- und Asphaltierungsunternehmen, welche beide mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen wurden (ausführlicher unter D.1), standen im Dienst Produktemärkte insbesondere die Bereiche Bauwesen, Landwirtschaft sowie fossile Energieträger im Vordergrund.

Im Bereich **Bauwesen** wurde die Untersuchung bezüglich der Offerten für die Sanierung der Schweizerischen Landesbibliothek beendet. Dabei stellte die Weko fest, dass die vier Unternehmen, welche ursprünglich zur Offertestellung eingeladen worden waren, eine unzulässige Abrede getroffen hatten (sog. Submissionskartell). Bereits zu einem früheren Zeitpunkt war aufgrund der Abklärungen des Sekretariats die Ausschreibung abgebrochen und der Auftrag an ein unbeteiligtes Unternehmen vergeben worden. Abgeschlossen werden konnte zudem eine Vorabklärung über den Holzhandel, nachdem sich der betroffene Verband bereit erklärte, künftig keine Preisempfehlungen mehr an seine Mitglieder herauszugeben. Im Weiteren prüft das Sekretariat in Vorabklärungen mögliche Abreden im Sanitärgrosshandel, die Preisempfehlungen der Kantonalverbände für Regiearbeiten sowie das Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes.

Im Bereich **Landwirtschaft** geht das Sekretariat in einer Vorabklärung der Frage nach, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für Schlachtschweine bestehen. Die

Abklärungen richten sich dabei gleichermaßen gegen die Zwischenhändler als auch gegen die Grossverteiler Migros und Coop beziehungsweise deren Fleischverarbeitungsbetriebe Micarna und Bell. Weitere Vorabklärungen betreffen Käsesortenorganisationen. Im Landwirtschaftsbereich hat die Weko beziehungsweise ihr Sekretariat zudem zu verschiedenen Gesetzes- und Verordnungsentwürfen Stellung genommen sowie Empfehlungen zur Förderung des Wettbewerbs unterbreitet. So empfahl das Sekretariat dem Bundesamt für Landwirtschaft, der Organisation Proviande aufgrund der mangelhaften Unabhängigkeit und Neutralität den Leistungsauftrag zu entziehen. Besonders hervorzuheben ist zudem die Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007, in welcher sich die Weko für weitere Liberalisierungsschritte und möglichst wettbewerbsneutrale Regulierungen einsetzte.

Im Bereich **fossile Energieträger** wurde die Untersuchung gegen die Mineralölgesellschaften beendet. Eine ausgedehnte empirische Untersuchung sowie die Einvernahme von Branchenvertretern förderten dabei keine Abreden im Bezug auf die Benzinpreise zu Tage. Im Weiteren eröffnete das Sekretariat im Frühjahr 2001 eine Vorabklärung über mögliche Absprachen auf dem Heizölmarkt. Auch bei diesen Abklärungen kommen empirische Methoden zum Einsatz.

2. Dienstleistungen

Im Dienst Dienstleistungen standen während des Jahres 2001 die Bereiche Gesundheitswesen, Finanzdienstleistungen und freie Berufe im Mittelpunkt.

So untersagte die Weko im **Gesundheitswesen** den Tarifvertrag bezüglich des Halbprivatbereichs zwischen Krankenversicherern, Ärztinnen und Ärzten sowie Privatkliniken im Kanton Aargau. Diese Vereinbarung schaltete den Preiswettbewerb auf Stufe Leistungserbringer und Krankenversicherer aus. Zudem hat die Weko den Behörden der Kantone Aargau, St. Gallen, Waadt, Jura und Neuenburg empfohlen, die Werbebeschränkungen für Angehörige im Gesundheitsbereich (insbesondere Ärzte und Zahnärzte) aufzuheben. Werbung stellt ein wichtiges Element des Wettbewerbs dar. So können etwa neu praktizierende Ärzte mittels Werbung ihren Bekanntheitsgrad im Vergleich zur etablierten Konkurrenz erhöhen. Das Sekretariat hat mehrmals zu Vorlagen Stellung genommen, insbesondere zu Verordnungen zum Heilmittelgesetz und zum leistungsorientierten Abgeltungsmodell mit den Apothekern. Im Weiteren war das Sekretariat in externen Arbeitsgruppen tätig, so betreffend die Optionen für die Zukunft der SUVA, und in Arbeitsgruppen, welche im Anschluss an die Konferenz zur Kostenkontrolle im Medikamentenbereich gegründet wurden. Die Weko hat zudem eine Tagung über Themen des Gesundheitswesens veranstaltet, an denen als Experten Prof. ROBERT E. LEU, Prof. FRIEDRICH BREYER und LUC SCHENKER teilgenommen haben.

Im Bereich **Finanzdienstleistungen** analysiert das Sekretariat das Verhalten der Kreditkarten-Acquirer. So wird in einer Untersuchung abgeklärt, ob es kartellrechtlich zulässig ist, dass diese Unternehmen dem Handel verbieten, von Kreditkartenzahlern und Personen, die andere Zahlungsmittel verwenden unterschiedliche Preise zu verlangen. Ebenfalls aktiv ist das Sekretariat bezüglich der so genannten Debit-Karten: In einer Vorabklärung prüft es, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die gegenüber den Händlern gestellten Konditionen auf unzulässigen Abreden oder dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beruhen. Im weiteren empfahl die Weko im Oktober 2001 dem Bundesrat aus Anlass der bevorstehenden zweiten bilateralen Verhandlungsrunde mit der EU die Öffnung des Lebensversicherungsmarktes gegenüber Anbietern aus der EU. Schliesslich beobachtet die Weko den Bankensektor hinsichtlich der Stellung der Kantonalbanken sowie im Bezug auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der KMU-Kredite.

Im Bereich **freie Berufe** konnte die Untersuchung gegen die Ärztesellschaft des Kantons Zürich eingestellt werden. Diese hatte den so genannten Privattarif, welcher Gegenstand der Abklärungen bildete, im Laufe des Verfahrens selbst aufgehoben und so das möglicherweise kartellrechtswidrige Verhalten beseitigt. Wegen der Anwendung eines ähnlichen Tarifs eröffnete das Sekretariat dagegen im Oktober 2001 eine neue Untersuchung gegen die Ärztesellschaft des Kantons Genf. Bezüglich Anwaltstarife empfahl die Weko den Kantonen, welche weiterhin Zwangstarife kennen (Schaffhausen, Nidwalden, Tessin), diese abzuschaffen. Dem Kanton Zürich empfahl die Weko im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Vorentwurf eines neuen Anwaltsgesetzes, das im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vorgesehene Unabhängigkeitserfordernis auf so wenige Verfahrenstypen wie möglich zu beschränken. Durch das Unabhängigkeitserfordernis werden in Rechtsabteilungen von Unternehmen beschäftigte Anwälte - insbesondere von Rechtsschutzversicherungen - vor Gericht nicht zugelassen. Im Weiteren wurde eine Untersuchung über die Fahrschulpreise im Kanton Graubünden eröffnet.

3. Infrastruktur

Der Dienst Infrastruktur widmete sich im Jahr 2001 vor allem den Gebieten Telekommunikation, Elektrizität, Verkehr, Gastgewerbe sowie Medien und Werbung.

Im Bereich **Elektrizität** stellte die Weko aufgrund ihrer Untersuchung fest, dass die Freiburger Elektrizitätswerke durch die Weigerung, Strom der Watt-Gruppe über ihr Netz zu leiten, eine marktbeherrschende Stellung missbrauchen. Eine ähnliche Untersuchung gegen die Service intercommunale d'électricité, Renens, konnte eingestellt werden, nachdem sie weitgehend gegenstandslos geworden war, weil sich die Parteien über die Verweigerung der Durchleitung von Strom eini-

gen konnten. In einer im August 2001 eröffneten Vorabklärung prüft das Sekretariat im Weiteren, ob die Vertriebspartnerschaften der Axpo und der an ihr beteiligten Kantonswerke mit lokalen Endverteilern kartellrechtlich zulässig sind. Das Sekretariat hat sich zudem aktiv an den vorbereitenden Arbeiten zur Elektrizitätsmarktverordnung beteiligt.

Im Bereich **Telekommunikation** eröffnete das Sekretariat im Dezember 2001 eine Untersuchung gegen Swisscom. Diese soll klären, ob Swisscom eine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie den Rechnungen für den Festnetzanschluss Werbung für eigene Dienstleistungen beilegt. Eingestellt wurde dagegen die Untersuchung zum Mobilfunkmarkt, nachdem sich weder eine unzulässige Abrede der drei Anbieter noch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung feststellen liess.

Im Bereich **Medien und Werbung** genehmigte die Weko die Übernahme der Belcom durch Tamedia AG unter der Bedingung, dass Tamedia ihre Beteiligung an Radio Zürisee veräussert. Ohne diese Bedingung drohte eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Radiowerbung im Raum Zürich. Im Weiteren stellte das Sekretariat in einer Vorabklärung Anhaltspunkte dafür fest, dass die geplante Zusammenarbeit der Post mit der Vertriebsorganisation Swiss Mail auf dem Gebiet von unadressiertem Werbematerial den wirksamen Wettbewerb beseitigen würde und deshalb unzulässig wäre. Eingestellt wurde die Untersuchung gegen die Beteiligung von JC Decaux an Affichage. Die Abklärungen hatten gezeigt, dass diese Beteiligung zwar als Abrede zu qualifizieren ist, jedoch den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt.

Im Bereich **Verkehr** stand die Untersuchung gegen die SBB im Vordergrund. Dabei kam das Sekretariat aufgrund seiner Abklärungen zum Schluss, dass die SBB eine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, indem sie Rangierleistungen zugunsten von Lookop in verschiedenen Bahnhöfen der Ostschweiz nur als Paket anbieten. Das Sekretariat beantragte daher der Weko, dieses Verhalten zu untersagen. Im Anschluss an diesen Antrag korrigierte die SBB ihr Geschäftsgebaren, womit die Untersuchung eingestellt werden konnte.

Im Bereich **Gastgewerbe** klärt eine Untersuchung, ob Feldschlösschen eine marktbeherrschende Stellung im Vertrieb von Getränken an Gaststätten missbraucht. Feldschlösschen führt unter anderem zwei unterschiedliche Getränkelisten und hat mit Gastronomiebetrieben Exklusivlieferverträge abgeschlossen.

4. Binnenmarktgesetz

Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum

Markt haben. Im Bereich des Binnenmarktes hat die Weko am 29. Januar 2001 mehreren Kantonen Empfehlungen bezüglich des Marktzugangs für Architekten und Ingenieure abgegeben. In den Kantonen Freiburg, Genf, Neuenburg und Genf sind kantonale Gesetze in Kraft, welche die Berufsfreiheit von Architekten und Ingenieuren einschränken. Die Weko hat diesen Kantonen empfohlen, Bestimmungen aufzuheben, welche folgende Voraussetzungen für die Berufsausübung vorsehen: 1) die Einschreibung in ein kantonales Register, 2) eine bestimmte Anzahl von Jahren der Berufsausübung, 3) die Niederlassung oder den Wohnsitz im entsprechenden Kanton, 4) die Entrichtung einer Gebühr.

Die Weko hat zudem zwei Gutachten im Hinblick auf die Anwendung des bilateralen Abkommens der Schweiz mit der Europäischen Union über das öffentliche Beschaffungswesen verfasst. Artikel 3 Ziffer 5 dieses Abkommens beinhaltet eine Ausklinkklausel, die gewisse Unternehmen von der Anwendung dieses Abkommens ausnimmt, falls auf dem entsprechenden Markt Wettbewerb herrscht. In der Schweiz liegt es in der Zuständigkeit der Weko zu entscheiden, ob auf einem Markt Wettbewerb herrscht oder nicht. Bis zum jetzigen Zeitpunkt hat die Weko zu dieser Frage zwei Gutachten verfasst: ein erstes zur Situation auf dem Telekommunikationsmarkt und ein zweites zum Eisenbahntransport.

5. Internationale Kontakte

Im Rahmen des regelmässigen Kontaktes mit den europäischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden standen die Weko und das Sekretariat in besonders regem Kontakt mit der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Nachbarländer. Bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen kam es zu einer verbesserten Zusammenarbeit mit der Merger task force der Europäischen Kommission in Fällen, die sowohl in Brüssel als auch in Bern gemeldet werden müssen. Ein derartiger Informationsaustausch führt zu effizienteren Verfahren, ist aber nur möglich, wenn die beteiligten Parteien ihre Zustimmung geben. Im Weiteren hat sich das Präsidium der Weko mit dem Präsidium des Conseil français de la Concurrence am 10. Dezember 2001 in Paris zu Gesprächen getroffen.

Im Rahmen der Kartellgesetzrevision erhielt die Weko wertvolle Empfehlungen von Seiten der Wettbewerbsbehörde der EU, den einzelnen europäischen Ländern und von den amerikanischen Wettbewerbsbehörde zu wichtigen Problemstellungen wie Hausdurchsuchung, direkte Sanktionen, Bonusregelung und die Anwendung von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Zudem hat die Schweizerische Wettbewerbsbehörde aktiv an Arbeiten der internationalen Organisationen teilgenommen; insbesondere im Rahmen der Zusammenkünfte der Wettbewerbskommission der OECD, der Arbeitsgruppe Handel-Wettbewerb der WTO sowie derjenigen der

Konsultationen "Artikel IV" des IWF und der Revision der EFTA-Konvention.

6. Ausblick

Die Weko wird im Jahr 2002 die hängigen Untersuchungen (siehe E.3) so weit wie möglich abschliessen und Vorabklärungen, bei welchen sich Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben, in Untersuchungen überführen. Bei der Prioritätensetzung in ihrer Arbeit orientiert sie sich dabei insbesondere am Volumen des betroffenen Marktes, der wirtschaftlichen Bedeutung des Sektors und der Schwere des Vorwurfes im Hinblick auf den volkswirtschaftlichen und sozialen Schaden.

Daneben wird das Sekretariat die Arbeiten zur Publikation von Leitfäden zur Bestimmung des relevanten Marktes und zur Analyse der Marktstellung vorantreiben. Mit der Veröffentlichung dieser Leitfäden werden die Beurteilungen der Weko vorhersehbarer und die Rechtssicherheit für die Unternehmen erhöht sich. Im Hinblick auf die KG-Revision (siehe B) bereitet das Sekretariat zudem ein Formular zur Meldung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen vor.

D Besondere Aspekte kartellgesetzlicher Verfahren

1. Einvernehmliche Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen

Die Revision von 1995 hat das Kartellgesetz in verschiedenen Bereichen grundlegend geändert. So hat der Gesetzgeber die Praxis der Kartellkommission, mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen anzustreben, im Gesetz selbst institutionalisiert (KG 26 II, KG 29). In der Botschaft hält der Bundesrat dabei fest, dass es konstantes Bestreben der Wettbewerbsbehörden sein müsse, die Verfahren möglichst zügig abzuschliessen und es in der Regel angezeigt sei, mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung zu suchen.

Grundsätzlich sind einvernehmliche Erledigungen in Verfahren zur Untersuchung von Abreden und dem Verhalten marktbeherrschender Unternehmen sowie in Fusionskontrollverfahren und zudem in jedem Stadium dieser Verfahren möglich. Die bisherige Praxis der Weko und des Sekretariats bestätigen diesen Grundsatz.

1.1. Anwendungsfälle einvernehmlicher Erledigungen

1.1.1. Erste Abklärungen

Klagen oder Beschwerden, die beim Sekretariat eingehen, enthalten in der Regel eine einseitige Darstellung des beanstandeten Sachverhalts. In einem ersten Schritt wird daher dem oder den Beklagten Gelegenheit gegeben, sich zu den Beschuldigungen zu äussern und den Sachverhalt aus eigener Sicht darzulegen. Nach Eingang der Stellungnahme des oder der Beklagten verfügt das Sekretariat über die notwendi-

gen Informationen um zu entscheiden, ob sich die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise Untersuchung aufdrängt oder ob der Sachverhalt unproblematisch ist. Es kann auch vorkommen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung ohne detaillierte Überprüfung offensichtlich als unzulässig erscheint. In solchen Situationen gibt das Sekretariat den Beteiligten unbürokratisch die Möglichkeit, ihr Verhalten anzupassen. Ändern die Beteiligten ihr Verhalten, verzichtet das Sekretariat auf weitere Verfahrensschritte. Es weist die Beteiligten aber darauf hin, dass bei neuerlichen Beanstandungen ein formelles Verfahren eingeleitet würde.

Das Sekretariat führt keine Statistik zu solchen Beseitigungen von Wettbewerbsbeschränkungen. Die Zahl nimmt jedoch stetig zu und es wird eine vergleichsweise bedeutende Anzahl von Fällen auf diesem Wege erledigt. Dies ist im Wesentlichen auf zwei Gründe zurückzuführen:

- ?? Es besteht inzwischen eine beachtliche Praxis bezüglich Wettbewerbsabreden und Missbrauch von Marktbeherrschung. Das Sekretariat kann auf gleiche oder ähnliche Sachverhalte und deren Beurteilung verweisen. Daraus ergibt sich eine relativ verlässliche Prognose über die Beurteilung des Sachverhaltes in einem Untersuchungsverfahren. Die Unternehmen können anhand der groben Beurteilung durch das Sekretariat abschätzen, ob sich eher ein Verfahren oder die "freiwillige" Anpassung des Verhaltens lohnt.
- ?? Dank der strukturierten und konzentrierten Medienarbeit der Weko und des Sekretariats kennen die Unternehmen heute die Funktion und Aufgabe des Kartellgesetzes und der Wettbewerbsbehörden bedeutend besser als bei Inkrafttreten des revidierten KG.

1.2.2. Vorabklärungen

In Vorabklärungen kann das Sekretariat den Beteiligten Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (KG 26 II). Das Sekretariat tut dies in der Regel, wenn (i) Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen beziehungsweise Anlass bestünde, ein Untersuchungsverfahren einzuleiten; (ii) sich die vermutete Wettbewerbsbeschränkung durch einfache Anpassungen beseitigen lässt; (iii) die Bereitschaft der Betroffenen besteht, die vermutete Wettbewerbsbeschränkung unbürokratisch und rasch zu beseitigen. Das Sekretariat gibt mit den Anregungen den Beteiligten die Gelegenheit, eine aufwändige Untersuchung zu vermeiden. Passen sie ihr Verhalten an, wird die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt.

Das Instrument der Anregungen beginnt sich zu bewähren. So konnten im vergangenen Jahr sieben Vorabklärungen eingestellt werden, weil die Beteiligten die Anregungen des Sekretariates umgesetzt haben.

1.2.3. Untersuchungen

In einer Untersuchung können Wettbewerbsbeschränkungen mittels "einvernehmlicher Regelungen" nach KG 29 beseitigt werden. Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Weko mittels Verfügung.

Der Anstoss zu einer einvernehmlichen Regelung kann dabei nicht nur vom Sekretariat sondern auch von den Beteiligten kommen. Auf Anregungen der Beteiligten tritt das Sekretariat regelmässig ein. Einschränkungen bestehen, wenn die Parteien bereits den Antrag des Sekretariats zur Stellungnahme erhalten haben, sich die Untersuchung also im Endstadium befindet. Waren die Parteien jedoch im bisherigen Verfahren kooperativ, kann es selbst in dieser Phase noch zu einer einvernehmlichen Regelung kommen.

Im Jahr 2001 hat die Weko zwei einvernehmliche Regelungen im Rahmen von Untersuchungen genehmigt:

- ?? Die erste betraf das Genfer Abdichtungs- und Asphaltierungskartell. Acht Unternehmen, die rund 80% der Abdichtungsarbeiten im Raum Genf ausführen, hatten sich in einem Verband zusammengeschlossen. Dieser erliess für seine Mitglieder Preislisten. Das Sekretariat erachtete die Preislisten als unzulässige Wettbewerbsabrede. Auf Anfrage des Sekretariats erklärten sich die Unternehmen und der Verband zu einer einvernehmlichen Regelung bereit. Sie verpflichteten sich, die bestehenden Preislisten nicht mehr anzuwenden und in Zukunft keine neuen Preislisten zu erlassen.
- ?? Die zweite einvernehmliche Regelung beendete die Untersuchung des Uhrenvertriebs in der Schweiz. Die Untersuchung des Sekretariats hatte ergeben, dass einheitliche Margen bei den Schweizer Uhrenhändlern den wirksamen Wettbewerb im Uhrenmarkt beseitigen. In der einvernehmlichen Regelung, die auf Anstoss der Hersteller- und Händlerverbände zustande kam, verpflichteten sich die Uhrenlieferanten und -händler, die einheitlichen Margen abzuschaffen.

1.3. Vor- und Nachteile einvernehmlicher Erledigungen

1.3.1. Aus Sicht der Parteien

Die einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten bringt für die Parteien folgende **Vorteile**:

- ?? Durch den raschen und unbürokratischen Abschluss eines Verfahrens, insbesondere durch die Vermeidung einer Untersuchung, sparen die Parteien Zeit und Geld. Es werden keine Managementka-
-

pazitäten für die Auseinandersetzung mit der Weko gebunden und Beratungskosten - insbesondere Anwaltskosten - eingespart.

- ?? Die Parteien vermeiden negative Publizität, die vor allem bei der Bekanntgabe der Eröffnung einer Untersuchung und beim Entscheid der Weko anfallen kann. Diese Ereignisse macht die Weko in der Regel mittels Medienmitteilung publik. Zudem verzichtet das Sekretariat bei der einvernehmlichen Erledigung vor Eröffnung einer Vorabklärung auf eine Publikation des Ergebnisses in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs".
- ?? Die Parteien erhalten die Möglichkeit, unmittelbar auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Eine im Konsens gefundene Lösung wird die Interessen der beteiligten Unternehmen in der Regel besser wahren als eine zwangsweise Anordnung durch die Weko.

Als **Nachteile** fallen in Betracht:

- ?? Die Parteien verlieren die Möglichkeit zu beweisen, dass kein kartellgesetzwidriges Verhalten vorgelegen hat.
- ?? Zwecks schnellen Beilegens des Verfahrens (Vermeidung negativer Publicity und direkter Kosten) können die Parteien einer Regelung zustimmen, welche aus betriebswirtschaftlicher Logik wenig effizient ist.

1.3.2. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden

Für die Wettbewerbsbehörden ergeben sich die folgenden **Vorteile** bei einer einvernehmlichen Erledigung eines Verfahrens:

- ?? In aller Regel stellt der Beweis einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hohe Anforderungen. Durch das Einlenken der Parteien kann das Sekretariat Zeit und Arbeit einsparen.
 - ?? Mit einer einvernehmlichen Erledigung in einem frühen Verfahrensstadium lässt sich vermeiden, dass für einen "Bagatellfall" aufwändige Abklärungen vorgenommen werden. Die freien Ressourcen stehen für wichtigere wettbewerbsrechtliche Probleme zur Verfügung.
 - ?? Der Versuch und die Bereitschaft einer einvernehmlichen Erledigung durch die Wettbewerbsbehörden schafft bei den Parteien eine Vertrauensbasis. Die Wettbewerbsbehörde ist nicht der "Feind", sondern versucht eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen. Dies wiederum erhöht bei den Betroffenen die Chancen, ein besseres Verständnis für die Aufgaben und Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden aufzubringen. Aus diesem Grund ist es zudem notwendig, den Parteien bei einvernehmlicher Erledigung die Ursache der Beanstandung - insbesondere die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der konkreten Wettbewerbsbeschränkung - ausführlich darzulegen.
-

Als **Nachteile** sind aufzuführen:

- ?? Bei einer einvernehmlichen Erledigung in einem frühen Verfahrensstadium kommt es zu keiner genauen Sachverhaltsabklärung und lediglich zu einer oberflächlichen materiellen Beurteilung. Es entsteht somit keine neue Praxis der Weko.
- ?? Es besteht die Gefahr, dass die Parteien das Sekretariat hinhalten und in dieser Zeit weiter von einer Wettbewerbsbeschränkung profitieren. Allenfalls hätte ohne den Versuch einer einvernehmlichen Regelung die schädliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung schneller beseitigt werden können.
- ?? Die Weko kann keine Sanktionen aussprechen, wenn die Betroffenen die einvernehmlich beseitigte Wettbewerbsbeschränkung weiterführen. Ausnahme bildet dabei die einvernehmliche Regelung, welche von der Weko mittels Verfügung genehmigt wird.

1.3.3. Aus Sicht der Öffentlichkeit

Für die Öffentlichkeit ergeben sich bei einvernehmlichen Erledigungen folgende **Vorteile**:

- ?? Die Ressourcen der Wettbewerbsbehörden werden möglichst zielgerichtet eingesetzt. Schwerwiegende und volkswirtschaftlich bedeutende Wettbewerbsbeschränkungen können im Zentrum stehen.
- ?? Die einvernehmliche Erledigung entspricht dem schweizerischen Ansatz der Missbrauchsbekämpfung: Untersagungsverfügungen werden nach Möglichkeit vermieden.

Als **Nachteile** sind aufzuführen:

- ?? Die Öffentlichkeit erfährt wenig oder nichts über die einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten. Dies trifft insbesondere auf die einvernehmliche Erledigung ohne Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung zu, da in diesem Fall keine Berichterstattung im RPW erfolgt.
- ?? Eine allzu rasche und undifferenzierte Intervention der Wettbewerbsbehörden könnte in einzelnen Fällen eine Überregulierung zur Folge haben, die letztlich nicht mehr durch den Gesetzeszweck des KG gedeckt wird.

1.4. Schlussfolgerung

Einvernehmliche Erledigungen sind ein wirksames Mittel zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen. Einerseits werden dadurch langwierige und aufwändige Verfahren vermieden, andererseits dürfen konsensuale, im Einvernehmen mit den Parteien erarbeitete Lösungen praxisnah sein und von den Betroffenen besser akzeptiert werden als zwangsweise Anordnungen. Dem Nachteil der verminder-

ten Information der Öffentlichkeit wird sich die Wettbewerbskommission im Jahr 2002 speziell annehmen.

Die Unternehmen können davon ausgehen, dass bei den Wettbewerbsbehörden eine hohe Bereitschaft für einvernehmliche Erledigungen vorhanden ist. Der Weko geht es nicht um die Intervention an sich, sondern um die rasche und möglichst ressourcenschonende Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen. Die Weko toleriert jedoch nicht, dass Gespräche über einvernehmliche Lösungen missbraucht werden, um ein Verfahren zu verzögern.

Die Unternehmen sind eingeladen, die Möglichkeit einvernehmlicher Erledigungen zu nutzen. Besteht eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, kann das Einlenken auf eine einvernehmliche Erledigung wesentliche Nachteile für die Unternehmen wie negative Publizität und unnötiger Einsatz von Ressourcen (Management- und Anwaltskosten) vermeiden.

2. KMU und Kartellgesetz

Aus gewerblichen Kreisen war in letzter Zeit vermehrt der Vorwurf zu hören, die Wettbewerbsbehörden würden das Gesetz einseitig auf KMU anwenden und zu deren Lasten kaum gegen marktbeherrschende Unternehmen vorgehen. Der Schweizerische Gewerbeverband verabschiedete am 25. Oktober 2000 am Gewerbekongress in St. Gallen eine entsprechende Resolution.

Die Weko und ihr Sekretariat nehmen diese Vorwürfe ernst. In den nachfolgenden Ausführungen werden einige Überlegungen zum Thema "KMU-Verträglichkeit" des Kartellgesetzes angestellt. Es wird im Wesentlichen aufgezeigt, dass die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden nicht einseitig gegen KMU gerichtet ist, sondern dass die Interessen der KMU im Gegenteil vielfach durch die Interventionen der Weko geschützt werden.

2.1 Anwendung des KG auf KMU

Zweck des Kartellgesetzes ist es, den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Der Wettbewerb als Selektionsverfahren auf dem Markt soll und muss spielen. Die Rahmenbedingungen (staatliche und private) sollen den Neuzutritt von Unternehmen in den Markt möglichst nicht behindern; der Austritt von erfolglosen Unternehmen soll nicht durch Interventionen (staatliche oder private) hinausgezögert oder verhindert werden.

Die materiellen Bestimmungen des KG beruhen auf den drei Pfeilern Wettbewerbsabreden, marktbeherrschende Unternehmen und die Fusionskontrolle. Daneben befassen sich die Wettbewerbsbehörden mit staatlichen Regulierungen. Bei letzterer Tätigkeit und bei der Bekämpfung von Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen sowie bei der Fusionskontrolle scheiden KMU als Adressaten von Interventionen

der Weko zum Vornherein aus. Nur der Bereich "Wettbewerbsabreden" (KG 5 f.) ist für die KMU als Adressaten von Anordnungen der Weko relevant.

Bei Wettbewerbsabreden ist zwischen Kooperationen und harten Kartellen zu unterscheiden. Kooperationen zwischen KMU führen in den meisten Fällen zu Effizienzgewinnen. Zu erwähnen sind Spezialisierungs- und Rationalisierungskooperationen, Kooperationen bei Forschung und Entwicklung, gemeinsamer Vertrieb und Marketing, Entwicklung neuer Produkte oder Produktionsverfahren, Zusammenarbeit in der Ausbildung und in der Verbreitung technischen Wissens. Gleichzeitig erlauben solche Kooperationen den KMU, gegen grosse Unternehmen im Wettbewerb anzutreten. Solche Kooperationen sind denn auch grundsätzlich zulässig.

In einigen Fällen schiessen KMU aber über das Ziel hinaus, indem sie mehr vereinbaren, als für eine effiziente Kooperation notwendig ist. Wollen sie sich etwa bei der Produktion bestimmter Güter spezialisieren, ist es in der Regel nicht notwendig, gleichzeitig eine Vereinbarung über die Preise zu treffen. Es gibt keine Ausnahmeregeln für KMU im Zusammenhang mit harten Kartellen: Dies heisst, dass KMU als Konkurrenten keine Abreden über Preise, Mengen und Geschäftspartner/Gebiete treffen dürfen, welche den Wettbewerb beseitigen. Solche Abreden sind aus Sicht der jeweils betroffenen Konsumentinnen und Konsumenten ähnlich schädlich wie wettbewerbswidriges Verhalten von Grossunternehmen.

2.2 Praxis der Weko gegenüber KMU

Die Weko und das Sekretariat haben sich bisher bemüht, ihre Interventionen bei KMU auf Grundsatzfragen zu beschränken, so etwa hinsichtlich der Verwendung von Kalkulationshilfen oder der Verwendung von Preisempfehlungen. Die von der Weko diesbezüglich vorgegebenen Rahmenbedingungen sind klar.

Bestehen Unklarheiten über die Anwendung des KG oder über die kartellgesetzliche Relevanz eines konkreten Verhaltens oder einer Abrede, steht das Sekretariat als kompetenter Ansprechpartner zur Verfügung. Die Auskunft des Sekretariats vermittelt Rechtssicherheit und vermeidet die Gefahr eines langwierigen Kartellverfahrens.

Gerade bei KMU besteht bei Sekretariat und Weko eine hohe Bereitschaft für die einvernehmliche Erledigung von Fällen (siehe vorne D.1). Die Untersuchungen gegen die Westschweizer Gastroverbände, gegen das Genfer Abdichtungskartell oder gegen die Uhrenhersteller und -händler, an denen viele KMU beteiligt waren, konnte mittels einvernehmlicher Regelung beendet werden. Falls es sich aufdrängt, ist das Sekretariat auch bereit, eine vernünftige Übergangsfrist für die Anpassung des Verhaltens einzuräumen.

Die Tätigkeit der Weko schützt zudem oftmals KMU. Im Zusammenhang mit der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes hat sich die Weko für eine rasche und vollständige Marktöffnung eingesetzt, um zu verhindern, dass KMU sowie Konsumentinnen und Konsumenten im Monopol gefangen bleiben und die den Grossunternehmen zugute kommenden Preissenkungen finanzieren müssen. Zu erwähnen ist auch die Auflage im Zusammenhang mit der Fusion der Grossbanken SBG und SBS zur UBS, Kredite für KMU fünf Jahre unter den gleichen Bedingungen weiterzuführen und sie aufgrund der Kumulation nicht einer anderen Risikoklasse zuzuordnen.

2.3 Fazit

Die KMU als Rückgrat unserer Volkswirtschaft verfügen über beachtliche Stärken. Mittels Kooperationen (beispielsweise über Vertrieb oder Spezialisierung) können sie diese oftmals noch erweitern. Solche Kooperationen führen häufig zu Effizienzgewinnen, von denen auch die Konsumentinnen und Konsumenten profitieren. Sie sind im Normalfall nicht zu beanstanden. Anders zu beurteilen sind dagegen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen KMU, welche miteinander im Wettbewerb stehen. Diese Abreden schaden nicht nur der Gesamtwirtschaft, sondern oft gerade den KMU selbst. Erfahrungen der Weko zeigen nämlich, dass harte Kartelle regelmässig dem Schutz der Schwächsten dienen und sich die besten Unternehmen damit unnötig ihrer Möglichkeiten auf dem Markt berauben.

E Organisation und Statistik

1. Weko und Sekretariat

Die **Weko** hat sich im Jahr 2001 zu 15 Plenarsitzungen zusammengefunden. Nach seiner Wahl in den Nationalrat trat Herr Dr. PIERRE TRIPONEZ, Direktor des Schweizerischen Gewerbeverbandes, auf Ende 2000 aus der Weko aus. Der Bundesrat wählte Herrn Dr. RUDOLF HORBER, Politischer Sekretär des Schweizerischen Gewerbeverbandes, zu seinem Nachfolger. Die längere Zeit vakante Stelle der Vertreterin der Konsumentinnen und Konsumenten wurde vom Bundesrat auf Anfang 2001 mit Frau CONSTANCE DE LAVALLAZ von der Fédération Romande des Consommateurs besetzt. Frau MARGRIT MEIER, Vertreterin des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, ist per Ende September 2001 aus der Weko ausgetreten. An ihrer Stelle wählte der Bundesrat Herrn Dr. SERGE GAILLARD, Geschäftsführender Sekretär des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes.

Im **Sekretariat** konnte die hohe Fluktuationsrate der Vorjahre eingedämmt werden. Das Sekretariat hat das Personalentwicklungskonzept den veränderten Umständen angepasst. Innerhalb des Sekretariats wurden neue Karrieremöglichkeiten geschaffen und die Perspektiven der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter klar festgelegt.

Das Sekretariat ist bemüht, stets eine bestimmte Zahl **Ausbildungsplätze** für Studierende und Studienabgänger anzubieten. Im Jahr 2001 konnten dank flexibler Belegung der Arbeitsplätze 15 Studierende und Studienabgänger ein Praktikum von zwei und mehr Monaten absolvieren. Einerseits will das Sekretariat damit Studienabgängern mit Interessen am Wirtschaftsrecht den Eintritt ins Berufsleben unterstützen. Das Sekretariat rekrutiert andererseits regelmässig neue wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem Kreis ehemaliger Praktikantinnen und Praktikanten.

Ende des Jahres beschäftigte das Sekretariat 51 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Voll- und Teilzeit).

2. Statistik

a) Vorabklärungen und Untersuchungen

Untersuchungen	2000	2001
Während des Jahres geführt	28	22
Übernahmen vom Vorjahr	16	18
Eröffnungen	12	4
Endentscheide	11	13
davon Anpassung des Verhaltens	nicht bekannt	3
davon einvernehmliche Regelungen	2	2
davon behördliche Anordnungen	5	3
Vorsorgliche Massnahmen	0	0
Sanktionen	0	0
Vorabklärungen	2000	2001
Während des Jahres geführt	36	40
Übernahmen vom Vorjahr	16	19
Eröffnungen	20	21
Abschlüsse	20	21
Davon mit Untersuchungseröffnung	9	4

Davon mit Anpassung des Verhaltens	nicht bekannt	8
------------------------------------	---------------	----------

b) Unternehmenszusammenschlüsse

Zusammenschlüsse	2000	2001
Meldungen	54	35
Kein Einwand nach Vorprüfung	52	33
Prüfungen	1	2
Entscheide der Weko	1	2
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Sanktionen	2	1

c) Andere Aktivitäten

Tätigkeiten	2000	2001
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	3	4
Stellungnahmen (Art. 46 KG)	64	38
Gutachten (Art. 47 KG)	1	4
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	22	21
Gutachten (Art. 11 FMG)	3	2
BGBM		
Empfehlungen (Art. 8 BGBM)	2	1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	3
Erläuterungen (Sekretariat)	2	11

Verschiedenes		
Nachkontrollen	0	4
Feststellungsverfügungen	1	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	0

3. Untersuchungen 2001

Unter- suchung	Untersuchung er- öffnet wegen An- haltspunkten für:	Eröffnung	Ge- schlossen	Resultat
Citroën	Unzulässige Wett- bewerbsabreden; Vertrieb von Fahr- zeugen der Marke Citroën	02.11.1998	Hängig	
Teleclub/ Cablecom	Missbrauch einer marktbeherr- schenden Stellung	21.06.1999	16.8.2001	Verfahren eingestellt, weil Teleclub d-box nicht benutzen darf
SUMRA	Marktordnung im Uhrenbereich: Un- zulässige Wett- bewerbsabreden	23.08.1999	3.9.2001	Einvernehm- liche Rege- lung
Kredit- karten	Missbrauch Marktbeherr- schender Stellung: Gleichbehandlung Kreditkarten-/ Barzahlung	10.09.1999	Hängig	

Kaladent SA	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Vertrieb von Zahnärztle-Verbrauchsprodukten	23.09.1999	29.01.2001	Verfahren eingestellt; keine marktbeherrschende Stellung
JC De-caux/ Affichage	Unzulässige Wettbewerbsabreden	07.10.1999	7.5.2001	Verfahren eingestellt, weil Abrede nicht erheblich ist
Genfer Abdichtungs- und Asphaltierungs-kartell	Unzulässige Preisabreden	17.01.2000	5.3.2001	Einvernehmliche Regelung
Berner Submissions-kartell	Unzulässige Preisabreden	17.01.2000	17.12.2001	Unzulässige Wettbewerbsabrede
SBB	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Schienengüterverkehr	23.02.2000	3.12.2001	Verfahren eingestellt, weil Parteien Verhalten angepasst haben
Ärzte Kanton Zürich	Unzulässige Preisabreden (Privatärztetarife)	03.05.2000	5.11.2001	Verfahren eingestellt, weil Parteien Privatarzttarif aufgehoben haben

Benzinmarkt	Unzulässige Preisabreden, eventuell unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	03.05.2000	3.12.2001	Verfahren eingestellt, keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
Zusatzversicherungen Kanton Aargau	Unzulässige Preisabreden zwischen Krankenkassen	15.05.2000	1.10.2001	Unzulässige Preisabreden festgestellt ¹
Mobilfunkmarkt	Unzulässiges kollusives Verhalten	15.05.2000	3.12.2001	Verfahren eingestellt, keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
Vertrieb von Tierarzneimitteln	Unzulässige exklusive Vertriebsabreden	25.05.2000	Hängig	
Freiburger Elektrizitätswerke	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	14.06.2000	5.3.2001	Unzulässige Verhaltensweise festgestellt ¹
Elektra Baselland	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	Hängig	Zwischenentscheid über Zuständigkeit der Weko ¹
Service intercommunal d'électricité de Renens	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	07.09.2000	3.9.2001	Verfahren eingestellt, weil Parteien Verhalten angepasst haben

¹ Ein Rekurs ist hängig

Feldschlöschchen/ Coca Cola	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Getränkevertrieb	20.11.2000	Hängig	
Association des médecins genevois	Unzulässige Preisabrede (Privatärztertarif)	2.11.2001	Hängig	
Fahrlehrer Kanton Graubünden	Unzulässige Preisabreden	19.11.2001	Hängig	
Coopforte	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	3.12.2001	Hängig	
Swisscom	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Festnetz	5.12.2001	Hängig	

A 1	2. Rapport annuel 2001 de la Commission de la concurrence
-----	------------------------------------------------------------------

A Introduction

La Commission de la concurrence (ComCo) a clôturé 13 enquêtes au cours de l'année écoulée. Parmi ces enquêtes, deux cas se sont terminés par un accord amiable. La ComCo a établi l'existence d'un accord ou d'un comportement illicites à trois reprises. Trois autres enquêtes ont été closes parce que les parties, en raison de l'intervention de la ComCo, ont adapté leur comportement. Enfin, la ComCo a clos quatre procédures du fait que l'accord ou le comportement, prétendument illicite à l'origine, n'existaient pas. Des informations détaillées sur les enquêtes clôturées ainsi que sur les autres activités des autorités de la concurrence figurent ci-dessous sous C et E.2 (statistique).

La ComCo et son secrétariat ont concentré leurs efforts afin de supprimer les limitations à la concurrence par des accords à l'amiable. Ceci est possible en principe avant l'ouverture d'une enquête préalable, pendant une enquête préalable ou pendant une enquête. Grâce à l'instrument du règlement à l'amiable, les autorités de la concurrence ont renoncé à l'ouverture d'une enquête pour sept des 38 enquêtes

préalables. Cette manière de mettre fin à la procédure a des avantages et des inconvénients pour les parties concernées comme pour les autorités de la concurrence (voir ci-après en détail sous D.1).

Dernièrement, les milieux industriels ont émis des critiques concernant l'activité de la ComCo. Ils lui ont reproché de n'appliquer la loi sur les cartels (LCart) qu'aux PME et d'agir très peu contre les grandes entreprises. La ComCo a pris note de ces reproches. Sous D.2 ci-après se trouvent des explications sur la pratique de la ComCo concernant les PME. La LCart s'applique aux PME uniquement dans le domaine des accords en matière de concurrence; les dispositions concernant les abus de position dominante ainsi que les concentrations d'entreprises ne sont pas pertinentes pour elles. En ce qui concerne les accords en matière de concurrence, la LCart se montre en principe positive vis-à-vis d'une coopération justifiée par des motifs d'efficacité économique. Les accords entre concurrents directs, qui fixent les prix, les quantités et qui répartissent les marchés peuvent cependant poser des problèmes de concurrence. Cela vise également les PME. D'ailleurs, jusqu'à aujourd'hui, la ComCo n'a été active vis-à-vis des PME que dans ces domaines. Enfin, il convient de relever que la LCart protège avant tout les PME des limitations à la concurrence, en combattant les comportements abusifs d'entreprises en position dominante et en contrôlant les fusions.

B Révision de la loi sur les cartels

Les travaux de révision de la loi sur les cartels ont été poursuivis tout au long de l'année écoulée. Après la clôture de la procédure de consultation à la fin de l'année 2000, le Conseil fédéral a décidé de la suite à donner à ce dossier le 4 avril 2001. Le groupe de travail "Révision LCart", sous la direction de M. ERIC SCHEIDEGGER, Conseiller économique du Conseiller fédéral PASCAL COUCHEPIN, a retravaillé le projet soumis à consultation et a rédigé le message. Le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la révision de la LCart le 7 novembre 2001 et l'a transmis au Parlement.

Le but principal de la révision est l'introduction de sanctions directes en cas d'accords sur les prix, les quantités et la répartition géographique entre concurrents directs (cartels dits rigides; art. 5 al. 3 LCart) et d'abus de position dominante (art. 7 LCart). Le montant de la sanction est fixé en fonction de la durée et de la gravité de la violation et peut atteindre 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois dernières années. Le Conseil fédéral a fait examiner la constitutionnalité des sanctions directes. Dans son avis de droit, le Professeur RENÉ RINHOW arrive à la conclusion que la réglementation relative aux sanctions qui est prévue ne contrevient pas à la Constitution fédérale (publication complète dans "Droit et politique de la concurrence", DPC, 2001/3, p. 592 ss.).

En cas d'incertitude sur la question de savoir si un comportement pourrait être sanctionné, l'entreprise doit avoir la possibilité de l'annoncer à la ComCo, avant qu'il ne déploie ses effets. Ceci permet d'assurer qu'une entreprise ne supporte pas elle-même le risque d'une mauvaise appréciation de son comportement. Du seul fait de l'annonce réceptionnée par la ComCo, la possibilité pour celle-ci d'infliger une sanction directe disparaît. Les entreprises peuvent ainsi lever rapidement et à moindres frais toute incertitude juridique relative aux conséquences de leur comportement sous l'angle du droit de la concurrence. Le secrétariat sera en outre à disposition afin d'examiner, sans forme particulière, les projets de collaboration des entreprises (art. 23 al. 2 LCart).

Parallèlement aux sanctions directes, la révision de la LCart prévoit d'adopter un régime de bonus. Celui-ci doit permettre à la ComCo de renoncer, en totalité ou partiellement, à prononcer une sanction lorsqu'une entreprise partie à un cartel participe à sa découverte et à sa suppression. Cette mesure, qui a fait ses preuves à l'étranger, devrait sensiblement faciliter le travail des autorités de la concurrence s'agissant de la découverte de cartels rigides.

Les autres points de la révision concernent des adaptations de relativement peu d'importance. Les valeurs seuil spécifiques pour la notification de concentrations dans les médias, plus basses que dans les autres domaines, sont abandonnées. Les valeurs seuil pour la notification des concentrations dans le secteur bancaire doivent faire l'objet d'une adaptation au droit européen. Par ailleurs, une base légale pour la perception d'émoluments par les autorités de la concurrence doit être créée dans la LCart.

La révision de la LCart prendra également en compte les préoccupations des PME. L'article 4 alinéa 2 LCart doit être modifié afin de spécifier clairement que la notion de dominance sur le marché ne repose pas uniquement sur la structure du marché mais que les rapports de dépendance concrets sur le marché doivent également être examinés. Dans cette acception, il est également possible de se trouver dans un cas de dominance sur le marché lorsqu'une entreprise dispose d'une situation de force sur le marché par rapport à ses concurrents ou lorsque d'autres entreprises en sont fortement dépendantes, du côté de l'offre ou de la demande. La ComCo et le secrétariat ont l'intention d'augmenter la sécurité du droit pour les PME dans la mise en œuvre de la révision de la LCart, par le biais de publications ciblées, en particulier dans le domaine des coopérations admissibles.

C Activités dans les différents domaines économiques

1. Industrie et production

Outre l'enquête concernant la distribution des montres et celle contre la Chambre genevoise d'étanchéité et d'asphaltage, toutes deux clôtur-

rées par un accord amiable (détails sous lettre D.1), les domaines de la construction, de l'agriculture et des énergies fossiles ont été au centre des activités du service industrie et production.

Dans le domaine de la **construction**, l'enquête concernant les offres pour la rénovation de la bibliothèque nationale a été clôturée. La ComCo a constaté que les quatre entreprises, qui avaient été invitées à faire leurs offres à l'origine, avaient conclu un accord illicite (appelé cartel de soumission). Auparavant, la procédure d'adjudication a été arrêtée en raison des investigations du secrétariat et le mandat a été attribué à une entreprise ne participant pas à l'accord. Une enquête préalable concernant le commerce de bois a pu être clôturée après que l'association en cause s'est déclarée prête à ne plus distribuer à l'avenir de recommandations de prix à ses membres. En outre, le secrétariat examine dans des enquêtes préalables l'existence d'accords possibles dans le commerce sanitaire de gros, les recommandations de prix des associations cantonales pour les travaux de régie ainsi que le règlement de concurrence de l'association des entrepreneurs suisses.

Dans le domaine de l'**agriculture**, le secrétariat examine dans une enquête préalable la question de savoir s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence sur le marché de l'abattage des porcs. Les investigations se dirigent tant contre les commerçants intermédiaires que contre les grands distributeurs Migros et Coop, respectivement contre leurs entreprises de traitement de la viande Micarna et Bell. D'autres enquêtes préalables concernent les interprofessions de fromages. Dans le domaine de l'agriculture, la ComCo, respectivement son secrétariat, a pris position sur différents projets de lois et ordonnances et soumis des recommandations afin de promouvoir la concurrence. Ainsi, le secrétariat a recommandé à l'Office fédéral de l'agriculture de retirer son mandat à Proviande, compte tenu du manque d'indépendance et de neutralité de cette organisation. Il faut en particulier souligner la procédure de consultation sur la politique agricole 2007 au cours de laquelle la ComCo s'est employée à faire progresser la libéralisation et à instaurer une réglementation aussi neutre que possible sur le plan de la concurrence.

Dans le domaine des **énergies fossiles**, l'enquête contre les entreprises pétrolières a été clôturée. A cet égard, une enquête empirique élargie ainsi que l'audition des représentants de la branche n'ont pas permis de mettre à jour un accord concernant le prix de l'essence. Par ailleurs, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au début de l'année 2001 s'agissant d'accords éventuels sur le marché de l'huile de chauffage. Des méthodes empiriques sont également mises en œuvre dans ces investigations.

2. Services

Les domaines de la santé, des services financiers et des professions libérales ont été au centre des activités du service des prestations de services.

Ainsi, dans le domaine de la **santé**, la ComCo a interdit le contrat tarifaire concernant le domaine semi-privé passé entre les caisses-maladies, les médecins et les cliniques privées dans le canton d'Argovie. Cet accord éliminait la concurrence sur les prix au niveau des prestataires de soins et des assureurs maladie. En outre, la ComCo a recommandé aux autorités des cantons d'Argovie, de Saint-Gall, de Vaud, du Jura et de Neuchâtel, de supprimer les restrictions à la publicité pour les professionnels de la santé (en particulier pour les médecins et dentistes). La publicité représente un paramètre important de la concurrence. Ainsi de nouveaux médecins peuvent, grâce à la publicité, augmenter leurs possibilités de se faire connaître en comparaison avec les médecins concurrents déjà établis. Le secrétariat a plusieurs fois pris position sur des projets de lois, en particulier sur l'ordonnance concernant la loi sur les produits thérapeutiques et sur le modèle de rémunération des pharmaciens. De plus, le secrétariat a été actif au sein de groupes de travail externes concernant les options à envisager quant à l'avenir de la SUVA, ainsi que dans des groupes de travail créés en marge de la conférence sur le contrôle des coûts des médicaments. Enfin, la ComCo a organisé une journée sur les thèmes de la santé à laquelle ont participé en qualité d'experts les Professeurs ROBERT E. LEU, FRIEDRICH BREYER et LUC SCHENKER.

Dans le domaine des **services financiers**, le secrétariat analyse le comportement des entreprises de cartes de crédits. Une enquête vise à déterminer si le fait pour des entreprises d'interdire aux commerçants de facturer à leurs clients un prix différent selon que ces derniers paient avec une carte de crédit ou un autre moyen de paiement représente une restriction à la concurrence. Le secrétariat est également actif s'agissant des cartes de débit: il examine dans une enquête préalable s'il existe des indices selon lesquels les conditions posées aux commerçants découlent d'accords illicites ou d'un abus de position dominante. En outre, à l'occasion de la préparation de la deuxième ronde de négociations bilatérales avec l'UE, la ComCo a recommandé en octobre 2001 au Conseil fédéral l'ouverture du marché de l'assurance vie aux offreurs de l'UE. Enfin, la ComCo observe l'évolution du secteur bancaire, en particulier en ce qui concerne la position des banques cantonales de même que s'agissant d'éventuelles restrictions à la concurrence dans le domaine des crédits aux PME.

Dans le domaine des **professions libérales**, l'enquête contre la société des médecins du canton de Zürich a pu être clôturée. En cours de procédure, l'association a en effet supprimé elle-même le tarif privé, objet qui avait donné lieu à l'ouverture de l'enquête, et ainsi supprimé

le comportement susceptible de violer la loi sur les cartels. En raison de l'application d'un tarif semblable, le secrétariat a ouvert une nouvelle enquête contre la société des médecins du canton de Genève en octobre 2001. Concernant les tarifs des avocats, la ComCo a recommandé aux cantons qui continuent à éditer des tarifs obligatoires (Schaffhouse, Nidwald, Tessin) de les supprimer. La ComCo a recommandé au canton de Zürich, dans le cadre d'une prise de position sur l'avant-projet de sa nouvelle loi sur la profession d'avocat, de limiter à un minimum de types de procédures l'exigence d'indépendance prévue par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats. En raison de cette exigence d'indépendance, les avocats employés dans les services juridiques d'entreprises, en particulier ceux des assurances de protection juridique, ne sont pas habilités à plaider devant les tribunaux. De plus, une enquête concernant les tarifs pratiqués par les auto-écoles a été ouverte dans le canton des Grisons.

3. Infrastructures

Le service infrastructures s'est essentiellement concentré pendant l'année 2001 sur les domaines des télécommunications, de l'électricité, des transports, de l'hôtellerie ainsi que des médias et de la publicité.

Dans le domaine de l'**électricité**, la ComCo a constaté au terme de son enquête que les Entreprises électriques fribourgeoises abusent de leur position dominante en refusant de laisser transiter l'électricité du groupe Watt sur leur réseau. Une enquête similaire contre le Service intercommunal de l'électricité de Renens a pu être clôturée, étant devenue sans objet après que les parties ont pu s'entendre sur le refus du transit de l'électricité. Le secrétariat examine en outre, dans une enquête préalable ouverte en août 2001, la licéité des partenariats de distribution conclus par Axpo et les entreprises cantonales qui y participent avec les distributeurs finaux. Par ailleurs, le secrétariat a pris une part active aux travaux préparatoires de l'ordonnance sur le marché de l'électricité.

Dans le domaine des **télécommunications**, le secrétariat a ouvert en décembre 2001 une enquête contre Swisscom. Celle-ci doit déterminer si Swisscom abuse de sa position dominante en joignant à ses factures de raccordement fixe de la publicité pour ses propres services. L'enquête concernant le marché de la téléphonie mobile a par contre été close dès lors que ni l'existence d'un accord entre les trois offreurs, ni un abus de position dominante n'a pu être établi.

Dans le domaine des **médias** et de la **publicité** la ComCo a approuvé l'acquisition de Belcom par Tamedia SA à condition que Tamedia vende sa participation dans Radio Zürisee. Sans cette condition, une position dominante sur le marché de la publicité radiophonique dans la région de Zürich risquait d'émerger. Par ailleurs, le secrétariat a constaté dans le cadre d'une enquête préalable qu'il existait des indices selon lesquels la collaboration envisagée entre la Poste et l'organi-

sation de distribution Swiss Mail dans le domaine de l'envoi de matériel publicitaire non adressé pourrait supprimer la concurrence efficace, et partant, serait illicite. L'enquête contre la participation de JC Decaux à Affichage a été clôturée. L'examen a montré que cette participation devait être qualifiée d'accord, mais n'affectait pas la concurrence de manière notable.

Dans le domaine des **transports**, l'enquête contre les CFF a été au premier plan. Le secrétariat est arrivé au terme de son enquête à la conclusion que les CFF abusaient de leur position dominante en n'offrant que sous la forme de "paquet" des prestations de triage pour Lokoop dans différentes gares de suisse orientale. Le secrétariat a dès lors proposé à la ComCo d'interdire ce comportement. Faisant suite à cette proposition, les CFF ont modifié leur pratique commerciale, ce qui a permis de clore l'enquête. Dans le domaine de l'**hôtellerie**, une enquête examine si Feldschlösschen abuse d'une position dominante sur le marché de la vente de boissons aux restaurants. Feldschlösschen gère entre autres deux listes différentes de boissons et a passé des contrats d'exclusivité avec des entreprises gastronomiques.

4. Loi sur le marché intérieur

La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non-discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Dans le domaine du marché intérieur, la ComCo a émis le 29 janvier 2001 des recommandations concernant l'accès au marché des architectes et ingénieurs dans plusieurs cantons suisses. Les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel et du Tessin disposent d'une législation cantonale qui limite la libre circulation des architectes et ingénieurs. La ComCo leur a donc recommandé de supprimer les règles exigeant 1) l'inscription dans un registre cantonal pour exercer la profession, 2) un certain nombre d'années de pratique pour exercer la profession, 3) l'établissement ou le domicile dans le canton, 4) le paiement d'un émolument pour exercer la profession.

La ComCo a aussi émis deux expertises en relation avec l'application de l'Accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne relatif aux marchés publics. L'article 3 chiffre 5 de cet accord prévoit en effet une clause d'exemption qui soustrait certaines entreprises de l'application de l'accord lorsque la concurrence règne sur le marché. En Suisse, la ComCo est l'autorité compétente pour se prononcer sur l'existence de la concurrence sur le marché. A ce jour, la ComCo a déjà rendu deux expertises dans ce domaine: la première sur le marché des télécommunications; la seconde par rapport au transport ferroviaire.

5. Contacts internationaux

En marge des contacts réguliers avec les autorités européennes et américaines de la concurrence, la ComCo et son secrétariat ont eu des

échanges particulièrement fructueux avec la Commission européenne ainsi qu'avec les autorités de la concurrence de pays voisins. Une amélioration de la collaboration avec la "Merger task force" de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations a été mise en place pour les cas de concentrations notifiés à la fois à Bruxelles et à Berne lorsque les parties en présence donnent leur accord à de tels échanges afin de faciliter l'efficacité des procédures. Par ailleurs, la Présidence de la ComCo a rencontré la Présidence du Conseil français de la concurrence au cours d'une journée de discussion organisée à Paris le 10 décembre 2001.

Dans le cadre des priorités de l'an 2001 relatives à la révision de la LCart, de précieux renseignements ont été obtenus de la part des autorités communautaires, européennes et américaines de la concurrence sur des problématiques importantes telles que les perquisitions, les sanctions directes, les programmes de clémence et l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, les autorités suisses de la concurrence ont participé activement aux travaux des organisations internationales, en particulier dans le cadre des réunions du Comité de la concurrence de l'OCDE, du groupe de travail "commerce-concurrence" de l'OMC ainsi que dans celui des consultations "article IV" du FMI et de la révision de la convention AELE.

6. Perspectives

La ComCo va autant que possible clore en l'an 2002 les enquêtes pendantes (voir E.3) et transformer les enquêtes préalables en enquêtes dans les cas où il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence. Lors de l'établissement des priorités dans son travail, la ComCo se fonde en particulier sur le volume des marchés concernés, l'importance économique du secteur et la gravité de la violation en rapport avec les dommages économiques et sociaux.

Enfin, le secrétariat de la ComCo favorisera des travaux visant à la publication de directives concernant la détermination du marché de référence et l'analyse des positions sur les marchés. Grâce à la publication de ces directives, les décisions de la ComCo seront prévisibles et la sécurité du droit pour les entreprises augmentée. Dans la perspective de la révision de la LCart (voir B), le secrétariat prépare en outre un formulaire pour l'annonce de possibles restrictions à la concurrence.

D Aspects particuliers de procédure en droit des cartels

1. Elimination à l'amiable de restrictions à la concurrence

La révision de 1995 a fondamentalement modifié la loi sur les cartels dans différents domaines. Le législateur a notamment fixé dans la loi (26 II LCart, 29 LCart) la pratique de la Commission des cartels, qui consiste à chercher avec les parties un accord amiable sur la manière

d'éliminer les restrictions à la concurrence. Dans son message, le Conseil fédéral mentionne que les autorités de la concurrence doivent constamment chercher à clore la procédure aussi rapidement que possible et qu'il est en général indiqué de rechercher une solution à l'amiable avec les parties.

En principe, les accords amiables sont possibles aussi bien dans les procédures d'enquêtes contre les accords entre entreprises et les comportements d'entreprises en position dominante que dans la procédure de contrôle des concentrations. D'autre part, ils peuvent survenir à n'importe quel stade de la procédure. La pratique développée jusqu'ici par la ComCo et le secrétariat confirme cette règle.

a. Cas d'application d'accords à l'amiable

1.1.1. En procédure informelle

Les plaintes qui parviennent au secrétariat contiennent en général une présentation unilatérale de l'état de fait. Dans un premier temps, le secrétariat donne la possibilité à la partie qui fait l'objet de la plainte de prendre position sur les reproches qui lui sont faits et de présenter l'état de fait selon son point de vue. A la réception de cette prise de position, le secrétariat dispose des informations nécessaires pour décider s'il importe d'ouvrir une enquête préalable ou une enquête ou si les faits ne posent pas de problèmes. Il se peut également qu'une restriction à la concurrence apparaisse d'emblée comme illicite, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen approfondi. Dans une telle situation, le secrétariat donne aux parties la possibilité, de manière informelle, d'adapter leur comportement. Si elles s'exécutent, le secrétariat renonce à aller plus loin dans la procédure. Il rend les parties attentives au fait qu'une procédure formelle serait engagée en cas de nouvelles plaintes.

Le secrétariat ne tient pas de statistiques relatives à cette manière de supprimer les restrictions à la concurrence. Leur nombre augmente cependant constamment et une quantité relativement importante de cas est liquidée de cette façon. Deux raisons en sont principalement responsables:

- ?? Il existe maintenant une pratique bien établie sur les accords entre entreprises et sur l'abus de position dominante. Le secrétariat peut renvoyer les parties à des cas semblables et à leur jugement. Le pronostic quant au résultat d'une procédure d'enquête est dès lors relativement facile à établir. Les entreprises peuvent, à l'aide de la première estimation du secrétariat, déterminer s'il est plus favorable de s'engager dans une procédure formelle ou d'adapter leur comportement de manière "volontaire".
 - ?? La ComCo et le secrétariat font un travail de communication structuré et concentré à l'égard des médias. Grâce à ceci, les entreprises connaissent aujourd'hui beaucoup mieux la fonction et le but de la
-

loi sur les cartels et des autorités de la concurrence que lors de l'entrée en vigueur de la loi.

1.1.2. En procédure d'enquête préalable

Lors d'enquêtes préalables, le secrétariat peut proposer aux parties des mesures destinées à éliminer ou à empêcher des restrictions à la concurrence (art. 26 al. 2 LCart). Il le fait en général lorsque (i) il existe des indices de restriction illicite à la concurrence, respectivement qu'il y aurait lieu d'ouvrir une enquête; (ii) la restriction à la concurrence peut être facilement éliminée par des adaptations simples; (iii) les parties sont prêtes à écarter la restriction rapidement et sans excès de bureaucratie. Avec ces propositions, le secrétariat donne aux parties l'opportunité d'éviter une enquête coûteuse. Si elles s'exécutent, l'enquête préalable est close sans suite.

Cet instrument commence à prendre de l'importance dans la pratique. Ainsi, l'an passé, sept enquêtes préalables ont pu être closes parce que les parties ont adopté les propositions du secrétariat.

1.1.3. En procédure d'enquête

Au cours d'une enquête, les restrictions à la concurrence peuvent être éliminées au moyen d'un "accord amiable" au sens de l'article 29 LCart. Dans la mesure où le secrétariat considère une restriction à la concurrence comme illicite, il peut proposer aux parties un accord amiable quant à la manière d'écarter cette restriction. L'accord amiable est formulé par écrit et nécessite l'approbation de la ComCo au moyen d'une décision formelle.

La proposition de règlement amiable n'est pas réservée au secrétariat, mais peut également provenir des parties. Le secrétariat entre régulièrement en matière sur de telles propositions. Toutefois, certaines restrictions sont de mise, lorsque les parties ont déjà reçu du secrétariat la demande de prise de position sur la proposition de décision, la procédure se trouvant dès lors dans son stade final. Cependant, si les parties ont été coopératives au cours de la procédure, on peut même à ce stade parvenir à un règlement à l'amiable.

Au cours de l'année 2001, la ComCo a approuvé deux accords amiables dans le cadre de procédures d'enquête:

?? Le premier concernait le cartel genevois d'étanchéité et d'asphaltage. Huit entreprises, qui effectuaient environ 80% des travaux d'asphaltage dans la région de Genève s'étaient rassemblées en une association. Celle-ci édictait des listes de prix à l'intention de ses membres, qui ont été considérées par le secrétariat comme des restrictions illicites à la concurrence. Sur demande du secrétariat, les entreprises et l'association se sont déclarées prêtes à conclure un accord à l'amiable. Elles se sont engagées à ne plus respecter les listes de prix existantes et à ne pas en édicter de nouvelles.

?? Le deuxième règlement amiable a clos l'enquête concernant la distribution de montres en Suisse. L'enquête du secrétariat avait démontré que des marges uniques pour tous les vendeurs de montres en Suisse avaient éliminé la concurrence efficace sur le marché des montres. Dans l'accord amiable, mis sur pied sur proposition des associations de producteurs et de vendeurs, les fournisseurs et les vendeurs de montres se sont engagés à abolir les marges uniques.

1.2. Avantages et inconvénients des accords à l'amiable

1.2.1. Du point de vue des parties

Le règlement à l'amiable de conflits de droit de la concurrence implique pour les parties les **avantages** suivants:

- ?? Elles économisent du temps et de l'argent grâce à la conclusion rapide et non bureaucratique de la procédure. Les parties n'ont pas besoin de consacrer beaucoup de ressources (management) à la procédure avec la ComCo et des frais de conseil, notamment d'avocat, peuvent être économisés.
- ?? Les parties évitent une publicité négative, ce qui peut notamment être le cas lors de la publication de l'ouverture d'une enquête et lors de la décision de la ComCo. Celle-ci rend en général ces décisions publiques au moyen de communiqués de presse. D'autre part, le secrétariat renonce à la publication dans la revue "Droit et politique de la concurrence" si l'accord survient avant l'ouverture d'une enquête préalable.
- ?? Les parties obtiennent la possibilité d'influer directement sur l'issue de la procédure. Une solution fondée sur un consensus représentera dans la règle mieux les intérêts des parties qu'une décision unilatérale de la ComCo.

On peut évoquer en contrepartie les **inconvénients** suivants:

- ?? Les parties perdent la possibilité de prouver que leur comportement n'est pas contraire au droit des cartels.
- ?? Dans le but de clore rapidement la procédure, notamment afin d'éviter une publicité négative et des coûts directs, il arrive que les parties concluent un accord de moindre efficacité du point de vue de l'économie d'entreprise.

1.2.2. Du point de vue des autorités de la concurrence

Du point de vue des autorités de la concurrence, un accord à l'amiable amène les avantages suivants:

- ?? En règle générale, la preuve d'une restriction illicite à la concurrence est soumise à de hautes exigences. Grâce à la coopération des parties, le secrétariat peut économiser du temps et du travail.
-

- ?? Un règlement amiable dans les premiers temps de la procédure permet d'éviter que d'intenses investigations soient effectuées pour un cas "bagatelle". Les ressources ainsi libérées peuvent être utilisées pour des problèmes plus importants.
- ?? Les tentatives de régler le cas à l'amiable et la disponibilité des autorités de la concurrence pour de tels accords crée pour les parties une base de confiance. L'autorité n'est plus vue comme "l'adversaire", mais tente de trouver une solution amiable. A nouveau, ceci peut conduire les intéressés à une meilleure compréhension des tâches et activités des autorités de la concurrence. Pour cette raison, il est nécessaire, lors d'un règlement à l'amiable, d'expliquer aux parties les raisons des reproches qui leur sont faits, en particulier les effets dommageables pour l'économie que cause concrètement la restriction à concurrence en question.

Les **inconvénients** suivants sont à prendre en compte:

- ?? Si l'accord à l'amiable a lieu tôt dans la procédure, on ne parvient à aucune détermination exacte de l'état de fait et seulement à une appréciation matérielle très superficielle. Cela ne crée donc pas de pratique de la ComCo.
- ?? Le danger existe que les parties tentent de gagner du temps pour profiter plus longtemps d'une restriction à la concurrence. Il peut même arriver que les effets économiques dommageables puissent être éliminés plus rapidement sans tentative de règlement amiable.
- ?? La ComCo ne peut pas prononcer de sanction contre des parties qui continueraient d'exploiter une restriction à la concurrence malgré un accord amiable. A titre d'exception, des sanctions peuvent être prononcées lorsque l'accord amiable a été approuvé par une décision de la ComCo.

1.2.3. Du point de vue de l'intérêt public

L'intérêt public profite des règlements amiables grâce aux **avantages** suivants:

- ?? Les ressources des autorités de la concurrence sont utilisées au plus près de leur but. Les restrictions à la concurrence les plus importantes et les plus dommageables économiquement se voient accorder plus d'importance.
- ?? Les règlements à l'amiable correspondent au principe suisse de prohibition des abus: les décisions d'interdiction sont si possible évitées.

En revanche, les **inconvénients** suivants sont à évoquer:

- ?? Le public n'apprend rien, ou alors très peu, des règlements amiables de litiges de droit de la concurrence. Ceci est particulièrement
-

vrai lorsque ni une enquête préalable ni une enquête n'ont été ouvertes, car le cas n'est alors pas publié dans la revue DPC.

?? Une intervention par trop rapide et non différenciée de la part des autorités de la concurrence pourrait dans des cas déterminés conduire à une sur-régulation, qui ne correspondrait plus au but de la loi sur les cartels.

1.3. Conclusion

Les règlements amiables sont un moyen efficace pour supprimer les restrictions à la concurrence. D'une part, ils permettent d'éviter de longues et coûteuses procédures, d'autre part des solutions consensuelles, élaborées en collaboration avec les parties peuvent être plus conformes à la pratique et mieux acceptées par les intéressés qu'une décision unilatérale. La Commission de la concurrence se préoccupera plus spécialement durant l'année 2002 du problème de l'information déficiente du public.

Les entreprises peuvent partir de l'idée que les autorités de la concurrence sont très favorables à l'élaboration d'accords amiables. Pour la ComCo, il ne s'agit pas ici d'une intervention en elle-même, mais de l'élimination des restrictions à la concurrence le plus rapidement et économiquement possible. La ComCo ne tolère cependant pas que des discussions en vue d'un accord amiable soient utilisées abusivement dans le but d'éviter une procédure.

Les entreprises sont invitées à utiliser la voie de l'accord à l'amiable. Dans la mesure où une restriction illicite à la concurrence est constatée, l'adoption d'un accord amiable permet à l'entreprise d'éviter des inconvénients importants tels qu'une publicité négative ou l'utilisation superflue de ressources (frais de management et d'avocat).

2. PME et loi sur les cartels

Dernièrement, le reproche émanant des milieux industriels selon lequel les autorités de la concurrence appliqueraient la loi exclusivement contre les PME et à leur désavantage et n'entreprendraient presque rien contre les entreprises ayant une position dominante s'est fait entendre de manière croissante. L'Union Suisse des arts et métiers a adopté une résolution à ce sujet lors du Congrès suisse des arts et métiers, le 25 octobre 2000 à St-Gall.

La ComCo et son secrétariat prennent ces reproches au sérieux. Le développement qui suit présente quelques réflexions sur la question d'une application de la loi sur les cartels "adaptée" aux PME. Il sera essentiellement démontré que les activités des autorités de la concurrence ne sont pas dirigées exclusivement contre les PME, mais qu'au contraire les intérêts des PME sont protégés à plusieurs égards par les interventions de la ComCo.

2.1 Application de la LCart aux PME

Le but de la LCart est de protéger la concurrence efficace. La concurrence en tant que processus de sélection sur le marché doit fonctionner. Les conditions-cadre (étatiques et privées) ne doivent, dans la mesure du possible, pas empêcher l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché. Parallèlement, la sortie d'entreprises en échec ne doit pas être retardée ou empêchée par des interventions (étatiques ou privées).

Les dispositions matérielles de la LCart s'articulent autour des trois piliers que sont les accords en matière de concurrence, les entreprises dominantes sur le marché et le contrôle des fusions. Par ailleurs, les autorités de la concurrence sont actives dans le domaine de la régulation étatique. Les PME n'entrent pas en considération en tant que destinataires des interventions de la ComCo dans le cadre de cette dernière activité, pas plus que dans les cas d'abus de position dominante ou de contrôle des fusions. Ce n'est donc que dans le domaine des accords en matière de concurrence (art. 5 LCart) que les PME sont concernées en tant que destinataires d'injonctions de la ComCo.

Dans le cadre des accords en matière de concurrence, il faut distinguer les coopérations et les cartels rigides. Les coopérations entre les PME mènent dans la majeure partie des cas à un gain en efficacité. Mentionnons à cet égard les accords de spécialisation et de rationalisation, les coopérations dans les domaines de la recherche et du développement, de la vente et du marketing, le développement de nouveaux produits ou procédés de fabrication, la formation et la diffusion de connaissances techniques. Dans le même temps, ces types de coopérations permettent aux PME d'entrer en concurrence avec de grandes entreprises. De telles coopérations sont donc en principe admissibles.

Dans quelques cas cependant, les PME dépassent ce stade, dans la mesure où elles concluent des accords qui vont au-delà de ce qui est nécessaire à une coopération efficace. Si elles entendent se spécialiser dans la production de certains produits par exemple, il n'est pas nécessaire de conclure simultanément un accord sur les prix. Il n'y a pas d'exceptions pour les PME en matière de cartels rigides. Cela signifie que des PME directement concurrentes n'ont pas le droit de conclure des accords sur les prix, les quantités ou la répartition géographique, qui suppriment la concurrence. De tels accords sont en effet aussi dommageables pour les consommatrices et consommateurs que les comportements illicites des grandes entreprises.

2.2 Pratique de la ComCo par rapport aux PME

La ComCo et le secrétariat se sont efforcés jusqu'à maintenant à restreindre leurs interventions vis-à-vis des PME à des questions de principe, comme par exemple l'utilisation de schémas de calcul ou de recommandations de prix. Les conditions-cadres établies à cet égard par la ComCo sont claires.

En cas d'incertitudes relatives à l'application de la LCart ou aux conséquences de droit cartellaire d'un comportement ou d'un accord concret, le secrétariat est à la disposition des entreprises pour les conseiller avec compétence. L'information obtenue du secrétariat garantit la sécurité du droit et permet d'éviter une longue procédure cartellaire.

Actuellement, le secrétariat et la ComCo cherchent déjà à trouver des solutions amiables aux cas impliquant des PME (cf. ci-dessus D.1). Les enquêtes dirigées contre les sections romandes de Gastrosuisse, le cartel genevois d'étanchéité et d'asphaltage et la distribution de montres, dans lesquelles de nombreuses PME étaient impliquées ont pu être réglées par le biais d'accords amiables. Si cela s'impose, le secrétariat est également disposé à aménager un délai transitoire raisonnable afin de permettre aux entreprises concernées de modifier leur comportement.

En outre, l'activité de la ComCo protège souvent les PME. Dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité, la ComCo s'est investie en faveur d'une ouverture rapide et complète du marché, afin d'éviter que les PME ainsi que les consommatrices et consommateurs restent captifs du monopole et doivent ainsi financer les baisses de prix accordées aux grandes entreprises. Il faut encore mentionner la charge imposée par la ComCo aux deux grandes banques UBS-SBS lors de leur fusion, à savoir de poursuivre les crédits accordés aux PME aux mêmes conditions que jusqu'alors et de ne pas les attribuer à une autre classe de risque en raison du cumul des crédits.

2.3 Résultat

Les PME, pilier de notre économie, disposent de forces considérables. Par le biais de coopérations (dans le cadre de la vente ou de la spécialisation notamment) elles peuvent souvent encore les renforcer. De telles coopérations conduisent souvent à des gains en efficacité, qui profitent également aux consommatrices et consommateurs. Elles n'appellent normalement pas de critique. Il en va autrement des accords sur les prix, les quantités et la répartition géographique passés entre des PME concurrentes. De tels accords ne nuisent pas seulement à l'économie dans son ensemble, mais également souvent aux PME elles-mêmes. L'expérience de la ComCo montre en effet que les cartels rigides protègent les entreprises plus faibles et que les meilleures limitent ainsi inutilement leurs débouchés sur le marché.

E Organisation et statistique

1. ComCo et secrétariat

La **ComCo** s'est réunie 15 fois en séance plénière au cours de l'année 2001. Après son élection au Conseil National, Monsieur PIERRE TRIPONEZ, directeur de l'Union Suisse des arts et métiers, s'est retiré de la ComCo à la fin de l'année 2000. Le Conseil Fédéral a élu Monsieur RUDOLF HORBER, secrétaire politique de l'Union Suisse des arts et métiers, à sa

succession. La place vacante depuis un certain temps de la représentante des consommateurs est occupée désormais, depuis le début de l'année 2001, par Madame CONSTANCE DE LAVALLAZ, de la Fédération Romande des Consommateurs. Madame MARGRIT MEIER, représentante de l'Union syndicale suisse, s'est retirée de la ComCo à la fin du mois de septembre 2001. Monsieur SERGE GAILLARD, secrétaire dirigeant de l'Union syndicale suisse a été élu par le Conseil fédéral pour prendre sa place.

Au **secrétariat**, le taux élevé de fluctuation de l'année précédente a pu être maîtrisé. Le secrétariat a adapté son concept de développement du personnel aux circonstances. Au sein du secrétariat, de nouvelles possibilités de carrières ont été envisagées et les perspectives pour les collaboratrices et collaborateurs scientifiques ont été clairement fixées.

Le secrétariat s'efforce toujours d'offrir un certain nombre de **places de formation** pour étudiants et jeunes licenciés. Au cours de l'année 2001, 15 étudiants et jeunes licenciés ont pu, grâce à l'occupation flexible des places de travail, faire un stage de deux ou plusieurs mois. D'un côté, le secrétariat veut soutenir ces étudiants intéressés par le droit économique lors de leur entrée dans le monde du travail. D'un autre côté, le secrétariat recrute régulièrement de nouveaux collaborateurs parmi les anciens stagiaires.

A la fin de l'année, le secrétariat occupait 51 collaboratrices et collaborateurs (temps plein et temps partiel).

2. Statistiques

a) Enquêtes et enquêtes préalables

Enquêtes	2000	2001
Menées durant l'année	28	22
Reprises de l'année précédente	16	18
Ouvertures	12	4
Décisions finales	11	13
dont adaptation du comportement	non connu	3
dont accords amiables	2	2
dont arrêts	5	3
Mesures provisionnelles	0	0

Sanctions	0	0
Enquêtes préalables	2000	2001
Menées durant l'année	36	40
Reprises de l'année précédente	16	19
Ouvertures	20	21
Clôtures	20	21
dont suivies d'une enquête	9	4
dont adaptation du comportement	non connu	8

b) Concentrations d'entreprises

Concentrations	2000	2001
Notifications	54	35
Autorisation suite à l'examen préliminaire	52	33
Examens approfondis	1	2
Décisions de la ComCo	1	2
Réalisations anticipées	0	0
Sanctions	2	1

c) Autres activités

Activités	2000	2001
Avis, recommandations et prises de position		
Avis (Art. 15 LCart)	1	0
Recommandations (Art. 45 LCart)	3	4
Prises de position (Art. 46 LCart)	64	38
Avis (Art. 47 LCart)	1	4

Prises de position sur demandes de concession LRTV	22	21
Avis (Art. 11 LTC)	3	2
LMI		
Recommandations (Art. 8 LMI)	2	1
Avis (Art. 10 I LMI)	0	3
Conseils (secrétariat)	2	11
Divers		
Suivi des affaires	0	4
Décisions constatatoires	1	0
Communications (Art. 6 LCart)	0	0

3. Enquêtes 2001

Enquête	Enquêtes ouverte suite à des indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Citroën	Accord illicite sur la distribution de voitures de la marque Citroën	02.11.1998	pendant	
Teleclub/ Cablecom	Abus de position dominante	21.06.1999	16.8.2001	enquête close; car Teleclub n'a pas obtenu de concession d-box
SUMRA	Régime de marché dans la distribution horlogère: accords illicites	23.08.1999	3.9.2001	Accord amiable

Cartes de crédit	Abus de position dominante: clauses de non-discrimination entre différents moyens de paiement	10.09.1999	pendant	
Kaladent SA	Abus de position dominante sur le marché des fournitures dentaires	23.09.1999	29.01.2001	Enquête close; pas de position dominante
JC De-caux/ Affichage	Accords illicites en matière de concurrence	07.10.1999	7.5.2001	Enquête close; car l'accord n'affecte pas la concurrence de manière notable
Cartel genevois d'étanchéité et d'asphaltage	Accords illicites sur les prix	17.01.2000	5.3.2001	Accord amiable
Cartel bernois de soumission	Accords illicites sur les prix	17.01.2000	17.12.2001	Accord illi-cite en matière de concurrence
CFF	Abus de position dominante dans le trafic de marchandise	23.02.2000	3.12.2001	Enquête close; car les parties ont adapté leur comportement

Médecins du canton de Zürich	Accords illicites sur les prix (tarifs des médecins privés)	03.05.2000	5.11.2001	Enquête close; car les parties ont supprimé le tarif privé
Marché de l'essence	Accords illicites sur les prix, ev. abus de position dominante	03.05.2000	3.12.2001	Enquête close; car pas de limitation illicite de la concurrence
Assurances complémentaires dans le canton d'Argovie	Accords illicites sur les prix entre les caisses-maladies	15.05.2000	1.10.2001	Constatation de l'accord illicite sur les prix ¹
Marché de la téléphonie mobile	Comportement collusoire illicite	15.05.2000	3.12.2001	Enquête close; car pas de limitation illicite de la concurrence
Distribution de médicaments vétérinaires	Accords de distribution exclusive illicites	25.05.2000	pendant	
Entreprises électriques fribourgeoises	Refus illicite de transit de courant électrique	14.06.2000	5.3.2001	Constatation du comportement illicite ¹

¹ Un recours est pendant

Elektra Baselland	Refus illicite de transit de courant électrique	04.08.2000	pendant	Décision incidente sur la compétence de la ComCo ¹
Service intercommunal d'électricité de Renens	Refus illicite de transit de courant électrique	07.09.2000	3.9.2001	Enquête close; car parties ont adapté leur comportement
Feldschlösschen/Coca Cola	Abus de position dominante dans la distribution de boissons	20.11.2000	pendant	
Association des médecins genevois	Accords illicites sur les prix (tarifs des médecins privés)	2.11.2001	pendant	
Moniteur auto-école des Grisons	Accords illicites sur les prix	19.11.2001	pendant	
Coopforte	Abus de position dominante	3.12.2001	pendant	
Swisscom	Abus de position dominante	5.12.2001	pendant	

¹ Un recours est pendant

A 1	3. Rapporto annuale 2001 della Commissione della concorrenza
-----	---------------------------------------------------------------------

A Introduzione

La Commissione della concorrenza (Comco) ha concluso lo scorso anno 13 inchieste. Fra queste, due si sono concluse con una conciliazione. La Comco ha stabilito l'esistenza di accordi o di pratiche illecite a tre riprese. Altre tre inchieste sono state chiuse poiché le parti, in seguito

all'intervento della Comco, hanno adeguato il loro comportamento. Infine, quattro procedure sono state chiuse dopo che è stata accertata l'inesistenza degli accordi o delle pratiche illecite originariamente temuti. Informazioni dettagliate sulle inchieste concluse e sulle altre attività delle autorità in materia di concorrenza figurano qui di seguito ai punti C ed E.2 (statistica).

La Comco e la sua segreteria hanno concentrato i loro sforzi per eliminare consensualmente le limitazioni della concorrenza. In linea di principio, ciò è possibile prima dell'apertura dell'inchiesta preliminare, durante un'inchiesta preliminare o durante un'inchiesta. Grazie allo strumento della conciliazione, le autorità in materia di concorrenza hanno rinunciato all'apertura di un'inchiesta per sette delle 38 inchieste preliminari. Questo modo di porre fine alla procedura presenta dei vantaggi e degli inconvenienti sia per le parti coinvolte che per le autorità in materia di concorrenza (in dettaglio alla lettera D.1).

Negli ultimi tempi, le cerchie di piccoli e medi imprenditori hanno formulato critiche riguardo all'attività della Comco. Le hanno rimproverato di applicare la legge sui cartelli (LCart) esclusivamente alle PMI e di non agire quasi mai nei confronti delle grandi imprese. La Comco ha preso atto di questi rimproveri. Qui di seguito sono riportate sotto D.2 le spiegazioni sulla prassi della Comco inerenti alle PMI. La LCart è applicabile alle PMI unicamente nel campo degli accordi in materia di concorrenza; le disposizioni sugli abusi di posizioni dominanti e sulle concentrazioni di imprese non sono rilevanti per queste ultime. Per quanto concerne gli accordi in materia di concorrenza, la LCart si dimostra per principio positiva nei confronti delle cooperazioni che promuovono l'efficienza economica. Gli accordi fra concorrenti diretti relativi ai prezzi, ai quantitativi e alla ripartizione dei mercati sono per contro problematici sotto il profilo del diritto in materia di concorrenza. Ciò riguarda anche le PMI. D'altronde, finora, la Comco è intervenuta nei confronti delle PMI praticamente soltanto in questi settori. Occorre infine sottolineare che la LCart protegge soprattutto le PMI dalle limitazioni della concorrenza combattendo le pratiche abusive delle imprese che dominano il mercato e controllando le fusioni.

B Revisione della legge sui cartelli

I lavori di revisione della legge sui cartelli sono stati portati avanti durante tutto il corso del 2001. In seguito alla conclusione della procedura di consultazione, alla fine del 2000, il Consiglio federale ha definito, il 4 aprile 2001, l'ulteriore modo di procedere. Il gruppo di lavoro "Revisione LCart", sotto la direzione di ERIC SCHEIDEGGER, consigliere economico del consigliere federale PASCAL COUCHEPIN, ha rielaborato il progetto posto in consultazione e ha redatto il relativo messaggio. Il 7 novembre 2001, il Consiglio federale ha adottato il messaggio concernente la revisione della LCart e l'ha trasmesso al Parlamento.

Lo scopo principale della revisione è l'introduzione di sanzioni dirette in caso di accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone tra concorrenti diretti (cosiddetti cartelli rigidi, art. 5 cpv. 3 LCart) e di abuso di posizione dominante (art. 7 LCart). L'ammontare della sanzione è fissato in funzione della durata e della gravità della violazione e può raggiungere il 10% della cifra d'affari realizzata in Svizzera durante gli ultimi tre anni. Il Consiglio federale ha richiesto una verifica della costituzionalità delle sanzioni dirette. Nel suo parere giuridico, il prof. RENÉ RHINOW giunge alla conclusione che la prevista regolamentazione relativa alle sanzioni non contravviene alla Costituzione federale (pubblicazione completa in "Diritto e politica della concorrenza", DPC, 2001/3, p. 592 segg.).

In caso di dubbi sulla punibilità di un determinato comportamento, l'impresa deve avere la possibilità di segnalarlo alla Comco prima che produca effetti. In tal modo si garantisce che un'impresa non debba assumersi il rischio di un apprezzamento negativo del proprio comportamento. La sola ricezione dell'annuncio da parte della Comco è sufficiente ad escludere la possibilità per quest'ultima di infliggere una sanzione diretta. Le imprese possono in tal modo dissipare rapidamente e con una minima spesa qualsiasi incertezza giuridica sulle conseguenze del loro comportamento dal punto di vista del diritto della concorrenza. La segreteria è inoltre a disposizione per esaminare, senza particolari formalità, i progetti di collaborazione delle imprese (art. 23 cpv. 2 LCart).

Oltre alle sanzioni dirette, la revisione della LCart prevede di adottare un sistema di bonus. Quest'ultimo deve permettere alla Comco di rinunciare, completamente o parzialmente, a pronunciare una sanzione se un'impresa, che fa parte di un cartello, partecipa alla sua individuazione e alla sua soppressione. Tale misura, già sperimentata all'estero, dovrebbe agevolare sensibilmente il lavoro delle autorità in materia di concorrenza volto all'individuazione di cartelli rigidi.

Gli altri punti della revisione riguardano adeguamenti di secondaria importanza. I valori soglia specifici per l'annuncio di concentrazioni nei media, più bassi rispetto agli altri settori, sono abbandonati. I valori soglia per la notifica delle concentrazioni nel settore bancario devono essere adeguati al diritto europeo. Inoltre, occorre introdurre nella LCart una base legale per la riscossione di emolumenti da parte delle autorità in materia di concorrenza.

La revisione della LCart terrà conto anche delle richieste delle PMI. L'articolo 4 capoverso 2 LCart va modificato in modo da specificare chiaramente che la nozione di dominanza sul mercato non si basa unicamente sulla struttura del mercato, ma che si devono esaminare anche i rapporti di dipendenza concreti sul mercato. Secondo questa interpretazione, ci si può trovare di fronte a un caso di dominanza sul mercato anche se un'impresa si trova in una situazione di forza sul

mercato rispetto ai suoi concorrenti o se altre imprese ne sono fortemente dipendenti sul fronte dell'offerta o della domanda. La Comco e la segreteria intendono consolidare, nell'attuazione della revisione della LCart, la certezza del diritto per le PMI, mediante pubblicazioni mirate, in particolare nel ramo delle cooperazioni ammissibili.

C Attività nei diversi rami economici

1. Industria e produzione

Oltre all'inchiesta concernente la distribuzione di orologi e quella contro la Camera ginevrina per l'impermeabilizzazione e l'asfaltatura, conclusesi entrambe con una conciliazione (in dettaglio alla lettera D.1), i settori dell'edilizia, dell'agricoltura e delle fonti energetiche fossili sono stati al centro delle attività del servizio "industria e produzione".

Nel settore **edile**, l'inchiesta relativa alle offerte per il rinnovo della biblioteca nazionale è stata conclusa. La Comco ha constatato che le quattro imprese invitate originariamente a presentare le loro offerte avevano concluso un accordo illecito (cosiddette offerte concertate). In precedenza, la procedura di appalto era stata interrotta per consentire le indagini della segreteria e il mandato era stato conferito a un'impresa estranea a detto accordo. Un'inchiesta preliminare concernente il commercio di legname ha potuto essere conclusa dopo che l'associazione in questione si è dichiarata disposta a non più pubblicare, in futuro, raccomandazioni sui prezzi ai propri membri. La segreteria esamina inoltre, nell'ambito di inchieste preliminari, l'esistenza di possibili accordi nel commercio sanitario all'ingrosso, le raccomandazioni sui prezzi delle associazioni cantonali per i lavori di regia e il regolamento sulla concorrenza della Società Svizzera Impresari-Costruttori (SSIC).

Nel settore **agricolo**, la segreteria esamina nell'ambito di un'inchiesta preliminare se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza sul mercato della macellazione dei suini. Le indagini sono dirette sia contro gli addetti al commercio intermedio sia contro i grandi distributori Migros e Coop, rispettivamente contro le loro imprese per la lavorazione della carne Micarna e Bell. Altre inchieste preliminari riguardano le organizzazioni di categoria per i vari tipi di formaggio. Nel settore agricolo, la Comco, rispettivamente la sua segreteria, ha preso posizione sui diversi progetti di leggi e ordinanze e ha formulato raccomandazioni intese a promuovere la concorrenza. La segreteria ha così raccomandato all'Ufficio federale dell'agricoltura di ritirare il suo mandato a Proviande, tenuto conto della mancanza di indipendenza e di neutralità di questa organizzazione. Occorre sottolineare in particolare la procedura di consultazione sulla politica agricola 2007 nel corso della quale la Comco si è adoperata per far progredire la liberalizzazione e per introdurre una regolamentazione il più neutrale possibile sul piano della concorrenza.

Nel settore delle **fonti energetiche fossili**, l'inchiesta contro le imprese petrolifere è stata chiusa. Un'ampia inchiesta empirica e l'audizione dei rappresentanti del ramo non hanno permesso di mettere a punto un accordo sul prezzo della benzina. Inoltre, la segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare all'inizio del 2001 in merito ad eventuali accordi sul mercato dell'olio da riscaldamento. Anche per queste inchieste vengono impiegati metodi empirici.

2. Servizi

I settori della salute, dei servizi finanziari e delle professioni liberali sono stati al centro delle attività del servizio "Prestazioni di servizi".

Nel settore della **salute**, la Comco ha vietato la convenzione tariffaria per il settore semiprivato conclusa fra le casse malati, i medici e le cliniche private nel Cantone Argovia. Tale accordo eliminava la concorrenza sui prezzi a livello dei fornitori di prestazioni e degli assicuratori malattia. Inoltre, la Comco ha raccomandato alle autorità dei Cantoni di Argovia, San Gallo, Vaud, Giura e Neuchâtel di sopprimere le limitazioni della pubblicità per i professionisti nel campo della salute (in particolare per i medici e i dentisti). La pubblicità rappresenta un elemento importante della concorrenza. Grazie alla pubblicità nuovi medici possono aumentare le loro possibilità di farsi conoscere rispetto agli altri medici concorrenti già in attività. La segreteria ha più volte preso posizione su progetti di legge, in particolare sulle ordinanze relative alla legge sugli agenti terapeutici, nonché in merito al modello di remunerazione dei farmacisti. Inoltre, la segreteria ha svolto la sua attività in seno a gruppi di lavoro esterni in relazione alle opzioni auspicabili per il futuro della SUVA nonché in gruppi di lavoro istituiti a margine della Conferenza sul controllo dei costi dei medicinali. Infine, la Comco ha organizzato una giornata sui temi legati alla salute alla quale hanno partecipato quali esperti i professori ROBERT E. LEU, FRIEDRICH BREYER e LUC SCHENKER.

Nel settore dei **servizi finanziari**, la segreteria analizza il comportamento delle società che gestiscono il sistema di accettazione delle carte di credito (acquirer). Si esamina pertanto nell'ambito di un'inchiesta se il fatto che le imprese vietino ai commercianti di fatturare ai loro clienti un prezzo diverso a seconda che questi ultimi paghino mediante carte di credito o altri mezzi di pagamento rappresenta una limitazione della concorrenza. Inoltre, in occasione della seconda serie di negoziati bilaterali con l'UE, la Comco, nell'ottobre 2001, ha raccomandato al Consiglio federale l'apertura del mercato dell'assicurazione sulla vita agli offerenti dell'UE. Infine, la Comco osserva l'evoluzione del settore bancario, in particolare per quanto concerne la posizione delle banche cantonali nonché in relazione a eventuali limitazioni della concorrenza nel settore dei crediti alle PMI.

Nel settore delle **libere professioni**, l'inchiesta contro l'Associazione dei medici del Cantone di Zurigo ha potuto essere conclusa. L'Associazione stessa ha infatti soppresso, nel corso della procedura, la tariffa privata che aveva dato luogo all'inchiesta, eliminando così il comportamento eventualmente contrario alla legge sui cartelli. In seguito all'applicazione di una tariffa simile, nell'ottobre 2001 la segreteria ha aperto una nuova inchiesta contro l'Associazione dei medici del Cantone di Ginevra. Per quanto attiene alle tariffe degli avvocati, la Comco ha raccomandato ai Cantoni che continuano a emanare tariffe obbligatorie (Sciaffusa, Nidwaldo e Ticino) di sopprimerle. La Comco ha raccomandato al Cantone di Zurigo, nell'ambito di una presa di posizione sul suo avamprogetto relativo a una nuova legge sulla professione di avvocato, di limitare l'esigenza di indipendenza prevista dalla legge federale sulla libera circolazione degli avvocati ad un numero minimo di tipi di procedure. In base a tale esigenza di indipendenza, gli avvocati impiegati nei servizi giuridici di imprese, in particolare quelli delle assicurazioni per la protezione giuridica, non hanno il diritto di patrocinio davanti a un tribunale. Inoltre, nel Cantone dei Grigioni è stata aperta un'inchiesta sulle tariffe praticate dalle autoscuole.

3. Infrastruttura

Nel 2001 il servizio "Infrastruttura" si è concentrato essenzialmente sui settori delle telecomunicazioni, dell'energia elettrica, dei trasporti, dell'industria alberghiera nonché dei media e della pubblicità.

Nel settore dell'**energia elettrica**, la Comco ha constatato, al termine della sua inchiesta, che le Aziende elettriche friburghesi abusano della loro posizione dominante rifiutandosi di lasciar transitare la corrente elettrica del gruppo Watt sulla loro rete. Un'inchiesta simile contro il Servizio intercomunale dell'energia elettrica di Renens ha potuto essere conclusa essendo divenuta priva di oggetto dopo che le parti hanno trovato un'intesa sul rifiuto del transito della corrente elettrica. La segreteria esamina inoltre, in un'inchiesta preliminare aperta nell'agosto 2001, la legalità dei partenariati di distribuzione conclusi da Axpo e dalle aziende cantonali che vi partecipano con i distributori finali. Oltre a ciò, la segreteria ha assunto un ruolo attivo nei lavori preparatori dell'ordinanza sul mercato dell'energia elettrica.

Nel settore delle **telecomunicazioni**, la segreteria ha aperto nel dicembre 2001 un'inchiesta contro Swisscom. Tale inchiesta deve determinare se Swisscom abusa della sua posizione dominante unendo alle sue fatture di allacciamento fisso anche pubblicità per i propri servizi. L'inchiesta concernente il mercato della telefonia mobile è stata invece chiusa in quanto non hanno potuto essere stabiliti né l'esistenza di un accordo fra i tre offerenti né un abuso di posizione dominante.

Nel settore dei **media** e della **pubblicità** la Comco ha approvato l'acquisto di Belcom da parte di Tamedia SA a condizione che Tamedia venda la sua partecipazione in Radio Zürisee. Senza questa condizione, rischiava di emergere una posizione dominante sul mercato della pubblicità radiofonica nella regione di Zurigo. La segreteria ha inoltre constatato, nell'ambito di un'inchiesta preliminare, che esistevano indizi secondo i quali la collaborazione auspicata tra la Posta e l'organizzazione di distribuzione Swiss Mail nel campo dell'invio di materiale pubblicitario non indirizzato potrebbe sopprimere la concorrenza efficace e, pertanto, sarebbe illecita. L'inchiesta contro la partecipazione di JC Decaux ad Affichage è stata conclusa. L'esame ha dimostrato che tale partecipazione doveva essere considerata come un accordo ma non influiva sulla concorrenza in modo rilevante.

Nel settore dei **trasporti**, l'inchiesta contro le FFS è stata al centro dell'attenzione. Al termine della sua inchiesta, la segreteria è giunta alla conclusione che le FFS abusavano della loro posizione dominante offrendo unicamente sotto forma di "pacchetto" prestazioni di smistamento per Lookop in diverse stazioni della Svizzera orientale. La segreteria ha quindi proposto alla Comco di vietare tale comportamento. Le FFS hanno fatto seguire alla proposta una modifica della loro pratica commerciale, ciò che ha permesso di chiudere l'inchiesta.

Nel settore **alberghiero e della ristorazione**, un'inchiesta sta esaminando se Feldschlösschen abusa di una posizione dominante sul mercato della vendita di bibite ai ristoranti. Feldschlösschen gestisce tra l'altro due diverse liste di bevande e ha concluso contratti esclusivi con aziende del settore della ristorazione.

4. Legge sul mercato interno

La LMI garantisce a qualsiasi persona avente la propria sede o il proprio domicilio in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa. Nel settore del mercato interno, il 29 gennaio 2001 la Comco ha emanato raccomandazioni concernenti l'accesso al mercato degli architetti e degli ingegneri in diversi Cantoni svizzeri. I Cantoni di Friburgo, Ginevra, Neuchâtel e del Ticino possiedono una legislazione cantonale che limita la libera circolazione degli architetti e degli ingegneri. La Comco ha quindi raccomandato loro di sopprimere le norme che esigono 1) l'iscrizione nel registro cantonale per l'esercizio della professione, 2) un certo numero di anni di pratica per esercitare la professione, 3) la sede o il domicilio nel Cantone, 4) il pagamento di un emolumento per esercitare la professione.

La Comco ha anche emanato due pareri in relazione all'applicazione dell'Accordo bilaterale tra la Svizzera e l'Unione europea sugli appalti pubblici. L'articolo 3 cifra 5 dell'Accordo prevede infatti una clausola di esenzione che esime talune imprese dall'applicazione dell'Accordo

quando sul mercato regna la concorrenza. In Svizzera, la Comco è l'autorità competente per pronunciarsi sull'esistenza della concorrenza sul mercato. A tutt'oggi, la Comco ha già emesso due pareri in questo settore: il primo sul mercato delle telecomunicazioni; il secondo in merito al trasporto ferroviario.

5. Relazioni internazionali

In margine ai regolari contatti con le autorità europee e americane in materia di concorrenza, la Comco e la sua segreteria hanno intrattenuito scambi particolarmente proficui con la Commissione europea come anche con le autorità in materia di concorrenza dei Paesi vicini. Un miglioramento della collaborazione con la "Merger task force" della Commissione europea per il controllo delle concentrazioni è stato realizzato per i casi di concentrazioni annunciate sia a Bruxelles che a Berna qualora le parti coinvolte diano il loro consenso a simili scambi al fine di agevolare l'efficacia delle procedure. Inoltre, la presidenza della Comco ha incontrato la presidenza del Consiglio francese della concorrenza nel corso di una giornata di discussione organizzata a Parigi il 10 dicembre 2001.

Nell'ambito delle priorità per il 2001 relative alla revisione della LCart, sono state acquisite preziose informazioni da parte delle autorità comunitarie, europee e americane in materia di concorrenza su problematiche importanti quali le perquisizioni, le sanzioni dirette, il sistema del bonus e l'applicazione dell'articolo 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

Infine, le autorità svizzere in materia di concorrenza hanno partecipato attivamente ai lavori delle organizzazioni internazionali, in particolare nell'ambito delle riunioni del Comitato della concorrenza dell'OCSE, del gruppo di lavoro "commercio-concorrenza" dell'OMC nonché nel quadro delle consultazioni "articolo IV" del FMI e della revisione della convenzione AELS.

6. Prospettive

Nel 2002 la Comco intende concludere, nel limite del possibile, le inchieste pendenti (cfr. E.3) e trasformare le inchieste preliminari in inchieste nel caso in cui esistano indizi di limitazioni illecite della concorrenza. Per la determinazione delle priorità nel suo lavoro, la Comco si basa in particolare sul volume dei mercati interessati, sull'importanza economica del settore e sulla gravità della violazione in rapporto ai danni economici e sociali.

Inoltre, la segreteria della Comco favorirà i lavori finalizzati alla pubblicazione di direttive concernenti la definizione del mercato determinante e l'analisi delle posizioni sui mercati. Grazie alla pubblicazione di tali direttive, le decisioni della Comco saranno prevedibili e la certezza del diritto per le imprese aumenterà. In vista della revisione della

LCart (cfr. B), la segreteria prepara inoltre un modulo per l'annuncio di possibili limitazioni della concorrenza.

D Aspetti particolari di procedura in materia di diritto dei cartelli

1. Soppressione consensuale di limitazioni della concorrenza

La revisione del 1995 ha fundamentalmente modificato la legge sui cartelli nei diversi campi. Il legislatore ha fissato in particolare nella legge (art. 26 cpv. 2 e art. 29 LCart) la prassi della Commissione dei cartelli, che consiste nel cercare con le parti una conciliazione sulle modalità di soppressione delle limitazioni della concorrenza. Nel suo messaggio, il Consiglio federale indica che le autorità in materia di concorrenza devono costantemente cercare di chiudere la procedura il più rapidamente possibile e che in genere è opportuno cercare una soluzione in via amichevole con le parti.

Per principio, le conciliazioni sono possibili sia nelle procedure d'inchiesta contro gli accordi tra imprese e contro le pratiche di imprese in posizione dominante sia nella procedura di controllo delle concentrazioni. Inoltre, esse possono subentrare a qualsiasi stadio della procedura. La prassi sviluppata finora dalla Comco e dalla segreteria conferma tale regola.

1.1. Casi di applicazione di conciliazioni

1.1.1. Primi accertamenti

I reclami o i ricorsi che pervengono alla segreteria contengono in generale una presentazione unilaterale dei fatti. In un primo tempo, la segreteria dà la possibilità alla parte chiamata in causa di prendere posizione sui rimproveri che le vengono mossi e di presentare la sua versione dei fatti. Ricevuta tale presa di posizione, la segreteria dispone delle informazioni necessarie per decidere se occorre aprire un'inchiesta preliminare o un'inchiesta o se i fatti non pongono problemi. È anche possibile che una limitazione della concorrenza si riveli manifestamente illecita senza che sia necessario procedere a un esame approfondito. In una situazione del genere, la segreteria dà alle parti, in modo informale, la possibilità di adeguare il loro comportamento. Se le parti si adeguano, la segreteria rinuncia a portare avanti la procedura. Essa rende attente le parti che in caso di nuove contestazioni sarebbe avviata una procedura formale.

La segreteria non tiene alcuna statistica su tale modalità di soppressione delle limitazioni della concorrenza. Il loro numero, tuttavia, aumenta costantemente e una quantità relativamente importante di casi è liquidata in questo modo. Ciò è dovuto principalmente a due motivi:

?? Esiste ormai una prassi consolidata sugli accordi tra imprese e sull'abuso di posizione dominante. La segreteria può rinviare le parti a casi uguali o simili e alle rispettive sentenze. La previsione sul ri-

sultato di una procedura d'inchiesta è quindi relativamente facile da stabilire. Le imprese possono, mediante una stima approssimativa della segreteria, valutare se sia più conveniente impegnarsi nella procedura formale o adeguare "spontaneamente" il loro comportamento.

?? La Comco e la segreteria svolgono un lavoro di comunicazione strutturato e concentrato nei confronti dei media. Grazie a ciò, le imprese conoscono molto meglio oggi che non al momento dell'entrata in vigore della legge la funzione e lo scopo della legge sui cartelli e delle autorità in materia di concorrenza.

1.1.2. Inchiesta preliminare

In caso di inchieste preliminari, la segreteria può proporre alle parti misure destinate a sopprimere o a impedire limitazioni della concorrenza (art. 26 cpv. 2 LCart). In generale, ciò avviene se (i) esistono indizi di limitazione illecita della concorrenza, rispettivamente se vi è motivo di aprire un'inchiesta; (ii) la limitazione della concorrenza può essere facilmente soppressa mediante semplici adeguamenti; (iii) le parti sono disposte a eliminare la limitazione rapidamente e senza eccessive formalità burocratiche. Con queste proposte, la segreteria dà alle parti l'opportunità di evitare un'inchiesta dispendiosa. Se le parti si adeguano, l'inchiesta preliminare viene chiusa senza conseguenze.

Questo strumento sta iniziando ad acquisire importanza nella pratica. Lo scorso anno sette inchieste preliminari hanno potuto essere concluse dopo che le parti hanno adottato le proposte della segreteria.

1.1.3. Inchiesta

Nel corso di un'inchiesta, le limitazioni della concorrenza possono essere eliminate mediante una conciliazione ai sensi dell'articolo 29 LCart. Nella misura in cui considera illecita una limitazione della concorrenza, la segreteria può proporre alle parti una conciliazione sul modo di eliminare tale limitazione. La conciliazione è redatta per scritto e necessita dell'approvazione della Comco mediante una decisione formale.

La proposta di conciliazione non è riservata alla segreteria ma può provenire anche dalle parti. La segreteria entra regolarmente in materia su simili proposte. Tuttavia, talune limitazioni persistono quando le parti hanno già ricevuto dalla segreteria la domanda di presa di posizione sulla proposta di decisione e la procedura si trova quindi allo stadio finale. Se però durante la procedura le parti sono state cooperative si può giungere a una conciliazione anche a questo stadio.

Nel corso del 2001, la Comco ha approvato due conciliazioni nell'ambito di procedure d'inchiesta:

?? La prima riguardava il cartello ginevrino di impermeabilizzazione e asfaltatura. Otto imprese, che effettuano circa l'80% **dei lavori di**

asfaltatura nella regione di Ginevra, si erano riunite in un'associazione. Quest'ultima emanava liste dei prezzi all'attenzione dei suoi membri che sono state considerate dalla segreteria come limitazioni illecite della concorrenza. Su richiesta della segreteria, le imprese e l'associazione si sono dichiarate pronte a concludere una conciliazione. Esse si sono impegnate a non più applicare le liste dei prezzi esistenti e a non più emanarne di nuove.

- ?? La seconda conciliazione ha posto fine all'inchiesta sulla distribuzione di orologi in Svizzera. L'inchiesta della segreteria aveva dimostrato che l'applicazione di margini unici per tutti i venditori di orologi in Svizzera aveva eliminato la concorrenza efficace sul mercato degli orologi. Nella conciliazione, messa a punto su proposta delle associazioni di produttori e di venditori, i fornitori e i venditori di orologi si sono impegnati ad abolire i margini unici.

1.2. Vantaggi e inconvenienti delle conciliazioni

1.2.1. Dal punto di vista delle parti

La conciliazione su controversie inerenti al diritto della concorrenza comporta per le parti i seguenti **vantaggi**:

- ?? Queste ultime risparmiano tempo e denaro grazie alla conclusione rapida ed esente da formalità burocratiche della procedura. Le parti non hanno bisogno di investire molte risorse per la gestione della procedura con la Comco e talune spese di consulenza, in particolare di patrocinio, possono essere risparmiate.
- ?? Le parti evitano una pubblicità negativa, che può derivare in particolare dalla pubblicazione dell'apertura di un'inchiesta e dalla decisione della Comco. Quest'ultima generalmente rende pubbliche tali decisioni per mezzo di comunicati stampa. D'altra parte, se la conciliazione interviene prima dell'apertura di un'inchiesta preliminare, la segreteria rinuncia alla pubblicazione nella rivista "Diritto e politica della concorrenza".
- ?? Le parti ottengono la possibilità di influire direttamente sull'esito della procedura. Di regola, una soluzione fondata su un consenso rappresenta meglio gli interessi delle parti di una decisione unilaterale della Comco.

Per contro, si possono menzionare i seguenti **inconvenienti**:

- ?? Le parti perdono la possibilità di provare che il loro comportamento non è contrario al diritto dei cartelli.
- ?? Al fine di concludere rapidamente la procedura, segnatamente di evitare una pubblicità negativa e costi diretti, può succedere che le parti pervengano a un accordo meno efficiente dal profilo economico.
-

1.2.2. Dal punto di vista delle autorità in materia di concorrenza

Dal punto di vista delle autorità in materia di concorrenza, una conciliazione comporta i seguenti **vantaggi**:

- ?? Di norma, la prova di una limitazione illecita della concorrenza è soggetta a esigenze elevate. Grazie alla cooperazione delle parti, la segreteria può risparmiare tempo e lavoro.
- ?? Una conciliazione nei primi tempi della procedura permette di evitare che siano effettuate intense ricerche per una "inezia". Le risorse così liberate possono essere utilizzate per problemi più importanti.
- ?? I tentativi di regolare il caso con una conciliazione e la disponibilità delle autorità in materia di concorrenza per simili accordi instaura una base di fiducia per le parti. L'autorità non è più vista come l'"avversario", ma come qualcuno che cerca di trovare una soluzione in via amichevole. Anche ciò può condurre gli interessati a una maggiore comprensione per i compiti e le attività delle autorità in materia di concorrenza. Per tale motivo, è necessario, in caso di conciliazione, spiegare alle parti i motivi dei rimproveri che vengono mossi loro, e in particolare gli effetti nocivi per l'economia provocati concretamente dalla limitazione della concorrenza.

Per contro, si possono menzionare i seguenti **inconvenienti**:

- ?? Se la conciliazione interviene ad uno stadio precoce della procedura, non si perviene a una determinazione esatta dei fatti, ma soltanto a un giudizio materiale superficiale. Ciò non dà luogo quindi ad alcuna nuova prassi da parte della Comco.
- ?? Vi è il rischio che le parti tentino di guadagnare tempo per approfittare più a lungo di una limitazione della concorrenza. Può persino accadere che gli effetti economici nocivi siano eliminati più rapidamente senza alcun tentativo di conciliazione.
- ?? La Comco non può pronunciare alcuna sanzione contro le parti che continuano a sfruttare una limitazione della concorrenza nonostante una conciliazione. In via eccezionale, possono essere pronunciate sanzioni se la conciliazione è stata approvata da una decisione della Comco.

1.2.3. Dal punto di vista dell'interesse pubblico

L'interesse pubblico trae dalle conciliazioni i seguenti **vantaggi**:

- ?? Le risorse delle autorità in materia di concorrenza sono utilizzate per quanto possibile in modo mirato. Le limitazioni della concorrenza più importanti ed economicamente più nocive sono considerate prioritarie.
-

?? Le conciliazioni corrispondono al principio svizzero della lotta agli abusi: le decisioni di divieti sono possibilmente evitate.

Per contro, si possono menzionare i seguenti **inconvenienti**:

?? Il pubblico apprende poco o nulla sulle conciliazioni su controversie di diritto della concorrenza. Questa constatazione vale in special modo se non sono state aperte né un'inchiesta preliminare né un'inchiesta, poiché in tal caso non viene pubblicato alcun resoconto nella rivista DPC.

?? Un intervento avventato e non differenziato da parte delle autorità in materia di concorrenza potrebbe in determinati casi portare a una regolamentazione eccessiva, che non corrisponderebbe più allo scopo della legge sui cartelli.

1.3. Conclusione

Le conciliazioni sono uno strumento efficace per sopprimere le limitazioni della concorrenza. Esse permettono di evitare procedure lunghe e dispendiose. Inoltre, le soluzioni consensuali, elaborate in collaborazione con le parti, possono essere più conformi alla pratica e meglio accettate dagli interessati di una decisione unilaterale. La Commissione della concorrenza nel corso del 2002 si occuperà in modo più specifico del problema dell'informazione carente del pubblico.

Le imprese possono presupporre che le autorità in materia di concorrenza sono molto favorevoli all'elaborazione di conciliazioni. Per la Comco non si tratta di un intervento a sé stante, ma di eliminare le limitazioni della concorrenza quanto più rapidamente ed economicamente possibile. La Comco tuttavia non tollera che le discussioni in vista di una conciliazione siano utilizzate abusivamente allo scopo di eludere una procedura.

Le imprese sono invitate a utilizzare la via della conciliazione. Nella misura in cui si constata una limitazione illecita della concorrenza, l'adozione di una soluzione consensuale permette all'impresa di evitare inconvenienti rilevanti quali una pubblicità negativa o l'utilizzazione superflua di risorse (spese di gestione e di patrocinio).

2. PMI e legge sui cartelli

Negli ultimi tempi, il rimprovero proveniente dagli ambienti industriali secondo cui le autorità in materia di concorrenza applicherebbero la legge esclusivamente contro le PMI e a loro detrimento, e che non farebbero praticamente nulla contro le imprese che occupano una posizione dominante, si è levato con sempre maggior frequenza. L'Unione svizzera delle arti e mestieri ha adottato una risoluzione in merito in occasione del Congresso svizzero delle arti e mestieri tenutosi il 25 ottobre 2000 a San Gallo.

La Comco e la sua segreteria considerano con attenzione tali rimproveri. Qui di seguito vengono esposte alcune riflessioni sulla questione di un'applicazione della legge sui cartelli "adeguata" alle PMI. Viene essenzialmente dimostrato che le attività della autorità in materia di concorrenza non sono dirette esclusivamente contro le PMI, ma che, al contrario, gli interessi delle PMI sono protetti sotto vari punti di vista dagli interventi della Comco.

2.1 Applicazione della LCart alle PMI

Lo scopo della LCart è di proteggere la concorrenza efficace. La concorrenza deve funzionare in quanto processo di selezione sul mercato. Le condizioni quadro (statali e private) non devono, nel limite del possibile, impedire l'entrata di nuove imprese sul mercato. D'altra parte, l'uscita di imprese che non sono riuscite ad imporsi sul mercato non va ritardata o impedita da interventi (statali o privati).

Le disposizioni materiali della LCart si articolano attorno ai tre pilastri rappresentati dagli accordi in materia di concorrenza, dalle imprese dominanti sul mercato e dal controllo delle fusioni. Inoltre, le autorità in materia di concorrenza sono attive nel campo della regolamentazione statale. Le PMI non sono prese in considerazione quali destinatarie degli interventi della Comco nell'ambito di quest'ultima attività e neppure in caso di abuso di posizione dominante o di controllo delle fusioni. Di conseguenza, le PMI sono interessate quali destinatarie di ingiunzioni della Comco soltanto nel campo degli accordi in materia di concorrenza (art. 5 LCart).

Nell'ambito degli accordi in materia di concorrenza, occorre fare una distinzione tra le cooperazioni e i cartelli rigidi. Le cooperazioni tra le PMI portano nella maggior parte dei casi a un aumento dell'efficacia. Menzioniamo in proposito gli accordi di specializzazione e di razionalizzazione, le cooperazioni nei campi della ricerca e dello sviluppo, della vendita e del marketing, lo sviluppo di nuovi prodotti o procedimenti di fabbricazione, la formazione e la diffusione di conoscenze tecniche. Nel contempo, questi tipi di cooperazioni permettono alle PMI di entrare in concorrenza con grandi imprese. Simili cooperazioni sono quindi per principio ammissibili.

In taluni casi, tuttavia, le PMI superano questo stadio, nella misura in cui concludono accordi che vanno oltre ciò che è necessario per una cooperazione efficace. Se intendono specializzarsi nella produzione di determinati prodotti, ad esempio, non occorre che concludano nel contempo un accordo sui prezzi. In materia di cartelli rigidi non sono fatte eccezioni per le PMI. Ciò significa che le PMI direttamente concorrenti non hanno il diritto di concludere accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, che sopprimono la concorrenza. Simili accordi sono altrettanto dannosi per i consumatori quanto le pratiche illecite delle grandi imprese.

2.2 Prassi della Comco nei confronti delle PMI

La Comco e la segreteria si sono finora sforzate di limitare i loro interventi nei confronti delle PMI a questioni di principio, come ad esempio l'utilizzazione di schemi di calcolo o di raccomandazione di prezzi. Le condizioni quadro stabilite in merito dalla Comco sono chiare.

In caso di dubbi relativi all'applicazione della LCart o alle conseguenze del diritto dei cartelli di una pratica o di un accordo concreto, la segreteria è a disposizione delle imprese per consigliarle con competenza. L'informazione ottenuta dalla segreteria garantisce la certezza del diritto e permette di evitare una lunga procedura cartellistica.

Attualmente, la segreteria e la Comco stanno già tentando di raggiungere conciliazioni sui casi che coinvolgono delle PMI (cfr. D.1). Le inchieste dirette contro le sezioni romande di GASTROSUISSE, il cartello ginevrino di asfaltatura e impermeabilizzazione e la distribuzione di orologi, nelle quali erano implicate molte PMI, hanno potuto essere risolte in via amichevole. Se necessario, la segreteria è anche disposta ad accordare un termine transitorio ragionevole onde permettere alle imprese interessate di modificare il loro comportamento.

Inoltre, l'attività della Comco spesso protegge le PMI. Nell'ambito della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, la Comco si è schierata a favore dell'apertura rapida e completa del mercato al fine di evitare che le PMI e i consumatori siano vittime del monopolio e debbano così finanziare i ribassi dei prezzi convenuti alle grandi imprese. Occorre anche menzionare l'onere imposto dalla Comco alle due grandi banche UBS e SBS in occasione della loro fusione di mantenere i crediti accordati alle PMI alle stesse condizioni valide finora e di non attribuirli a un'altra classe di rischio in funzione del cumulo dei crediti.

2.3 Risultato

Le PMI, pilastro della nostra economia, dispongono di forze considerevoli, che spesso sono in grado di incrementare ulteriormente mediante cooperazioni (soprattutto nell'ambito della vendita o della specializzazione). Tali cooperazioni portano sovente a un aumento dell'efficacia, di cui usufruiscono anche i consumatori. Normalmente non suscitano critiche. Lo stesso non si può dire degli accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone conclusi tra PMI concorrenti. Simili accordi nuocciono non soltanto all'economia nel suo insieme ma spesso anche alle stesse PMI. L'esperienza della Comco dimostra infatti che i cartelli rigidi proteggono le imprese più deboli e che pertanto le migliori si privano inutilmente dei loro sbocchi sul mercato.

E Organizzazione e statistica

1. La Comco e la sua segreteria

Nel corso del 2001 la **Comco** si è riunita 15 volte in seduta plenaria. Dopo la sua elezione in Consiglio nazionale, PIERRE TRIPONEZ, direttore dell'Unione svizzera delle arti e mestieri, si è ritirato dalla Comco alla fine del 2000. Il Consiglio federale ha eletto quale suo successore RUDOLF HORBER, segretario politico dell'Unione svizzera delle arti e mestieri. Il posto della rappresentante dei consumatori, rimasto per qualche tempo vacante, è ormai occupato, dall'inizio del 2001, da CONSTANCE DE LAVALLAZ, della Fédération Romande des Consommateurs. MARGRIT MEIER, rappresentante dell'Unione sindacale svizzera, si è ritirata dalla Comco a fine settembre 2001. SERGE GAILLARD, segretario dirigente dell'Unione sindacale svizzera è stato eletto al suo posto dal Consiglio federale.

Presso la **segreteria**, l'elevato tasso di fluttuazione dell'anno precedente ha potuto essere contenuto. La segreteria ha adeguato alle circostanze il suo concetto di sviluppo del personale. In seno alla segreteria sono state prese in considerazione nuove possibilità di carriera e sono state chiaramente fissate le prospettive per i collaboratori scientifici.

La segreteria si adopera sempre per offrire un dato numero di **posti di formazione** per studenti e giovani laureati. Nel 2001, 15 studenti e giovani laureati, grazie all'occupazione flessibile dei posti di lavoro, hanno potuto effettuare una pratica di due o più mesi. Da un lato, la segreteria vuole sostenere gli studenti interessati al diritto economico al momento del loro ingresso nel mondo del lavoro e, dall'altro, assume regolarmente nuovi collaboratori fra le persone che hanno già svolto un periodo di pratica presso la Comco.

Alla fine dell'anno, la segreteria occupava 51 collaboratori (tempo pieno e tempo parziale).

2. Statistiche

a) Inchieste e inchieste preliminari

Inchieste	2000	2001
Condotte durante il 2001	28	22
Procedure riprese dal 2000	16	18
Aperture	12	4
Decisioni finali	11	13

di cui adeguamento del comportamento	non conosciuto	3
di cui conciliazioni	2	2
di cui decisioni	5	3
Misure cautelari	0	0
Sanzioni	0	0
Inchieste preliminari	2000	2001
Condotte durante il 2001	36	38
Procedure riprese dal 2000	16	19
Aperture	20	19
Conclusioni	20	21
di cui conclusesi con l'apertura di un'inchiesta	9	4
di cui conclusesi con un adeguamento del comportamento	non conosciuto	8

b) Concentrazioni di imprese

Concentrazioni	2000	2001
Annunci	54	34
Autorizzazioni dopo l'esame preliminare	52	33
Esami approfonditi	1	2
Decisioni della Commissione	1	2
Esecuzione anticipata	0	0
Sanzioni	2	1

c) Altre attività

Attività	2000	2001
----------	------	-------------

Pareri, raccomandazioni e prese di posizione		
Pareri (art. 15 LCart)	1	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	3	4
Prese di posizione (art. 46 LCart)	64	38
Pareri (art. 47 LCart)	1	4
Prese di posizione LRTV	22	20
Pareri (art. 11 LTC)	3	2
LMI		
Raccomandazioni (art. 8 LMI)	2	1
Pareri (art. 10 I LMI)	0	3
Commenti (segreteria)	2	11
Diversi		
Verifiche	0	4
Decisioni d'accertamento	1	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	0

3. Inchieste 2001

Inchieste	Inchiesta aperta per sospetto di:	Aperta	Conclusa	Risultato
Citroën	Accordo illecito sulla vendita di automobili della marca Citroën	02.11.1998	pendente	

Teleclub/ Cablecom	Abuso di posizione dominante	21.06.1999	16.08.2001	Inchiesta conclusa poiché Teleclub non ha ottenuto una concessione d-box
SUMRA	Organizzazione di mercato nel settore orologiero: accordi illeciti in materia di concorrenza	23.08.1999	03.09.2001	Conciliazione
Carte di credito	Abuso di posizione dominante: parità di trattamento dei pagamenti con carte di credito e in contanti	10.09.1999	pendente	
Kaladent SA	Abuso di posizione dominante sul mercato delle forniture odontoiatriche	23.09.1999	29.01.2001	Inchiesta conclusa per inesistenza di posizione dominante
JC Decaux/ Affichage	Accordi illeciti in materia di concorrenza sul mercato delle affissioni pubblicitarie	07.10.1999	07.05.2001	Inchiesta conclusa in quanto l'accordo non influisce in modo rilevante sulla concorrenza
Cartello ginevrino di asfaltatura e impermeabilizzazione	Accordi illeciti sui prezzi	17.01.2000	05.03.2001	Conciliazione

Cartello bernese di appalto	Accordi illeciti sui prezzi	17.01.2000	17.12.2001	Decisione: accordo illecito in materia di concorrenza
FFS	Abuso di posizione dominante nel traffico di merci	23.02.2000	03.12.2001	Inchiesta conclusa in quanto le parti hanno adeguato il loro comportamento
Medici del Cantone di Zurigo	Accordi illeciti sui prezzi (tariffe dei medici privati)	03.05.2000	05.11.2001	Inchiesta conclusa in quanto le parti hanno soppresso la tariffa privata
Mercato della benzina	Accordi illeciti sui prezzi, eventualmente abuso di posizione dominante	03.05.2000	03.12.2001	Inchiesta conclusa per inesistenza di limitazione della concorrenza
Assicurazioni complementari nel Cantone di Argovia	Accordi illeciti sui prezzi tra le casse malati	15.05.2000	01.10.2001	Constatazione dell'accordo illecito sui prezzi ¹
Mercato della telefonia mobile	Comportamento collusivo illecito	15.05.2000	03.12.2001	Inchiesta conclusa per inesistenza di limitazione della concorrenza

¹ Ricorso pendente

Vendita di medicinali veterinari	Accordi illeciti di vendita esclusiva	25.05.2000	pendente	
Aziende elettriche friburghesi	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	14.06.2000	05.03.2001	Constatazione della pratica illecita ¹
Elektra Baselland	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	04.08.2000	pendente	Decisione incidentale sulla competenza della Comco ¹
Service intercommunal d'électricité de Renens	Rifiuto illecito di transito di corrente elettrica	07.09.2000	03.09.2001	Inchiesta conclusa in quanto le parti hanno adeguato il loro comportamento
Feldschlöschchen/Coca Cola	Abuso di posizione dominante nella vendita di bevande	20.11.2000	pendente	
Association des médecins du Canton de Genève	Accordi illeciti sui prezzi (tariffe dei medici privati)	02.11.2001	pendente	
Fahrlehrer Kanton Graubünden	Accordi illeciti sui prezzi	19.11.2001	pendente	
Coopforte	Abuso di posizione dominante	03.12.2001	pendente	

¹ Ricorso pendente

Swisscom	Abuso di posizione dominante nella rete fissa	05.12.2001	pendente	
----------	-----------------------------------------------	------------	----------	--

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Interprofession du Gruyère

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Rapport final du 13 décembre 2001 concernant l'enquête préalable ouverte dans l'affaire Interprofession du Gruyère (art. 26 LCart)

A. Fait

A.1 Objet

1. L'Association Interprofessionnelle du Gruyère (ci-après: l'Interprofession) est une association organisée corporativement conformément aux articles 60 et suivants du Code civil suisse. Les statuts de l'Interprofession sont entrés en vigueur le 2 juin 1997. Sont membres de l'Interprofession,

a) premièrement les producteurs de lait destiné à la fabrication du Gruyère, lesquels sont soit regroupés au sein de sociétés de fromagerie, soit sont des producteurs à titre individuel (environ 95%). Il y en a plus de 250;

b) deuxièmement, les fabricants de Gruyère, soit les fromagers (environ 95% d'adhésion). Il y en a 220; et

c) troisièmement, les affineurs encavant le Gruyère (100% d'adhésion). Il y en a dix.

Seuls 15 fromagers ne sont pas membres de l'Interprofession; ils ont cependant souhaité respecter les règles de qualité définies au sein de l'Interprofession pour la production du Gruyère.

2. La plupart des fromageries de Gruyère fabriquent en sus des spécialités. Les plus connues sont le vacherin fribourgeois, le vacherin Mont d'Or, la Tête-de-Moine.

3. L'Interprofession a pour buts (art. 2 de ses statuts):

- "- L'enregistrement, la défense et la gestion de l'appellation d'origine contrôlée Gruyère;
- la promotion du Gruyère;
- la gestion de l'offre du Gruyère;
- toute autre action liée aux intérêts du Gruyère;
- la définition des règles de fonctionnement du marché du Gruyère et de leur application".

4. Le Gruyère est protégé par une appellation d'origine contrôlée depuis le 6 juillet 2001.

5. La présente enquête préalable est consacrée à deux documents rédigés par l'Interprofession:

a) Le "règlement pour la gestion des quantités de Gruyère à produire". Celui-ci a mis en place un système de gestion de la qualité du Gruyère, tout en garantissant la possibilité de suivre sa trace, étape par étape.

b) Le "contrat d'achat de la production de Gruyère". Il s'agit d'un contrat type passé entre les maisons de commerce et les fromagers. Le prix indicatif du fromage au départ de la fromagerie, ainsi que la quantité annuelle de Gruyère à produire sont discutés au sein de l'Interprofession. Le prix du fromage au départ de la fromagerie ne fait toutefois l'objet d'aucune décision, il ne s'agit que d'un prix indicatif. Pour l'année laitière du 1er mai 2000 au 30 avril 2001, le prix du Gruyère au départ de la fromagerie a été fixé à CHF 9.80/kilo. Le prix du fromage au départ de la fromagerie et la quantité annuelle à produire sont ensuite mentionnés dans le contrat d'achat.

6. Il sied toutefois de préciser que chaque affineur négocie le prix du fromage avec chaque fromager qu'il a librement choisi. Le prix de base discuté au sein de l'Interprofession n'est dès lors pas forcément appliqué. D'ailleurs aucun contrôle du prix fixé entre les producteurs de Gruyère et les affineurs n'est effectué.

7. En outre, les affineurs ou les commerces de détail décident seuls de la mise sur leur marché d'un lot de fromages et fixent librement le prix final aux consommateurs.

A.2 Procédure

8. Suite à des dénonciations de producteurs suisse-allemands alléguant que le concept de production élaboré par l'Interprofession a pour effet de supprimer ou restreindre de manière illicite la concurrence, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a adressé un questionnaire à l'Office fédéral de l'agriculture (ci-après: l'OFAG) relatif au rôle des Interprofessions de fromage, en particulier celle du Gruyère.

9. Dans son courrier du 19 juin 2000, l'OFAG estime que les deux documents litigieux sont conformes à la Loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (ci-après: LAgr; RS 910.1) et à ses dispositions d'application. L'OFAG explique en outre ce qui suit:

a) Les Interprofessions ont pour but de coordonner la production et la mise sur le marché d'un produit fabriqué par différentes entreprises lorsque ce produit est vendu sous une dénomination commune;

b) L'Interprofession du Gruyère n'est pas en mesure d'augmenter artificiellement les prix du Gruyère pour plusieurs raisons. Premièrement, le pouvoir de marché dans la négociation est clairement du côté des distributeurs; deuxièmement, le Gruyère est soumis à une forte concurrence de la part de produits substitués; troisièmement, toutes les entreprises ne sont pas membres de l'Interprofession et quatrièmement, il est difficile pour l'Interprofession de contrôler les activités de 240 fromageries et 15 maisons d'affinage.

10. Le 26 juillet 2000, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (ci-après: LCart ; RS 251).

11. En date du 23 octobre 2001, l'Interprofession du Gruyère a signé une déclaration dont le contenu est le suivant:

"DECLARATION DE L'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE
DU GRUYERE; MAISON DU GRUYERE; 1662 PRINGY

I. Disposition principale:

1. L'association interprofessionnelle du Gruyère s'engage à supprimer le prix indicatif du gruyère au départ de la fromagerie figurant dans le contrat-type d'achat de la production de Gruyère, dès le 1^{er} mai 2002.

II. Disposition transitoire:

1. Le contrat-type d'achat de la production du Gruyère conclut pour la période allant du 1^{er} mai 2001 au 30 avril 2002 (année laitière), n'est pas touché par les engagements pris ci-dessus".

B. En droit

B.1 Applicabilité de la LCart

12. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1^{er} LCart).

a) Entreprises

13. Par entreprise, la LCart vise tout acteur qui produit des biens et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2000/3, p. 337). Chacun des membres de l'Interprofession du Gruyère (cf. ch. 1) est une entreprise au sens de la LCart.

b) Accords en matière de concurrence

14. Les accords en matière de concurrence sont 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^{er} LCart).

15. En l'espèce, il s'agit de déterminer si la fixation du prix du Gruyère au départ de la fromagerie d'une part, et du volume annuel de Gruyère à produire d'autre part, remplissent les conditions énoncées ci-dessus.

a) La disposition relative au prix du Gruyère au départ de la fromagerie, qui figure dans le contrat type d'achat de la production de Gruyère (Production 2000/2001), constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1^{er} LCart, dans la mesure où les membres s'entendent de façon consciente et voulue sur un paramètre concurrentiel (prix). Peu importe que la fixation du prix ne fasse pas l'objet d'une *décision* au sein de l'Interprofession. Il s'agit à tout le moins d'une recommandation (prix indicatif) qui est respectée par la majorité des membres de l'Interprofession (cf. ch. 23a). Les critères permettant de fixer le prix figurent expressément dans le contrat d'achat de la production de Gruyère, qui est rédigé par l'Interprofession. En outre, le fait que le prix au départ de la fromagerie ne concerne que le fromage à trois mois et demi d'affinage, alors que seul peut être vendu le fromage ayant au minimum cinq mois d'affinage n'a aucune incidence: le prix recommandé au stade du départ de la fromagerie a inévitablement une incidence sur le prix final au consommateur.

La fixation du prix constitue dès lors un accord au sens de l'article 4 alinéa 1^{er} LCart.

b) La disposition relative à la quantité annuelle de Gruyère à produire, qui figure dans le contrat type d'achat de la production de Gruyère (Production 2000/2001) constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1^{er} LCart, dans la mesure où les parties s'entendent de façon

consciente et voulue sur un paramètre concurrentiel (quantité). En effet, il ressort expressément dudit contrat que l'Interprofession fixe la quantité annuelle de production pour chacun des fromagers (préambule), lesquels s'engagent à ne fabriquer que la quantité déterminée par l'Interprofession (art. 3 let. c). Ledit contrat prévoit en outre que toute augmentation ou modification (de la production) doit être soumise à l'approbation de l'Interprofession (préambule).

La fixation de la quantité de Gruyère à produire figurant dans le contrat d'achat de la production de Gruyère constitue dès lors un accord au sens de l'article 4 alinéa 1^{er} LCart.

B.2 Prescriptions réservées

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

17. Le marché est réglementé par la LAgr et par l'Ordonnance sur les Interprofessions et les organisations de producteurs du 7 décembre 1998 (ci-après: l'Ordonnance; RS 919.117.72).

a) L'article 8 alinéa 1^{er} LAgr dispose que "la promotion de la qualité et des ventes ainsi que l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché incombent aux producteurs ou à l'Interprofession". Le 2^{ème} alinéa de ce même article précise que "par Interprofession, on entend une organisation fondée par des producteurs d'un produit ou d'un groupe de produits et des transformateurs ainsi que, le cas échéant, des commerçants". L'Ordonnance prévoit à son article 1^{er} que, "On entend par Interprofession une association représentative composée d'organisations indépendantes et remplissant les conditions de l'article 8 LAgr".

L'Interprofession remplit les conditions énoncées dans l'Ordonnance. Partant, elle est légitimée à agir dans le cadre légal précité.

b) L'article 4 alinéa 1^{er} lettre e de ladite ordonnance prévoit que, peuvent faire l'objet d'un soutien de la Confédération, "*a) la promotion de la qualité; b) les campagnes de promotion et de mise en valeur de la production indigène; c) l'amélioration de la connaissance et de la transparence de la production et du marché; d) l'établissement de contrats-types conformes au droit fédéral, et e) l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché*". L'alinéa 2 précise notamment que "*les mesures relatives à l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché se limitent:*

- à la prévision et la coordination de la production en fonction des débouchés;

- *aux programmes d'amélioration de la qualité ayant pour conséquence directe une limitation des volumes ou des capacités de production*".

Il ressort de ces dispositions que l'Interprofession est légitimée à limiter les volumes ou les capacités de production du Gruyère.

18. Cependant, aucune disposition légale ne prévoit la possibilité pour les Interprofessions de fixer le prix du fromage au départ de la fromagerie. Le fait que la fixation des quantités annuelles de Gruyère à produire puisse exercer une influence sur le prix du Gruyère n'y change rien. L'intervention "étatique" au niveau des volumes et des capacités de production du Gruyère n'a pas pour effet de soustraire la fixation du prix dudit fromage à l'application de la LCart.

B.3 Appréciation de l'accord

19. Avant d'examiner le caractère illicite des accords en question (cf. ch. 22), il est nécessaire de délimiter le marché de référence.

a) Marché de référence

20. a) Le marché de produits comprend tous les produits 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 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE, par analogie).

b) La Commission de la concurrence s'est prononcée récemment sur la délimitation du marché des produits. Elle a distingué quatre groupes: les fromages à pâte dure, à pâte mi-dure, à pâte molle et les fromages fondus (DPC 1999/1 p. 103).

c) Le Gruyère étant un fromage à pâte dure, le marché de référence est celui des fromages à pâte dure.

21. a) 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 qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE, par analogie).

b) Les partenaires potentiels de l'échange sont, d'une part les membres de l'Interprofession et les détaillants, et d'autre part les membres de l'Interprofession et les consommateurs finaux.

- S'agissant des détaillants, il existe certains indices selon lesquels le marché géographique pourrait être considéré comme européen. En effet, le Gruyère est un fromage à pâte dure faisant partie de l'assortiment classique de fromages des détaillants. Par ailleurs, et si les détaillants suisses veulent répondre à la demande des consommateurs, ils doivent avoir dans leur assortiment des fromages européens. Aussi, et du fait des coûts de transport relativement peu élevés, cela permet tant aux détaillants européens d'acheter du Gruyère en Suisse, qu'aux

détaillants suisses d'acheter des fromages à pâte dure européens, substitués potentiels au Gruyère. On peut cependant limiter notre analyse de la concurrence au marché national dans la mesure où cela n'a aucune incidence sur les conclusions du présent rapport.

- S'agissant des consommateurs, les marchés géographiques concernés par les pratiques commerciales de l'interprofession sont les marchés locaux dans lesquels les consommateurs effectuent leurs achats de fromage. Ces marchés locaux peuvent être définis comme couvrant chacun un cercle d'un rayon correspondant à un déplacement de 20 minutes en voiture, calculé à partir de chaque point de vente (DPC 1997/3, p. 364). Toutefois, et compte tenu du fait que les décisions de l'Interprofession déploient leurs effets indifféremment sur l'ensemble du territoire suisse, la dimension géographique est plus large (DPC 2000/3, p. 357).

c) En conclusion, le marché géographique est national.

b) Suppression de la concurrence efficace

22. En vertu de l'article 5 alinéa 1^{er} LCart, les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites. Les accords entre entreprises concurrentes qui fixent directement ou indirectement les prix sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 LCart).

En l'espèce, les membres de l'Interprofession fixent le prix du Gruyère au départ de la fromagerie. Il s'agit donc d'un accord de prix entre entreprises concurrentes pour lesquelles l'article 5 alinéa 3 lettre a LCart présume qu'il supprime la concurrence efficace.

23. La présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée si la concurrence interne ou la concurrence externe subsiste malgré l'accord (DPC 2001/3, p. 519).

a) S'agissant de la concurrence interne, force est de constater que la majorité des membres de l'Interprofession du Gruyère respecte les prix indicatifs émis par cette dernière. La concurrence interne est dès lors supprimée ou à tout le moins fortement restreinte.

b) S'agissant de la concurrence externe, l'on peut constater les éléments suivants:

- La production mensuelle de fromages à pâte dure (liste non exhaustive), cumulée pour les mois de janvier à novembre 1999 s'élève:

- à environ 39'000 tonnes pour l'Emmental
- à environ 23'000 tonnes pour le Gruyère
- à environ 3'000 tonnes pour le Sbrinz.

- La production mensuelle de fromages à pâte dure (liste non exhaustive), cumulée pour les mois de janvier à novembre 2000 s'élève:

- à environ 43'000 tonnes pour l'Emmental
 - à environ 24'500 tonnes pour le Gruyère
 - à environ 3'100 tonnes pour le Sbrinz.
- La part de marché du Gruyère sur le marché des fromages à pâte dure pour l'année 2000 s'élève à 45%, et celle d'Emmental à 42,8% (chiffres obtenus par la Fiduciaire de l'économie laitière sàrl, les Producteurs suisses de lait et le secrétariat de l'Union Suisse des Paysans).
- Enfin, l'évolution du prix à la consommation du fromage Gruyère, en comparaison avec l'Emmental se présente comme suit:

	Emmental (par kilo)	Gruyère (par kilo)
janvier 1999	21.07	20.89
février 1999	20.10	21.00
mars 1999	20.95	21.19
avril 1999	20.93	20.26
mai 1999	21.27	21.35
juin 1999	21.13	21.05
juillet 1999	21.21	21.29
août 1999	21.20	20.30
septembre 1999	20.20	20.46
octobre 1999	20.41	19.52
novembre 1999	19.31	20.37
décembre 1999	20.20	20.38
janvier 2000	20.28	19.41
février 2000	20.39	19.57
mars 2000	19.56	20.44
avril 2000	20.50	19.38
mai 2000	20.69	20.51

juin 2000	20.48	20.50
juillet 2000	20.31	20.49
août 2000	19.72	20.27
septembre 2000	20.44	20.47
octobre 2000	20.44	20.00
novembre 2000	18.95	20.50
décembre 2000	20.45	20.49
janvier 2001	20.50	20.55
février 2001	20.62	19.40
mars 2001	20.65	19.32

c) Il ressort de ce qui précède que, d'une part, compte tenu des parts de marché des deux principaux concurrents que sont le Gruyère et l'Emmental, ceux-ci sont en mesure de se comporter de manière indépendante sur le marché relevant. D'autre part, les différences de prix entre les fromages Gruyère et Emmental, les deux principaux concurrents sur le marché des fromages à pâte dure, sont minimes. Or, l'Interprofession Emmental Switzerland fixant également le prix du fromage au départ de la fromagerie, cela pourrait avoir un impact négatif sur la concurrence externe. La concurrence externe paraît dès lors supprimée ou à tout le moins fortement restreinte.

24. Partant, il existe des indices sérieux selon lesquels la présomption de l'article 5 alinéa 3 LCart n'est pas renversée et que, dès lors, la concurrence efficace est supprimée.

C. Résultats

25. Bien que des indices de restrictions illicites à la concurrence aient pu être établis, l'engagement pris par les parties dans la "déclaration" signée en date du 23 octobre 2001, et faisant partie intégrante du présent rapport final, est en mesure de supprimer l'état de fait incriminé.

26. Aussi, le secrétariat est d'avis que l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart ne se justifie pas en l'état, mais se réserve le droit d'en ouvrir une dans l'hypothèse où l'Interprofession du Gruyère émettrait des prix (obligatoires, recommandés, indicatifs) concernant le fromage Gruyère.

27. Enfin, tant l'Interprofession du fromage Gruyère que celle du fromage Emmental et Appenzell interdisent à leurs membres l'impor-

tation, l'encavement, la transformation, et le commerce des fromages étrangers similaires. Ce comportement, qui pourrait être contraire à la LCart, va faire l'objet d'investigations ultérieures notamment à l'encontre des Interprofessions du Gruyère, de l'Emmental et de l'Appenzell.

D. Conclusions

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.
 2. Prend acte de l'engagement de l'Interprofession du Gruyère de supprimer le prix indicatif du Gruyère au départ de la fromagerie figurant dans le contrat-type d'achat de la production de Gruyère, dès le 1^{er} mai 2002.
 3. Prend acte de l'engagement de l'Interprofession du Gruyère d'en informer ses membres.
 4. Partant, décide de la clôture de l'enquête préalable.
-

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Lokoop AG vs. SBB AG

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Eröffnung wegen vermutungsweise Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; Einstellung des Vefahrens infolge Anpassung des fraglichen Verhaltens

Ouverture due à un abus supposé d'une position dominante; classement de la procédure suite à une adaptation du comportement en question

Apertura a causa di un probabile abuso di una posizione dominante; chiusura della procedura a seguito dell'adattamento del comportamento in oggetto

A. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 7. Januar 1999 bestellte die Lokoop AG, ein Tochterunternehmen der Mittelthurgaubahn (MThB), Südostbahn (SOB) und dem Reisebüro Mittelthurgau (RMT) mit Sitz in Weinfelden, bei den Schweizerischen Bundesbahnen, Division Infrastruktur (nachfolgend SBB AG), für die Fahrplanperiode 1999/2000 zwecks Abwicklung von Postpakettransporten folgende Trassen: Frauenfeld - Chur (Nächte Montag/Dienstag - Donnerstag/Freitag, Abfahrt jeweils 01.50 Uhr), Frauenfeld - Chur (Samstag, Abfahrt 10.00 Uhr), Chur - Frauenfeld (Montag - Freitag, Abfahrt jeweils 09.04 Uhr), Chur - Frauenfeld (Montag - Freitag, Abfahrt jeweils 15.07 Uhr), Frauenfeld - St. Gallen (Nächte Montag/Dienstag - Donnerstag/Freitag, Abfahrt jeweils 02.40 Uhr), Frauenfeld - St. Gallen (Samstag, keine Zeitangabe), St. Gallen - Frauenfeld (Montag - Freitag, Abfahrt jeweils 14.15 Uhr), Frauenfeld - St. Gallen (Montag - Freitag, Abfahrt jeweils 15.25 Uhr) und St. Gallen - Frauenfeld (Montag - Freitag, Abfahrt jeweils 17.13 Uhr).

2. Im selben Schreiben stellte die Lokoop AG eine Offertanfrage für diverse Zusatz- und Serviceleistungen in den Bahnhöfen Frauenfeld, St.

Gallen, Rorschach, Landquart und Chur. In der Anfrage wurde die SBB AG gebeten, für die nachgefragten Leistungen eine möglichst detaillierte Offerte zu unterbreiten. Dies sollte es der Lokoop AG ermöglichen, eine gemischte Leistungserstellung zu prüfen. Sie erhielt denn auch von der Rhätischen Bahn (nachfolgend RhB), auf eine entsprechende Anfrage hin, eine Offerte für die Erbringung der nachgefragten Rangierleistungen auf dem Bahnhof Landquart.

3. Mit Schreiben vom 10. März 1999 unterbreitete die SBB AG der Lokoop AG ihre Offerte für die nachgefragten Zusatzleistungen. Am 12. März 1999 folgte die Offerte für die Serviceleistungen. Darin hielt die SBB AG unter anderem fest, dass die Leistungen als Gesamtpaket offeriert würden.

4. Mit Schreiben vom 14. April 1999 stellte die Lokoop AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) ihre Offertanfrage an die SBB AG und die Offerte der SBB AG für die nachgefragten Serviceleistungen zu, verbunden mit der Bitte, das Angebot der SBB AG einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Letzteres, weil die SBB AG auf eine entsprechende Rückfrage erklärt hätte, dass das Herauslösen von einzelnen Leistungen aus dem Gesamtpaket nicht möglich sei.

5. Mit Schreiben vom 16. April 1999 setzte das Sekretariat die SBB AG über die Eingabe der Lokoop AG in Kenntnis und gab ihr die Gelegenheit, zu deren Vorbringen Stellung zu nehmen.

6. Am 10. Mai 1999 fand, vor dem Hintergrund der anstehenden Abwicklung der Postpakettransporte durch die Lokoop AG (Stichtag 30. Mai 1999), unter der Leitung des Sekretariates eine Besprechung mit Vertretern der SBB AG und der Lokoop AG in Bern statt. Dabei bekräftigten beide Seiten ihre Standpunkte.

7. In der Folge, das heisst am 19. Mai 1999, eröffnete das Sekretariat gestützt auf Artikel 26 KG eine Vorabklärung, um zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) durch die SBB AG vorliegen. Beiden Parteien wurde zu diesem Zweck ein Fragebogen zugestellt. Die Antworten wurden am 2. beziehungsweise 30. Juli 1999 beim Sekretariat eingereicht.

8. In seinem Schlussbericht vom 15. Februar 2000 stellte das Sekretariat fest, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen (publiziert in RPW 2000/1, S. 1 ff.). Es eröffnete deshalb am 16. Februar 2000 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG. Diese wurde nachfolgend amtlich publiziert.

9. Zwecks vertiefter Abklärung des Sachverhalts wurden die Lokoop AG und die SBB AG mit Schreiben vom 15. August 2000 schriftlich be-

fragt. Sie reichten ihre Antworten am 18. September beziehungsweise 3. November 2000 beim Sekretariat ein.

10. Ebenfalls schriftlich befragt wurden mit Schreiben vom 24. August 2000 folgende, im Raum Ostschweiz ansässigen Bahnen: die RhB, die Bodensee-Toggenburg-Bahn (nachfolgend BT) und die Rorschach-Heiden-Bahn (nachfolgend RHB). Sie reichten ihre Antworten am 25. beziehungsweise 26. September 2000 beim Sekretariat ein.

11. Mit Schreiben vom 15. November 2000 unterbreitete das Sekretariat dem Bundesamt für Verkehr (nachfolgend BAV) in seiner Eigenschaft als Eisenbahnfachbehörde ausgewählte Fragen mit bahntechnischem und bahnökonomischem Bezug. Im Rahmen einer daran anschliessenden Besprechung wurden die Fragen beziehungsweise Antworten erörtert und protokolliert.

12. Am 29. Mai 2001 richtete das Sekretariat Zusatzfragen an die BT und RhB. Die diesbezüglichen Antworten ergingen am 19. Juni beziehungsweise 4. Juli 2001.

13. Mit Telefon vom 20. Juni 2001 holte das Sekretariat Auskünfte bei der Schweizerischen Post betreffend ihrer Stellung auf dem Markt für Rangierleistungen ein. Über das Gespräch wurde eine Telefonnotiz erstellt.

14. Am 29. Juni 2001 unterbreitete das Sekretariat per E-Mail dem BAV Zusatzfragen bezüglich des Schienengüterverkehrs im freien Netzzugang. Die diesbezüglichen, per E-Mail übermittelten Antworten wurden zusammengefasst und vom BAV bestätigt.

15. Mit Schreiben vom 9. Juli 2001 gelangte das Sekretariat mit Zusatzfragen an die Lokoop AG. Ihre Antwort erging am 12. Juli 2001.

16. Am 18. Juli 2001 schloss das Sekretariat seine Untersuchungshandlungen mit dem Antrag an die Wettbewerbskommission ab. Es stellte den Antrag am selben Datum der SBB AG und der Lokoop AG zur Vernehmlassung zu.

17. Mit Schreiben vom 27. August 2001 ersuchte die SBB AG das Sekretariat, die Frist für die Stellungnahme um 30 Tage zu erstrecken; dies unter Hinweis auf eine sich abzeichnende Einigung mit der Lokoop AG. Das Sekretariat gab dem Begehren mit Schreiben vom 30. August 2001 statt.

18. Am 25. September 2001 fand im Sekretariat eine Besprechung mit Vertretern der SBB AG statt, anlässlich derer sie die Grundzüge der Einigung vorstellten. Gleichzeitig bestritten sie die Untersuchungsergebnisse des Sekretariates (vgl. unten, Rz. 21 ff.).

19. Mit Schreiben vom 1. November 2001 reichte die SBB AG die von den Parteien ausgearbeitete und unterschriebene Vereinbarung beim Sekretariat ein, verbunden mit dem Antrag, das Untersuchungsverfahren einzustellen.

B. Erwägungen

20. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG mittels Verfügung einzustellen, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre vermutungsweise wettbewerbsbeschränkenden Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht (RPW 2000/1, S. 29 ff.; RPW 1999/3, S. 463 ff.).

a) Untersuchungsergebnisse des Sekretariates

21. Im Rahmen der Untersuchung prüfte das Sekretariat, ob das Beharren der SBB AG, die von der Lokoop AG auf den Bahnhöfen Frauenfeld, St. Gallen, Rorschach, Landquart und Chur nachgefragten Rangierleistungen nur im Gesamtpaket zu erbringen, eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG darstellt.

22. Das Sekretariat beurteilte in einem ersten Schritt die Marktstellung der SBB AG und grenzte vorab fünf räumlich relevante Märkte ab (Frauenfeld, St. Gallen, Rorschach, Landquart und Chur). Es gelangte zum Schluss, dass die SBB AG auf den Märkten Frauenfeld, St. Gallen und Rorschach, nicht aber auf den Märkten Landquart und Chur, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

23. In einem zweiten Schritt beurteilte das Sekretariat das Verhalten der SBB AG. Diesbezüglich kam es einerseits zum Schluss, dass die SBB AG durch ihr Beharren auf der Erbringung des Gesamtpaketes die RhB - welche der Lokoop AG eine Offerte für den Bahnhof Landquart unterbreitete - in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Markt Landquart behindert. Als unerheblich erachtete es dabei die Tatsache, dass die SBB AG auf dem fraglichen Markt über keine marktbeherrschende Stellung verfügt, da Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG Konstellationen erfasst, bei denen ein Verhalten auf einem beherrschten Markt (in casu die Märkte Frauenfeld, St. Gallen und Rorschach) unerwünschte Auswirkungen auf einem nicht beherrschten Markt zeitigt.

24. Zudem gelangte das Sekretariat zum Ergebnis, dass das Verhalten der SBB AG mangels sachlicher Rechtfertigungsgründe (sog. "legitimate business reasons") missbräuchlich ist. Es erachtete dabei die von der SBB AG vorgebrachten betriebstechnischen und wirtschaftlichen Gründe als nicht stichhaltig.

b) Beendigung der als unzulässig beanstandeten Verhaltensweise

25. In der von der SBB AG und der Lokoop AG ausgearbeiteten und unterzeichneten Vereinbarung erklärt sich erstere grundsätzlich bereit, inskünftig die nachgefragten Leistungen auf den fraglichen

Bahnhöfen auch einzeln, das heisst nur auf den einzelnen Bahnhöfen zu erbringen, und/oder nur einen Teil der pro Bahnhof angebotenen Leistungen zu erbringen (Ziff. 3 der Vereinbarung). Allerdings behält sich die SBB AG vor, die fraglichen Leistungen nicht anzubieten beziehungsweise nicht zu erbringen, wenn die Erbringung von Teilleistungen, das heisst die Leistungserbringung auf einzelnen dieser Bahnhöfe, und/oder die Erbringung lediglich eines Teils der angebotenen Leistungen pro Bahnhof, unwirtschaftlich ist (Ziff. 4 der Vereinbarung).

26. Mit Ziffer 3 der Vereinbarung entfällt nach Auffassung der Wettbewerbskommission die vom Sekretariat als unzulässig beanstandete Verhaltensweise nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG.

27. Allerdings erscheint es mit Blick auf Ziffer 4 der Vereinbarung angezeigt, im Sinne eines "obiter dictum" darauf hinzuweisen, dass der dort angebrachte Vorbehalt wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen könnte. Eine schlüssige Beurteilung könnte indes nur anhand eines konkreten Falles vorgenommen werden, weshalb es die Wettbewerbskommission bei diesem Hinweis bewenden lässt.

c) Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

28. Selbst bei Beendigung einer als unzulässig beanstandeten Verhaltensweise im Laufe des Verfahrens kann eine Untersuchung weitergeführt werden, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse an deren materiellen Beurteilung besteht. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission besteht kein derartiges Interesse.

d) Ergebnis

29. In Würdigung aller Umstände kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung gegen die SBB AG einzustellen ist.

C. Kosten

30. Mit zwei Beschwerdeentscheiden vom 3. Oktober 2001 hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Auferlegung der Verfahrenskosten durch die Wettbewerbskommission zulasten der Untersuchungsadressaten, die im Laufe des Verfahrens ihr vermutungsweise unzulässiges Verhalten aufgaben, als unrechtmässig beurteilt und die entsprechenden Kostenverfügungen aufgehoben. Gegen diese beiden Entscheide hat das in der Sache beschwerdelegitimierte Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Angesichts der unklaren Rechtslage wird das vorliegende Verfahren im Kostenpunkt bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiert. Über die Kostenfrage wird mithin nach dem Urteil des Bundesgerichts entschieden. Der SBB AG erwächst aus diesem Vorgehen kein Rechtsnachteil. Ein allfälliger Kostenentscheid, welcher der

SBB AG die Verfahrenskosten auferlegt, wird selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die SBB AG wird im Sinne der Erwägungen eingestellt.
2. Das Verfahren wird im Kostenpunkt sistiert. Über die Kostenfrage wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	2. Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993 – 2000)
-------	------------------------------------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 3. Dezember 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993 - 2000) wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Keine Nachweise für Abreden respektive abgestimmte Verhaltensweisen; gleichförmiges Verhalten ausgrund hoher Markttransparenz und nahezu identischer exogener Einflussfaktoren (Fiskalbelastung, Rohölpreis, Wechselkurse); Durchführung einer ökonomischen Studie und einer Anhörung

Pas de preuves d'accord respectivement de pratiques concertées; comportement uniforme en raison de la haute transparence du marché et de facteurs d'influence exogènes pratiquement identiques (charge fiscale, prix du pétrole brut, cours de change); réalisation d'une étude économétrique ainsi que d'une audition

Nessuna prova dell'esistenza di un accordo né di comportamenti decisi di comune accordo; i comportamenti uniformi sono da ricondurre alla forte trasparenza del mercato e a fattori d'influenza comuni a tutti (oneri fiscali, prezzo del petrolio greggio, cambi); esecuzione di uno studio empirico e di un'audizione

A. Sachverhalt

1. Zwischen Februar 1999 und Mai 2000 hat sich gemäss Angaben des Bundesamtes für Energie der durchschnittliche Preis für Benzin bleifrei 95 um 29% (von CHF 1.12 auf CHF 1.45) erhöht. Im Zuge dieser

Preiserhöhungen sind beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) Klagen sowohl von Konsumenten als auch von einem Betreiber einer unabhängigen Tankstelle eingegangen. Im Wesentlichen wurde vorgebracht,

- a) dass Veränderungen des Benzinpreises regelmässig branchenweit für einen bestimmten Tag angekündigt und an den entsprechenden Daten auch vollzogen würden (Rz. 16 ff.);
- b) dass an den Tankstellen innerhalb eines bestimmten Gebietes die Preise nahezu identisch seien und sich auch gleichmässig bewegten (Rz. 26 ff.), und zwischen manchen Regionen unterschiedliche Preisniveaus herrschten, welche sich nicht durch Transportkosten rechtfertigen liessen (Rz. 30 ff.);
- c) dass der Betreiber eines Tankstellennetzes versucht habe, einen unabhängigen Benzin-Discounter zu einer Erhöhung seiner Benzinpreise anzuhalten und ihm andernfalls mit einem Preiskrieg gedroht habe.

2. Am 21. März 2000 wurde eine Vorabklärung nach Massgabe von Artikel 26 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251) über die Benzinpreise in der Region Biel/Seeland eröffnet (im Folgenden: Vorabklärung "Biel/Seeland").

3. Anlässlich der Vorabklärung "Biel/Seeland" wurde der Eingabe des unabhängigen Benzin-Discounters (vgl. oben, Rz. 1c) nachgegangen. Die Recherchen des Sekretariats förderten keine Hinweise zu Tage, die dessen Aussagen bekräftigt hätten (Schlussbericht vom 5. Dezember 2000 in Sachen Vorabklärung "Biel/Seeland"). Eine weitergehende Überprüfung dieser Beanstandung erfolgte deshalb nicht mehr.

4. Am 3. Mai 2000 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung nach Massgabe von Artikel 27 KG. Gegenstand der Untersuchung war die Überprüfung von Anhaltspunkten, gemäss denen sich die Anbieter von Treibstoffen hinsichtlich der Festsetzung der Treibstoffpreise an den Tankstellen unzulässig verhalten würden. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im Bundesblatt vom 23. Mai 2000 (BBI Nr. 20/2000) bekannt gegeben.

5. Die Untersuchung richtet sich - nebst kleinen und unabhängigen mit dem Import und Vertrieb von Treibstoff beschäftigten Unternehmen oder Organisationen - gegen die wichtigsten in dieser Branche tätigen Unternehmen (a) und Verbände (b).

- a) Die nachfolgenden Unternehmen (im Folgenden auch: Parteien) sind entweder schweizerische Tochtergesellschaften von internationalen Erdölunternehmen oder unabhängige Importeure und Tankstellenbetreiber:
-

- ?? Agip (Suisse) SA, Lausanne (im Folgenden: Agip);
- ?? AGROLA, Winterthur (im Folgenden: AGROLA);
- ?? BP (Switzerland), Zug (im Folgenden: BP);
- ?? Elf Oil Switzerland SA, Meyrin (neu: TotalFinaElf (Suisse) S.A., Vernier) (im Folgenden: TotalFinaElf);
- ?? Esso (Schweiz) GmbH, Zürich (im Folgenden: Esso);
- ?? Migrol-Genossenschaft, Zürich (im Folgenden: Migrol);
- ?? Coop Mineraloel AG, Allschwil (im Folgenden: Coop);
- ?? Shell (Switzerland), Baar (im Folgenden: Shell);
- ?? Tamoil (Suisse) SA, Genf (im Folgenden: Tamoil);
- ?? AVIA Vereinigung unabhängiger Schweizer Importeure von Erdölprodukten, Zürich (im Folgenden: AVIA) sowie deren Mitglieder (im Folgenden: AVIA-Mitglieder). AVIA ist eine Genossenschaft im Sinne von Artikel 828 ff. OR. Nach Artikel 2 der Statuten bezweckt die Genossenschaft insbesondere die Wahrung der Interessen sowie die Förderung der Aktivitäten ihrer Mitglieder unter der Kollektivmarke AVIA und anderen Verbandszeichen sowie die Vertretung ihrer Mitglieder vor Behörden.

b) Folgende Verbände sind in die Untersuchung einbezogen worden:

- ?? Erdöl-Vereinigung, Zürich (im Folgenden: Erdöl-Vereinigung). Die Erdöl-Vereinigung ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB und bezweckt die Wahrung und Förderung der allgemeinen Interessen der Erdölbranche in der Schweiz. Nach Artikel 2 der Statuten obliegt dem Verein insbesondere die Interessenwahrung seiner Mitglieder gegenüber Behörden. Mitglieder der Erdöl-Vereinigung sind Mineralölgesellschaften, die Erdöl und Erdölderivate (insbesondere Benzin) in die Schweiz importieren und über Tankstellen in der Schweiz vertreiben.
- ?? Carbura, Schweizerische Zentralstelle für die Einfuhr flüssiger Treib- und Brennstoffe, Zürich (im Folgenden: Carbura). Carbura ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB. Der Verein bezweckt insbesondere die Durchführung der Pflichtlagerhaltung und der dadurch bedingten Überwachung der Einfuhr flüssiger Treib- und Brennstoffe.

6. Am 5. Dezember 2000 wurde die Vorabklärung "Biel/Seeland" (vgl. oben, Rz. 2) in die Untersuchung über den Benzinmarkt Schweiz (Rz. 4) überführt.

7. Zur Klärung des relevanten Sachverhalts wurden Fragebogen an Carbura, an die Erdöl-Vereinigung sowie an AVIA verschickt. Im Zentrum standen Fragen nach Mitgliederlisten, Statuten, Reglementen,

Mitgliedern der Geschäftsleitung, Dienstleistungen für die Verbandsmitglieder sowie nach gesetzlichen Vorschriften. Carbura wurde zusätzlich ersucht, die Importvolumina ihrer Mitglieder über den Zeitraum von 1995 bis 2000 anzugeben und ihre Aufgaben gegenüber dem Staat zu beschreiben. Der Erdöl-Vereinigung wurden zusätzlich Fragen zum Marktumfeld, zur Preisbestimmung, zur Handelsspanne, zum Einflussfaktor Rohöl und zum Einflussfaktor Transportkosten (Auswirkungen auf die Randregionen) gestellt.

8. Weitere Fragebogen wurden den Treibstoff importierenden Tochtergesellschaften internationaler Erdölkonzerne und den unabhängigen Importeuren sowie den Raffinerien Petroplus Refining, Cressier, und Tamoil, Collombay, zugestellt. Die Importeure wurden gebeten, Angaben zur Unternehmung, zum Marktumfeld, zur Beschaffung und Distribution, zur Preisbestimmung an der Tanksäule, zur Handelsspanne, zu den Einflussfaktoren Rohöl und Transportkosten (Auswirkungen auf die Randregionen) zu machen. Den Raffinerien wurden Fragen über den Kauf, den Transport und die Verarbeitung des Erdöls, über die produzierten Benzin- und Dieselsorten, den Verkauf von Kraftstoffen und die Preisbildung gestellt.⁹ Das Sekretariat führte eine ausgedehnte ökonometrische Studie durch, um aufgrund der Mengen-, Preis- und Kostenentwicklung Rückschlüsse auf die Wettbewerbsintensität auf dem schweizerischen Benzinmarkt zu gewinnen (vgl. unten, Rz. 21).

10. Der Verfügungsentwurf wurde den Parteien am 26. Juni 2001 zugestellt. Zudem machten die Parteien während des Verfahrens von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch.

11. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf beantragten die Parteien, die Verfahrenskosten der Staatskasse aufzuerlegen.

12. Die Wettbewerbskommission besprach an ihrer Sitzung vom 1. Oktober 2001 den Verfügungsentwurf und die Stellungnahmen der Parteien. Sie beschloss, am 19. November 2001 eine Anhörung gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG (vgl. unten, Rz. 33) durchzuführen.

B. Erwägungen

13. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1 Unternehmen

14. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten (RPW 2001/1, "Intensiv", S. 98, Ziff. 18).

Agip, BP, TotalFinaElf, Esso, Shell, Tamoil, Agrola, Migrol, Coop sowie die AVIA-Mitglieder sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Wettbewerbsabrede

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

Beanstandet wird die Preisfestsetzung von an öffentlichen Tankstellen erhältlichem Benzin. Eine eigentliche Vereinbarung im Sinne der gesetzlichen Vorschrift kann den Parteien nicht nachgewiesen werden. Im vorliegenden Fall bleibt somit zu prüfen, ob eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise der Parteien vorliegt (vgl. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, S. 10). Für die Auslegung dieses Begriffs können auch Lehre und Rechtsprechung zu den einschlägigen Bestimmungen der EU sowie Deutschlands herangezogen werden, an welche sich Artikel 4 Absatz 1 KG anlehnt (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Bern 1998, N 14 zu Art. 4 KG).

B.2.1 Prüfung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise

16. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt (Botschaft zum Kartellgesetz [im Folgenden: Botschaft], BBl 1995 I, S. 545) dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt (STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, S. 69). Das für die Annahme einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) vorausgesetzte bewusste und gewollte Zusammenwirken (BGE 124 III 495 E. 2a; RPW 1997/4, "Auto Assistance Schweiz", S. 471, Rz. 13) erfordert somit auch bei aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen ein bestimmtes Mass an gegenseitigen Kontakten (vgl. EuGH Slg. 1993, I, S. 1575 ff., Rz. 63; ferner EuG vom 15. März 2000 "Cement cartel", Rz. 1848 ff., wonach "*a concerted practice is supposed to involve reciprocal contacts between competitors*").

Davon zu unterscheiden ist das erlaubte Parallelverhalten (sog. natürliches Parallelverhalten), welches vom Abredebegriff im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfasst wird. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Unternehmen unabhängig vom Marktverhalten anderer und ausschliesslich aufgrund von Faktoren, welche die im relevanten Markt tätigen Unternehmen nicht beeinflussen können, mit gleichem oder gleichförmigen Marktverhalten (re)agieren (RPW 1999/4, "Clima-Suisse", S. 614, Rz. 10 mit Hinweisen; Botschaft, S. 545; STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, Nr. 191 f.; ZÄCH,

Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 150). Als solche Faktoren gelten etwa Preisänderungen auf vorgelagerten Märkten oder Veränderungen staatlicher Kostenfaktoren (z.B. Fiskalabgaben). Bedeutsam sind daneben auch das Ausmass der Markttransparenz und die Homogenität der auf dem relevanten Markt gehandelten Produkte. Der Fall, dass infolge der Homogenität des Produktes und der vollkommenen Markttransparenz alle im relevanten Markt tätigen Unternehmen den gleichen Preis setzen, ist dem erlaubten Parallelverhalten gleichzusetzen (vgl. MARTIN, Industrial Economics - Economic Analysis and Public Policy, New Jersey 1994, S. 15 f.).

17. Aufgrund der beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen, wonach branchenumfassende (gesamtschweizerische) sowie regionale Wettbewerbsabreden vorliegen sollen, hat das Sekretariat den gesamtschweizerischen (a) sowie drei ausgewählte regionale Benzinmärkte (b) untersucht.

a) Gesamtschweizerischer Benzinmarkt

18. Die wichtigsten strukturellen Merkmale des schweizerischen Benzinmarktes lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Die zehn in diese Untersuchung einbezogenen Unternehmen betreiben 94% der Markentankstellen in der Schweiz (im Jahr 2000 3652). Zusätzlich existieren zahlreiche Tankstellen (im Jahr 2000 rund 430), die kein Markenbenzin führen, so genannte "white pumpers".

b) Die folgende Tabelle enthält die Anzahl Markentankstellen, die von den verschiedenen Unternehmen in den Jahren 1991, 1994, 1997, 2000 und 2001 betrieben wurden. Die Prozentzahlen in Klammer bezeichnen das Verhältnis der von den Unternehmen betriebenen Tankstellen im Verhältnis zur Gesamtanzahl Markentankstellen. In der unten stehenden Auflistung werden die unabhängigen Tankstellen ohne Markenbenzin (im Jahr 2000 ca. 430) nicht berücksichtigt. Eine Auflistung der Marktanteile nach erzieltm Umsatz würde etwas andere Zahlen ergeben; im vorliegenden Fall kann indes darauf verzichtet werden.

	1991	1994	1997	2000	2001
	Marken- tankstellen bzw. %	Marken- tankstellen bzw. %	Marken- tankstellen bzw. %	Marken- tankstellen bzw. %	Marken- tankstellen bzw. %
Agip	239 (6,0)	405 (10,4)	364 (9,8)	343 (9,4)	317 (8,8)
Agrola	363 (9,1)	351 (9,0)	348 (9,4)	348 (9,5)	354 (9,8)
Aral	210 (5,3)	208 (5,3)	197 (5,3)		
AVIA	589 (14,8)	592 (15,2)	574 (15,4)	656 (18,0)	663 (18,4)

Benol			8 (0,2)	9 (0,2)	9 (0,2)
BP	603 (15,1)	423 (10,8)	403 (10,8)	417 (11,4)	413 (11,4)
Charmettes	67 (1,7)	67 (1,7)	61 (1,6)	59 (1,6)	59 (1,6)
City	28 (0,7)	34 (0,9)	35 (0,9)	34 (0,9)	36 (1,0)
Coop	47 (1,2)	64 (1,6)	75 (2,0)	90 (2,5)	94 (2,6)
DEA		6 (0,2)			
Esso	332 (8,3)	319 (8,2)	293 (7,9)	275 (7,5)	270 (7,5)
Flamol			15 (0,4)	15 (0,4)	17 (0,5)
Migrol	280 (7,0)	257 (6,6)	253 (6,8)	348 (9,5)	341 (9,4)
Mobil	40 (1,0)	40 (1,0)			
POCO				25 (0,7)	26 (0,7)
Reinle			12 (0,3)	16 (0,4)	16 (0,4)
RS	11 (0,3)	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)
Shell	645 (16,2)	609 (15,6)	563 (15,1)	537 (14,7)	523 (14,5)
Spurt	24 (0,6)	14 (0,4)	11 (0,3)	9 (0,2)	10 (0,3)
Tamoil	276 (6,9)	262 (6,7)	249 (6,7)	237 (6,5)	235 (6,5)
Termoplan			9 (0,2)	4 (0,1)	4 (0,1)
TotalFinaElf (resp. Elf)	194 (4,9)	209 (5,4)	210 (5,6)	194 (5,3)	189 (5,2)
Vollan	33 (0,8)	40 (1,0)	37 (1,0)	35 (1,0)	33 (0,9)
Total	3981 (100)	3901 (100)	3718 (100)	3652 (100)	3610 (100)

Quelle: Erdöl-Vereinigung

c) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich die Marktstruktur auf dem schweizerischen Benzinmarkt in den letzten Jahren verändert hat. Aus der oben stehenden Tabelle sind die wichtigsten Veränderungen infolge von Unternehmenszusammenschlüssen, Marktaustritten, Markteintritten und Marktanteilsverschiebungen der letzten zehn Jahre ersichtlich.

19. Für den Nachweis einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise kommt es auf die Begleitumstände des Einzelfalls an (KUMMER, Der Begriff des Kartells, Bern, 1966, S. 28; KURZ, Zum Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen im Oligopol, in: Recht der in-

ternationalen Wirtschaft RIW 1995, S. 197). Ein Schluss von einer über längere Zeit andauernden Identität des Verhaltens der Unternehmen auf eine unzulässige Verhaltensabstimmung ist dann gerechtfertigt, wenn sich auf dem betreffenden Markt für die Unternehmen überhaupt Handlungsalternativen ergeben (BORER, Spruchpraxis zum EG-Wettbewerbsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht SZIER 1995/2, S. 194; ferner EMMERICH, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, S. 39). Allerdings gilt aufgrund der Untersuchungsmaxime auch für das Schweizer Recht, dass "un parallélisme de comportements n'est pas assimilable à une entente s'il peut s'expliquer autrement que par l'effet d'une action concertée" (vgl. Cour d'appel de Paris, 20. Oktober 1993, in: Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes BOCCRF No 17 du 6 novembre 1993; ferner BRAULT, Droit et politique de la concurrence, Paris 1997, S. 380).

Im vorliegenden Fall konnte die Untersuchung - insbesondere die Befragung der Unternehmen (vgl. RPW 2000/2, "Vertrieb von Markenartikeln im Detailhandel", S. 220, Rz. 40) - keine Indizien, wie etwa den Austausch von Informationen an gemeinsamen Sitzungen der Unternehmen zur wechselseitigen Beeinflussung des Verhaltens (EuGH Slg. 1984, S. 1702) oder gegenseitige Informationen über Preiserhöhungen (EuGH Slg. 1981, S. 2031 ff.), für eine abgestimmte Verhaltensweise der Parteien liefern.

20. Die Antworten auf die Fragebogen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Nach Auffassung der Parteien herrscht auf dem schweizerischen Benzinmarkt wirksamer Wettbewerb.
- b) Die Unternehmen berücksichtigen bei der Preissetzung dieselben Parameter (Preis Rotterdam FOB, Dollarkurs, Transportkosten und Fiskalbelastung). Infolgedessen ergibt sich eine gleichförmige Bewegung der Benzinpreise an den Tankstellen.

21. Das Sekretariat hat zur Beurteilung der Preisentwicklung auf dem gesamtschweizerischen Benzinmarkt eine empirische Studie durchgeführt:

- a) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die empirische Studie räumlich und sachlich auf das an öffentlichen Tankstellen in der Schweiz erhältliche Benzin (bleifrei 95) begrenzt wurde. Zur Begründung kann Folgendes angeführt werden:

?? Soweit die *räumliche Abgrenzung* des untersuchten Marktes in Frage steht, ist anzumerken, dass aufgrund der geringeren Fiskalbelastung die Benzinpreise in der Schweiz deutlich tiefer als in den Nachbarstaaten sind. Ein an sich möglicher Benzintourismus ins angrenzende Ausland ist folglich uninteressant.

?? In Bezug auf die *sachliche Marktabgrenzung* gilt Folgendes: Stellvertretend für alle anderen Treibstoffsorten (Diesel, Benzin bleifrei 98) wurde in der vorliegenden Studie das Preisniveau von Benzin bleifrei 95 untersucht. Automobilisten verfügen kurzfristig bezüglich Treibstoffwahl über praktisch keine Substitutionsmöglichkeiten; andere Energieträger wurden deshalb in der empirischen Studie bewusst nicht berücksichtigt.

b) Die Studie wurde vom Sekretariat unter Anwendung der Methoden der New Empirical Industrial Organization (vgl. BRESNAHAN, Empirical Studies of Industries with Market Power, Handbook of Industrial Organization, Vol. 2, S. 1011 ff.) durchgeführt. In der Studie des Sekretariates wird das in der Schweiz herrschende Preisniveau im Benzinmarkt mit demjenigen Preisniveau verglichen, das zu erwarten wäre, wenn auf dem Benzinmarkt Preisabreden getroffen würden, respektive die Unternehmen ihr Verhalten aufeinander abstimmen würden. Ein annähernd identisches Verfahren wurde in einer Studie über die amerikanische Zuckerindustrie angewandt (GENESOVE/MULLIN, RAND Journal of Economics, Bd. 29, Nr. 2, Sommer 1998, S. 355 ff.). Die beiden Industrien sind durchaus vergleichbar, da es sich sowohl bei Zucker als auch bei Benzin um äusserst homogene Güter handelt. Beiden Endprodukten liegen ausgereifte Produktionstechnologien mit einem fixen Transformationsverhältnis von Rohstoff zu Endprodukt zu Grunde.

c) Die empirische Studie über den Benzinmarkt Schweiz stellt im Wesentlichen auf folgende Daten und Erkenntnisse ab:

?? Es wurden Zeitreihendaten von Mai 1993 bis Februar 2000 verwendet. Diese stammen vom Bundesamt für Statistik, vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, vom Bundesamt für Energie und von der Erdöl-Vereinigung.

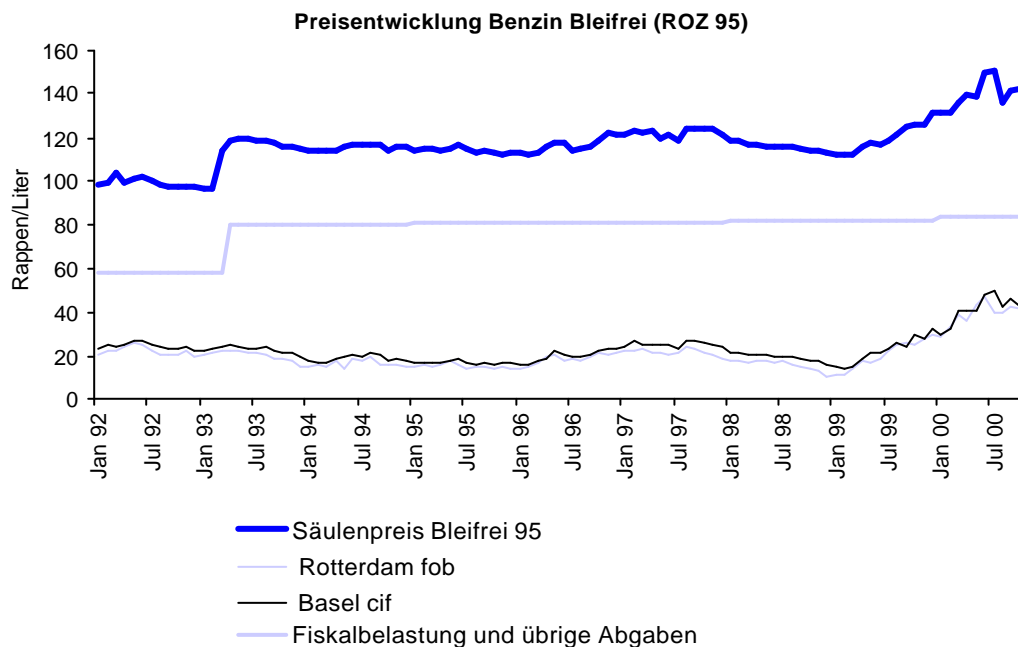
?? Die Bestimmung der Nachfrageelastizität stützt sich auf den Wert, den das Institut für Empirische Wirtschaftsforschung der Universität Zürich im Jahre 1995 ermittelt hat (SCHLEINIGER, The Demand for Gasoline in Switzerland - in the Short and in the Long Run). Die dort ermittelte kurzfristige Preiselastizität der Nachfrage beträgt -0.24 und ist damit - erwartungsgemäss - relativ gering.

d) Das Ergebnis der empirischen Studie kann wie folgt zusammengefasst und interpretiert werden: Als Indikator für die Wettbewerbsintensität wird der so genannte Marktmachtparameter (Marktmachtparameter = 0: vollkommener Wettbewerb; Marktmachtparameter = 1: Monopolergebnis) verwendet. Die sich aus der empirischen Studie ergebende Schätzung des Marktmachtparameters beträgt 0,18. Daraus lässt sich ablesen, dass sich das im schweizerischen Benzinmarkt herrschende Preisniveau mit dem theoretisch zu erwartenden Ergebnis bei traditionellem Cournot-Wettbewerb (d.h. Mengenwettbewerb mit ei-

ner konjekturalen Variation von null) mit sechs gleich grossen Anbietern vergleichen lässt. In der Schweiz sind zwar mehr als sechs Betreiber eines Tankstellennetzes tätig, im regionalen Rahmen ist diese Zahl von sechs Anbietern aber eine gute Annäherung an die reale Marktstruktur.

e) Die Schätzung des Marktmachtparameters lässt somit nicht auf die Existenz von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen schliessen. Das Konfidenzintervall (95%) des geschätzten Marktmachtparameters reicht von 0,042 (3 Anbieter), was auf eine geringe Wettbewerbsintensität hindeuten würde, bis 0,329 (24 Anbieter), was für intensiven Wettbewerb sprechen würde.

22. Auch die folgende Graphik zeigt, dass das Niveau und die Veränderungen der Konsumentenpreise weitgehend von Faktoren bestimmt werden, die ausserhalb des Einflussbereichs der Importeure respektive der Tankstellenbetreiber liegen. Die Endverbraucherpreise werden im Ergebnis weitgehend aufgrund von exogenen Einflussfaktoren (Weltmarktpreise für Erdöl und Benzin, Fiskalbelastung, Wechselkurse und Transportkosten) bestimmt. Da eine Veränderung eines dieser exogenen Faktoren alle Anbieter im selben Ausmass und gleichzeitig trifft, ist zu erwarten, dass Preisänderungen an den Tankstellen bei allen Anbietern annähernd im selben Ausmass und zur selben Zeit in Kraft treten.



23. Anzumerken ist an dieser Stelle ein Zweifaches:

a) In einer 1991 publizierten Studie der Universität Lausanne wurde die Behauptung überprüft, dass die Preise an den Tankstellen auf Erhöhungen des Weltmarktpreises für Benzin und Erdöl unmittelbar reagierten, während bei sinkendem Weltmarktpreis die Konsumenten-

preise noch für eine gewisse Zeit auf dem ursprünglichen (höheren) Niveau verharrten (BÜHLER/LAMBELET, Le prix de l'essence monte plus vite qu'il ne descend). Die Studie konnte die Behauptung, dass sich ein steigender Weltmarktpreis für Benzin schneller auf den Endverbraucherpreis auswirkt als ein fallender Weltmarktpreis, nicht stützen.

Das Sekretariat führte eine analoge Prüfung mit aktuellen Daten durch. Dabei wurden anstelle von am ersten Tag eines Monats erhobenen Stichproben monatliche Durchschnittswerte verwendet. Das Sekretariat kam dabei zum gleichen Schluss wie die Autoren der Lausanner Studie: Preissenkungen auf vorgelagerten Märkten wirken sich nicht langsamer auf den Endverbraucherpreis aus als Preiserhöhungen auf vorgelagerten Märkten.

Im Jahr 1991 führte die Kartellkommission eine Vorabklärung über die Auswirkungen des Referenzpreissystems auf den Wettbewerb auf dem schweizerischen Benzinmarkt durch. Die aktuellen Daten und die Daten der Universität Lausanne wurden dazu verwendet, um zu testen, ob mit der Abschaffung des Referenzpreissystems eine Änderung der Margenentwicklung verbunden war. Die Überprüfung des Sekretariats ergab Folgendes: Die Marge der Erdölunternehmen respektive der Tankstellenbetreiber erhöhte sich während des Bestehens des Referenzpreissystems tendenziell über die Zeit. Mit der Abschaffung des Referenzpreissystems im Jahre 1992 kam dieser Trend zum Stillstand. Mit der Aufhebung des Referenzpreissystems änderte sich demzufolge das Preissetzungsverhalten auf dem schweizerischen Benzinmarkt.

b) Schliesslich hält das Bundesamt für Energie in seinem Bericht über die Entwicklung der Öl- und Benzinpreise vom 19. Juli 2000 fest, dass in der Schweiz der Benzinpreis von 1992 bis Ende Juni 2000 den gleichen Verlauf genommen hat wie in den EU-Ländern. Die Befragung der Erdöl-Vereinigung ergab, dass das Schweizer Preisniveau unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Fiskalbelastung mit demjenigen der Nachbarländer vergleichbar ist.

24. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich aus den empirischen Untersuchungen auf gesamtschweizerischer Ebene kein Nachweis einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG ergibt, welcher die Darlegungen der Parteien über das Bestehen wirksamen Wettbewerbs entkräften könnte.

b) Ausgewählte regionale Benzinmärkte Chur, Engadin und Biel

25. Das Sekretariat hat weiter die Wettbewerbsverhältnisse auf drei ausgewählten regionalen Benzinmärkten überprüft. Die Untersuchung - namentlich die Befragung der Parteien - konnte auch auf regionaler Ebene keine Beweise für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden erbringen. Anzumerken ist Folgendes:

aa) Preisunterschiede zwischen Tankstellen einer Region

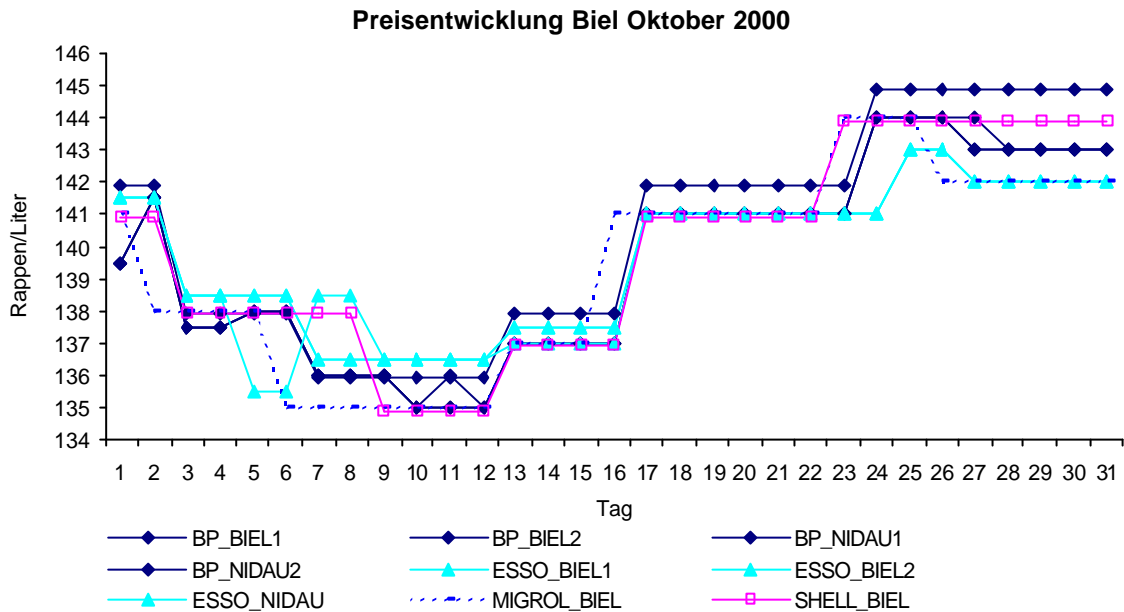
26. Das Sekretariat hat die Aussage überprüft, die Benzinpreise seien an allen Tankstellen in einer Region nahezu identisch (Rz. 1b, oben). Um diese Aussage zu überprüfen, wurden Daten über die Preisentwicklungen im Oktober 2000 an Tankstellen in den drei ausgewählten Regionen erhoben.

27. Die Befragung der Unternehmen ergab, dass die meisten Tankstellennetze zwei verschiedene Arten von Verträgen mit den Tankstellenhaltern abschliessen: Je nach Tankstelle werden die Endverbraucherpreise vom Importeur vorgegeben respektive vom Tankstellenhalter selbstständig bestimmt; das kann zu einem unterschiedlichen Preisfestsetzungsverhalten innerhalb eines Tankstellennetzes führen. Tankstellen, die aufgrund ihrer sparsamen Infrastruktur keine anderen Waren und Dienstleistungen anbieten, weisen Kostenvorteile gegenüber durchschnittlichen Tankstellen auf. Hingegen könnten Tankstellen, die über ein ausgesprochen breites Waren- und Dienstleistungssortiment (Shop, Restaurant, Autowaschanlage, Reparaturwerkstatt usw.) verfügen, sich dazu veranlasst sehen, im Benzinbereich sehr günstig anzubieten, um den Umsatz in den anderen Bereichen zu erhöhen. Unabhängige Tankstellenbetreiber ohne Markenbenzin neigen dazu, sich gegenüber der Markenkonzurrenz mit besonders tiefen Preisen zu profilieren. Das Ausmass der Preisunterschiede in einer Region hängt massgeblich von der Heterogenität des regionalen Tankstellennetzes, das heisst der unterschiedlichen Verteilung der beschriebenen Tankstellentypen ab.

28. Soweit es um die Preisdifferenzen sowie die Höhe und den Zeitpunkt von Preisanpassungen innerhalb der einzelnen regionalen Teilmärkte Chur (a), Engadin (b) und Biel (c) für den Monat Oktober 2000 geht, kann Folgendes festgehalten werden:

a) In der Region *Chur* bestanden nur geringe Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Tankstellen. Dieser Umstand kann damit begründet werden, dass - im Unterschied etwa zur Region Biel - das Tankstellennetz in der Region Chur eine grössere Homogenität aufweist. Die aus unten stehender Grafik abzulesende stark ausgeprägte Gleichförmigkeit des Verhaltens in der Region Chur kann demzufolge durch exogene Faktoren (namentlich Homogenität des Tankstellennetzes) erklärt werden.

c) Für die Region *Biel* waren häufige Preisänderungen charakteristisch, die an den verschiedenen Tankstellen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlichem Ausmass in Kraft gesetzt wurden. Diese hohe Wettbewerbsintensität ergibt sich aus der hohen Tankstellendichte und der Tätigkeit von Tankstellenbetreibern ohne Markenbenzin.



auch die Analyse der unterschiedlichen Benzinpreisentwicklungen keine rechtsgenügenden Hinweise auf eine Abrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG liefern kann.

bb) Preisunterschiede zwischen einzelnen Regionen

30. Dem Sekretariat liegen schliesslich Klagen vor, dass regionale Unterschiede in den Preisniveaus bestünden, die sich nicht durch unterschiedliche Transportkosten rechtfertigen lassen würden (Rz. 1b, oben). Zu prüfen ist somit, ob die bestehenden Preisunterschiede zwischen den Regionen auf dem schweizerischen Benzinmarkt als (verabredete i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG) Preisdifferenzierungen zu qualifizieren sind.

31. Unter einer regionalen Preisdifferenzierung versteht man den Verkauf eines identischen Gutes zu Preisen, die zwischen den Regionen unterschiedlich sind, wobei diesen Preisunterschieden keine entsprechenden Kostenunterschiede (z.B. Transportkosten) zu Grunde liegen (vgl. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT 1997, S. 133 f.).

Aus den Antworten der befragten Unternehmen geht zwar hervor, dass in den drei ausgewählten regionalen Benzinmärkten unterschiedliche Preisniveaus herrschen. Die Unternehmen machen indes geltend, dass neben unterschiedlichen Transportkosten weitere Gründe für regionale Preisunterschiede bestünden, wie etwa: Unterschiedliche Kos-

ten für Miete und Personal, Tankstellengrösse, Nebeneinkünfte, unterschiedliche Frequentierung der Zapfsäulen, Verhalten der Konkurrenz. Im Einzelnen:

- a) Eine Erklärung für das relativ günstige Preisniveau in der Region Biel ist die Nähe zur Raffinerie Cressier. Eine andere Erklärung ist die besonders hohe Wettbewerbsintensität infolge des sehr dichten Tankstellennetzes und der Tätigkeit von unabhängigen Tankstellenbetreibern ohne Markenbenzin.
- b) Das Preisniveau in der Region Chur liegt geringfügig über demjenigen in der Region Biel. Neben den oben aufgeführten Gründen für das relativ tiefe Preisniveau in der Region Biel wird dieser Unterschied von den befragten Unternehmen auch mit höheren Transportkosten begründet.
- c) Die im Vergleich zu den beiden vorangehend untersuchten Regionen (Biel und Chur) relativ hohen Preise im Engadin lassen sich zum Teil durch höhere Transportkosten erklären. Ein anderer Grund dafür besteht in der tendenziell geringeren Frequentierung der Zapfsäulen in einer Randregion wie dem Engadin. Um die fixen Kosten zu decken, müssen Tankstellen in abgelegenen Regionen ohne Pendlerverkehr ceteris paribus einen höheren Deckungsbeitrag pro verkauftem Liter Benzin einkalkulieren als Tankstellen in urbanen Gebieten.

32. Die gewonnenen Erkenntnisse über die regionalen Benzinmärkte lassen sich wie folgt zusammenfassen: Preisdifferenzen innerhalb und zwischen den Regionen lassen sich durch unterschiedliche Kostenstrukturen und - damit zusammenhängend - durch eine unterschiedliche Wettbewerbsintensität erklären. Auch auf regionaler Ebene konnten somit keine Beweise für die Existenz unzulässiger Verhaltensweisen gefunden werden.

B.2.2 Anhörung

33. Da das Konfidenzintervall der vom Sekretariat durchgeführten ökonomischen Studie verschiedene mögliche Ergebnisse enthält (vgl. oben, Rz. 21e), veranstaltete die Wettbewerbskommission eine Anhörung gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG, an der Vertreter der Erdöl-Vereinigung, von Agip, BP, TotalFinaElf, Esso, Shell, Tamoil, Agrola, Migrol, Coop und AVIA vorgeladen wurden (u.a. zu Beweisaussagen gemäss Art. 42 KG). Die wichtigsten Resultate dieser Anhörung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Die Parteien bestätigten, dass sie eine eigenständige Preispolitik betreiben und ihr Verhalten nicht mit der Konkurrenz abstimmen.
 - b) Es erfolgen in der Regel keine aktiven Mitteilungen an die Presse bezüglich bevorstehender Benzinpreisänderungen. Auskünfte über geplante Preisänderungen werden überwiegend auf Anfrage der Presseagenturen erteilt.
-

c) Die Parteien führten aus, dass aufgrund der starken Konkurrenz Preisanpassungen nach unten eher schneller vorgenommen werden müssen als Preisanpassungen nach oben (vgl. Rz. 23a).

B.2.3 Ergebnis

34. Die Untersuchung erbrachte somit keinen Nachweis für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der Parteien im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG.

C. Kosten

35. Die Parteien sind gestützt auf den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 3. Oktober 2001 im Verfahren 99/FB-010 der Auffassung, dass die Auferlegung der Kosten zulasten der Parteien unzulässig ist. Die Wettbewerbskommission hält grundsätzlich an ihrer bisherigen Praxis fest. Entsprechend wurde der Entscheid der REKO/WEF beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. November 2001 durch das in der Sache zuständige legitimierte Departement angefochten. Aus diesem Grund wird das vorliegende Verfahren im Kostenpunkt bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiert. Über die Kostenfrage wird mithin nach dem Urteil des Bundesgerichts entschieden. Den Parteien erwächst aus diesem Vorgehen kein Rechtsnachteil. Ein allfälliger Kostenentscheid, der den Parteien die Verfahrenskosten auferlegt, wird selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und im Sinne der vorangehenden Erwägungen beschliesst die Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. Das Verfahren wird im Kostenpunkt sistiert. Über die Kostenfrage wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

Erläuterungen des Sekretariats: Marktmachtparameter im Benzinmarkt Schweiz

A. Einleitung

1. Der vorliegende Anhang dient der weiteren Erläuterung und Erklärung der im Verfahren Benzinmarkt Schweiz angewendeten empirischen Arbeiten, wobei die Diskussion vor allem dem Konzept des so genannten Marktmachtparameters gewidmet ist. Die Ergebnisse dieser empirischen Arbeiten sind in aller Kürze in der Verfügung Benzinmarkt Schweiz (Rz. 21) erwähnt.

2. Abschnitt B beinhaltet die Theorie zum Konzept des Marktmachtparameters. Der nachfolgende Abschnitt C zeigt die empirische Herlei-

tion des Marktmachtparameters für den Benzinmarkt Schweiz. Der Abschnitt D liefert schliesslich eine kurze Interpretation der gewonnenen Resultate.

3. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der nachfolgende Text nicht Bestandteil der Verfügung Benzinmarkt Schweiz ist, sondern lediglich ein vom Sekretariat der Wettbewerbskommission ausgearbeiteter Beitrag für das bessere Verständnis erwähnter empirischer Arbeiten darstellt.

B. Theorie - Das Konzept des Marktmachtparameters

4. Der Marktmachtparameter ist ein ökonomisches Konzept, dank dem beurteilt werden kann, inwiefern sich die Teilnehmer eines relevanten Marktes, unter der Verhaltensannahme der Gewinnmaximierung, als preissetzende Monopolisten beziehungsweise Oligopolisten oder als preisnehmende Konkurrenten verhalten.

5. Ein Unternehmen muss über Marktmacht verfügen, damit es den Wettbewerb überhaupt beeinträchtigen oder beseitigen kann. Im Falle eines Kartells verschaffen sich mehrere Unternehmen diese Marktmacht, indem sie Vereinbarungen über ihr Verhalten auf einem relevanten Markt treffen oder zumindest ihr Verhalten aufeinander abstimmen.

6. In der Industrieökonomie versteht man unter "Ausüben von Marktmacht" ein Anheben der Preise über das wettbewerbliche Niveau; vereinfacht ausgedrückt über die Grenzkosten. Je höher die Preise über das Niveau der Grenzkosten angehoben werden können, desto grösser ist die Marktmacht eines Unternehmens. Maximal ist diese Macht im Monopol. Im einfachen Modell sinkt die Marktmacht, und damit der Gewinn der Unternehmen, in aller Regel mit zunehmender Anzahl Anbieter bis zur Extremsituation der vollkommenen Konkurrenz, wo sich die Unternehmer als Preisnehmer und Mengenanpasser verhalten. In diesem Fall entsprechen die Preise den Grenzkosten, und die Unternehmen erzielen keine Gewinne.

7. Die in Randziffer 6 erwähnten Zusammenhänge lassen sich anhand des so genannten Lerner-Index am einfachsten verstehen. Der Lerner-Index ist ein Teil der allgemeinen Lösung des einfachen Gewinnmaximierungskalküls eines Unternehmens, wie nachfolgende Formel zeigt:

$$\frac{p - MC}{p}$$

Der linke Teil dieser Gleichung stellt das in Randziffer 6 diskutierte Verhältnis von **Preis (p)** und **Grenzkosten (MC)** dar. Dieses Verhältnis wird als **Lerner-Index** bezeichnet und widerspiegelt die Marktmacht eines Anbieters. Der rechte Teil obiger Gleichung erklärt die Höhe des

Lerner-Index, und damit die Marktmacht von Unternehmen, mit Hilfe der **Preiselastizität der Nachfrage (?)** und des **Marktmachtparameters (?)**.

8. In der Preiselastizität der Nachfrage zeigen sich die Präferenzen der Konsumenten oder allgemein die Verhältnisse auf der Nachfrageseite im relevanten Markt. Auf der Nachfrageseite herrscht typischerweise ein negativer Zusammenhang zwischen nachgefragter Menge und dem Preis eines Gutes, da ein Konsument in aller Regel bei hohen Preisen eine geringere Menge eines Gutes nachfragt. Die Preiselastizität der Nachfrage quantifiziert diese Reaktion der nachgefragten Menge eines Gutes infolge einer Preisänderung. So zeigt eine hohe Preiselastizität der Nachfrage (| ϵ | gross), dass die Nachfrage in hohem Ausmass auf Preisänderungen reagiert. Der Lerner-Index weist gemäss obiger Formel in diesen Fällen eher tiefe Werte auf, und die Marktmacht der Unternehmen ist demnach eher gering. Umgekehrt verfügen die Unternehmen bei einer tiefen Nachfrageelastizität tendenziell über eine grössere Marktmacht.

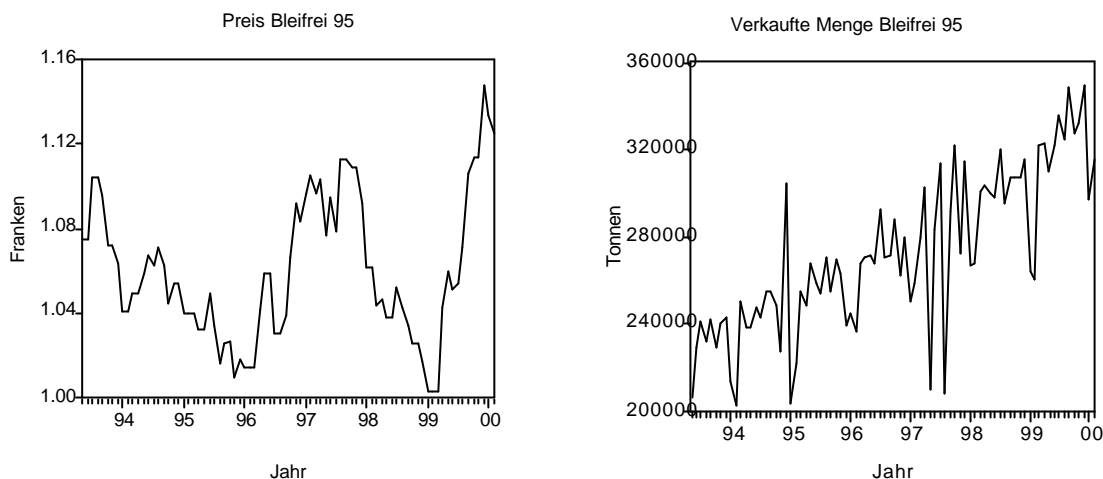
9. Der Marktmachtparameter (η) ist ein Indikator für die Marktstruktur und das Marktverhalten der Angebotsseite. Insbesondere zeigen sich in η die Erwartungen der Akteure über das Verhalten der Konkurrenz (konjekturale Variationen), was Rückschlüsse auf das Marktverhalten zulässt. Je höher der Wert von η ist, desto grösser ist die Marktmacht der Unternehmen im relevanten Markt. Zum einen ist der Wert von η durch die Struktur eines Marktes, namentlich durch die Anzahl der Anbieter in einem Markt, bedingt. Gibt es nur einen Anbieter (Monopol) ist die Marktmacht maximal und η weist den Wert 1 auf. Mit der Zunahme der Anzahl Anbieter (Oligopol) konvergiert der Wert von η zunehmend gegen 0 und beträgt schliesslich in der vollkommenen Konkurrenz exakt 0. Zum Zweiten können Unternehmen die Marktmacht durch Wettbewerbsabreden zu ihren Gunsten anheben.

10. Ziel der empirischen Arbeiten im Benzinmarkt Schweiz war die Schätzung des Marktmachtparameters (η).

C. Empirie - Schätzung des Marktmachtparameters im Benzinmarkt Schweiz

11. Um die mit Hilfe des Lerner-Index aufgezeigten Zusammenhänge im Benzinmarkt Schweiz empirisch zu erfassen, bedarf es Angaben zu Preisen, Mengen und Kosten.

12. Unten stehende Grafiken veranschaulichen den realen Preisverlauf von bleifreiem Benzin 95 (Basisjahr 1990) in Schweizer Franken zwischen Mai 1993 und Februar 2000 sowie die dazu gehörigen verkauften Mengen von Benzin in Tonnen.



Die Preisentwicklung hängt im Wesentlichen zusammen mit der Entwicklung des Rohölpreises auf dem Weltmarkt und des Wechselkurses zwischen dem Schweizer Franken und dem US-Dollar. Neben kurzfristigen Schwankungen, die auf saisonale Effekte zurückzuführen sind, gibt es längerfristige Zyklen über mehrere Jahre. Diese sind zur Hauptsache eine Konsequenz der allgemeinen Weltkonjunktur und der Preispolitik der OPEC. Bei den verkauften Mengen fällt, neben den kurzfristigen wohl saisonal bedingten Schwankungen, der trendmässige Anstieg auf.

13. Die Berechnungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission haben eine Nachfrageelastizität von -0.24 für den schweizerischen Benzinmarkt ergeben. Der Wert der Nachfrageelastizität ist somit, wie erwartet, negativ. Die Preiselastizität der Nachfrage ist für Benzin eher tief, was nichts anderes heisst, als dass Mengenreaktionen auf Preisänderungen bescheiden ausfallen. Dies entspricht den Beobachtungen im Alltag. So kam es während des Jahres 1999 zu deutlichen Preisanstiegen für Benzin, ohne dass die nachgefragte Menge dadurch erheblich beeinträchtigt wurde.

14. Die Ermittlung der Grenzkosten stellt die grössten Probleme bei einer Schätzung des Markmachtparameters. Der Grund hierfür ist, dass die Grenzkosten, im Gegensatz zu Preisen und Mengen, nicht direkt beobachtet werden können. Infolgedessen muss der Verlauf der Grenzkosten über allfällige Kenntnisse gewichtiger Drittfaktoren auf die Grenzkosten hergeleitet werden. Im Benzinmarkt vereinfacht sich diese Herleitung, da Benzin im Grossen und Ganzen ein homogenes Gut ist, dessen Produktion mittels einer ausgereiften und weit verbreiteten Technologie erfolgt. So ist das Transformationsverhältnis zwischen Rohöl und Benzin weitgehend konstant. Der Haupteinflussfaktor für Schwankungen der Grenzkosten bei der Produktion von Benzin ist der Rohölpreis. Zusätzlich üben selbstverständlich auch rohölunabhängige variable Kosten (z.B. Personalkosten) einen Einfluss auf die Entwicklung der Grenzkosten aus.

15. Die Kenntnis der Preise, der Preiselastizität der Nachfrage und des Verlaufs der Grenzkosten genügen, um den verbleibenden Wert des Marktmachtparameters zu berechnen (vgl. Rz. 7). Der in dieser Art und Weise geschätzte Marktmachtparameter weist für den Benzinmarkt Schweiz einen Wert von 0.18 auf.

D. Interpretation

16. Basierend auf einer einfachen Oligopolstruktur (Cournot-Wettbewerb) müssten bei einem Marktmachtparameter von 0.18 ungefähr sechs Akteure im geografisch relevanten Benzinmarkt tätig sein. Ausgehend von einem regionalen Markt trifft dies in der Schweiz ungefähr zu. Die Interpretation empirischer Resultate gibt jedoch infolge statistischer Unsicherheiten und zu Grunde liegenden Modellen und Modellannahmen oft zu Diskussionen Anlass. Wichtig ist, dass bei der Interpretation der Resultate die Diskussion nicht in einem strukturellen Determinismus endet. Die Resultate sind vielmehr ausgehend von der Fragestellung im konkreten Kontext zu verstehen. Unter gebührender Berücksichtigung dieses Kontextes lässt das vorliegende Resultat nicht auf die Existenz einer abgestimmten Verhaltensweise im Benzinmarkt Schweiz schliessen (vgl. Verfügung Benzinmarkt Schweiz Rz. 21 e). Um es auf den Punkt zu bringen: Die Zahl 0.18 (Marktmachtparameter Benzinmarkt Schweiz) liegt auf jeden Fall deutlich näher bei 0 (vollkommene Konkurrenz) als bei 1 (Monopolverhalten).

B 2.2	3. Mobilfunkmarkt
-------	--------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 3. Dezember 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Mobilfunkmarkt wegen angeblichen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Artikel 5 KG und Artikel 7 KG

Eröffnung wegen vermutetem gleichgerichtetem Verhalten; gezeigt, dass keine Abrede vorliegt; mit gleicher Begründung auch kollektive Marktbeherrschung verneint (analoge Beurteilung abgestimmte Verhaltensweise und kollektive Marktbeherrschung)

Ouverture due à un supposé comportement identique; démontré qu'il n'existait pas d'accord; dominance collective déniée avec la même justification (appréciation analogue d'une pratique concertée et de la dominance collective)

Inchiesta aperta sulla base di probabili comportamenti decisi di comune accordo; ha mostrato che non esiste nessun accordo; con la stessa motivazione è stata negata la presenza di una posizione dominante collettiva (motivazione analoga per comportamento deciso di comune accordo e posizione dominante collettiva)

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") hat die Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) beobachtet. Beim Vergleich mit den Wettbewerbsverhältnissen im Festnetz-Telefoniemarkt wurde festgestellt, dass sich sowohl die Marktstruktur als auch die Preise in den beiden Märkten unterschiedlich entwickelt haben.

2. Im Mobilfunkmarkt sind nur drei Unternehmen - Swisscom AG, Bern, ("Swisscom"), diAx AG, Zürich, ("DiAx"), und Orange Communications SA, Lausanne, ("Orange"), - tätig. Die Liberalisierung führte im Mobilfunkmarkt nicht zu Preissenkungen in dem Mass, welches im Festnetz-Telefoniemarkt zu beobachten war. Erste Abklärungen ergaben auch, dass die Preise der drei Mobilfunkanbieterinnen ("MFA") in Struktur und Höhe ähnlich sind. Diese Beobachtung gilt sowohl hinsichtlich der Angebote beziehungsweise Preise abgehender Verbindungen (Origination aus Sicht Mobilfunk) als auch hinsichtlich der Angebote beziehungsweise Preise ankommender Verbindungen (Termi-

nierung aus Sicht Mobilfunk). Bei der Terminierung sind insbesondere die Verträge mit anderen Fernmeldediensteanbieterinnen ("FDA") und weniger die Preise auf Endkundenstufe von Bedeutung. Die Terminierungspreise zwischen MFA und FDA sind mitentscheidend für die Preise, die Kunden für Gespräche vom Fest- auf ein Mobilnetz bezahlen.

3. Die beschriebenen Ergebnisse der Marktbeobachtung könnten die Folge von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 KG (insbesondere Abreden über die Festsetzung von Preisen) und/oder Artikel 7 KG sein.

4. Im Rahmen der erwähnten Marktbeobachtung wurde neben den allfälligen marktbeherrschenden Stellungen der einzelnen MFA auch Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der MFA summarisch geprüft. Die Prüfung erfolgte anhand verschiedener Kriterien und sollte insbesondere die Fragen beantworten, ob Anreize zu kollusivem Verhalten vorliegen, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein wird¹. Die Analyse ergab folgende summarischen Ergebnisse:

- ?? die Anzahl Marktteilnehmer ist gering (hohe Marktzutrittsschranken);
- ?? die Transparenz im Markt ist für alle Anbieter verhältnismässig gross;
- ?? die Stabilität der Marktverhältnisse ist mittelfristig relativ gross;
- ?? die Anbieter weisen gewisse Symmetrien auf;
- ?? die Marktgegenseite ist heterogen und somit eher schwach.

5. Da die Ergebnisse dieser statischen Betrachtung von Marktstrukturen insgesamt für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung sprachen, musste im Rahmen der Untersuchung auch die Frage beantwortet werden, ob sich diese Anhaltspunkte für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG der MFA auch aufgrund von konkreten Verhaltensweisen der MFA empirisch bestätigen lassen².

A.2 Verfahren

6. Am 15. Mai 2000 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission ("Weko") eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Swisscom, DiAx und Orange eröffnet.

¹ Vgl. RPW 1998/3, S. 392 ff.

² Zur Bedeutung der Marktstrukturen für die Beurteilung von kollektiver Marktbeherrschung siehe: NIELS GUNNAR, "Collective Dominance: more than just oligopolistic interdependence", *European Competition Law Review*, 2001, S. 168 ff.

7. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt. Auf diese Publikation hin meldeten Sunrise Communications AG, Rümlang, ("Sunrise"), und MCI WorldCom, Zürich, als aufgrund der möglichen Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderte Unternehmen, ihre Beteiligung am Verfahren an. Sunrise und MCI WorldCom wiesen auf mögliche Behinderungen im Bereich der Terminierung von Festnetzgesprächen in den jeweiligen Mobilnetzen hin.

8. Mit Schreiben vom 22. Mai 2000 hat das Sekretariat Swisscom, Di-ax und Orange je einen Fragebogen zur Beantwortung unterbreitet. Dieser umfasste insbesondere Fragen zum Sachverhalt (u.a. technischer Aufbau eines Mobilfunknetzes, Netzabdeckungen, Preise und Preisänderungen), zur Marktabgrenzung, zur Marktstellung und zu allfälligen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen.

9. Die Stellungnahmen gingen unter Gewährung von Fristerstreckungen bis am 31. August 2000 ein.

10. Den Parteien wurde am 18. September 2000 ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt. Gleichzeitig wurde auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Akten hingewiesen. Es erfolgten daraufhin verschiedene Akteneinsichtnahmen.

11. Ende 2000 übernahm TeleDanmark, Kopenhagen, die Kontrolle über Di-ax und Sunrise³. Die Nachfolgeunternehmen wurden zu TDC Switzerland AG umfirmiert. In dieser Verfügung wird der Einfachheit halber trotzdem der Name "Di-ax" weiter verwendet (vgl. vorstehend Rz. 2⁴).

12. Die 3G Mobile AG, eine Tochtergesellschaft des spanischen Telekommunikationskonzerns Telefónica, hat sich im April 2001 beim Sekretariat nachträglich als beteiligte Dritte im Sinne von Artikel 43 KG gemeldet. 3G Mobile hat in der Schweiz eine der vier UMTS⁵-Lizenzen erworben. Das Sekretariat lehnte es ab, 3G Mobile als beteiligte Dritte zu anerkennen, da ihr als blosser Konkurrent der in die Untersuchung involvierten Parteien die gemäss konstanter Rechtsprechung⁶ notwendige besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache fehlt. Dies wurde von 3G Mobile akzeptiert.

³ Vgl. RPW 2000/4, S. 673 ff.

⁴ Querverweise innerhalb des Schlussberichts sind nachfolgend mit "Rz." angegeben.

⁵ UMTS steht für Universal Mobile Telecommunication System. UMTS-Dienste werden in der Schweiz frühestens Ende 2002 angeboten werden.

⁶ Anstelle vieler BGE 118 Ib 358 f.

13. Mit Schreiben vom 28. Mai 2001 hat das Sekretariat Swisscom, Di-ax und Orange einen zusätzlichen Fragebogen zugestellt. Dieser diente in erster Linie der Aktualisierung der Antworten. Die Stellungnahmen gingen beim Sekretariat bis 20. Juli 2001 ein.

14. Am 8. Oktober 2001 schloss das Sekretariat seine Untersuchungshandlungen mit dem Antrag an die Weko ("Antrag") ab. Der Antrag wurde Swisscom, Di-ax und Orange sowie MCI WorldCom am selben Tag zur Stellungnahme unterbreitet. Als Fachinstanz wurde auch das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM") zu einer Stellungnahme zum Antrag eingeladen.

15. Die Stellungnahmen gingen bis zum 9. November 2001 ein.

B. Erwägungen

B.1 Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

16. In ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 9. November 2001 beantragt Di-ax, auf eine Entscheidung gemäss Artikel 30 KG sei infolge sachlicher Unzuständigkeit der Weko zu verzichten. Im Mobilfunkbereich liege eine staatliche Markt- und Preisordnung vor, weshalb das Kartellgesetz gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG nicht anwendbar sei. Aus der Gesamtbegründung kann gefolgert werden, dass vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG nach Auffassung von Di-ax nicht nur die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes, sondern auch die sachliche Zuständigkeit der Weko zum Entscheid gemäss Artikel 30 KG ausschliessen. Infolgedessen ist nachstehend zu prüfen, ob Artikel 3 Absatz 1 KG tatsächlich die Zuständigkeit der Weko beschränkt.

17. Weder Orange noch Swisscom bestreiten in ihren Stellungnahmen zum Antrag vom 7. beziehungsweise 9. November 2001 die sachliche Zuständigkeit der Weko. Auch das BAKOM erachtet die Weko in ihrer Vernehmlassung vom 7. November 2001 als zuständig.

B.1.1 Selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung

18. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

19. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG stellt die Behörde, die sich als zuständig erachtet, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest, wenn eine Partei diese bestreitet. Nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe a VwVG gilt die Verfügung über die Zuständigkeit als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung jedoch nur dann, wenn im Einzelfall ein nicht

wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 VwVG ausgewiesen ist⁷.

20. Nach Lehre und Rechtsprechung genügt ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung. Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein, vielmehr reicht auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Insbesondere können auch Gründe der Rechtssicherheit oder der Prozessökonomie für eine sofortige Anfechtung sprechen, wenn sonst das ganze Verfahren nachträglich aufgehoben werden müsste⁸.

21. DiAx verlangt den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung nicht; demzufolge bringt sie auch keine Gründe vor, die für eine solche Zwischenverfügung sprechen würden. Die Weko prüft jedoch bei Bestreitung ihrer Zuständigkeit von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung erfüllt sind.

22. Im vorliegenden Fall lässt sich kein schutzwürdiges Interesse für den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung finden. Die Untersuchung wurde am 15. Mai 2000 eröffnet; während der gesamten Dauer des Verfahrens wurde die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Durchführung einer Untersuchung im Bereich des Mobilfunks nicht bestritten. Nach Abschluss der Untersuchungshandlungen stellte das Sekretariat der Weko am 8. Oktober 2001 seinen Antrag zum Entscheid in der Sache zu und liess diesen Antrag gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG gleichzeitig den am Verfahren Beteiligten zur Stellungnahme zukommen. In ihrer Stellungnahme zu diesem Antrag vom 9. November 2001 bestreitet DiAx nun erstmals die Zuständigkeit der Weko. In diesem Verfahrensstadium, in welchem der Entscheid in der Sache selbst unmittelbar bevorsteht, rechtfertigen indessen weder Gründe der Rechtssicherheit noch der Prozessökonomie den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung⁹. Insbesondere lässt sich nicht darlegen, inwieweit dadurch der Behörde oder der betroffenen Partei Verfahrensaufwand erspart werden könnte.

⁷ Vgl. RPW 2001/2, S. 294, Rz. 6; BGE 120 Ib 100; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 142; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 517, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁸ Vgl. RPW 2001/2, S. 262, Rz. 44, und S. 295, Rz. 7; BGE 120 Ib 100; VPB 1996, Nr. 45, E. 1.3.2.1; GYGI, a.a.O., S. 142; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514 und 516

⁹ Vgl. RPW 2001/2, S. 263, Rz. 46, und S. 295, Rz. 8

23. Aus diesen Gründen verzichtet die Weko auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung.

B.1.2 Sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zur Beurteilung der Sache

24. Eine der Sachentscheidungs voraussetzungen, die die Behörde vor der materiellen Untersuchung der Angelegenheit prüfen muss, ist ihre Zuständigkeit (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die Zuständigkeitsordnung gibt darüber Auskunft, wer zum Erlass einer Verfügung berechtigt ist. Sie bestimmt, womit sich eine Behörde zu befassen und womit sie sich nicht zu befassen hat (Unzuständigkeit)¹⁰. Zuständig ist eine Behörde somit, wenn sie (rechtlich) ermächtigt ist, die anhängig gemachte Sache respektive das Begehren zu beurteilen und rechtskräftig zu entscheiden¹¹.

25. Die Ordnung der Zuständigkeiten wird vom Gesetz nach sachlichen, örtlichen und funktionellen Kriterien festgelegt¹². Im vorliegenden Fall wird ausschliesslich die sachliche Zuständigkeit der Weko bestritten.

26. Nach der sachlichen Zuständigkeit bestimmt sich, ob eine Angelegenheit in den Aufgabenbereich einer bestimmten Behörde fällt¹³. Sie richtet sich nach der Natur des Verfahrensgegenstandes und ergibt sich im erstinstanzlichen Verfahren in der Regel aus dem materiellen Recht¹⁴. Massgebend ist in diesem Zusammenhang der jeweilige Geltungsbereich eines Gesetzes¹⁵.

27. Das relevante materielle Recht ist im vorliegenden Fall das Kartellgesetz. Dieses gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG, Geltungsbereich).

28. Nach Auffassung von DiAx schliessen vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG die sachliche Zuständigkeit der Weko aus (vgl. Rz. 16). Es ist somit zu prüfen, ob Artikel 3 Absatz 1 KG den Geltungsbereich des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden oder lediglich die Anwendbarkeit des KG beschränkt.

¹⁰ Vgl. RPW 2001/2, S. 298, Rz. 24; GYGI, a.a.O., S. 63; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 227; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern, 1997, N. 1 zu Art. 3 Abs. 1 VRPG

¹¹ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassung des Bundes, Basel 1996, Rz. 955

¹² Vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 227

¹³ Vgl. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 1 zu Art. 3 Abs. 1 VRPG

¹⁴ Vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 228

¹⁵ Vgl. RPW 2001/2, S. 298 f., Rz. 26 ff.

B.1.2.1 Bedeutung von Artikel 3 Absatz 1 KG bei der Beurteilung der Zuständigkeit

29. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:

- a) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
- b) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

30. Dem Wortlaut der Bestimmung selbst lässt sich nicht entnehmen, ob mit diesem Vorbehalt anderer Rechtsvorschriften der Geltungsbereich oder die Anwendbarkeit des KG beschränkt werden soll.

31. Der Gehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG ergibt sich jedoch aus seiner Entstehungsgeschichte. Gemäss Botschaft zum KG haben die mit der Revision beabsichtigten Verschärfungen der materiellen Beurteilungskriterien und die Stärkung im institutionellen Bereich einen Handlungsbedarf bezüglich des bisherigen Vorbehalts zugunsten von öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben¹⁶. Neu sind auch öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, welche aufgrund des öffentlichen Rechts mit besonderen Rechten ausgestattet worden sind, grundsätzlich uneingeschränkt dem Kartellgesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 1 KG). Überdies muss sich die Wettbewerbsbehörde im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht mehr auf Empfehlungen beschränken, sondern kann unmittelbar gegenüber den Beteiligten Verfügungen erlassen¹⁷. Infolgedessen wurde eine Vorbehaltsregelung notwendig.

32. Bezüglich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG hält die Botschaft zum KG jedoch unmissverständlich fest, dass das Kartellgesetz *anwendbar* ist, soweit die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit für die *Anwendung* wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt¹⁸. Auch hinsichtlich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG führt die Botschaft aus, dass eine gewollte punktuelle Abweichung nicht dazu führt, dass der betreffende wirtschaftliche Teilbereich insgesamt der *Anwendung* des Kartellgesetzes entzogen wird. Unternehmen mit besonderen Rechten haben sich deshalb, soweit sie sich ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten¹⁹.

¹⁶ Vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 69 f.

¹⁷ Vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 70; WEBER, in: SIWR V/2, S. 45

¹⁸ Vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 72 f., Hervorhebung durch die Weko

¹⁹ Vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 73, Hervorhebung durch die Weko

33. Abgesehen davon, dass die Botschaft zum KG ausdrücklich die Begriffe "Anwendbarkeit" beziehungsweise "Anwendung" benutzt, wird Sinn und Zweck von Artikel 3 Absatz 1 KG durch diese Ausführungen klar: Die Vorschrift verpflichtet die Wettbewerbsbehörden, jeweils genau abzuklären, wie weit ein wirtschaftlicher Teilbereich durch eine staatliche Markt- oder Preisordnung beziehungsweise durch die Gewährung besonderer Rechte der Anwendung des Kartellgesetzes tatsächlich entzogen wurde. Liegt jedoch keine wettbewerbliche Sonderstellung vor, so ist das Kartellgesetz uneingeschränkt und damit selbst mit Bezug auf öffentliche Aufgabenerfüllungen *anwendbar*²⁰.

34. Eine solche Abklärung kann klarerweise nicht bei der Prüfung der Zuständigkeit erfolgen. Denn Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen mit besonderen Rechten ausstatten, sind dann vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG, wenn sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Ob dies zutrifft, lässt sich erst beurteilen, wenn geklärt ist, welcher Markt im konkreten Fall massgebend ist, weshalb vorgängig die Abgrenzung des relevanten Marktes vorzunehmen ist. Wie die Vorabklärung des Sekretariats zum Vertrieb von Werbematerialien nämlich aufzeigte, kann aus der Tatsache, dass zum Beispiel einem Unternehmen ein besonderes Recht übertragen wird, nicht geschlossen werden, dass damit gleichzeitig der relevante Markt im Umfang des Sonderrechts abzugrenzen ist²¹. Die korrekte Marktabgrenzung stellt oft ein heikler Punkt des Verfahrens dar, der unter Umständen erst durch umfangreiche Abklärungen bei Unternehmen und Behörden oder empirische Untersuchungen ermittelt werden kann, die ausschliesslich im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens erfolgen können.

35. Demzufolge bezweckt Artikel 3 Absatz 1 KG in keiner Weise, den Geltungsbereich des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu beschränken. Vielmehr handelt es sich um eine *Beschränkung der Anwendbarkeit des KG* und mithin um eine materiellrechtliche Bestimmung, die im Rahmen der vorgesehenen kartellrechtlichen Verfahren zu prüfen ist²².

²⁰ Vgl. RPW 2001/2, S. 302, Rz. 44; WEBER, a.a.O., S. 46; Komm. KG - SCHMIDHAUSER, Art. 3 Rz. 6; Hervorhebung durch die Weko

²¹ Vgl. RPW 2001/2 S. 242 ff.

²² Vgl. RPW 2001/2, S. 267, Rz. 74, und S. 302, Rz. 44; RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Basel/Genf/München 2000, S. 163; dies war bereits unter dem alten Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85) in Bezug auf die entsprechende Bestimmung in Art. 44 Abs. 2 Bst. b der Fall, vgl. STOFFEL, *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Freiburg 1994, S. 281

36. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden nicht einfach beendet ist, wenn in einem konkreten Fall tatsächlich vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegen. Stellen sie im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens fest, dass für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien kein Raum besteht, so hat die Weko in diesem Fall immerhin ihre Rolle als wettbewerbspolitisches Gewissen wahrzunehmen und allenfalls Empfehlungen nach Artikel 45 Absatz 2 KG abzugeben²³. Insofern ist die nicht verbindliche Empfehlungskompetenz gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG als Korrelat zum in Artikel 3 Absatz 1 enthaltenen *Anwendungsausschluss* des Kartellgesetzes gegenüber den die Wettbewerbsordnung ausschliessenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu verstehen²⁴.

37. Artikel 3 Absatz 1 KG schränkt somit ausschliesslich die Anwendbarkeit des KG ein. Die Zuständigkeit der Weko wird durch diese Bestimmung nicht berührt.

B.1.2.2 Sachliche Zuständigkeit gemäss Artikel 2 KG

38. Gestützt auf diese Ausführungen steht fest, dass für die Frage der Zuständigkeit der Weko zum Entscheid gemäss Artikel 30 KG einzig der Geltungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Artikel 2 KG massgebend ist (vgl. Rz. 27)²⁵.

39. Im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeit beantwortet der Geltungsbereich des Kartellgesetzes indessen nur die Frage, ob die Weko ermächtigt ist, die konkrete Sache zu beurteilen²⁶. Die Weko muss somit nicht bereits bei der Zuständigkeitsfrage alle Elemente von Artikel 2 KG beweisen. Vielmehr zeigt der Geltungsbereich den Rahmen auf, in welchem die Weko überhaupt untersuchen darf. Zuständig ist die Weko somit immer dann, wenn Grund zur Annahme besteht, dass Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, wie sie in Artikel 2 KG konkretisiert werden, und gleichzeitig keine andere Behörde zur Beurteilung dieser Frage zuständig ist (Art. 18 Abs. 3 KG).

40. Im Zusammenhang mit dem alten Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85) hielt das Bundesgericht fest, dass ein Unternehmen nicht erst dann der Auskunftspflicht gemäss Artikel 35 KG 85 unterliegt, wenn seine Eigenschaft als Kartell oder als kartellähnliche Organisation bereits feststeht. Der gegenteiligen Auffassung liege die Annahme zu Grunde, dass sich die Unterstellungsfrage einerseits und die Frage des Vorliegens von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen andererseits

²³ Vgl. RPW 2001/2, S. 302, Rz. 46; RENTSCH, a.a.O., S. 207; WEBER, a.a.O., S. 46; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1998, Rz. 237

²⁴ Vgl. RPW 2001/2 S. 267, Rz. 75, und S. 303, Rz. 46; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1998, Art. 45, Rz. 4, Hervorhebung durch die Weko

²⁵ Vgl. RPW 2001/2, S. 267, Rz. 74

²⁶ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 955

überhaupt aufspalten und die Unterstellungsfrage sich vorab isoliert beantworten lasse. Eine solche Aufspaltung bereite jedoch Schwierigkeiten: Nach Artikel 4 Absatz 1 KG 85 sei das entscheidende Kriterium für die Qualifikation als kartellähnliche Organisation die Beherrschung oder massgebliche Beeinflussung eines Marktes. Dies setze zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht voraus, um anschliessend zu prüfen, über welchen Grad von Markteinfluss das in Frage stehende Unternehmen verfügt. Dabei lasse sich die Marktabgrenzung nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände vornehmen und setze demnach detaillierte Kenntnisse der Markt- und Konkurrenzverhältnisse voraus, wie sie in aller Regel erst am Ende einer kartellrechtlichen Untersuchung gegeben seien. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass ein Unternehmen bereits dann zur Auskunft gemäss Artikel 35 KG 85 verpflichtet ist, wenn Hinweise für das Bestehen von Marktmacht vorliegen²⁷.

41. Die Argumentation des Bundesgerichts zu Artikel 35 KG 85 lässt sich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen: Für die Beantwortung der Frage, ob das Verhalten eines Unternehmens in den Geltungsbereich gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG fällt, sind genaue Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse notwendig. Wie nachstehend aus Randziffer 68 ff. hervorgeht, kann bezüglich des Begriffs "Wettbewerbsabrede", wie er in Artikel 4 Absatz 1 KG näher definiert wird, bereits unklar sein, ob tatsächlich eine Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen besteht, wenn zum Beispiel nichts Schriftliches vorliegt. Die Existenz einer solchen Abrede lässt sich diesfalls nur durch umfangreiche Abklärungen, allenfalls sogar nur mittels Hausdurchsuchungen feststellen. Überdies muss eine solche Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder bezwecken. Diese Frage kann nicht unabhängig vom relevanten Markt beantwortet werden. Die korrekte Marktabgrenzung stellt jedoch sowohl unter dem KG 85 wie auch unter geltendem Recht oft der heikelste und aufwändigste Punkt eines Verfahrens dar, der unter Umständen erst durch empirische Untersuchungen ermittelt werden kann.

42. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist demzufolge insofern für die Zuständigkeit der Weko massgebend, als sie sich beispielsweise nicht mit erbrechtlichen oder obligationenrechtlichen Streitigkeiten oder mit Fragen des Gewässerschutzes auseinandersetzen darf. Sobald jedoch zu prüfen ist, ob Unternehmen des privaten oder öffentlichen Rechts Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, ist sie bereits für die

²⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 1995 in Sachen Denner AG/EG Dritte Kraft AG gegen Schweizerische Kartellkommission, publiziert in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers, 1a/1996

Behandlung der Angelegenheit zuständig, unabhängig davon, ob das Verhalten der Unternehmen tatsächlich eine Wettbewerbsabrede, Ausübung von Marktmacht oder ein Zusammenschlussvorhaben darstellt. Für die Bejahung der Zuständigkeit der Weko genügt es somit, wenn Grund zur Annahme besteht, dass das fragliche Verhalten eines Unternehmens in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen könnte. Diesfalls ist die Weko zuständig, die Angelegenheit materiell-rechtlich zu prüfen. Erst im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung muss die Weko beweisen, dass die Tatbestandselemente von Artikel 2 Absatz 1 KG (und der weiteren relevanten Bestimmungen des Kartellgesetzes) erfüllt sind²⁸.

43. Im vorliegenden Fall bestätigt DiAx in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 9. November 2001, dass die MFA ohne Zweifel als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG gelten dürften. Erste Abklärungen des Sekretariats ergaben überdies, dass die Preise der drei MFA in Struktur und Höhe ähnlich sind. Die vorstehend in Randziffer 2 beschriebenen Ergebnisse der Marktbeobachtung könnten die Folge von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 KG und/oder Artikel 7 KG sein. Damit besteht Grund zur Annahme, dass eine Verhaltensweise gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG vorliegt, weshalb die Weko zuständig ist, die Frage materiell-rechtlich zu prüfen.

B.1.3 Vorbehalt der Zuständigkeit einer anderen Behörde

44. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass trotz Vorliegen von Hinweisen auf eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG - und damit trotz grundsätzlicher sachlicher Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden - ausdrücklich eine andere Behörde für zuständig erklärt wird (Art. 18 Abs. 3 KG). Im Bereich des Mobilfunks ist insbesondere zu prüfen, ob die im Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) vorgesehene Eidgenössische Kommunikationskommission ("ComCom") oder allenfalls sogar das BAKOM für die Beurteilung des vorliegenden Falls zuständig ist.

45. Diese Auffassung scheint DiAx zu vertreten, indem sie in Ziffer 28 ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 9. November 2001 ohne weitere Begründung festhält, dass die ComCom (und das FMG) abschliessend für die Frage der Marktstellung zuständig sei.

46. Die Zuständigkeiten der ComCom beziehungsweise des BAKOM werden im FMG und dessen Ausführungserlassen umschrieben. Ob damit tatsächlich in jedem Fall die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zur Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fragen ausgeschlossen

²⁸ Präzisierung der Rechtsprechung gemäss RPW 2001/2, S. 267, Rz. 74, und S. 300, Rz. 37; RPW 1998/3, S. 430, Rz. 21

wird, kann vorliegend offen bleiben. Ohne Zweifel fallen nämlich die hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte nicht in den Zuständigkeitsbereich der ComCom beziehungsweise des BAKOM. Wie den nachstehenden Ausführungen entnommen werden kann, wurden einerseits die Preise der MFA gegenüber den Endkunden untersucht (vgl. Rz. 58). Andererseits wurden die Auswirkungen der Preise geprüft, welche die FDA bei den MFA für diejenigen Dienste zu entrichten haben, die sie wiederum an die Endkunden weiterverkaufen wollen (vgl. Rz. 59). Die Festlegung oder zumindest Überprüfung dieser Preise wird weder vom FMG noch von dessen Ausführungserlassen ausdrücklich der Kompetenz der ComCom beziehungsweise des BAKOM unterstellt. Demzufolge ist die Weko zur Beurteilung dieser Preise nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zuständig.

47. In diesem Zusammenhang ist auch der Verweis von DiAx auf die Interkonnectionsvorschriften unbehelflich. Wie nachstehend unter Randziffern 59 und 63 dargelegt wird, bilden die Interkonnectionspreise eben gerade nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

48. Auch die Tatsache, dass gewisse Elemente für die Festlegung der untersuchten Preise - wie zum Beispiel die Preise für die Interkonnection - allenfalls durch die ComCom beziehungsweise das BAKOM beeinflusst werden, vermag an der Zuständigkeit der Weko nichts zu ändern. Der Umstand, dass gewisse Preiselemente staatlich vorgeschrieben sind, führt nicht automatisch zu einem regulierten Preis. Infolgedessen lässt sich auch daraus nicht eine Zuständigkeit der ComCom beziehungsweise des BAKOM herleiten.

B.1.4 Ergebnis

49. Gestützt auf diese Ausführungen ist die Weko zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes zuständig.

B.2 Geltungsbereich

50. Das KG gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 KG).

51. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Swisscom, DiAx und Orange sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

52. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Kap. B.4) eingegangen.

53. Die Prüfung der Marktbeherrschung der Unternehmen - kollektiv oder einzeln - erfolgt unter Artikel 7 KG (Kap. B.5). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von

Marktmacht dar²⁹. Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

54. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

55. Wie vorstehend unter Randziffer 32 f. ausgeführt wurde, ist die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht generell zu verneinen, wenn für einen Wirtschaftsbereich staatliche Vorschriften erlassen wurden. Einmal müssen diese staatlichen Regelungen *bezwecken*, auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb auszuschliessen. Selbst wenn dies zutrifft, so ist überdies zu prüfen, welcher Markt im konkreten Fall massgebend ist. Soweit eine allfällige staatliche Markt- oder Preisordnung in einem Teilbereich Raum für wettbewerbliches Verhalten lässt, ist das Kartellgesetz auf diesen Teilbereich anwendbar³⁰.

56. Im Bereich der Telekommunikation bestehen in Form des FMG und dessen Ausführungserlassen zweifelsfrei staatliche Vorschriften. Gemäss Botschaft zum FMG geht dieser Erlass indessen von der Überzeugung aus, dass mit dem Wettbewerb die Ziele der Fernmeldepolitik unseres Landes besser erreicht werden als mit teilweisem Monopolschutz³¹. Infolgedessen gilt das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht auch im Fernmeldebereich. Gewisse, vom FMG vorgesehene branchenspezifische Regelungen, wie zum Beispiel die Interkonnektionspflicht, bilden lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst³².

²⁹ Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, a.a.O., Art. 2 Rz. 14

³⁰ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 72 f.

³¹ Vgl. Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 (Botschaft zum FMG), BBl 1996 III S. 1417 und S. 1424; BGE 125 II 308 E. 4 f.

³² Vgl. Botschaft zum FMG, S. 1418; Bundesgerichtsentscheid vom 3. Oktober 2001 i.S. 2A.503/2000 Commcare AG gegen Swisscom AG bzw. 2A.505/2000 Swisscom AG gegen Commcare AG, E. 6 c, und die dort zitierte Literatur

57. Im Fernmeldebereich bestehen somit zwar gewisse staatliche Vorschriften; ob diese sektoriellen Regelungen im jeweiligen wirtschaftlichen Teilbereich tatsächlich eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG schaffen, kann vorliegend offen bleiben. Gleichzeitig steht nämlich fest, dass diese branchenspezifischen Vorschriften der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Fernmeldebereich nicht generell entgegen stehen. Vielmehr ist erst zu prüfen, welcher Markt für den konkreten Fall relevant ist. Anschliessend lässt sich feststellen, ob hierfür eine besondere sektorielle Regelung im FMG enthalten ist.

58. Im vorliegenden Fall wurden einerseits die Preise der MFA gegenüber den Endkunden untersucht. Der sachlich relevante Markt umfasst somit alle mobilen Telekommunikationsdienste, die von Endkunden nachgefragt werden (vgl. Rz. 89). Bezüglich dieses *Retailmarktes* sieht das FMG keine branchenspezifische Regelungen vor, so dass das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG verneint werden kann.

59. Andererseits wurden die Auswirkungen der Preise geprüft, welche die FDA bei den MFA für diejenigen Dienste zu entrichten haben, die sie wiederum an die Endkunden weiterverkaufen wollen (vgl. Rz. 94 ff.). Da diese Dienste den Endkunden auch von den MFA angeboten werden, sind die FDA somit Nachfrager bei den MFA und gleichzeitig Konkurrenten der MFA. Deshalb wurde abgeklärt, ob die MFA in den Wholesalemärkten, in welchen die FDA als Nachfrager auftreten, über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (vgl. Rz. 110 ff.). Anschliessend wurde untersucht, ob die MFA diese marktbeherrschende Stellung in den Wholesalemärkten dazu missbrauchen, die FDA in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Retailmarkt als benachbartem Markt, in welchem die FDA Konkurrenten der MFA sind, zu behindern (vgl. Rz. 136 ff.). Demzufolge geht es im vorliegenden Fall nicht um den Zugang zum Mobilfunknetz der MFA - und damit nicht um Interkonnektion im Sinne von Artikel 11 FMG -, sondern um die Verhaltensweisen der MFA auf dem den Wholesalemärkten nachgelagerten Retailmarkt. Wie vorstehend in Randziffer 58 bereits erwähnt wurde, sieht das FMG diesbezüglich keine branchenspezifische Regelungen vor, so dass das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG auch unter diesem Gesichtspunkt verneint werden kann.

60. Demgegenüber vertritt DiAx gestützt auf BGE 125 II 293 die Auffassung, dass im Bereich der Mobilfunkkonzession keine Wirtschaftsfreiheit herrsche. Dieses Konzessionssystem lasse keinen Raum für wettbewerbsrechtliche Elemente. Dies ergebe sich auch aus der Tatsache, dass Artikel 23 Absatz 4 FMG lediglich für das Erteilungsverfahren vorsehe, dass der Wettbewerb auf Stufe der Bewerber nicht beseitigt werde. Demgegenüber sei sich der Gesetzgeber bewusst gewesen,

dass nach der Zuteilung der Konzessionen dieser Wettbewerb nicht mehr spielen könne (vgl. Ziffer 11 f. der Stellungnahme zum Antrag vom 9. November 2001).

61. Tatsächlich gilt für jegliche Fernmeldedienste - und nicht nur für den Mobilfunkbereich - das Fernmelderegal gemäss Artikel 92 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Gemäss dem von Diax zitierten Bundesgerichtsentscheid wird damit die Wirtschaftsfreiheit jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern lediglich eingeschränkt³³. Die Umsetzung und Begrenzung dieses Monopols hat der Gesetzgeber zu regeln³⁴, was mit dem neuen Fernmeldegesetz auch geschehen ist. Diesbezüglich betont das Bundesgericht unter Hinweis auf die Botschaft zum FMG, dass mit dem revidierten Fernmelderecht das Ziel verfolgt wird, in diesem Bereich Wettbewerb zu schaffen. Aus dieser Zielsetzung ergibt sich zum Beispiel, dass ein staatliches Monopol beziehungsweise dasjenige der Swisscom auch für die Mobiltelefonie nicht aufrecht erhalten werden darf³⁵. Demzufolge entspricht es keineswegs der Auffassung des Bundesgerichts, dass im Fernmelde- und insbesondere im Mobilfunkbereich kein Raum für wettbewerbsrechtliche Elemente vorhanden ist.

62. Entgegen der Auffassung von Diax bezieht sich Artikel 23 Absatz 4 FMG zudem nicht auf das Erteilungsverfahren. Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung wird klar, dass das *Ergebnis* des Erteilungsverfahrens nicht dazu führen darf, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird. Dies bestätigt auch die Botschaft zum FMG, wonach wirksamer Wettbewerb *durch die Konzessionserteilung* nicht beseitigt werden darf³⁶. Damit wird zweifelsfrei die Situation nach Zuteilung der Konzession angesprochen, womit gleichzeitig feststeht, dass der Gesetzgeber auch nach Konzessionserteilung von einer Wettbewerbssituation ausgeht.

63. Schliesslich ist auch der Hinweis von Diax auf Artikel 11 FMG unbehelflich. Wie in Randziffer 59 ausgeführt wurde, wurde im vorliegenden Fall nicht die Interkonnektion zwischen den MFA und/oder den FDA untersucht. Ob die genannte Bestimmung überhaupt eine staatliche Markt- und Preisordnung begründet, braucht deshalb nicht entschieden zu werden; ohne Zweifel stellt sie für die hier relevanten Märkte keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG dar.

³³ BGE 125 II 303

³⁴ BGE 125 II 303

³⁵ BGE 125 II 307 f.

³⁶ Vgl. Botschaft zum FMG, S. 1432, Hervorhebung durch die Weko

64. Gestützt auf diese Ausführungen steht fest, dass es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von Orange, Swisscom und dem BAKOM auch nicht geltend gemacht.

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

B.4.1 Wettbewerbsabrede

66. 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).

67. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

68. Die geprüften vertraglichen Beziehungen³⁷ zwischen den drei Unternehmen lassen sich insgesamt unter die drei Themen Interkonnektionstatbestände, die nationale Mitbenutzung des Netzes (Vertrag zwischen Swisscom und Orange) sowie die Mitbenutzung von Sendestandorten subsumieren. Derartige vertragliche Beziehungen sind im Telekommunikations- und im Mobilfunkbereich international üblich. Die Prüfung des Inhalts der dem Sekretariat vorgelegten Verträge ergab keine Hinweise auf rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

69. Als Wettbewerbsabrede kann aber auch ein über abgestimmte Verhaltensweisen bestehendes bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken qualifiziert werden (Art. 4 Abs. 1 KG).

³⁷ Die MFA wurden im Fragebogen des Sekretariates vom 22. Mai 2000 aufgefordert, alle relevanten vertraglichen Beziehungen gegenüber dem Sekretariat offen zu legen. Soweit die nachstehend genannten Verträge nicht standardisierte Inhalte wie im Fall der Interkonnektionsverträge von Swisscom mit anderen FDA beinhalten, wurden diese von den Parteien als Geschäftsgeheimnisse deklariert.

70. Entsprechende Anhaltspunkte lagen aufgrund der durch das Sekretariat im Vorfeld der Untersuchung vorgenommenen Marktbeobachtung vor. Es wurde festgestellt, dass Preis- oder Sortimentsänderungen in der Regel von einer MFA öffentlich angekündigt und dann jeweils innerhalb weniger Tage oder Wochen von den anderen MFA mit vergleichbaren beziehungsweise annähernd analogen Massnahmen beantwortet wurden. Mit öffentlichen Ankündigungen kann unter Umständen eine Signalwirkung erzeugt werden, welche allenfalls die Wirkung einer abgestimmten Verhaltensweise entfalten kann. Ebenfalls verbessern derartige Ankündigungen die Markttransparenz. Die Markttransparenz ermöglicht es den an einer Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen, das Abweichen von der Wettbewerbsabrede festzustellen und auf dieses Verhalten mit geeigneten (Straf-) Massnahmen zu reagieren³⁸. Transparenz ist in der Regel der Stabilität einer Wettbewerbsabrede förderlich³⁹. Im Stadium der Eröffnung der Untersuchung hat das Sekretariat gegenüber den Parteien auf die in Struktur und Höhe sehr ähnlichen Preise der MFA hingewiesen. Diese Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede waren ein Grund zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung.

71. Gestaffelte Preissenkungen können allenfalls auch dadurch erklärt werden, dass MFA aufgrund des Wettbewerbsdruckes nicht an höheren Preisen festhalten können. Grundsätzlich können somit die beobachteten gestaffelten Preisänderungen auch Ausdruck von wirksamem Wettbewerb sein.

72. Um diese teilweise ambivalenten theoretischen Überlegungen zu prüfen, wurden alle Preis- und Sortimentsänderungen (inkl. Angebot von Zusatzdiensten und Verbilligung von Endgeräten) im Zeitraum zwischen Dezember 1998 und August 2001 analysiert.

73. Die Analyse ergab, dass die Preise sowohl für Abonnemente, Gesprächstarife und Zusatzdienste bei allen MFA eine sinkende Tendenz aufweisen. Vereinzelt konnten Verhaltensweisen der MFA festgestellt werden, welche die oben erwähnte Hypothese von öffentlichen Ankündigungen als Vehikel zur Abstimmung des Verhaltens stützen. Als Beispiel dazu dient das im Jahr 2001 nacheinander von den drei MFA angekündigte und eingeführte neue Abonnement⁴⁰, das bei verhältnismässig geringen Abbonnementskosten (CHF 15.-- pro Monat bei Swisscom und Orange sowie CHF 12.-- pro Monat bei DiAx) jeweils ähnliche Gesprächskosten und Zusatzleistungen beinhaltet.

³⁸ Vgl. anstelle vieler NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, "Trawling for Minnows. European Competition Policy and Agreements Between Firms", Center for Economic Policy Research (CEPR) 1998, S. 50

³⁹ Vgl. anstelle vieler PHILIPS LOUIS, "Competition policy: a game-theoretic perspective", Cambridge University Press, Cambridge, 1995

⁴⁰ Swisscom: Ankündigung am 27.4.2001; Angebot seit 1.5.2001; Orange: Ankündigung 10.5.2001; Angebot seit 14.5.2001; DiAx: Angebot seit 18.6.2001.

74. Aus empirischer Sicht und in Verbindung mit theoretischen Überlegungen sprechen jedoch auch verschiedene Gründe gegen das Vorliegen von abgestimmten Verhaltensweisen.

75. Nachfolgend wird die Preisgestaltung für zwei wichtige und zwischen den MFA teilweise vergleichbare Mobilfunkangebote seit Eröffnung der Untersuchung analysiert.

a) Pre-Paid-Angebote

(Normaltarif in Rappen pro Minute; Nieder- und Nachttarife werden nicht berücksichtigt; Quelle: Angaben der MFA)

	Swisscom	Diax	Orange⁴¹
März 1999 Diax lanciert eigenes Angebot	129	109	-
Juni 1999	110	99	-
Juli 1999 Markteintritt Orange	110	99	90
November 1999	99	99	90
Februar 2000	99	89	90
Oktober 2000 bis heute	99	69	90

⁴¹ Orange bietet seit September 2000 den Kunden Rabatte im Verhältnis zum Monatsumsatz an (bei CHF 30.-- Umsatz: CHF 5.-- Rabatt; bei CHF 60.-- Umsatz: CHF 10.-- Rabatt; bei CHF 90.-- Umsatz: CHF 15.-- Rabatt).

b) **Abonnement mit monatlichen Gebühren von zirka CHF 25.--**

(Normaltarife in Rappen pro Minute; Nieder- und Nachtarife werden nicht berücksichtigt;
Quelle: Angaben der MFA)

	Swisscom ⁴²	DiAx ⁴³	Orange ⁴⁴	Orange ⁴⁵
Dezember 1998 Markteintritt DiAx	79	65	-	
Juni 1999	59	58	-	
Juli 1999 Markteintritt Orange	59	58	55	110
Februar 2000	59	55	50	100

76. Es ist ersichtlich, dass die Preise mit Markteintritt der beiden neu konzessionierten MFA gesunken sind. Im Fall der Pre-Paid-Angebote datiert die letzte Preissenkung durch DiAx vom Oktober 2000. Demgegenüber hat im letzten Jahr keine der MFA bei den Gesprächstarifen im vorstehenden Beispiel b) den Preis geändert. Die MFA führen diesbezüglich an, dass in dem nach wie vor wachsenden Markt ein Hauptaugenmerk auf die Gewinnung von Neukunden gelegt wird. Den Kunden entstehen beim Einstieg in die Mobiltelefonie hauptsächlich durch den Kauf eines Handys Kosten. Die MFA versuchen, sich über die Subventionierung von Handys zu konkurrenzieren. Dies bedeutet letztlich, dass selbst wenn im Bereich der Gesprächstarife Wettbewerbsabreden vorliegen würden, diese allenfalls durch die Wirkung des Wettbewerbs bei der Vergünstigung von Handys neutralisiert oder gar wirkungslos gemacht werden.

⁴² Abonnement "Natel Swiss": Monatspreis CHF 25.--

⁴³ Abonnement "DiAx 15" bzw. heute "sunrise 15": Monatspreis CHF 25.-- inklusive 15 Gratisminuten pro Monat

⁴⁴ Abonnement "Orange Personal": Monatspreis CHF 20.--; Einheitsgesprächstarif mit Rabatten ab 30 Gesprächsminuten im Monat

⁴⁵ Abonnement "Orange Plus 100": Monatspreis CHF 20.-- inklusive 100 Gesprächsminuten pro Monat einlösbar am Abend und an Wochenenden; Einheitsgesprächstarif mit Rabatten ab 30 Gesprächsminuten im Monat

77. Bezüglich allfälliger Wettbewerbsabreden auf Basis gleichgerichteten Verhaltensweisen sind folgende Erkenntnisse von Bedeutung. Im Fall der Pre-Paid-Angebote sind die Gesprächstarife zwischen den drei Anbietern deutlich unterschiedlich. Es konnten ausserdem im Verlauf der letzten beiden Jahre keine Preisänderungen festgestellt werden, die auf abgestimmte Verhaltensweisen hingedeutet hätten. Im Fall des zur Illustration herangezogenen Abonnements, das alle MFA zu ungefähr CHF 25.-- im Monat anbieten, ist festzuhalten, dass sich die von Orange angebotenen Abonnementsbedingungen deutlich von den übrigen Angeboten unterscheiden. Einerseits ist das Abonnement bei Orange billiger und andererseits bietet Orange zwei verschiedene Varianten zum gleichen Abonnementspreis an. Die drei MFA unterscheiden sich auch im Angebot von Tarifstufen. Während Orange einen einheitlichen Tagesstarif kennt, weist das Diax-Angebot zwei und das Swisscom-Angebot sogar drei Tagesstarifstufen auf.

78. Neben der Preisgestaltung wurde auch die Angebotsgestaltung der MFA hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von Wettbewerbsabreden analysiert. Mobiltelefondienste könnten den Kunden grundsätzlich als homogene, zwischen den einzelnen Anbietern wenig differenzierte Güter angeboten werden. Dadurch könnte die Markttransparenz und die Stabilität einer allfälligen Wettbewerbsabrede erheblich verbessert werden.

79. Die beobachteten Preis- und Sortimentsänderungen in der Schweiz sprechen jedoch eindeutig gegen diese mögliche Strategie der MFA. Als Beispiele dafür können zwei Angebote von Orange herangezogen werden. Mit dem Angebot "Orange City" können Kunden in den Agglomerationen von Basel, Bern, Genf, Lausanne oder Zürich von ihrem Mobiltelefon aus Festnetzanschlüsse der jeweiligen Vorwahlzone zum halben Preis anrufen. Dieses Angebot kostet CHF 5.-- im Monat. Beim Angebot "Orange Family" gewährt Orange einer Gruppe von maximal fünf Personen Rabatte von 25% auf die Gesprächskosten für alle Gespräche, die innerhalb den Mitgliedern der Gruppe erfolgen. Dieses Angebot ist für die Kunden kostenlos.

80. Auch Swisscom und Diax haben im Verlauf der letzten beiden Jahren temporäre oder dauerhafte Angebote lanciert, die zu einer Differenzierung ihrer Dienstleistungen gegenüber den Angeboten der anderen MFA führten. In diesem Zusammenhang sind beispielsweise die in Verbindung mit einem Abonnement monatlich zur Verfügung stehenden Gratisminuten zu sehen.

81. Das anhand der genannten Preis- und Sortimentsänderungen illustrierte Verhalten der MFA lässt kein bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken der drei MFA erkennen. Somit kann das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Bereich der Angebote an Endkunden verneint werden.

82. Die Untersuchung umfasst nicht nur die Endkundenmärkte und die entsprechenden Dienste (vgl. Kap. B.5.1.1). Die MFA stehen als Anbieter von Diensten auch anderen FDA gegenüber. In diesem Bereich herrscht zwar relativ grosse Transparenz, da ein grosser Anteil des Verkehrs (genaue Werte sind Geschäftsgeheimnisse der MFA) vom Festnetz auf Mobilnetze über Interkonnektionsverträge zwischen der jeweiligen FDA und der Swisscom abgewickelt wird. Swisscom bietet nicht nur die Verbindung mit der eigenen Mobilfunktochter, sondern auch die Verbindung mit den beiden anderen MFA an. Transparenz herrscht, weil die hier zur Anwendung gelangenden Tarife von Swisscom im Preismanual des standardisierten Interkonnektionsangebotes⁴⁶ publiziert werden.

83. Die im Standardangebot publizierten Preise weisen jedoch heute je nach Mobilfunknetz, in dem der jeweilige Anruf terminiert werden soll, grosse Unterschiede auf. Die Preise haben sich bei den MFA auch unterschiedlich entwickelt. So waren bei Swisscom, ausgehend von einem mit den anderen MFA vergleichbaren Preisniveau, zwischen August 2000 und August 2001 die stärksten Preissenkungen in der Höhe von ungefähr 12% zu beobachten.

84. Insgesamt können die zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung aufgrund sehr ähnlicher Terminierungspreise vorliegenden Anhaltspunkte für abgestimmte Verhaltensweisen der drei MFA gegenüber den FDA anhand der beobachteten Verhaltensweisen entkräftet werden. Ob dies als Verhaltensänderung der MFA zu qualifizieren ist, kann wegen der im Verhältnis zur Liberalisierung im Mobilfunkbereich sehr früh durchgeführten Untersuchung nicht schlüssig beurteilt werden.

85. Aufgrund oben stehender Feststellungen erübrigt sich jedenfalls eine weitere Prüfung von Abredetatbeständen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG im Rahmen der vorliegenden Untersuchung.

86. Erst in den Stellungnahmen zum Antrag wurde von Swisscom und DiAx darauf hingewiesen, dass bislang vor der Eidgenössischen Kommunikationskommission ("ComCom") hängige Interkonnektionsverfahren aufgrund einer Einigung zwischen Swisscom und DiAx sistiert wurden. Diese Einigung beinhaltet die Festsetzung von Terminierungspreisen in den Mobilfunknetzen von Swisscom und DiAx. Die Einigung und die daraus folgenden Auswirkungen waren nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die Weko behält sich diesbezüglich vor, neue Verfahren zu eröffnen.

⁴⁶ Vgl. <http://www.swisscom.com/gd/services/wholesale/wholesale-de.html>

B.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

B.5.1 Marktbeherrschende Stellung

87. Um festzustellen, ob sich Swisscom, DiAx und Orange einzeln oder kollektiv tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.5.1.1 Der relevante Markt

B.5.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

89. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen die drei MFA Swisscom, DiAx und Orange. Ihnen stehen zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern gegenüber. Dabei handelt es sich um Fernmelde-dienstanbieterinnen ("FDA") und um Endkunden. FDA fragen bei den MFA Dienste nach, um die Zusammenschaltung (so genannte Inter-konnektion) zwischen verschiedenen Netzen sicherzustellen und um den Wiederverkauf von Fernmeldediensten an Endkunden zu ermöglichen. Endkunden fragen bei den MFA mobile Telekommunikations-dienste nach. Die Nachfrage dieser beiden Gruppen unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs-(Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) unterschieden wird. Dieser Abgrenzung stimmen Swisscom und Orange zu. Nach Ansicht von DiAx besteht grundsätzlich kein Anlass, eine Segmentierung des Mobilfunkmarktes vorzunehmen. Falls die Weko jedoch eine Segmentierung als angemessen und sachgerecht erachtet, sind auch gemäss DiAx Wholesale- und Retail-Märkte zu unterscheiden.

90. Swisscom äusserte sich in der Stellungnahme zum Antrag dahingehend, dass keine Unterscheidung zwischen Wholesale- und Retail-märkten möglich sei. Begründet wird dies insbesondere mit den in Netzindustrien sehr starken Interdependenzen zwischen den beiden Ebenen der Produktionskette.

91. Die Weko hält an der Marktabgrenzung fest, weil die Interdependenzen zwischen Wholesale- und Retailmärkten bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt werden. Weiter wird in vergleichbaren Fällen im Ausland auch diese Marktabgrenzung vorge-

nommen⁴⁷. Und schliesslich hat das BAKOM als Fachbehörde der Marktabgrenzung zugestimmt.

92. Die MFA können zusätzlich auch untereinander als Anbieter beziehungsweise Nachfrager von gewissen Diensten auftreten. Zu denken ist insbesondere an die Mitbenutzung von Sendestandorten oder von Netzkapazitäten. Gemäss den Stellungnahmen der MFA bestehen in der Schweiz derartige Verträge. Die unter den MFA angebotenen beziehungsweise nachgefragten Dienste stehen, da diese nicht als Wettbewerbsabreden qualifiziert wurden (Kap. B.4.1), nicht im Zentrum der vorliegenden Untersuchung. Deshalb wird die Frage offen gelassen, ob diese Dienste einem separaten relevanten Markt zugeordnet werden müssen.

93. Innerhalb des Wholesale- beziehungsweise des Retail-Marktes muss weiter geprüft werden, ob die in ein Mobilfunknetz eingehenden und von einem Mobilfunknetz abgehenden Gespräche demselben relevanten Markt zuzuordnen sind.

94. Im *Wholesalemarkt* fragen FDA bei den MFA Dienste nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen. Es kann zwischen zwei Kommunikationsrichtungen unterschieden werden. Falls es sich um Dienste handelt, welche letztlich die Kommunikation von einem bestimmten Mobilfunknetz auf das Festnetz erlauben (abgehende Gespräche), werden die nachfragenden FDA diese Dienste definitionsgemäss letztlich an Mobilfunkendkunden weiterverkaufen. Falls es sich um Dienste handelt, welche die Kommunikation vom Festnetz auf ein bestimmtes Mobilfunknetz erlaubt (eingehende Gespräche), beziehen FDA diese Dienste zum Zweck des Weiterverkaufs an Endkunden mit Festnetzanschluss. Für die FDA als Marktgegenseite weisen die beiden Kommunikationsrichtungen somit grundsätzlich verschiedene Verwendungszwecke auf, weshalb sich die Definition von unterschiedlichen relevanten Märkten rechtfertigt. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt beispielsweise das britische Office of Telecommunications (OFTEL)⁴⁸ unter anderem auch gestützt auf empirische Belege, die zwar auf Daten des Marktes England gelten, aber durchaus auch auf die Verhältnisse in der Schweiz übertragbar sind.

⁴⁷ Vgl. bspw. "Review of the Charge Control on Calls to Mobile, A Statement issued by the Director General of Telecommunications", 26. September 2001, und "Effective Competition Review: Mobile, A Statement issued by the Director General of Telecommunications", 26. September 2001

⁴⁸ Vgl. Fussnote 47

95. Aus Sicht der FDA ist weiter zu klären, inwieweit Fernmeldedienste von ihrem Netz in Richtung der drei Mobilfunknetze untereinander substituierbar sind. Die Tatsache, dass ein bestimmter Mobilfunkkunde nur über das Netz der von ihm gewählten MFA erreichbar ist, spricht gegen die Substituierbarkeit. In diesem Zusammenhang ist weiter von Bedeutung, dass alle FDA verpflichtet sind, die Interoperabilität zwischen den Diensten der Grundversorgung sicherzustellen (vgl. Art. 37 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1] i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst. a FDV). Sie müssen ihren Kunden folglich Fernmeldedienste ab dem Festnetz zu allen Mobilnetzen anbieten. Wenn eine FDA einen entsprechenden Vertrag beispielsweise mit Orange unterzeichnet, entbindet dies die FDA nicht, auch Verträge mit Swisscom und DiAx abzuschliessen.

96. Die Weko kommt insgesamt zum Schluss, dass diese Dienste für die FDA nicht substituierbar sind und deshalb von drei unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten auszugehen ist.

97. Im *Retailmarkt* fragen Endkunden die Möglichkeit einer Kommunikation zwischen A (Anschluss Mobilnetz) und B (Anschluss Festnetz oder Anschluss anderes Mobilnetz) nach. Aus Sicht der Endkunden weisen die Verbindungen von A nach B beziehungsweise von B nach A den gleichen Verwendungszweck auf, da beide Verbindungen die Kommunikation zwischen A und B ermöglichen. Die Eigenschaften der Verbindungen unterscheiden sich jedoch zumindest bezüglich der finanziellen Folgen, da der Anrufer die Kosten der Kommunikation in Rechnung gestellt erhält.

98. In der Untersuchung stehen MFA im Zentrum. Marktgegenseite sind die Mobilfunkkunden. Diese haben nur die Kosten für vom Mobilnetz abgehende Gespräche zu tragen, und es kann aus Sicht der Mobilfunkkunden davon ausgegangen werden, dass diese Dienste mit eingehenden Gesprächen nicht in einem engen Substitutionsverhältnis stehen.

99. Die MFA sind mit dieser Marktabgrenzung weder im Retail- noch im Wholesalemärkte einverstanden. Swisscom äussert sich ausführlich zur Substituierbarkeit von ein- und abgehenden Gesprächen. Swisscom bringt vor, dass die Bildung von separaten relevanten Märkten für ein- und abgehende Gespräche nicht sachgerecht sei. Die nachstehende Argumentation gilt dabei gemäss Swisscom grundsätzlich für Retail- und Wholesalemärkte. Die Endkunden könnten Preisunterschiede zwischen der Verbindung von A nach B im Vergleich zur Verbindung von B nach A mit verhältnismässig einfachen Massnahmen umgehen. Eine Verbindung in der Richtung mit dem höheren Preis wird nur zum Zweck der Ankündigung der Kommunikation aufgebaut und nachher sofort wieder unterbrochen (so genannte Lockanrufe). Anschliessend wird die Verbindung in der anderen, billigeren Richtung wieder aufgebaut. Dadurch würde der Marktmechanismus die Anbieter diszipli-

nieren und den Preissetzungsspielraum einschränken. Ausserdem würden für ein- und abgehende Gespräche die gleichen Einrichtungen benutzt, was für das Vorhandensein einer Angebotssubstitution spreche.

100. Auch in den Stellungnahmen zum Antrag sprechen sich Swisscom, DiAx und Orange unter teilweiser Wiederholung der vorstehend genannten Argumente gegen diese Marktabgrenzung aus.

101. Die Argumentation ist nach Ansicht der Weko nicht geeignet, die Definition des relevanten Marktes zu beeinflussen. Die beiden Dienste können allenfalls aus theoretischer Sicht als Substitute betrachtet werden. Aus der Sicht der Marktgegenseite stellen diese jedoch keine nahen Substitute dar. Dies kann schon anhand der Tatsache, dass die Kosten immer beim Anrufer anfallen, belegt werden. Da die Definition des relevanten Marktes aus Sicht der Marktgegenseite erfolgt, ist die Frage, ob für das Angebot von bestimmten Diensten gleiche Einrichtungen benutzt werden, nicht relevant. Die allenfalls möglichen Auswirkungen der Lockanrufe werden aber in die Beurteilung des aktuellen beziehungsweise potenziellen Wettbewerbs einfließen. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen und den zustimmenden Äusserungen des BAKOM geht die Weko somit von separaten sachlich relevanten Märkten für ein- und ausgehende Gespräche innerhalb des Retail- und des Wholesalemarktes aus.

102. Obwohl heute noch keine UMTS-Angebote erhältlich sind, kann die Diskussion der Marktabgrenzung kaum vollständig sein, wenn nicht auf diese neue Generation von Mobilfunkdiensten eingegangen wird. UMTS wird gemäss Aussagen der befragten MFA vor allem im Bereich der Zusatzdienste einige Innovationen bringen. Andererseits wird man auf dem UMTS auch wie bisher telefonieren können. Da das Ausmass der Innovationen bei Zusatzdiensten heute nicht abgeschätzt werden kann und die bisher im alten Standard angebotenen Zusatzdienste auch dem relevanten Markt für mobile Fernmeldedienste zugeordnet wurde, ergibt sich heute kein Bedarf, von einem separaten (zukünftigen) Markt für UMTS-Dienste auszugehen. Dieser Abgrenzung stimmen die MFA in ihren Antworten auf eine entsprechende Frage im Fragebogen des Sekretariates zu.

103. Zusammenfassend ergeben sich folgende sachlich relevanten Märkte:

- Retailmarkt für abgehende mobile Fernmeldedienste;
 - Retailmarkt für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste;
 - Wholesalemarkt für abgehende mobile Fernmeldedienste;
 - Wholesalemärkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste (insgesamt drei sachlich relevante Märkte).
-

104. Von praktischer Relevanz sind heute der Retailmarkt für abgehende mobile Fernmeldedienste und die drei Wholesalemärkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste. Der Weko sind in den übrigen sachlich relevanten Märkte keine oder keine bedeutenden Dienste bekannt. Aus diesem Grund werden diese Märkte im Folgenden nicht weiter untersucht.

B.5.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

106. Sowohl die Dienste im Retail- wie auch im Wholesalemarkt werden von der Marktgegenseite (Endkunden bzw. FDA) hauptsächlich bei MFA in der Schweiz nachgefragt. Diese Nachfragestruktur ergibt sich unter anderem auch durch die jeweils national vergebenen und im Gebiet des jeweiligen Landes geltenden Mobilfunkkonzessionen für die MFA.

107. Von Orange wird geltend gemacht, dass im Wholesalemarkt Interkonnektions- oder Wiederverkaufsleistungen international nachgefragt oder angeboten werden. Da aber die vorliegend interessierenden Wholesale-Dienste von den FDA vorwiegend zum Zweck des Weiterverkaufs an Endkunden in der Schweiz nachgefragt werden, kann auch hier der räumlich relevante Markt auf die Schweiz begrenzt werden.

108. Die Weko geht somit bei allen vorstehend definierten sachlichen Märkten von einer räumlichen Ausdehnung aus, die auf die Schweiz begrenzt ist.

B.5.1.2 Beurteilung der Marktstellung

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

110. Im Folgenden wird geprüft, ob Swisscom, DiAx und Orange als MFA in einem oder mehreren der relevanten Märkte über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung (Kap. 5.1.2.1) verfügen oder marktbeherrschende Stellungen der einzelnen Unternehmen vorliegen (Kap. 5.1.2.2)

B.5.1.2.1 Kollektive Marktbeherrschung

111. Im Rahmen der vor Eröffnung dieser Untersuchung durchgeführten Marktbeobachtung wurden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Mobilfunkmarkt festgestellt. Die MFA ihrerseits gehen in den jeweiligen Stellungnahmen alle davon aus, dass keine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt.

112. Die Prüfung, ob eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt, erfolgt in einem ersten Schritt anhand von statischen Strukturmerkmalen im relevanten Markt⁴⁹. Diese Strukturmerkmale können hauptsächlich Angaben über die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung liefern. Von einer bestimmten Marktstruktur kann jedoch nicht abschliessend auf die Wettbewerbsintensität im Markt geschlossen werden. In einem zweiten Schritt ist deshalb empirisch, das heisst aufgrund des beobachteten Verhaltens der Unternehmen, zu belegen, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt und der Wettbewerb beschränkt wird. Die Beurteilung erfolgt dabei analog zu derjenigen im Bereich von als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizierenden gleichgerichteten Verhaltensweisen (vgl. Kap. B.4.1). Die Analogie in der Beurteilung ist unter anderem die Folge davon, dass derartige Wettbewerbsabreden und kollektiv marktbeherrschende Stellungen in der Praxis sehr ähnliche Auswirkungen haben.

113. In Kapitel B.4.1 wurde im Detail ausgeführt, weshalb die Weko davon ausgeht, dass keine Wettbewerbsabreden aufgrund gleichgerichteten Verhaltens im Mobilfunkmarkt bestehen. Dabei wurde insbesondere gezeigt, dass das beobachtete Verhalten der MFA gegen das Vorliegen von derartigen Wettbewerbsabreden spricht. Dies obwohl einige Elemente der Marktstruktur grundsätzlich dazu geeignet wären, die Wahrscheinlichkeit für das Schaffen beziehungsweise die Beständigkeit einer Wettbewerbsabrede zu erhöhen.

114. Daraus folgt, dass im Rahmen dieser Untersuchung nicht zusätzlich auf die Frage der kollektiv marktbeherrschenden Stellung eingegangen werden muss. Vielmehr kann aufgrund des beobachteten Verhaltens der MFA und den Ausführungen in Kapitel B.4.1 das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung verneint werden.

B.5.1.2.2 Marktbeherrschung der einzelnen Unternehmen

B.5.1.2.2.1 Retailmarkt für abgehende mobile Fernmeldedienste

a. Aktueller Wettbewerb

115. Im Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste sind die drei MFA tätig. Swisscom hat als ehemalige Monopolistin die grösste Erfahrung im schweizerischen Mobilfunkmarkt. DiAx ist seit Dezember 1998 und Orange seit Juni 1999 im Markt tätig.

⁴⁹ Vgl. RPW 1998/3, S. 392 ff.

116. Für eine Beschreibung der Marktanteile wird auf die Gesamtkundenzahl der MFA abgestellt. Obwohl dies nicht direkt den Werten im Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste entsprechen dürfte, kann die Gesamtkundenzahl als bester verfügbarer Indikator bezeichnet werden. Die Verteilung der Marktanteile lässt sich heute (Stand: 1. Juni 2001) wie folgt darstellen: Swisscom 69%, Orange 17% und DiAx 14%.

117. Die Entwicklung der Marktanteile zwischen 1998 und heute zeigt einerseits, dass Swisscom nach dem Markteintritt von DiAx und Orange in einem nach wie vor wachsenden Markt kontinuierlich Marktanteile verloren (Januar 1999: 98%; Juli 1999: 86%; Juli 2000: 72%) und sich diese Entwicklung erst in diesem Jahr etwas abgeschwächt hat. Andererseits hat Orange die früher in den Markt eingetretene DiAx bezüglich der Anzahl Kunden überholt.

118. Aufgrund dieser Marktanteilsangaben kann eine marktbeherrschende Stellung von Orange oder DiAx ausgeschlossen werden. Auch die Swisscom ist gegenüber den Endkunden nicht in der Lage, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zwar könnte Swisscom aufgrund der historischen Monopolstellung noch gewisse Vorteile gegenüber den neuen MFA haben. Da die Dienste von DiAx und Orange aber weitgehend vergleichbare Eigenschaften aufweisen, erlauben diese historischen Vorteile oder auch allfällige Vorteile bezüglich der Finanzkraft der Swisscom kein unabhängiges Verhalten. Insbesondere hat Swisscom bezüglich der Preisgestaltung keinen übermässigen Handlungsspielraum. Wettbewerbsfördernd sind auch die verhältnismässig geringen Transaktionskosten, welche durch einen Wechsel von einer MFA zu einer anderen verursacht werden. Hier ist insbesondere die Möglichkeit, die eigene Nummer auch bei einem Anbieterwechsel zu behalten (Nummerportabilität), zu erwähnen.

119. Die Wirkung des aktuellen Wettbewerbs wird von der Weko als verhältnismässig stark beurteilt. Zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass in naher Zukunft eine weitere MFA (3G Mobile AG - Telefónica) im Markt tätig werden wird. Dieser Markteintritt dürfte den Wettbewerb verstärken. Insgesamt kommt die Weko zum Schluss, dass im Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste keine MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

B.5.1.2.2.2 Wholesalemärkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste

120. Zu beurteilen sind die Märkte für eingehende mobile Fernmeldedienste im Netz von Swisscom, DiAx und Orange. Die Beurteilung ist für die drei Märkte sehr ähnlich. Aus diesem Grund sind die nachstehenden Aussagen grundsätzlich für alle drei Märkte gültig.

a. Aktueller Wettbewerb

121. Aufgrund der vorgenommenen Marktabgrenzung, den heutigen technischen Möglichkeiten und den angebotenen Diensten der MFA ergibt sich, dass kein aktueller Wettbewerb existiert. FDA, welche Fernmeldedienste zwischen Fest- und Mobilfunknetz anbieten, sind auf die Zusammenarbeit mit den MFA angewiesen. Da die FDA ihren Festnetzkunden die Verbindung zu allen Mobilfunkkunden anbieten müssen (Interoperabilitätsverpflichtung, vgl. Kap. B.5.1.1.1), sind die FDA auf entsprechende Wholesaledienste von allen MFA angewiesen.

122. Zu berücksichtigen ist der Einfluss von so genannten Lockanrufen (vgl. Kap. B.5.1.1.1). Diese Dienste stehen nicht in einem engen Substitutionsverhältnis mit den vorliegend interessierenden Diensten. Allenfalls können diese aber trotzdem einen Einfluss auf die Marktstellung der MFA haben. Die praktische Bedeutung dieser Ausweichmöglichkeit wird von der Weko jedoch als gering betrachtet. Es sind auch keine entsprechenden kommerziellen Angebote bekannt.

123. Die Situation, dass bei der Terminierung von Anrufen in ein Netz kein aktueller Wettbewerb herrscht, ist häufig zu beobachten. Aus wettbewerblicher Sicht ist dabei in der Regel von Bedeutung, welche (Verhandlungs-)Macht der Marktgegenseite zukommt⁵⁰. Je nach Stärke des Einflusses dieser Verhandlungsmacht kann ein unabhängiges Verhalten der MFA verhindert werden. Es wird insbesondere zwischen einseitiger und gegenseitiger Terminierung unterschieden. Als Beispiel einseitiger Terminierung kann die Situation bei der Festnetztelefonie genannt werden. Nach wie vor sind die meisten Kunden am Netz der Swisscom angeschlossen. Gegenseitige Terminierung kann demgegenüber bei Festnetz- zu Mobilfunkkommunikation auftreten. Die Macht der Marktgegenseite in vorliegendem Fall wird nachstehend unter Randziffer 128 ff. analysiert.

b. Potenzieller Wettbewerb

124. Potenzieller Wettbewerb ist vor allem in Form von technischen Möglichkeiten zur Umgehung des Einflusses der MFA zu erkennen. Als Beispiel dafür können Handys genannt werden, die das Einsetzen verschiedener SIM-Karten erlauben. Dies würde es ermöglichen, Mobilfunkkunden über verschiedene Netze zu erreichen. Die Terminierungsdienste zweier oder mehrerer MFA würden so in Konkurrenz zu

⁵⁰ Vgl. LAFFONT/TIROLE, "Competition in Telecommunications", MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000

einander stehen. Entsprechende Geräte sind zwar heute verfügbar, konnten sich aber nicht durchsetzen. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass dem Mobilfunkkunden durch den Einsatz zweier SIM-Karten zusätzliche Kosten für den Kauf der SIM-Karte oder in Form von Abonnementsgebühren entstehen.

125. Eine weitere Möglichkeit zur Umgehung der starken Stellung der MFA ist das so genannte "Refiling". Die Terminierung im Mobilnetz erfolgt über das Ausland, indem der Verkehr entsprechend umgeleitet wird. Dabei kommen andere Gebühren für die Terminierung im Mobilnetz zur Anwendung. Die MFA haben jedoch Möglichkeiten, diese Arbitrage-Geschäfte mittels entsprechenden internationalen Mobilterminierungsverträgen nach und nach zu unterbinden. Der Einfluss des Refiling wird insgesamt als gering erachtet.

126. Die technische Entwicklung im Bereich der Telekommunikation ist nach wie vor sehr rasant. Konkrete Möglichkeiten, welche die Marktstellung der MFA in Zukunft beeinflussen würden, sind jedoch nicht erkennbar. Der Einfluss des potenziellen Wettbewerbs ist somit als gering zu bezeichnen.

c. Stellung der Marktgegenseite

127. Im Fall des gegenseitigen Netzzuganges beziehungsweise der gegenseitigen Terminierung haben die Unternehmen, welche jeweils im Besitz eines Netzes sind, Anreize zur Zusammenarbeit mit dem anderen Netzbetreiber. Diese Anreize werden unter anderem durch Netzexternalitäten begründet, das heisst, der Nutzen eines Netzes steigt pro an das Netz angeschlossenen Kunden. Die Netzbetreiber werden sich deshalb über kommerzielle Bedingungen des gegenseitigen Zuganges einigen können⁵¹. Daraus kann abgeleitet werden, dass in diesen Situationen keine über das allgemeine Wettbewerbsrecht (bspw. zur Verhinderung von Wettbewerbsabreden) hinausgehende Regulierung des Netzzuganges notwendig ist⁵².

⁵¹ Die Anreize zur Zusammenarbeit können auch negative Folgen haben. Es kann gezeigt werden, dass Unternehmen in Situationen mit gegenseitigem Netzzugang zu kooperativen Lösungen tendieren (vgl. BÜHLER STEFAN, "A further look at network competition in Telecommunications, Working Paper Nr. 9904 des Sozioökonomischen Instituts, Universität Zürich, überarbeitete Version Mai 2000). Diese Lösungen können unter Umständen als implizite Wettbewerbsabreden qualifiziert werden. Vorliegend konnten die entsprechenden Anhaltspunkte jedoch widerlegt werden (vgl. B.4.1).

⁵² Vgl. LAFFONT/TIROLE, a.a.O., S. 179 ff.

128. In einem unregulierten Wholesalemärkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste haben die FDA eine gewisse Verhandlungsmacht. Diese Macht ergibt sich durch die Möglichkeit, auf eine Zusammenarbeit mit den MFA verzichten zu können. Dadurch nehmen sowohl bei der FDA, als auch bei der MFA die Netzexternalitäten ab. Das durch die starke Stellung der MFA bei der Terminierung im jeweiligen Mobilfunknetz mögliche unabhängige Verhalten wird beschränkt.

129. Dieser theoretisch vorhandene Einfluss der Marktgegenseite wird jedoch vorliegend durch regulatorische Auflagen beschränkt. FDA sind verpflichtet, die Interoperabilität zwischen allen Diensten der Grundversorgung zu gewährleisten (vgl. Kap. 5.1.1.1). Dies bedeutet, dass sie auch Verbindungen zu allen Mobilfunknetzen gewährleisten müssen. Die theoretische Möglichkeit, die Verbindung zum Netz einer bestimmten MFA nicht anzubieten, existiert nicht. Damit wird auch die Stellung der Marktgegenseite erheblich verkleinert. Insgesamt kann die Marktgegenseite im heutigen regulatorischen Umfeld den Verhaltensspielraum der MFA nicht massgeblich einschränken.

d. Ergebnis

130. Die Analyse der Wholesalemärkte für in das Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste bestätigt grundsätzlich die Anhaltspunkte, wonach Swisscom, DiAx und Orange je eine marktbeherrschende Stellung im betreffenden Markt einnehmen. Wie sich aus den Erwägungen in nachstehendem Kapitel B.5.2 ergibt, ist eine abschliessende Beurteilung jedoch nicht notwendig.

B.5.1.2.3 Zusammenfassung

131. Im Retailmarkt bestehen keine kollektiv marktbeherrschenden Stellungen von Swisscom, DiAx oder Orange, wie auch keine marktbeherrschenden Stellungen der einzelnen Unternehmen.

132. In den Wholesalemärkten für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste werden die bestehenden Anhaltspunkte für marktbeherrschende Stellungen der einzelnen MFA nicht abschliessend beurteilt.

B.5.2 Unzulässige Verhaltensweisen

133. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

134. Nachstehend ist einzig das Verhalten der MFA in den drei Wholesalemärkten für in Mobilfunknetze eingehende Fernmeldedienste zu untersuchen. In den übrigen relevanten Märkten ergaben sich keine marktbeherrschende Stellungen.

135. Im Rahmen der vor Eröffnung der Untersuchung durchgeführten Marktbeobachtung und im Verlauf der Untersuchung haben sich insbesondere Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Preisgestaltung für Dienste im betreffenden Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern. Die allfällige Wettbewerbsbeschränkung im Wholesalemarkt wirkt sich für die FDA im nachgelagerten Retailmarkt aus (vgl. nächste Rz.). Diese Verhaltensweisen können im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig sein.

136. MCI WorldCom beklagt sich in Stellungnahmen gegenüber der Weko über allenfalls unzulässige Verhaltensweisen der MFA. MCI WorldCom bringt als Beispiel folgenden Sachverhalt vor. MCI WorldCom will einem Geschäftskunden einen Telefondienst via Carrier Preselection vom Festnetz auf ein Mobilnetz anbieten. Ein Vergleich zwischen dem Retailpreis der Swisscom und den der MCI WorldCom entstehenden Kosten zeigt, dass es MCI WorldCom nicht möglich ist, den Dienst zu den gleichen Preisen wie Swisscom im Markt anzubieten. Die Kosten von MCI WorldCom werden dabei zum grössten Teil durch die Terminierungsgebühren von Swisscom beeinflusst. Sunrise hat sich in einer Stellungnahme zum gleichen Sachverhalt geäußert und auf die gleichen Probleme hingewiesen.

137. Im Antrag kam das Sekretariat zum Schluss, dass das Verhalten der MFA zu einem wesentlichen Teil durch ausstehende Entscheide der ComCom in zwei Interkonktionsverfahren zwischen DiAx und Swisscom betreffend die Festsetzung der Terminierungspreise im Mobilnetz beeinflusst werden dürfte. Dieser Entscheid hätte die Terminierungsgebühren im Mobilnetz von Swisscom und DiAx direkt und die Terminierungsgebühren für die übrigen Mobilnetze indirekt beeinflusst.

138. Der Entscheid hätte letztlich auch das Verhalten der auf dem nachgelagerten Retailmarkt tätigen Unternehmen beeinflussen können. Das Sekretariat ist im Antrag davon ausgegangen, dass mit der Festsetzung des Terminierungspreises durch die ComCom auch die im Sinne von Artikel 7 KG allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen, die mitunter auch auf einer gewissen Rechtsunsicherheit im vorgelagerten Markt beruhen, hätten beseitigt werden können.

139. In den Stellungnahmen zum Antrag gaben aber Swisscom und DiAx bekannt, dass sie Ende Oktober 2001 eine Einigung erzielen konnten. Das BAKOM bestätigte diesen Sachverhalt und wies darauf hin, dass die beiden Interkonktionsverfahren damit gegenstandslos und von der ComCom abgeschrieben worden sind.

140. Damit ist die vom Sekretariat im Antrag in Aussicht gestellte eventuelle Beseitigung allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG im Bereich der Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetzen nicht mehr wahrscheinlich.

141. Aus diesem Grund hat MCI WorldCom in der Stellungnahme beantragt, die Untersuchung in diesem Bereich fortzuführen, da die in früheren Stellungnahmen beklagten Wettbewerbsbeschränkungen auch mit der zwischen Swisscom und DiAx getroffenen Einigung weiterhin möglich und zu erwarten seien. In einem Eventualantrag wird die Eröffnung eines neuen Verfahrens gefordert.

142. Die Weko lehnt den Hauptantrag von MCI WorldCom mit der folgenden Begründung ab. Die vorliegende Untersuchung wurde im Mai 2000 eröffnet und umfasst neben dem Wholesale- auch den Retailmarkt. Während der Dauer von Verfahren besteht immer eine gewisse Rechtsunsicherheit für die vom Verfahren direkt betroffenen Parteien und andere Marktteilnehmer. Diese Zeit der Rechtsunsicherheit kann mit einer Entscheidung der Weko zumindest im Retailmarkt beendet werden. Den möglichen schützenswerten Interessen von MCI WorldCom kann auch entsprochen werden, indem allenfalls ein neues Verfahren eröffnet wird. Die Weko behält sich vor, im Bereich der von MCI WorldCom beklagten, allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG ein neues Verfahren zu eröffnen. Damit kann dem Eventualantrag von MCI WorldCom Rechnung getragen werden.

C. Kosten

143. Mit zwei Beschwerdeentscheiden vom 3. Oktober 2001 hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Auferlegung der Verfahrenskosten durch die Wettbewerbskommission zulasten der Untersuchungsadressaten, die im Laufe des Verfahrens ihr vermutungsweise unzulässiges Verhalten aufgaben, als unrechtmässig beurteilt und die entsprechenden Kostenverfügungen aufgehoben. Gegen diese beiden Entscheide hat das in der Sache beschwerdelegitimierte Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Angesichts der unklaren Rechtslage wird das vorliegende Verfahren im Kostenpunkt bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiert. Über die Kostenfrage wird mithin nach dem Urteil des Bundesgerichts entschieden. Swisscom, DiAx und Orange erwachsen aus diesem Vorgehen kein Rechtsnachteil. Ein allfälliger Kostenentscheid, welcher Swisscom, DiAx und Orange die Verfahrenskosten auferlegt, wird selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen Swisscom, DiAx und Orange wird im Sinne der Erwägungen eingestellt.
 2. Das Verfahren wird im Kostenpunkt sistiert. Über die Kostenfrage wird in einem späteren Zeitpunkt entschieden.
-

3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	4. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)
-------	------------------------------------------------------------------------------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 17. Dezember 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Anlässlich einer öffentlich-rechtlichen Vergabe (Betonfassadensanierung an der Schweizerischen Landesbibliothek) trafen vier (selektiv) zur Offertstellung eingeladene Bauunternehmen aus dem Raum Bern eine unzulässige Preisabsprache (Indizienbeweis). Die Weko untersagt den Parteien, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG aufeinander abzustimmen. Relevanter Markt ist die konkrete Submission. Rekurs ist hängig.

A l'occasion de l'adjudication de droit public (rénovation de la façade en béton de la Bibliothèque nationale suisse), quatre entreprises de construction de la région de Berne, invitées (sélectivement) à faire une offre, ont conclu un accord illicite sur les prix (preuve par indices). La Comco interdit aux parties de se mettre d'accord dans le futur sur les prix au sens de l'article 5 LCart, dans des procédures de soumission ouvertes ou sélectives, entre elles ou avec des tiers. Le marché de référence est l'appel d'offres en question. Un recours est pendant.

Nell'ambito di una gara d'appalto pubblica (risanamento della facciata della Biblioteca nazionale svizzera) le quattro imprese di costruzione della regione bernese invitate (selettivo) a presentare le loro offerte, hanno raggiunto un accordo illecito sui prezzi (prova d'indizi). La Comco ha proibito alle parti di accordarsi, fra di loro o con terzi, su offerte di prezzo giusta l'articolo 5 LCart nell'ambito del procedure di concorsi aperti o selettivi. Il mercato di riferimento è l'offerta pubblica. Il ricorso è pendente.

A. Sachverhalt

1. Am 22. März 1999 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) nach dem selektiven Verfahren gemäss Artikel 15 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) Betonsanierungsarbeiten an

der Schweizerischen Landesbibliothek aus. Es wurden folgende Unternehmen (im Folgenden: Parteien) zur Offertstellung eingeladen:

- Isotech AG, Morgenstrasse 83b, 3018 Bern (im Folgenden: Isotech);
- Renesco AG, Brückfeldstrasse 7, 3012 Bern (im Folgenden: Renesco);
- Betosan AG, Zikadenweg 7, Postfach 117, 3000 Bern (im Folgenden: Betosan);
- Weiss+Appetito AG, Statthalterstrasse 46, Postfach, 3018 Bern (im Folgenden: Weiss+Appetito).

2. Die eingereichten Offerten der Parteien lauteten - im Vergleich zur Offerte der Batigroup AG (im Folgenden: Batigroup) - gemäss Protokoll vom 7. September 1999 über die Öffnung der Angebote netto inklusive Mehrwertsteuer wie folgt (gerundet auf ganze CHF):

Unternehmen	Eingabedatum	Gesamtbetrag	Differenz zu Batigroup
Isotech	5. September 1999	CHF 2'222'916.--	CHF 928'877.--
Betosan	3. September 1999	CHF 2'029'380.--	CHF 735'341.--
Resesco	3. September 1999	CHF 2'000'040.--	CHF 705'001.--
Weiss+Appetito	3. September 1999	CHF 1'911'472.--	CHF 617'433.--
<i>Batigroup</i>	<i>19. Oktober 1999</i>	<i>CHF 1'294'039.--</i>	

3. Die beträchtliche Abweichung vom zuvor eingeholten Kostenvoranschlag, der auf CHF 900'000.-- lautete, veranlasste das BBL, bei der Batigroup die Vergleichsofferte vom 19. Oktober 1999 einzuholen. Diese Offerte lautete auf CHF 1'294'039.-- (netto inkl. MwSt) und lag somit CHF 617'433.-- unter der tiefsten Submissionsofferte. Gestützt hierauf und aufgrund weiterer Indizien (vgl. unten S. 7 f., Rz. 19b) gelangte das BBL zur Auffassung, dass die Parteien bei dieser Submission eine Wettbewerbsabrede getroffen hatten. Das BBL brach die Submission in der Folge ab und vergab die Arbeiten an Batigroup. Anzumerken ist, dass nach der Offertöffnung keine Abstriche am Bauprojekt vorgenommen wurden. Die Parteien erhoben weder gegen den Abbruch des Submissionsverfahrens noch gegen den Zuschlag Einspruch.

4. Das BBL teilte seine Auffassung, wonach eine Wettbewerbsabrede getroffen worden war, dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit. Entsprechend dem Ersuchen des BBL orientierte diese Stelle tags darauf die Wettbewerbskommission (Weko) über die Sachverhaltsfeststellung des BBL. Das

Sekretariat der Weko (im Folgenden: Sekretariat) eröffnete am 13. Januar 2000 - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums - eine Untersuchung gemäss Artikel 27 Kartellgesetz (KG; SR 251) gegen die Parteien wegen Verdachts einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG. Das Sekretariat holte zur Erhebung des Sachverhalts mittels Fragebogen bei den Parteien Auskünfte ein. Zudem befragte es den Schweizerischen Baumeisterverband.

5. Das Sekretariat lud die Parteien zu einer Besprechung ein, die am 11. Mai 2000 stattfand. Die Besprechung führte zu keiner Einigung, weil die Parteien den Abschluss einer (unzulässigen) Submissionsabrede bestritten.

6. Am 31. Mai 2000 verlangte Weiss+Appetito beim Sekretariat Akteneinsicht. Nach Zustellung des Aktenverzeichnisses nahm am 15. August 2000 Weiss+Appetito Einsicht in die Akten.

7. Während des Untersuchungsverfahrens gingen beim Sekretariat folgende Anträge der Parteien ein:

a) Antrag vom 8. Februar 2000 der Weiss+Appetito, es sei *"die Öffentlichkeit - nach Abschluss der Untersuchung - in geeigneter Weise über die effektive Sachlage, das heisst darüber, dass keine wettbewerbswidrigen Absprachen getroffen wurden"*, zu informieren.

b) Antrag vom 24. November 2000 der Weiss+Appetito, es sei das Untersuchungsverfahren umgehend einzustellen. Als Begründung wurde angeführt, es seien keine wettbewerbsrechtlich relevanten Tatbestände erfüllt.

8. Auf die Publikation im Bundesblatt hin meldeten sich keine Dritten im Sinne von Artikel 43 KG.

9. Am 16. August 2001 stellte das Sekretariat den Verfügungsentwurf (gleichen Datums) zusammen mit dem Aktenverzeichnis den Parteien zur Stellungnahme zu. Am 8. Oktober 2001 führte es mit den Parteien eine weitere Einigungsverhandlung durch und unterbreitete ihnen mit Schreiben vom 11. Oktober 2001 folgenden Vorschlag (Verfügungsd dispositiv) für eine einvernehmliche Regelung:

1. Die unterzeichnende Partei nimmt Kenntnis von Ziffer 1 des Verfügungsentwurfes vom 16. August 2001:

"1. Es wird festgestellt, dass die Parteien mit der Einreichung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben".

2. Die unterzeichnende Partei verpflichtet sich, inskünftig keine Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG mit den an-

deren Parteien oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren abzustimmen.

3. Die unterzeichnende Partei nimmt Kenntnis von Ziffer 4 des Verfügungsentwurfes vom 16. August 2001:

*"4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] (Stand am 16. August 2001), bestehend aus der Gebühr von CHF [...] und den Auslagen von CHF [...], werden den Parteien zu gleichen Teilen (CHF [...]) unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt".*¹⁰ Namens der Isotech gab die Hela AG, Stans, am 27. Oktober 2001 ihr Einverständnis zur vorgeschlagenen einvernehmlichen Regelung. Drei Parteien (Weiss+Appetito, Betosan und Renesco) lehnten demgegenüber den Vorschlag des Sekretariats ab und reichten einen gemeinsamen Gegenvorschlag mit folgendem Wortlaut ein:

1. Die unterzeichnete Partei nimmt Kenntnis von der Auffassung des Sekretariats der WEKO, wonach die Parteien mit der Einreichung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben sollen. Die Parteien teilen diese Auffassung nicht.

2. Die unterzeichnete Partei verpflichtet sich, auch in Zukunft keine Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG mit den anderen Parteien oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren abzustimmen.

Der Vertreter der Weiss+Appetito legte seiner Eingabe eine handschriftliche Erklärung der Hela AG vom 6. November 2001 (diese ging an seine Mandantin) bei. Die Hela AG zieht mit dieser Erklärung das - namens der Isotech - abgegebene Einverständnis zur einvernehmlichen Regelung zurück und schliesst sich dem Gegenvorschlag der drei anderen Parteien an.

11. Das Sekretariat räumte den Parteien vereinbarungsgemäss am 14. November 2001 eine neue Frist für die Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Verfügungsentwurf ein. Bis auf Isotech machten alle Parteien von diesem Recht Gebrauch. Im Einzelnen:

- a) Die Parteien bringen vor, es habe zwischen ihnen keine Wettbewerbsabrede bestanden, es könne ihnen deshalb keine Kosten auferlegt werden.
 - b) Die Parteien machen geltend, die Arbeiten seien von Batigroup nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt worden.
 - b) Weiss+Appetito bestätigt zudem ihren Antrag auf Publikation (vgl. oben Rz. 7).
-

12. Das Sekretariat unterbreitete dem BBL die Vorbringen der Parteien zur Bauausführung von Batigroup zur Stellungnahme, unter anderem mit der Frage, ob das BBL an seiner Aussage festhalte, wonach Batigroup die ausgeschriebenen Arbeiten wie offeriert ausgeführt habe. Das BBL bestätigte mit Schreiben vom 10. Dezember 2001, dass Batigroup die Arbeiten den Ausschreibungsunterlagen entsprechend ausgeführt hat, und erläuterte die wesentlichen Punkte, die seinerzeit den Verdacht einer Absprache begründet hatten.

13. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zur Stellungnahme des BBL zu äussern.

a) Weiss+Appetito macht geltend, entgegen den Ausführungen des BBL könne keine Rede davon sein, dass alle involvierten Unternehmen den gleich guten Qualitätsstandard vorgesehen hatten, mithin Weiss+Appetito und Batigroup qualitativ gleichwertige Sanierungsmassnahmen offeriert hatten. Ein Teil der von Batigroup sanierten Fensterbänke roste bereits wieder, was selbstverständlich nicht der Fall wäre, wenn die Sanierung so durchgeführt worden wäre, wie Weiss+Appetito sie damals offeriert habe.

b) Renesco hielt vollumfänglich an den in der Stellungnahme vom 26. November 2001 zum Verfügungsentwurf gemachten Äusserungen und Argumenten fest.

c) Schliesslich hielt auch Betosan an den Ausführungen und Anträgen gemäss Stellungnahme 28. November 2001 vollumfänglich fest. Betosan führt dabei im Wesentlichen aus, die Vorbringen des BBL seien nicht zutreffend, vielmehr seien die Voraussetzungen für Batigroup anders gewesen als für die ursprünglichen Submittenten.

B. Erwägungen

B.0 Anträge der Parteien

14. Mit den beiden oben erwähnten (Rz. 7) Anträgen macht Weiss+Appetito zunächst sinngemäss geltend, ein Verstoss gegen das Kartellgesetz liege nicht vor und die Untersuchung sei deshalb einzustellen. Diese Ausführungen werden zunächst als Parteiaussage bei der Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein. Alsdann macht Weiss+Appetito mit ihrem Antrag vom 24. November 2000 deutlich, dass sie nicht mehr willens war, mit der Wettbewerbsbehörde bei der Ermittlung des Sachverhalts zu kooperieren oder Hand zu bieten für eine einvernehmliche Regelung.

15. Weiss+Appetito beantragt ferner eine Information der Öffentlichkeit über den Ausgang des Verfahrens. Im Gesetz ist die Publikation des Verfahrensabschlusses zwar nicht vorgeschrieben. Gemäss Artikel 48 Absatz 1 KG kann die Wettbewerbsbehörde ihre Entscheide allerdings veröffentlichen. Ein Anspruch der Parteien (auf der Grundlage

des Kartellgesetzes), wonach die Wettbewerbsbehörde die Öffentlichkeit über den Ausgang eines Verfahrens zu informieren habe, besteht nicht (vgl. Botschaft, BBl 1995 I 618). Insofern wird auf das Gesuch nicht eingetreten. Im Übrigen würde mit der Veröffentlichung dieser Verfügung im Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) der Antrag auf Veröffentlichung ohnehin obsolet werden.

B.1 Geltungsbereich

16. Das Kartellgesetz gilt unter anderem für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

17. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Rz. 28). Die Parteien (Rz. 1) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Wettbewerbsabrede

18. 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). Treffen Submittenten unter sich eine Vereinbarung oder stimmen sie untereinander ihr Verhalten aufeinander ab, liegt eine Wettbewerbsabrede vor, sofern sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, AISUF 182, Freiburg 1999, Nr. 199).

19. Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das Tatbestandselement der Vereinbarung beziehungsweise der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllt ist.

a/aa) Eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne der gesetzlichen Vorschrift kann den Parteien nicht nachgewiesen werden. So haben die Parteien ausdrücklich das Bestehen einer Submissionsabsprache bestritten. Im vorliegenden Fall bleibt somit zu prüfen, ob eine stillschweigende Vereinbarung oder - zumindest - eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Für den Nachweis einer derartigen (formlosen) Verhaltensabstimmung muss von den Besonderheiten des Submissionsmarktes ausgegangen und anhand der Umstände geprüft werden, ob sich für die Parteien im vorliegenden Submissionsverfahren in Bezug auf die Höhe der Offerteinreichung überhaupt Handlungsalternativen ergeben (vgl. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 [SIWR V/2], Kartellrecht, S. 67; BORER, Spruchpra-

xis zum EG-Wettbewerbsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht [SZIER], 1995/2, S. 194; ferner EMMERICH, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, S. 39).

bb) Bei der Beurteilung, ob eine Submissionsabsprache über den Wettbewerbsparameter Preis vorliegt, sind - wie erwähnt - die Besonderheiten des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Dass Kartellmitglieder geradezu identische Angebote einreichen, ist für das Vorliegen einer Submissionsabsprache nicht vorausgesetzt und im Übrigen im Submissionsverfahren eher selten. Gerade bei ausschreibungsbezogenen Preisabreden ist die Eingabe von Offerten innerhalb einer Toleranzmarge (Preiskorridor), um etwa den Zuschlag zu steuern, häufig anzutreffen (vgl. BGE 46 II 370 [Spielraum von 5% für Auf- oder Abgebote]; VSKK 1966, S. 36; CHRIST, Die Submissionsabsprache, AISUF 181, Freiburg 1999, Nr. 107 ff.). Für den Nachweis solcher (nicht erkennbarer bzw. verheimlichter) Abreden ist zunächst auf die Anzahl und die Herkunft der Bieter abzustellen. Alsdann geben die Angebote, namentlich die Höhe der Angebotspreise im Verhältnis zum Kostenvoranschlag und die wertmässige Verteilung der Angebote, Hinweise auf eine Submissionsabsprache (CHRIST, Nr. 833 ff.).

b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob eine vom Kartellgesetz erfasste Wettbewerbsabrede vorliegt.

aa) Zunächst zeigt die Vergabe der Arbeiten an Batigroup, dass - soweit die Höhe der Angebote in Frage steht - es für die Parteien durchaus Handlungsalternativen gab. Die dagegen vorgebrachten Einwände der Parteien vermögen daran nichts zu ändern:

- Zunächst halten die Parteien dafür, die tiefere Offerte der Batigroup sei auf eine zuwenig sorgfältige Abklärung vor der Kalkulation zurückzuführen und Batigroup habe ihre Offerte (im Gegensatz zu den Parteien) vor der Bemusterung (Erstellen einer Musterfläche zur Feststellung des Fassadenzustandes) eingereicht. Dieses weiter nicht substantiierte und ebenso wenig belegte Vorbringen stösst völlig ins Leere. Die richtige Einschätzung der Kostenrisiken durch Batigroup wurde vom BBL ausdrücklich bestätigt, wonach die Offerte für die Ausführung der Betonsanierung zur vollumfänglichen Zufriedenheit eingehalten wurde.
 - Es ist angesichts der Offerte von Batigroup, welche auf den identischen Ausschreibungsunterlagen fusst wie die vier ursprünglichen Offerten, nicht ersichtlich, inwieweit die massiven Unterschiede der vier Submissionsofferten zum Kostenvoranschlag beziehungsweise zur Vergleichsofferte darauf zurückzuführen sind, dass der Preisbildung ein unüblicher und spezieller Ausschreibungstext zu Grunde lag.
 - Ferner können die Parteien aus der Behauptung, dass grössere Preisabweichungen bei derartigen Arbeiten die Regel sind, nichts
-

für sich ableiten. Im Gegenteil ist der Umstand, dass sich die Offerten der Parteien trotzdem in einem relativ engen Preiskorridor von 10% bewegen, vielmehr ein Indiz für ein abgesprochenes Verhalten (vgl. nachstehend unter bb).

- Der in den Stellungnahmen der Parteien enthaltene Einwand, wonach Batigroup die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt habe, widerspricht schliesslich den gegenteiligen und eindeutigen Ausführungen des BBL und entpuppt sich daher als blosser Schutzbehauptung.

Insgesamt stossen die Einwendungen der Parteien ins Leere. Im Übrigen verkennen die Parteien, dass die Behebung allenfalls bestehender Baumängel den konkreten Werkvertrag mit Batigroup beschlägt. Es wird Sache des BBL sein, sich diesbezüglich mit Batigroup auseinander zu setzen. Diese auf technische Belange ausgerichteten Einwendungen der Parteien ändern aber nichts an der durch (nachfolgende) Indizien belegten Abstimmung der im Rahmen dieser Submission erstellten Offerten.

bb) Eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der Parteien wird auch durch die folgenden Indizien belegt:

- Die Differenz von CHF 660'743.-- (+35%) zwischen der tiefsten eingereichten Offerte und der Vergleichsofferte der Batigroup sowie die Differenz von CHF 1'011'472.-- (+112%) zwischen der tiefsten eingereichten Offerte und dem Kostenvoranschlag, den das BBL bei einem ausgewiesenen Spezialisten für Sanierung von Betonelementen und Betonfassaden eingeholt hatte, macht die Verhaltensabstimmung zwischen den Parteien deutlich. Selbst wenn - wie die Parteien behaupten - unterstellt wird, dass der Kostenvoranschlag nur einen Teil der Arbeiten umfasst, wäre die Eignung des Kostenvoranschlags als Vergleichsmassstab nur dann in Frage gestellt, wenn die Differenz zwischen der tiefsten eingereichten Offerte und dem Kostenvoranschlag nicht derart gross wäre.

An dieser Stelle kann darauf hingewiesen werden, dass beispielsweise die Schwyzer Behörden in einem Fall, bei dem die angebotenen Preise 50% über dem Kostenvoranschlag lagen, auf eine Preisabsprache geschlossen und den Baustopp verfügt haben (vgl. BIRCHER/SCHERLER, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bauwesen, Studie für das öffentliche Nationale Forschungsprogramm 40: "Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität", Schlussbericht vom 15. November 2000, S. 66).

- Alsdann lässt die wertmässige Verteilung der vier Offerten der Parteien, das heisst die verhältnismässig kleine Differenz von CHF 311'444.-- zwischen den eingereichten Offerten, auf eine Verhaltensabstimmung (der Parteien) schliessen. Der Preiskorridor von
-

+/- CHF 155'722.-- (berechnet aufgrund des statistischen Mittels der vier eingereichten Offerten von CHF 2'067'194.--) liegt erwie-senermassen unter 10% und genügt daher den Anforderungen an eine genügend bestimmte Preisabrede (vgl. Entscheid der Rekurs-kommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF], Klima-Suisse, in: RPW 1999/3, S. 516, Ziff. 4.1).

- Ferner erlaubt auch das Verhalten der Parteien Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede:

- Der Umstand, dass die Parteien gegen die sie belastenden Abbruch- und Ausschlussverfügung (infolge des Vorwurfs ei-ner Wettbewerbsabrede) nicht reagiert, geschweige denn re-kurriert haben, ist ein Indiz für das Vorliegen einer Submissi-onsabsprache (vgl. Entscheid der REKO/WEF, Klima-Suisse in: RPW 1999/3, S. 515, Ziff. 3.1).

Der Einwand von Weiss+Appetito in ihrer Stellungnahme vom 26. November 2001, sie habe das Verhältnis zur Verga-bebehörde nicht unnötig belasten wollen, ist nicht stichhal-tig. Er widerspricht zunächst der Aussage, die Partei hätte das Ergebnis eines Beschwerdeverfahrens nicht fürchten müssen. Die Einwendung ist ferner nicht schlüssig, weil der Vorwurf einer Preisabsprache sehr schwer wiegt, was - gerade im Lich-te einer guten künftigen Zusammenarbeit - ohne weiteres eine Anfechtung des BBL-Entscheidendes gerechtfertigt hätte.

- Im Zuge der Besprechungen zwischen dem Sekretariat und den Parteien hat Isotech dem Vorschlag des Sekretariats zu-nächst vorbehaltlos zugestimmt, mithin das Bestehen einer Wettbewerbsabrede anerkannt. Daran ändert der über den Rechtsvertreter von Weiss+Appetito dem Sekretariat einge-reichte Rückzug der Einverständniserklärung vom 21. Okto-ber 2001 im Ergebnis nichts. Dieser Rückzug erfolgte nämlich einzig zum Zweck, ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber dem Sekretariat zu gewährleisten.
 - Schliesslich ist zu vermerken, dass die Parteien spätestens am Tag der gemeinsamen Begehung der künftigen Baustelle, also am 16. Juli 1999, wussten, welche Anbieter am Submissionsverfahren teilnehmen. Eine solche gemeinsame Begehung erleichterte den Parteien den Austausch von Informationen während des Verga-beverfahrens und konnte zur wechselseitigen Verhaltensbeein-flussung beitragen (vgl. EuGH Slg. 1984, S. 1702). Die Einwendun-gen der Parteien, der Austausch von Informationen sei von der Bauherrschaft verlangt worden und sei in ihrem Interesse, geht am Kern der Sache vorbei, weil der Vorwurf der Preisabrede nicht den Austausch von technischen Informationen betrifft.
-

c) Die Indizien zeigen insgesamt mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Parteien eine Submissionsabrede getroffen haben. Die Einwendungen gegen den Verfügungsentwurf vom 16. August 2001 und die Stellungnahme des Bauherrenvertreters vom 10. Dezember 2001 ändern daran nichts.

20. Die übrigen Tatbestandselemente von Artikel 4 Absatz 1 KG, namentlich der erforderliche wettbewerbsbeschränkende Zweck, sind bei einer Absprache wie der vorliegenden von vornherein erfüllt (vgl. CHRIST, Nr. 282; ferner DESCHENAUX, La concurrence dans la mise en soumission de travaux ..., in: Mensch und Umwelt, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, AISUF Nr. 49, Freiburg 1980, S. 161). Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Verhalten der Parteien eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt.

B.2 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

21. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.2.2 Verhältnis des KG zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

22. Das BoeB sieht in Artikel 11 Buchstabe e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Der Wortlaut von Artikel 11 Buchstabe e BoeB deckt sich weitgehend mit demjenigen von Artikel 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BoeB zum KG - mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabrede) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist zu bejahen. Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des KG und des BoeB, können beide Gesetze - soweit es um die Sanktionierung der Submissionsabrede geht - parallel zur Anwendung kommen (GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, These Nr. 28.3, S. 75; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der

Schweiz, Zürich 1996, Nr. 69; STÖCKLI, Nr. 1276; TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in: Baurechtstagung 1997, S. 22). Zur Begründung kann Folgendes angeführt werden:

a) Zunächst schützen das BoeB und das KG *unterschiedliche Rechtsgüter* (vgl. CHRIST, Nr. 785; im Ergebnis auch GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997/5, S. 167). Artikel 11 Buchstabe e BoeB dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers und hat keine weitergehende Wirkung (vgl. GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR NF] 114 [1995], S. 332, Rz. 10a). Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (Art. 11 Bst. c BoeB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestelle, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der Weko (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Nr. 321). Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden (vgl. INGENSTAU/KORBION, VOB Teile A und B, Kommentar, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, S. 770, Rz. 20). Der Schutz des Rechtsguts "wirksamer Wettbewerb" (i.S. des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz des BoeB und hat damit eine selbstständige Bedeutung.

b) Der aus der Sicht des BoeB eingeschränkte Rechtsgüterschutz (nämlich der Schutz des öffentlichen Ausschreibers) zeigt sich insbesondere darin, dass sich Artikel 11 Buchstabe e BoeB nur auf verdeckte (Preis-)Absprachen bezieht, das heisst auf Absprachen, die der Auftraggeberin nicht offengelegt werden (GAUCH, S. 332, Rz. 10). Das Kartellgesetz trifft derartige Unterscheidungen nicht und bekämpft unzulässige Abreden (Art. 5 KG) unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt erfolgen, oder ob sie der Marktgegenseite bekannt sind oder ihr vorenthalten werden.

c) Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während nach Artikel 11 Buchstabe e BoeB die zuständige Behörde den Teilnehmer an einer Submissionsabsprache nur (aber immerhin) aus dem Verfahren ausschliessen kann, kann die Weko nicht nur infolge Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens eine Verbots- oder Unterlassungsverfügung erlassen, sondern auch bei Zuwiderhandlung die Sanktionen nach Artikel 50 und Artikel 54 KG androhen.

23. Im vorliegenden Untersuchungsverfahren geht es um die Beurteilung der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen der fraglichen Submissionsabsprache, der Verhinderung künftiger Verstösse sowie der Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG).

B.3 Beurteilung der Submissionsabsprache

24. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind unter anderem Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Um dies festzustellen, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1 Der relevante Markt

25. Der sachlich relevante Markt umfasst - in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) - alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 2000/4, S. 659).

Festzuhalten ist zunächst, dass im vorliegenden Submissionsverfahren der Ausschreiber (Nachfrager) als Marktgegenseite gilt. Was der Nachfrager als substituierbar (oder nicht) ansieht, spezifiziert er in den Ausschreibungsunterlagen. Daraus ist zu entnehmen, dass genau bestimmte Betonsanierungen nachgefragt werden. Der sachlich relevante Markt umfasst somit das Durchführen der ausgeschriebenen Betonsanierungen.

26. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Ein gesonderter räumlich relevanter Markt ist regelmässig dann anzunehmen, wenn etwa Markteintrittsbarrieren bestehen (vgl. Beschluss BKart vom 11. Oktober 2000, in: WuW 2001/3, S. 300, Rz. 24). Dies trifft namentlich auf Vergabeverfahren zu, bei welchen der Ausschreiber die Zahl der Teilnehmer einschränken und grundsätzlich nur die tatsächlichen Bieter berücksichtigen darf. Insoweit wird mit der vorliegenden Submission ein atypischer Nachfragemarkt begründet (vgl. dazu CHRIST, Nr. 301 ff., insb. Nr. 307 mit zahlreichen Verweisen). Ein solches Verfahren bewirkt, dass andere potenzielle Anbieter aus rechtlichen Gründen nicht mehr als Wettbewerber auf den fraglichen Submissionsmarkt treten können.

Mit der Ausschreibung der Arbeiten im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) wurde zunächst nur scheinbar die ganze Schweiz zum räumlich relevanten Markt. Mit dem selektiven Vergabeverfahren hat der Ausschreiber (Marktgegenseite) indessen den geografisch relevanten Markt auf den Raum Bern eingegrenzt.

27. Der bloss für eine vorübergehende Zeit bestehende Submissionsmarkt ist - anders als viele andere Märkte ("Dauermärkte") - zudem auch zeitlich einzugrenzen: Der Wettbewerb beginnt mit der Ausschreibung und endet formell mit dem Vertragsschluss (vgl. IMMENGA, Bietergemeinschaft im Kartellrecht - ein Problem potenziellen Wettbewerbs, in: Der Betrieb DB 1984, S. 385). Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber bis zum Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab.

Unternehmen, die sich daran nicht beteiligen, werden daher auch nicht in den Markt einbezogen (IMMENGA, S. 385). Angebot und Nachfrage können sich nur in dieser kurzen Zeit treffen.

Im vorliegenden Fall haben sich nur die vier sub. Randziffer 1 genannten Parteien am mittels Ausschreibung vom 22. März 1999 bewirkten Submissionswettbewerb beteiligt.

28. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass als relevanter Markt der durch die selektive Ausschreibung vom 22. März 1999 entstandene Submissionsmarkt "Betonsanierungsarbeiten" mit den beteiligten Bietern gilt (ebenso DESCHENAUX, S. 172). Diese Markteingrenzung ergibt sich auch aus der (Submissions-)Abrede, welche als entscheidendes Element bei der Beurteilung des relevanten Marktes mitberücksichtigt wird (vgl. STOFFEL, S. 94 ff.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 275). Die Parteien haben ihre wettbewerbsbeeinträchtigende Abrede im Hinblick auf den fraglichen Auftrag getroffen.

Daran ändert nichts, dass der hier relevante Markt nach dem Abbruch der Submission zwangsläufig sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht ausgedehnt werden musste. Im Zeitpunkt der selektiven Ausschreibung vom 22. März 1999 war der entstandene Submissionsmarkt "Betonsanierungsarbeiten" mit den beteiligten Bietern ein in sich geschlossener Markt. Im Übrigen wurden die Parteien vom neuen, zeitlich-räumlichen Markt gestützt auf das Beschaffungsrecht ausdrücklich ausgeschlossen. Dieser Markt, der für die vorliegende Beurteilung somit nicht relevant ist, stellt - für sich besehen - wiederum einen für andere Marktteilnehmer geschlossenen Markt dar.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

29. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

a) Vorliegen einer Preisabrede

30. Zu prüfen ist, ob das in Frage stehende Submissionskartell unter den Begriff der Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG subsumiert werden kann.

a) Als Preisabrede gilt jede Art des Festsetzens von Preiselementen. Darunter fallen auch Abreden unter Mitbewerbern, welche Angebotspreise in einer Submission zum Gegenstand haben (CHRIST, Nr. 374 ff.). Nicht entscheidend ist, ob die Abrede dahin geht, identische Angebote einzureichen, ob nur innerhalb einer Toleranzmarge (z.B. +/-10%) of-

feriert werden darf oder ob eine Steuerung des Zuschlags bezweckt ist (CHRIST, Nr. 107 ff.).

b) Im vorliegenden Fall zeigt die Beweiswürdigung, dass die Parteien eine Vereinbarung über den zu offerierenden Preis getroffen haben (Rz. 18 ff.).

c) Es kann somit festgehalten werden, dass die getroffene Abrede zu einer Preisfestsetzung zwischen Unternehmen führt, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

b) Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

31. Die in Artikel 5 Absatz 3 KG enthaltene Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Rz. 61).

a) Im fraglichen Submissionsverfahren, einem in sich geschlossenen Markt (oben Rz. 25 ff.), bestand kein *Aussenwettbewerb* mehr. Ein aktueller Aussenwettbewerb ist ausgeschlossen, weil alle Unternehmen auf dem fraglichen Markt an der Submissionsabsprache beteiligt waren. Von einem potenziellen Aussenwettbewerb kann im vorliegenden Fall ebenso wenig die Rede sein. Die selektive Submission mit den beteiligten Bietern schloss aus rechtlichen Gründen von vornherein den Zugang anderer Wettbewerber zum Markt aus.

b) Zu prüfen bleibt somit, ob die Vermutung der Unzulässigkeit durch einen verbleibenden *Innenwettbewerb* (unter den Parteien) widerlegt werden kann (RPW 2000/2, "Afec", S. 176; RPW 2000/3, "Sanphar", S. 360). Die Untersuchung hat zunächst gezeigt, dass sich alle vier Unternehmen an die Preisabsprache gehalten haben. Die Vermutung könnte auch dadurch widerlegt werden, dass der Wettbewerb über andere Wettbewerbsparameter (etwa Qualitätswettbewerb) geführt wird. Die Weko - wie im Ergebnis bereits die alte Kartellkommission (VKKP 1966, "Baumarkt", S. 41 f.; DESCHENAUX, S. 168) - hat es bisher aber immer abgelehnt, dass die Beseitigung des Preiswettbewerbs über andere Wettbewerbsparameter aufgewogen und damit die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG widerlegt werden könnte (RPW 1998/3, "Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen", S. 390, Rz. 51; RPW 1999/3, "Sammelrevers", S. 460, Rz. 84). Diese Auffassung ist auch von der REKO/WEF bestätigt worden (Entscheid vom 21. Mai 2001, Schweiz. Buchhändler und Verlegerverband, betr. Sammelrevers, in: RPW 2001/2, S. 407 ff.).

c) Zusammenfassend steht fest, dass die in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG aufgestellte gesetzliche Vermutung nicht widerlegt worden ist.

B.4 Ergebnis

32. Die Wettbewerbsabrede (Submissionsabsprache), mit welcher die offerierten Preise festgelegt werden, beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Sie ist nach Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C. Kosten

33. 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 gelten im vorliegenden Fall die Parteien (Rz. 1).

34. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Die Weko erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Herabsetzung der Gebühr gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG-Gebührenverordnung rechtfertigen würde. Für die aufgewendete Zeit ([...] Stunden) gilt daher der normale Ansatz von CHF 130.--. Die Gebühr beläuft sich somit auf CHF [...].

35. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese Auslagen für Porti, Telefax, Kopien und Telefonate betragen praxisgemäss 1,5% der Gebühr, im vorliegenden Fall also CHF [...].

36. Die oben festgehaltenen Verfahrenskosten in der Höhe von CHF [...] werden noch nicht auferlegt, sondern das Verfahren wird in diesem Punkt sistiert. Der Grund hierfür liegt im Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 3. Oktober 2001 im Verfahren 99/FB-010, mit welchem die Rekursinstanz verneint, dass die Gebührenverordnung eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Kostenauflegung darstellt. Die Weko hält indes an ihrer Rechtsauffassung fest, wonach eine Kostentragungspflicht der Parteien aufgrund der Gebührenverordnung besteht. Daher wurde der besagte Rekursentscheid beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. November 2001 durch das hierfür aktivlegitimierte Departement angefochten. Die Sistierung des vorliegenden Verfahrens im Kostenpunkt bis zum Urteil des Bundesgerichts ist aus Gründen der Verfahrensökonomie angezeigt. Die Feststellung der aufgelaufenen Verfahrenskosten im Dispositiv erfolgt im Interesse der Parteien (Transparenz). Ihnen erwächst aus diesem Vorgehen keinerlei Rechtsnachteil, weil ihnen der spätere Kostenentscheid mit einer selbstständig anfechtbaren Verfügung eröffnet wird.

D. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien Isotech AG (Morgenstrasse 83b, 3018 Bern), Renesco AG (Brückfeldstrasse 7, 3012 Bern), Betosan AG (Zikadenweg 7, Postfach 117, 3000 Bern) sowie Weiss+Appetito AG (Statthalterstrasse 46, Postfach, 3018 Bern) mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben.
2. Es wird den Parteien untersagt, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG aufeinander abzustimmen.
3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der Weko mit Sanktionen gemäss Artikel 50 und Artikel 54 KG geahndet werden.
4. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF [...], bestehend aus der Gebühr von CHF [...] und den Auslagen von CHF [...]. Das Verfahren wird indes im Kostenpunkt sistiert. Über die Kosten wird zu einem späteren Zeitpunkt mit separater Verfügung entschieden.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Knauf La Rhénane S.A./Alcopor Holding 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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 22. November 2001

I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 1. November 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Knauf La Rhénane S.A. und der Alcopor Holding AG betreffend gemeinsamer Kontrolle der Alcopor Owens Corning Holding AG (AOC) eingegangen.
2. Die Knauf La Rhénane S.A., Issy Les Moulineaux (F), gehört zur weltweit operierenden Unternehmensgruppe Knauf und wird letztlich

durch die Gebrüder Knauf Verwaltungsgesellschaft, Iphofen (D), gehalten. Die Knauf-Gruppe stellt Baustoffe aus Gips her sowie Formteile, Verpackungen und Dämm- und Isolierstoffe. Der Bereich Baustoffe lässt sich in die Gruppen Trockenbau (trocken eingebrachte Boden-, Wand- und Decken-Systeme), Putz-Systeme (Verputzen von Flächen) sowie Dämmstoffe unterteilen. Letztere lassen sich weiter unterteilen in Dämmstoffe auf der Basis von expandiertem Polystyrol (EPS), extrudiertem Polystyrol (XPS) und Glaswolle. Die Knauf-Gruppe ist in der Schweiz durch sechs Tochtergesellschaften vertreten. Dämmstoffe werden von der Knauf AG, Arlesheim, vertrieben. Die Knauf La Rhénane S.A. betreibt in Europa kein Geschäft mit Glaswolle.

3. Die Alcopor Holding AG ist in der Schweiz börsenkotiert und gehört zu den führenden Unternehmen in der europäischen Dämmstoffbranche. Durch das im Jahr 2000 eingegangene Joint Venture mit dem amerikanischen Baustoffkonzern Owens Corning hat die Alcopor Holding AG über ihre Tochterfirma AOC, an der sie zu 60% beteiligt ist, drei Produktionsstätten für Glaswolle, eine solche für Steinwolle sowie drei Produktionsstätten für XPS (extrudierter Polystyrol-Hartschaum) erworben. In der Schweiz erzielte AOC lediglich einen Jahresumsatz von CHF 150'000.--. Das Unternehmen hält ferner direkte und indirekte Beteiligungen an zwölf Tochtergesellschaften in der Schweiz, Deutschland, Polen und Rumänien. Über diese produziert und handelt die Alcopor Holding AG im Bereich Dämmstoffe auf der Basis von EPS, XPS und PUR (Poliurethan Hartschaum). Die Übernahme seitens der Knauf La Rhénane S.A. erfolgt, indem dieses Unternehmen von der Alcopor Owens Corning Holding AG eine Beteiligung in der Höhe von 50% des Aktienkapitals der AOC erwirbt. Da die Knauf-Gruppe ebenso wie die nunmehr unter Chapter 11 stehende Owens Corning (frühere Teilhaberin) über Erfahrung im Glaswolle-Bereich verfügt und zudem Finanzen einbringen kann, ist sie für die Alcopor Holding AG eine geeignete Partnerin zum Aufbau einer strategischen Allianz auf dem europäischen Markt für Dämmstoffe (Mineralwolle- und XPS-Basis). Die Knauf-Gruppe ihrerseits will ihre Aktivitäten bezüglich Herstellung und Vertrieb von auf Mineralwolle basierenden Dämmstoffen auf Europa erstrecken. Sie bringt ihre Tätigkeit im Bereich Dämmstoffe jedoch nicht in die AOC ein.

II Meldepflicht

4. Der von beiden Unternehmen weltweit erzielte Umsatz übersteigt CHF 2'000 Mio. (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und beide Unternehmen erzielen in der Schweiz je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Damit erfüllt dieses Zusammenschlussvorhaben das Aufgreifkriterium von Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251).

III Beurteilung

5. Die verschiedenen Dämmstoffe stellen unter sich nur teilweise oder keine Substitute dar und bilden daher jeweils eigene Märkte. XPS

ist ein sehr druckbeständiger Dämmstoff, der in der Baubranche Verwendung findet. Er wird überwiegend in Form von Platten im Sockelbereich von Fassaden, im Brüstungselementbau, an Umkehrdächern und auf stark bis sehr stark belasteten Böden (Industrieböden, Parkdecks, Strassenbau etc.) eingesetzt. Da XPS-Dämmstoff sehr teuer ist, wird er nur dann verwendet, wenn das technisch notwendig ist. Für die Abgrenzung zwischen XPS und Mineralwolle (Glas- oder Steinwolle) ist zudem entscheidend, dass XPS nicht feuerresistent und Glaswolle nicht so druckbeständig ist wie XPS.

6. Räumlich ist der Absatz von XPS durch Transportkosten und Normen bestimmt. Die Transportkosten beschränken die Lieferung von XPS-Dämmstoffen auf einen Radius von maximal 800 km. Die massgebenden Normen im Bereich Technik und Umweltschutz werden grundsätzlich national festgelegt, in der Schweiz durch die Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA). Auf den 1. Januar 2002 werden auf der Grundlage des Kyoto-Protokolls für den Dämmstoffbereich relevante technische Normen europaweit vereinheitlicht. Spätestens ab diesem Zeitpunkt können grosse Unternehmen ihre Produkte ohne grossen administrativen Aufwand in allen europäischen Ländern registrieren und vertreiben. Davon ausgenommen sind lediglich kleinere Unternehmen, die lokale Märkte bedienen. Solche gibt es in Italien und Griechenland. Der räumlich relevante Markt für Dämmstoffe besteht somit europaweit. Das angemeldete Gemeinschaftsunternehmen hat keine nennenswerte Tätigkeit auf dem schweizerischen Markt.

7. Es gibt in der Schweiz gegen 60 Baustoffgrosshändler. Ein Lieferant oder Hersteller von Dämmstoffen braucht somit kein eigenes Vertriebsnetz. Im Jahr 2000 wurde in der Schweiz ein Volumen von 140'000m³ auf XPS basierender Dämmstoffe im Wert von CHF 23 Mio. abgesetzt. Die Alcopor-Gruppe verzeichnet daran einen Anteil von 28,5%. Der Anteil der AOC an diesem Volumen liegt bei 1% und ist ebenso vernachlässigbar wie der Anteil der Knauf-Gruppe, der sogar noch weniger als 1% beträgt.

8. Die drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für XPS-Dämmstoffe sind DOW (50%), BASF (7%) und Poliglas (8,5%). Letztere trat innerhalb der letzten fünf Jahre in den Markt ein. Ebenfalls in diesem Zeitraum in den Markt eingetreten ist Austrotherm (6%). Die Wahrscheinlichkeit weiterer Markteintritte ist hoch. Zu rechnen ist mit demjenigen von Bubble & Foams Industries, Anzegem (B). Aufgrund von Normenvereinheitlichungen sind zusätzliche Marktzutritte aus Italien absehbar. Der Aufbau einer Dämmstoffproduktion im XPS-Bereich benötigt vor allem Kapital (rund CHF 10 Mio.) für die Beschaffung von Produktionsanlagen. Die notwendige Forschungs- und Entwicklungstätigkeit des Herstellers ist unbedeutend. In der Branche gibt es keine Exklusivverträge. Der Aufbau eines Vertriebssystems ist angesichts der

bestehenden offenen Vertriebsstrukturen relativ leicht zu realisieren. Ein Marktzutritt ist für Produzenten innert Jahresfrist machbar. Mit der Einfuhr von Dämmstoffen kann abhängig von der Akzeptanz der Normen sogar meist binnen noch kürzerer Zeit begonnen werden. Durch den Erwerb der Beteiligungen an der AOC durch die Knauf La Rhénane S.A. ändert sich die Struktur des Marktes für auf XPS basierende Dämmstoffe nicht. Die bestehenden Marktanteile werden nicht berührt und der Zusammenschluss ist für die Baustoffhändler und Bauunternehmungen wegen den gleichbleibenden Produkten und Herstellern auf dem XPS-Markt nicht wahrnehmbar. Entsprechendes gilt auf dem Markt für Dämmstoffe auf Mineralwolle-Basis, auf welchem sämtliche betroffenen Unternehmen nur mit unbedeutenden Marktanteilen in der Schweiz vertreten sind. Der Zusammenschluss hat dort praktisch keine Inlandauswirkung (Art. 2 Abs. 2 KG).

IV Ergebnis

9. Die vorläufige Prüfung ergab keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu Tage. Da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch ist, besteht kein Anlass zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens (Art. 33 KG).

B 2.3	2. Compass - Restorama/Rail Gourmet
-------	--------------------------------------------

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 17. Dezember 2001

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 29. November 2001 reichte die Compass Group PLC, Chertsey, Surrey UK (nachfolgend "Compass"), bei der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt die Compass, die der SAir Lines AG, Zürich (nachfolgend "Swissair"), zugehörigen Konzerngesellschaften Restorama AG (nachfolgend "Restorama") und Rail Gourmet Holding AG (nachfolgend "Rail Gourmet") mittels Aktienkauf zu erwerben.

2. Mit einem Umsatz von zirka CHF 20 Mia. im Jahr 2000 ist Compass eine weltweit führende Anbieterin von Verpflegungsdienstleistungen inklusive dem damit verbundenen Unterhalt von Infrastruktur für Kunden und deren Endkonsumenten an ihrem eigenen Standort. Kunden sind vor allem Unternehmen, aber auch Verpflegungsstätten an anderen stark frequentierten Lokalitäten wie Flughäfen, Sportstätten,

Universitäten und so weiter. Compass bietet ihren Kunden im Verpflegungsbereich ein sehr breites Dienstleistungsangebot unter verschiedenen Markennamen an. In der Schweiz ist Compass über die Compass Group (Suisse) SA, Montreux, aktiv.

3. Restorama und Rail Gourmet, die unter gleichlautenden Markennamen tätig sind, üben im Einzelnen folgende Geschäftsaktivitäten aus:

a) Restorama führt in der Schweiz, Deutschland, Österreich und Hongkong Betriebsrestaurants, betreibt Catering für Grossanlässe sowie einen Party-Service. Knapp 50% des Umsatzes der Restorama in der Schweiz entfielen bisher auf die Personalrestaurants der Swissair sowie auf Verpflegungsstätten auf den Flughäfen Zürich und Genf.

b) Rail Gourmet ist führende Anbieterin von Board-Catering für Bahnreisende und bietet diese Dienstleistung (inklusive Logistik, Produktion und Bahnservice) in der Schweiz, Spanien, Grossbritannien, Belgien, Finnland, Norwegen und Dänemark an. Rail Gourmet verfügt über eine 40%-Beteiligung, ohne Managementverantwortung aber mit strategischen Vetorechten, an der Passaggio Rail AG (nachfolgend "Passaggio"). Passaggio erbringt "on board" Bahncatering-Dienstleistungen, das heisst Verpflegungsdienste in Zügen.

4. Compass vermag mit Hilfe des Zusammenschlusses ihre bestehende Marktposition im Catering-Markt dank Restorama und im Bahn-Catering dank Rail-Gourmet geografisch zu ergänzen und sich in den Grossraum Zürich auszudehnen.

5. Die Swissair beabsichtigte mit dem Verkauf von Restorama und Rail Gourmet ursprünglich, sich auf das Kerngeschäft zu konzentrieren. Nach der Eröffnung des Nachlassverfahrens über die Swissair steht jetzt vielmehr die Sicherung der Arbeitsplätze und die Erhaltung der veräusserten Betriebe im Vordergrund. Im Rahmen der provisorischen Nachlassstundung der Verkäuferin beabsichtigt Compass deshalb, Rail Gourmet und Restorama von Swissair gegen Bargeld zu übernehmen.

II. MELDEPFLICHT

6. Die weltweiten Umsätze der Compass betragen für das Geschäftsjahr 2000 CHF 19,092 Mia., für Restorama CHF 164 Mio. und für Rail Gourmet CHF 255 Mio. In der Schweiz erzielte Compass einen Umsatz von CHF 364,2 Mio., Restorama einen solchen von CHF 98 Mio. und Rail Gourmet CHF 22 Mio.

7. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (SR 251) erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

8. Soweit es um die sachlich relevanten Märkte geht, sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in den Bereichen Catering (Rz. 9 ff.) und Vending (Rz. 13) tätig.

9. Catering besteht im Liefern fertiger Speisen durch ein spezialisiertes Unternehmen. Genauer handelt es sich um das Zubereiten, Präsentieren, Bedienen oder Anliefern von Mahlzeiten und Getränken an Kunden und deren Konsumenten (vgl. RPW 2001/2, S. 345).

10. Kunden sind in erster Linie privatrechtliche Unternehmen und öffentlich-rechtliche Institutionen, welche Nahrungsmittel- und Getränkedienstleistungen in ihren eigenen Räumlichkeiten Mitarbeitern, Heimbewohnern, Patienten, Besuchern und so weiter (d.h. ihren Endkonsumenten) anbieten (RPW 2001/2, S. 345). Diese Kunden gelten als Marktgegenseite.

11. Das Verhalten des Kunden hängt freilich stark von jenem seiner Endkonsumenten ab. Die Präferenzen des Endkonsumenten schlagen sich nämlich unmittelbar im Nachfrageverhalten des Catering-Kunden nieder.

12. Die Wettbewerbskommission (vgl. RPW 2001/2, S. 345 ff.) unterscheidet grundsätzlich (je nach Art der Entschädigung des Catering-Dienstleisters) das Contract-Catering (a) und das Concession-Catering (a). Ein weiterer sachlich relevanter Markt bildet das Bahn-Catering (b). Diesbezüglich ist Folgendes anzumerken:

a) Beim Contract-Catering bezahlt der Kunde dem Caterer ein fixes Entgelt für die erbrachte Dienstleistung. Im Fall des Concession-Caterings bezahlt der Caterer dem Gebäudevermieter ein fixes Entgelt für die Benutzung der Lokalität (RPW 2001/2, S. 346).

Grundsätzlich kann der Contract-Catering-Markt nach den Kundengruppen Bildungsinstitutionen, Gesundheitssektor und Unternehmen weiter segmentiert werden (RPW 2001/2, S. 345 f.; vgl. demgegenüber COMP/M.1972 - Granada/Compass vom 29. Juni 2000, wo eine weitere Segmentierung nach Kundengruppen offen gelassen wurde). In diesem Zusammenhang ist vor allem auf die besonderen Anforderungen der Patientenverpflegung im Gesundheitssektor hinzuweisen. Für die vorliegende Beurteilung kann jedoch auf eine Segmentierung verzichtet werden, da sie keinen Einfluss auf das Ergebnis hat (vgl. Rz. 15 ff.).

b) Das Bahn-Catering umfasst alle Leistungen des Verkaufs von Getränken und Lebensmitteln im Zug, entweder stationär im Speisewagen oder durch mobile Minibars (RPW 1998/2, S. 250). Bahn-Catering stellt insofern ein spezielles Segment des Catering-Marktes dar, weil

- ?? der Caterer aus der Sicht des einzelnen Bahnreisenden auf der jeweiligen Zugskomposition bei einer engen Definition des sachlich relevanten Marktes ein Monopol innehat;
- ?? hingegen aus der Sicht der Bahnbetriebsgesellschaft Konkurrenz herrscht, da Auswahl und Ausweichmöglichkeiten zwischen verschiedenen Caterern bei der Ausschreibung für die jeweiligen Zugskompositionen bestehen.

13. Vending besteht im Füllen, im hygienischen Service und technischen Unterhalt sowie im "Geldhandling" von Verpflegungsautomaten (vgl. RPW 2001/2, S. 345). Steht das Vending im Zusammenhang mit Catering-Dienstleistungen, wird vom so genannten "Ancillary-Vending" gesprochen. Im Gegensatz dazu wird das umfassende und spezialisierte Vending als "klassisches Vending" bezeichnet. Ancillary-Vending stellt andere Anforderungen an das Personal und befriedigt andere Kundenbedürfnisse als dies beim klassischen Vending als unabhängige Dienstleistung der Fall ist. Ancillary-Vending und klassisches Vending sind demnach zwei separate sachlich relevante Märkte.

1.2. Räumlich relevanter Markt

14. In Bezug auf die erwähnten sachlichen Märkte geht die Wettbewerbskommission von einem räumlichen Markt Schweiz aus (RPW 2001/2, S. 346; ebenso die EU, vgl. COMP/M.2373 - Compass/Selecta vom 8. Mai 2001 sowie COMP/M.1972 Granada/Compass vom 29. Juni 2000). Zu beachten ist jedoch, dass eine zunehmende Öffnung und Internationalisierung des Catering-Marktes stattfindet. Diese Entwicklung ist aber zurzeit nicht weit genug vorangeschritten, um von der Definition eines national relevanten Marktes abzuweichen.

2. Stellung in den betroffenen Märkten

2.1. Aktuelle Konkurrenz

15. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

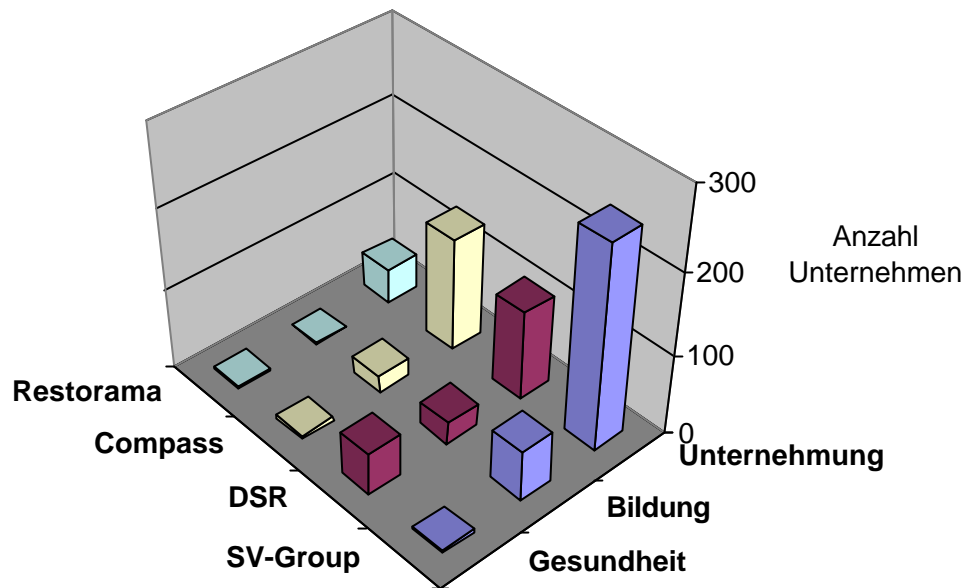
16. Eine Zusammenstellung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen in den relevanten Märkten einschliesslich der dazugehörigen Marktanteile anhand des Umsatzes liefert die nachfolgende Tabelle (Angaben zum Concession-Catering sind ergänzt aus der Meldung

Compass/Selecta, Rz. 59; Angaben zum klassischen Vending stammen aus RPW 2001/2, S. 347).

	Contract-Catering	Concession-Catering	Bahn-Catering	klassisches Vending	Ancillary-Vending
Compass	12%	< 2%	-	mind. 30%	unbedeutend
Restorama	10%	-	-	-	unbedeutend
Rail Gourmet	-	-	60%	-	-
Wichtigste Konkurrenten	SV-Group (44%) DSR (14%)	Mövenpick Autogrill Mercur Gastronomie	Mitropa (35%)	AGB (13%-14%) Nova Auto-services (8%-9%)	-

17. Gemäss obiger Tabelle bestehen zunächst für das Bahn-Catering und das klassische Vending betroffene Märkte. Jedoch resultieren in diesen Bereichen keinerlei Marktanteilsadditionen, da bis anhin Compass, Restorama und Rail Gourmet nicht gleichzeitig im Bahn-Catering beziehungsweise klassischen Vending einschliesslich derer vor- und nachgelagerten Märkte tätig waren. Eine eingehende Analyse erübrigt sich daher.

18. Ein weiterer betroffener Markt liegt beim Contract-Catering vor, wo sich vor allem hinsichtlich einer weiteren Unterteilung dieses Marktes nach Kundengruppen (vgl. Rz. 12 a) Marktanteilsadditionen ergeben, die im Folgenden zu analysieren sind. Bezüglich der Kundengruppen Unternehmen, Bildung und Gesundheit sind im Contract-Catering-Markt leider keine verlässlichen Angaben über Marktanteile verfügbar. Einzig ein Vergleich der Anzahl schweizerischer Betriebe, die von den wichtigsten Contract-Caterern (SV-Group, Département Social Romand DSR, Compass, Restorama) bedient werden, ist möglich. Eine Übersicht liefert nachfolgende Grafik:



19. Wie die Grafik zeigt, bestehen vor allem bei der Kundengruppe Unternehmungen Marktanteilsadditionen zwischen Compass und Restorama. In den restlichen Bereichen ist die Bedeutung von Compass und Restorama vergleichsweise gering. Diesbezüglich haben die Abklärungen des Sekretariats Folgendes ergeben:

a) Der Compass und Restorama steht mit dem Marktleader SV-Group ein starker Konkurrent gegenüber. Zudem sind weitere Unternehmen im Unternehmens-Catering tätig wie das "Département Social Romand (DSR)" und der neben der Restorama im Kanton Zürich stark vertretene "Zürcher Frauenverein".

b) Im Übrigen ist auch die Konkurrenzsituation auf der Stufe Endkonsument von Bedeutung, da diese indirekt über die vorgelagerte Stufe der Kunden (Marktgegenseite) Auswirkungen hat. Aus der Sicht des Endkonsumenten sind die Dienstleistungen der Caterer relativ leicht mit jenen von lokalen Restaurants oder Take-Aways und so weiter austauschbar. Auf der Stufe Endverbraucher herrscht demnach in der Regel ein intensiver Wettbewerb zwischen den verschiedenen lokalen Anbietern von Mahlzeiten. Nur einige dieser Anbieter sind im Catering- und/oder Vending-Markt, wie oben definiert, tätig. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die lokalen und kleinen Anbieter von fertigen Mahlzeiten einen starken disziplinierenden Einfluss auf Catering- und Vending-Dienstleister ausüben.

2.2. Potenzielle Konkurrenz

20. Der Catering- und Vending-Markt ist durch Konzentrationsprozesse gekennzeichnet. So stieg zum Beispiel der Umsatz von Compass von £ 256 Mio. im Jahr 1991 auf £ 7,3 Mia. im Jahr 2000. Dies entspricht einer Steigerung auf das 27-fache innerhalb von neun Jahren. Dieses

starke Umsatzwachstum basiert auf internem Wachstum einerseits, aber auch auf zahlreichen weltweit getätigten Akquisitionen andererseits. Die Konzentrationsprozesse und die damit verbundene zunehmende internationale Ausrichtung der Catering- und Vending-Dienstleister sind sowohl in der Schweiz als auch im Ausland zu beobachten, wobei die Entwicklung in der Schweiz weniger weit fortgeschritten ist, als zum Beispiel in den USA. Der Konzentrationsprozess dürfte demzufolge auf dem schweizerischen Markt noch nicht abgeschlossen sein.

21. Als Gründe für die Konzentrationsprozesse wurden von den befragten Unternehmen Folgendes aufgeführt:

- ?? Kosteneinsparungen auf der Angebotsseite ergeben sich insbesondere infolge einer vermehrten Arbeitsteilung, der Möglichkeit zur Standardisierung von Geschäftsprozessen, Volumeneffekten beim Einkauf und so weiter.
- ?? Der Aufbau und die Pflege einer Gastromarke sowie die Marktforschung- und Produktentwicklung für ein einheitliches Gastrokonzept verursachen fixe Kosten. Diese können bei entsprechender Grösse eines Catering-Dienstleisters auf mehr Verkaufsstellen verteilt werden.
- ?? Auf der Nachfrageseite bietet sich den grossen Anbietern die Möglichkeit, ganze Dienstleistungsbündel zu offerieren, entsprechend den Bedürfnissen der Kunden. So führt Sodexo in ihrem Geschäftsbericht aus: "Success will depend on the ability to offer a range of services that enables clients to save time while controlling management costs".
- ?? Catering- und Vending-Dienstleister garantieren dem potenziellen Endkonsumenten oft ein an allen Standorten gleiches Gastroerlebnis zu einem bekannten Preis. Der Systemcharakter (z.T. wird auch von Systemgastronomie gesprochen) mit Wiedererkennungseffekten senkt die Such- und Transaktionskosten für den Endkonsumenten.

22. Die Ausführungen zeigen, dass für die Catering- und Vending-Anbieter zunehmende Skalenerträge (economies of scale) existieren. Verbundvorteile (economies of scope) zwischen den oben erwähnten relevanten Catering- und Vending-Märkten dürften ebenfalls eine Rolle spielen. Die Erfolge von Compass, aber auch von dessen weltweit wichtigsten Konkurrenten Sodexo, zeigen, dass Ganzsortimentsanbieter, welche die wichtigsten Bereiche im Catering und Vending abdecken, über Wettbewerbsvorteile verfügen.

23. Als weitere Marktzutrittsschranke ist der beträchtliche Kapitalbedarf für den Aufbau eines Gesamtsortiments im Catering- und/oder Vending-Markt zu nennen. Insbesondere werden die - neben den Kosten für den Ausbau der Infrastruktur - hohen Kosten für den Aufbau

beziehungsweise den Erwerb von bekannten Markennamen (Brandnames bzw. Reputation einer Marke) erwähnt. Die Marktzutrittschranken sind infolge der Bedeutung von Grössen- und Verbundsvorteilen sowie der Reputation bestehender Firmen erheblich. Im Gegensatz dazu sind die Marktzutrittschranken für lokale Anbieter (vgl. Rz. 19 b) sehr tief. Da zudem viele Endverbraucher eine Präferenz für Abwechslung haben dürften, bleibt ein potenzieller Disziplinierungseffekt dieser Anbieter selbst mit den zu beobachtenden Konzentrationsprozessen im Catering- und Vending-Markt wirksam.

IV. ERGEBNIS

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

B 2.3	3. AZ Vertriebs 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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 20. Dezember 2001

Zusammenschlussvorhaben

1. Am 6. Dezember 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens AZ Vertriebs AG eingegangen. Die AZ Medien AG, die ZUVO Zustell- und Vertriebsorganisation AG und die Zofinger Tagblatt AG beabsichtigen, gemeinsam die AZ Vertriebs AG zu gründen.

2. Zweck dieses Zusammenschlusses ist, dass die AZ Vertriebs AG die Frühzustellung von Zeitungen, welche zurzeit durch verschiedene Vertriebsorganisationen zugestellt werden, übernimmt. Damit soll eine effiziente und kostengünstige Zustellung der Tageszeitungen Aargauer Zeitung, Zofinger Tagblatt, Tages Anzeiger und NZZ im ganzen Gebiet des Kantons Aargau garantiert werden.

3. Die AZ Medien AG (nachstehend "AZ"), mit Sitz in Aarau, ist in den Bereichen Zeitungsverlag, Fachverlag, Kundendruck, Buchhandel sowie Regionalradio und -Fernsehen tätig. Zudem ist AZ Alleinaktionärin der Aargauer Zeitung AG und der Limmattaler Tagblatt AG.

4. Die ZUVO Zustell- und Vertriebsorganisation (nachstehend "ZUVO"), mit Sitz in Zürich, betreibt die Zustellung und den Vertrieb

von Zeitungen, Zeitschriften sowie anderer Drucksachen und Waren aller Art. An ZUVO sind die Neue Zürcher Zeitung AG und die Tamedia AG je zu 50% beteiligt.

5. Die Zofinger Tagblatt AG (nachstehend "ZT"), mit Sitz in Zofingen, ist in den Bereichen Verlag und Herausgabe von Zeitungen sowie Herstellung von Drucksachen aktiv.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

6. AZ, ZUVO und ZT beabsichtigen, die AZ Vertriebs AG zu gründen, welche die Frühzustellung von Zeitungen, Zeitschriften, Prospekten und anderen Produkten im Kanton Aargau und den angrenzenden Gebieten tätigen wird. AZ wird sich an der neuen Vertriebsorganisation mit 65%, ZUVO mit 25% und ZT mit 10% beteiligen. Der Verwaltungsrat wird sich aus drei Mitgliedern der AZ und je einem von ZUVO und ZT zusammenstellen. Der Verwaltungsrat entscheidet grundsätzlich mit absoluter Mehrheit. Für wesentliche Entschlüsse ist aber Einstimmigkeit erforderlich. So erhalten die beiden Minderheitsaktionären ein Vetorecht bei wichtigen Entscheiden. Es handelt sich demnach um eine gemeinsame Kontrolle des Unternehmens auf Stufe des Verwaltungsrates. Somit ist dieses Vorhaben als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) zu qualifizieren.

7. Die geschäftliche Tätigkeit der beteiligten Unternehmen besteht ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung und im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften, weshalb gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG das Zwanzigfache der tatsächlich in diesem Bereich erzielten Umsätze massgebend ist. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG.

8. Demnach handelt es sich um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

a) Relevanter Markt

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

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

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

12. Die AZ Vertriebs AG wird im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen und der Zustellung von Wochenzeitungen, Zeitschriften und Prospekten tätig sein. Marktgegenseite sind die Zeitungsverlage, welche die Frühzustellung (bis 6.30 Uhr) ihrer Erzeugnisse nachfragen. Für die Verlage ist die Frühzustellung von Zeitungen von grosser Bedeutung, weil sie von den Lesern erwartet wird. Als sachlich relevanter Markt ist deshalb der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen anzusehen. Daneben kann ein Markt für Zustellung von Wochenzeitungen, Zeitschriften und Prospekten abgegrenzt werden. Dieser braucht aber nicht gesondert geprüft zu werden, weil es an der Beurteilung des Zusammenschlusses nichts ändert. Weiter kann darauf verzichtet werden, auf die anderen Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen einzugehen, weil diese vom geplanten Zusammenschluss nicht betroffen sind.

13. Die AZ Vertriebs AG wird den gesamten Kanton Aargau und die unmittelbar angrenzenden Gebiete abdecken. Der räumlich relevante Markt ist somit auf diese Gebiete zu beschränken.

b) Marktstellung und aktueller Wettbewerb

14. Die Aargauer Zeitung wird heute durch die Schweizerische Post (im Westaargau), die ZUVO (im Limmattal und auf dem Mutschellen), durch die PREVAG Presse-Vertriebs AG (im unteren Fricktal) sowie durch die PVG Pressevertriebs GmbH (im oberen Freiamt) vertrieben. Neu sollen diese Zeitungen im genannten Verteilungsgebiet hauptsächlich durch die AZ Vertriebs AG zugestellt werden.

15. Der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen weist einige Besonderheiten auf, die näher zu erörtern sind. Als Interessenten für Frühzustelldienste 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 Aargauer Zeitung, das Zofinger Tagblatt, die NZZ, der Tagesanzeiger und das Limmattaler Tagblatt sein.

16. Um die Frühzustellung kostendeckend anbieten zu können, muss ein möglichst hoher Anteil der Haushalte abgedeckt werden. Dies lässt sich nur über die gleichzeitige Verteilung von mehreren Titeln erreichen. 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 zeigt, dass derartige Gebietsmonopole im Pressevertrieb üblich sind. Dies wurde auch durch eine Befragung der Konkurrenten durch das Sekretariat bestätigt.

17. 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).

c) Potenzieller Wettbewerb

18. Es existieren keine behördlichen oder gesetzlichen Marktzutritts-schranken. Die Markteintrittskosten sind allerdings erheblich, wenn nicht bestehende Verträgersnetze übernommen werden können. Der Aufbau eines Verträgersnetzes dauert ein paar Monate, das heisst, kann rasch erfolgen. Zumindest PVG, PREVAG und die Post werden potenzielle Konkurrenten der AZ Vertriebs AG sein.

19. Als Marktgegenseite sind nicht die Empfänger der früh zugestellten Zeitungen, sondern die Verlage anzusehen. Die Zustellung der Zeitungen und Zeitschriften ist für die Verlage ein Kostenfaktor. Sie werden deshalb ständig darum bemüht sein, diese Kosten so tief wie möglich zu halten. Dies bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass selbst bei vertikaler Integration der Zustellung in den Zeitungs- beziehungsweise Zeitschriftenverlag eine Vergabe der Zustellung an einen Dritten, also eine Auslagerung, im Interesse des Verlags bleiben wird, falls die eigene Zustellorganisation (im vorliegenden Fall die AZ Vertriebs AG) nicht zumindest ebenso effizient, das heisst kostengünstig, arbeiten sollte wie unabhängige Zustellorganisationen. Aus diesem Grund wird die Existenz von potenziellen Konkurrenten wie der Post, der PVG und der PREVAG in Zukunft disziplinierend wirken.

Ergebnis

20. Dieses Vorhaben hat keine Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse zur Folge, da es bereits vorher in einem bestimmten Gebiet nur eine Vertriebsorganisation gegeben hat. Der potenzielle Wettbewerb wird hingegen - wie oben dargelegt - auch nach dem Zusammenschluss funktionieren.

21. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	4. Edipresse Publications SA/Journal de Morges
-------	-------------------------------------------------------

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

Décision selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 14 janvier 2002

I Opération de concentration

Le 21 décembre 2001, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Edipresse Publications SA projetait d'acquérir la totalité du capital-actions de la Société du Journal de Morges SA.

Edipresse Publications SA est une société du groupe Edipresse SA. Celui-ci est actif notamment dans le domaine de la presse écrite. Ses principaux titres sont les quotidiens *Le Matin*, *24 Heures* ainsi que *La Tribune de Genève*. Il dispose également d'une participation minoritaire dans le journal *Le Temps* et poursuit de nombreuses autres activités. Ses journaux sont distribués dans toute la Suisse romande.

La Société du Journal de Morges SA (ci-après Journal de Morges) édite le *Journal de Morges*, qui paraît deux fois par semaine avec un tirage de 7'743 exemplaires et une fois par mois avec un tirage de 47'955 exemplaires. Il est distribué sur les territoires des districts de Morges, d'Aubonne et moins largement de Cossonay. Il s'agit d'un journal d'analyse, contenant presque exclusivement de l'information locale et des annonces publicitaires locales.

Jusqu'alors, les actionnaires du Journal de Morges étaient d'une part Edipresse Publications SA (ci-après Edipresse) à 45,3% et d'autre part M. Fernand Trabaud à hauteur de 54,7%. Il convient de relever que les parties collaboraient déjà avant l'acquisition de la totalité du capital par Edipresse. Le Journal de Morges est notamment imprimé par Edipresse. Edipresse projette de continuer l'exploitation du Journal de Morges en tant que tel.

II Examen

Edipresse fait passer sa participation dans la société du journal de Morges de 45,3% à 100%, en acquérant par-là même le contrôle total. Il s'agit dès lors bien d'une prise de contrôle au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart.

Dans sa décision "*Le Temps*" (DPC 1998/1, p. 40 ss.), la Commission de la concurrence a constaté que le groupe Edipresse jouissait d'une position dominante sur le marché des quotidiens supra-régionaux d'analyse en Suisse romande. La concentration dont il est question concerne

le marché des journaux d'analyse à tendance locale dans la région de Morges/Aubonne (voir ci-dessous point B.2.1.). Il s'agit donc du même marché ou d'un marché voisin. La concentration est dès lors soumise à l'obligation de notifier en application de l'article 9 alinéa 4 LCart.

Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), 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.

Suivant la pratique instituée dans la décision *Gasser/Tschudi Druck* (DPC 1997/2, p. 179), la Commission distingue traditionnellement, en ce qui concerne la presse écrite, entre le marché des lecteurs et le marché des annonces.

En ce qui concerne le marché des lecteurs, le Journal de Morges est un bihebdomadaire à vocation locale. Il ne couvre en effet que l'information concernant directement les districts de Morges, d'Aubonne et de Cossonay. Il ne contient quasiment aucune information nationale ou internationale.

En règle générale, les médias électroniques (radio, télévision, Internet) ne sont pas considérés comme des substituts à la presse écrite, mais plutôt comme des compléments (*Le Temps*, DPC 1998/1, p. 40).

Les quotidiens publiés par Edipresse, en particulier *24 Heures*, couvrent certes cette région, mais ils contiennent également une importante partie de nouvelles nationales et internationales. Bien que leur vocation soit régionale, ils offrent aussi une information supra-régionale relativement développée. Ces titres ne peuvent donc être considérés comme de véritables substituts au Journal de Morges. Cependant, il convient de souligner que, du fait même que *24 Heures* couvre également la région de Morges/Aubonne, ce titre reste très proche du marché couvert par le Journal de Morges. Il existe donc des possibilités de synergies entre les deux titres.

En tenant compte des particularités du cas d'espèce et du caractère très local du Journal de Morges, le marché de référence peut donc être défini, du point de vue des lecteurs, comme celui des journaux d'analyse paraissant plusieurs fois par semaine et offrant une information essentiellement locale.

En ce qui concerne les annonces, la Commission de la concurrence estime qu'il faut distinguer entre le marché des annonces à caractère local et le marché des annonces à caractère national (*Gasser/Tschudi Druck*, DPC 1997/2, p. 190; *Le Temps*, DPC 1998/1, p. 48). Le Journal de Morges ne contient que de la publicité locale, essentiellement pour des personnes privées ou des entreprises locales, ou des offres immobilières. C'est donc sur ce marché qu'il convient de se concentrer.

Contrairement au marché des lecteurs, il existe pour les annonces à caractère local un certain nombre de substituts (imparfaits) à la presse écrite locale. On peut évoquer les journaux régionaux, les radios et télévisions locales, la publicité directe par affichage ou distribution dans tous les ménages, les feuilles d'annonce, ou Internet, qui tend à prendre de l'importance notamment en ce qui concerne les offres immobilières ou pour des véhicules.

Le marché de référence peut donc être défini comme celui de la mise à disposition d'espaces destinés aux annonces publicitaires à caractère local.

Le Journal de Morges est distribué sur les territoires des districts de Morges, d'Aubonne et dans une moindre mesure de Cossonay. Ses ventes sont quasi nulles en dehors de cette région. Les produits d'Edipresse sont également disponibles dans cette région. Le marché géographique de référence se limite donc aux districts susmentionnés.

Comme indiqué sous chiffre B.2.1.a, les publications d'Edipresse, en particulier le journal *24 Heures*, ne peuvent être qualifiées de véritables substituts au Journal de Morges. En effet celui-ci, par son rythme de parution bihebdomadaire et son information à caractère local, ne peut remplacer le contenu beaucoup plus large de *24 Heures*. La concentration projetée ne conduit dès lors à aucune addition de parts de marché en ce qui concerne les lecteurs.

D'autre part, le Journal de Morges est soumis à une forte concurrence du journal "La Côte", qui couvre la région de Nyon, Rolle, Aubonne et Morges. Celui-ci paraît quotidiennement à 14'245 exemplaires et le jeudi à environ 50'000 exemplaires. Sur le marché des produits, ce titre se situe entre *24 Heures* et le Journal de Morges, car malgré son orientation essentiellement locale il offre également une brève partie nationale et internationale. Il apparaît cependant comme une réelle alternative au Journal de Morges. Qui plus est, son taux de pénétration est fort et son actionnaire principal dispose d'une certaine puissance financière. Un certain nombre d'autres journaux locaux indépendants sont également à même de concurrencer le Journal de Morges (notamment le *Journal de l'Ouest* et le *Journal de Cossonay*).

Il est difficile d'estimer la part de marché du Journal de Morges sur le marché des lecteurs, du fait que son faible tirage ne le fait pas figurer dans les statistiques de la presse suisse. Cependant, son tirage est environ deux fois plus faible que celui de son principal concurrent, *La Côte*. Au vu de ce qui précède, et puisque l'opération ne provoque aucune addition de parts de marché, il faut considérer que l'opération de concentration prévue ne fonde pas de position dominante sur ce marché.

Comme évoqué sous chiffre B.2.1.a, les journaux régionaux contiennent également des annonces locales. Dès lors, il est possible qu'une

certaine addition de parts de marché ait lieu sur le marché des annonces, dans la mesure où *24 Heures* et le *Journal de Morges* contiennent tous deux des annonces locales.

Toutefois, ce recoupement ne concerne qu'une partie du marché, notamment les annonces concernant des biens immobiliers ou des véhicules. D'autre part, comme sur le marché des lecteurs, le quotidien *La Côte* exerce une concurrence considérable, de même que le journal *Lausanne-Cités*, une feuille d'annonces couvrant de manière hebdomadaire les agglomérations de Lausanne et Morges. Les autres médias, en particulier les radios locales et la télévision, peuvent servir d'alternative (imparfaite) pour la publicité. Dès lors, l'opération de concentration projetée n'est pas à même de créer ni de renforcer une position dominante sur ce marché.

III Conclusion

Au vu de ce qui précède, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'article 10 LCart.

B 2.3	5. BP/E.ON
-------	-------------------

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 8. Januar 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 28. Dezember 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die vollständige Meldung der BP p.l.c. und der E.ON AG betreffend gemeinsamer Kontrolle der Veba Oel AG eingegangen.

2. Die BP p.l.c., London (BP), ist die börsenkotierte Holdinggesellschaft der weltweit in der Exploration, dem Mineralölgeschäft und der Petrochemie tätigen BP-Gruppe. Die vier Hauptgeschäftsbereiche umfassen (i) die Exploration und Produktion von Rohöl und Gas, (ii) Oel-Raffination, Verkauf und Beschaffung sowie Transport, (iii) Produktion und Verkauf von petrochemischen und verwandten Produkten sowie (iv) Solar-Energie. BP erzielte im Jahr 2000 weltweit einen konsolidierten Umsatz von US\$ 148'062 Mio.

3. Die E.ON AG, Düsseldorf (E.ON), ist eine börsenkotierte Holdinggesellschaft der E.ON-Gruppe, welche im Jahre 2000 durch die Fusion

von Veba und Viag entstanden ist. E.ON ist eine vertikal integrierte Energie-Gesellschaft, die primär in Deutschland tätig ist. Die Haupttätigkeitsbereiche sind die Produktion von und die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser, chemischen Produkten und Öl, sowie die Erbringung von Telekommunikations-Dienstleistungen und Liegenschafts-Management. E.ON erzielte im Jahre 2000 einen konsolidierten Umsatz von EURO 82'983 Mio.

4. BP und E.ON vereinbarten am 15. Juli 2001 den Erwerb von 51% durch BP an der E.ON-Gruppe Veba Oel AG, Gelsenkirchen (Veba). Gleichzeitig wird E.ON als verbleibende Aktionärin ein Vetorecht eingeräumt, so dass eine gemeinsame Kontrolle am Gemeinschaftsunternehmen entsteht.

5. Veba, eine 100%-Tochtergesellschaft von E.ON, ist die Dachholding der Veba-Gruppe, in welcher die Mineralöl- und Petrochemieaktivitäten der E.ON-Gruppe zusammengefasst sind. Die Veba-Gruppe ist der führende deutsche Mineralölkonzern mit den drei Haupttochtergesellschaften (i) Aral Aktiengesellschaft & Co. KG, Bochum (Mineralölvertrieb, Tankstellen, Heizöl), (ii) Veba Oil Refining & Petrochemical GmbH, Gelsenkirchen (petrochemische Verarbeitung), und (iii) Veba Oil & Gas GmbH, Essen (Exploration und Produktion). Die Veba-Gruppe erzielte im Jahre 2000 einen konsolidierten Umsatz von EURO 20'183 Mio.

6. Mit Eingabe vom 27. Juli 2001 ersuchten BP und E.ON bei der Europäischen Wettbewerbsbehörde um Bewilligung der beabsichtigten Transaktion mit Form CO (Aquisition of Joint Control by BP p.l.c. an E.ON AG of Veba Oel AG (case no. COMP/M.2533), Notification of Concentration pursuant to Council Regulation (EC) No. 4064/89) (EU-FusionskontrolleVO) (nachstehend EU-Eingabe). Am 20. August 2001 ersuchte das Deutsche Bundeskartellamt die Europäische Wettbewerbsbehörde, ihm die Kompetenz zur Beurteilung des beabsichtigten Zusammenschlussvorhabens bezüglich jener Teile der Transaktion zu überlassen, die den Mineralölbereich in Deutschland betreffen. Die Europäische Wettbewerbsbehörde kam diesem Ersuchen am 6. September 2001 nach. Vom Bundeskartellamt wurden in der Folge die Märkte für Motorentreibstoff, für Flugbenzin und für Bitumen untersucht. Die Märkte für Petrochemieprodukte und der Mineralölbereich ausserhalb von Deutschland wurden dagegen von der Europäischen Wettbewerbsbehörde selbst beurteilt.

7. Die Gründe für die beabsichtigte Transaktion sind einerseits die Expansionsstrategie von BP im deutschen Tankstellenmarkt, andererseits die Konzentration von E.ON auf das Kerngeschäft (Elektrizität, Gas und Wasser).

8. Im fixkostenintensiven Erdölgeschäft sind auch die Grössen- und Verbundvorteile, die sich aus dem Zusammenschluss ergeben, von ausschlaggebender Bedeutung. Dies insbesondere im Hinblick auf die

hohen Risiken bei der Exploration und der Erschliessung von Gas- und Erdölvorkommen. Schliesslich kann die Volatilität des Rohölpreises durch ein breit gefächertes Produktesortiment besser kompensiert werden.

9. Das Bundeskartellamt genehmigte das Zusammenschlussvorhaben am 19. Dezember 2001 unter bestimmten Auflagen¹. Die beteiligten Unternehmen verpflichteten sich zur Veräusserung von 45% ihrer 80%-Beteiligung an der Bayernoil Raffineriegesellschaft sowie zur Veräusserung von BP und/oder Aral-Strassentankstellen, entsprechend einem Marktanteil von 4%². Mit Entscheid vom 20. Dezember 2001 hat die Europäische Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben ebenfalls unter Auflagen genehmigt³. BP und Veba verpflichteten sich zur Reduktion ihrer gemeinsamen Beteiligung an der Aethylen-Rohrleitungsgesellschaft (ARG) von 3 auf 1 Anteil zu je 16,7%.

II. Meldepflicht

10. Beim vorliegenden Unternehmenszusammenschluss entsteht ein Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG. Gemeinsame Kontrolle entsteht mit dem Erwerb von 51% durch BP an der Veba in Form einer Kapitalerhöhung, wobei E.ON als verbleibende 49%-Aktionärin für wichtige Entscheide ein Vetorecht eingeräumt wird.

11. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2000 **weltweit** folgende konsolidierten Umsätze:

?? BP-Gruppe: US\$ 148'062 Mio.

?? E.ON (Veba-Gruppe)⁴: EURO 20'183 Mio.

12. BP hat im Geschäftsjahr 2000 **in der Schweiz** einen Umsatz von CHF 1'320 Mio. erwirtschaftet, während Veba beziehungsweise deren Tochtergesellschaften über CHF 100 Mio. umgesetzt haben.

13. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG sind erfüllt. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

¹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes vom 19. Dezember 2001

² Basis für die Berechnung bildet nach dem Beschluss des Bundeskartellamtes vom 19.12.2001 das Gesamtabsatzvolumen an deutschen Strassentankstellen im Jahre 2000.

³ Vgl. Commission decision of 20 December 2001, Case No COMP/M.2533-BP/E.ON

⁴ Die für den Zusammenschluss massgebenden Umsätze im Mineralöl und Petrochemiebereich werden durch die Veba, 100%-Tochtergesellschaft der E.ON, erzielt.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

14. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorge-

sehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

15. Die sachlich relevanten Märkte im Mineralölgeschäft können grob in Märkte für **Mineralölprodukte** (Motorentreibstoff, Flugtreibstoff, Brennstoff, Schmierstoff und Bitumen) und in Märkte für **petrochemische Produkte** (Ethylen, Propylen, Acrylnitril, PTA etc.) unterteilt werden⁵.

1.1.a Märkte für Mineralölprodukte

16. BP und Veba sind beide vertikal integrierte Mineralölkonzerne, wobei Erdöl und Ergas gefördert, verarbeitet und vertrieben werden. BP ist insbesondere im Verkauf von Treibstoffen (**Motoren- und Flugtreibstoff**) sowie im Grosshandel von Erdölprodukten tätig. Veba vertreibt Mineralölprodukte direkt an den Endverbraucher (**Motorentreibstoff, Heizöl**), ist aber auch im Grosshandel tätig.

17. Benzin, Diesel, Brennstoffe und Bitumen sind die wichtigsten Produkte, welche in Raffinerien aus Erdöl produziert werden. Die einzelnen Produkte haben einen unterschiedlichen Verwendungszweck, sind also nicht austauschbar. Jedes dieser Produkte ist homogen⁶ und wird als solches gehandelt.

1.1.b Märkte für petrochemische Produkte

18. Petrochemische Produkte werden durch chemische Weiterverarbeitung von Erdöl hergestellt. Sowohl BP als auch Veba sind beide aktiv in der Produktion und dem Vertrieb von petrochemischen Produkten tätig.

19. Die wichtigsten Märkte für petrochemische Produkte sind **Ethylen (inkl. Derivate), Propylen (inkl. Derivate), Acrylnitril und Terephthalsäure (PTA)**⁷. Die Produkte werden durch so genanntes "Cracken" gewonnen und dienen unter anderem als Grundlage für die Herstellung von Kunststoffen, wobei diese unterschiedliche Verwendungszwecke haben, demnach nicht substituierbar sind.

⁵ Vgl. Eingabe BP/E.ON vom 25.10.2001/28.12.2001

⁶ So genannte Commodity-Produkte

⁷ Als weitere petrochemische Produkte sind zu erwähnen: Benzol/Benzene, Ammoniak/Ammonia, Aromate, Cyclohexan, Methanol, P-Xylol und O-Xylol

1.2. Räumlich relevante Märkte

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

21. Viele Mineralöl- und Petrochemieprodukte werden auf internationalen Märkten gehandelt. Erdöl wird weltweit nachgefragt, es existiert ein Weltmarktpreis. Es gibt aber auch eine Reihe von Produkten, deren räumliche Marktabgrenzung durch die Transportkosten bestimmt wird. Dies trifft insbesondere auf Ethylen als leicht entzündbares Gas, das einen hohen Sicherheitsstandard erfordert, zu. Deshalb wird Ethylen im europäischen Raum in Pipelines direkt zu den Nachfragern transportiert. Auch der Bitumenmarkt kann mittels der Transportkosten abgegrenzt werden.

22. Für die Mineralölprodukte Motorentreibstoffe, Flugtreibstoffe, Brennstoffe und Schmierstoffe kann von einem räumlichen **Markt Schweiz** ausgegangen werden. Obwohl diese Produkte vom Endverbraucher regional nachgefragt werden, sind die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Schweizer Markt einheitlich (Vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 368 f., und RPW 1998/4, S. 600f.).

23. Motorentreibstoffe sind auch deshalb auf einen Schweizer Markt einzugrenzen, weil die steuerliche Belastung in der Schweiz im Vergleich zu den EU-Ländern niedriger ist und der Bezugspreis daher tiefer ausfällt.

24. Ein **europäischer Markt** existiert für Petrocoke/Kalzinat sowie die meisten petrochemischen Produkte (Propylen, Acrylnitril, Terephthalsäure [PTA], Benzol/Benzene, Ammoniak etc.). Die relativ tiefen Transportkosten und die Homogenität dieser Produkte sind Grundlage für den europaweiten Handel.

25. Rohöl wird von den Raffinerien weltweit nachgefragt. Es ist daher naheliegend, für Rohöl von einem **Weltmarkt**⁸ auszugehen. Diese Marktabgrenzung wird auch von den Mitbewerbern von BP und E.ON unterstützt.

26. Eine spezielle räumliche Abgrenzung drängt sich für den Ethylenmarkt auf. Ethylen ist Ausgangsmaterial für viele Kunststoffarten (Polyethylen etc.). Da die Transportkosten⁹ für Ethylen sehr hoch sind, haben sich die Ethylen verarbeitenden Unternehmen in unmittelbarer Nähe der Ethylenproduktion¹⁰ niedergelassen. Die Unternehmenskonzentration hat den Bau einer Ethylen-Pipeline zwischen den Produktionsstätten und der verarbeitenden Industrie begünstigt. Dies hatte

⁸ Vgl. www.platts.com

⁹ Die Kosten für die Überfahrt von England nach Europa betragen bei einem Ethylenpreis von \$ 440.--/KTo \$ 80.--/KTo (Preisangabe vom 26. Juli 2001).

¹⁰ Durch "steam cracker"-Anlagen wird aus Rohöl unter anderem Ethylen hergestellt.

eine weitere Transportkostenabnahme zur Folge. Der Ethylenmarkt konzentriert sich deshalb vorwiegend auf die drei **Regionen Nordwestdeutschland, Holland und Belgien** (ARG Äthylen Rohrleitungsgesellschaft) sowie **Nordengland und Südfrankreich**¹¹. Der räumlich relevante Markt für Ethylen ist grundsätzlich auf diese Gebiete beschränkt. BP und E.ON sind massgeblich an der Herstellung und am Vertrieb von Ethylen in diesen Gebieten beteiligt. Da die Ethylenverarbeitung auch ausserhalb dieser räumlichen Konzentration auf die oben erwähnten Gebiete stattfindet, kann der räumlich relevante Markt dennoch weiter gefasst werden. Es ist daher von einem westeuropäischen Markt auszugehen¹².

27. Die räumliche Ausdehnung des Bitumenmarktes wird ebenfalls massgeblich durch die Transportkosten bestimmt, weil dafür ungefähr 10% bis 20% des Endverbraucherpreises aufzuwenden sind¹³. Bitumen ist ein Destillationsprodukt von Rohöl und wird als Bindemittel bei der Herstellung von Asphalt im Strassenbau eingesetzt. Um die Produkteigenschaften dieses Bindemittels zu erhalten, muss das Bitumen bei hohen Temperaturen (min. 1'600 C) zur Weiterverarbeitung in den Mischwerken in Spezialfahrzeugen transportiert werden. Der **Bitumenmarkt** wird folglich durch Transportkosten **regional** eingegrenzt (siehe Rz. 33.). Nach Umfragen des Sekretariates bei verschiedenen Bitumenhändlern ist - entgegen den Ausführungen in der Eingabe vom 28. Dezember 2001, die von einem Einzugsgebiet von 1'200-1'800 km ausgeht - im Normalfall - und zumindest für Normalbitumen - von einem Lieferradius von durchschnittlich 200-300 km auszugehen¹⁴.

28. Tabelle 1 zeigt die wichtigsten Raffinerien in der Schweiz, Deutschland und Frankreich, die Bitumen für den schweizerischen Markt produzieren und liefern. Neben Cressier als einzige Bitumenproduktionsstätte in der Schweiz sind in Deutschland Karlsruhe und Ingolstadt sowie in Frankreich Feyzin und Reichstett die wichtigsten und nächst gelegenen Bitumenlieferanten für die Schweiz.

¹¹ Vgl. EU Eingabe, Divider D Petrochemicals, S. 5 f.

¹² Vgl. EU Eingabe, Divider D, Petrochemicals, Tabelle, S. 10

¹³ Vgl. Umfrage Sekretariat Bitumenmarkt Schweiz; TOTAL Bauprodukte AG

¹⁴ Das Bundeskartellamt geht im Entscheid vom 19. Dezember 2001 von einem Lieferradius von 150-200 km aus.

Tabelle 1

<i>Ort</i>	<i>Gesellschaft</i>	<i>Beteiligte</i>	<i>Produktionskapazität NB = Normalbitumen SB = Spezialbitumen</i>	<i>Distanz zu Schweizer Wirtschaftszentren Bern (B), Lausanne (L) und Zürich (Z) in km</i>
Schweiz				
Cressier	Petroplus AG	Petroplus AG	NB [100'000-200'000t]	B = 45 L = 153 Z = 175
Deutschland				
Karlsruhe	MiRO Mineralölraffinerie Oberrhein GmbH & Co. KG	DEA Mineralöl AG 32,25% Esso Deutschland GmbH 25% Ruhr Öl GmbH 24% Conoco 18,75%	NB [700'000-900'000t]	B = 290 L = 395 Z = 265
Ingolstadt	Esso Raffinerie	Esso Deutschland GmbH	NB [350'000-550'000t]	B = 480 L = 580 Z = 360
Neustadt	Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH	Deutsche BP AG 55% Agip Deutschland AG 20% Ruhr Öl GmbH 25%	NB [250'000-350'000t]	B = 480 L = 580 Z = 361
Vohburg	Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH	Deutsche BP AG 55% Agip Deutschland AG 20% Ruhr Öl GmbH 25%	NB [250'000-350'000t]	B = 480 L = 580 Z = 362

Frankreich				
Feyzin	Raffinerie de Feyzin	TotalFinaElf	NB [300'000-500'000t]	B = 230 L = 231 Z = 461
Reichstett	Raffinerie de Reichstett	Shell 65% TotalFinaElf 23% BP 12%	NB [250'000-450'000t]	B = 253 L = 360 Z = 250

29. Der räumliche relevante Markt für Bitumen umfasst demnach das gesamte Gebiet, das von den oben stehenden Bitumenproduzenten in Cressier, Karlsruhe, Neustadt, Vohburg, Ingolstadt (beschränkt), Feyzin und Reichstett abgedeckt wird. Er umfasst also die Schweiz, Süddeutschland und Südostfrankreich.

2. Stellung in den betroffenen Märkten

30. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

31. Eine Zusammenstellung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen in den relevanten Märkten einschliesslich der am Gesamtumsatz gemessenen Marktanteile in Prozenten für das Jahr 2000 zeigt die nachfolgende Tabelle.

Tabelle 2**Relevante Märkte**

Produkte	BP	Veba	Total
Schweizerische Märkte			
Motorentreibstoff (1)	[...]	[...]	[10%-20%]
Flugtreibstoff	[...]	[...]	[20%-30%]
Brennstoff (1)	[...]	[...]	[10%-20%]
Schmierstoff	[...]	[...]	[10%-20%]
Bitumen	[...]	[...]	[über 20%]
Westeuropa bzw. Weltmärkte			
Rohöl	[...]	[...]	[0%-10%]
Petrocoke	[...]	[...]	[10%-20%]
Petrochemische Produkte	[...]	[...]	
Ethylen (2)	[...]	[...]	[10%-20%]
Acrylonitrile	[...]	[...]	[über 20%]
PTA	[...]	[...]	[über 20%]

(1) bezogen auf Umsatz Handelsstufe Schweiz

(2) bezogen auf Umsatz der Ethylenpipeline über 20%

32. In den räumlich mit der Schweiz beziehungsweise regional abgegrenzten Märkten (Treibstoff, Schmiermittel, Bitumen) kommt es vorliegend einzig im Bereich des **Bitumen** zu einer relevanten Marktanteilsaddition (vgl. oben stehende Tabelle 2).

33. Der gesamte Bedarf an Bitumen in der Schweiz ist für die letzten Jahre auf ungefähr 270-300 Kilotonnen (Kto) zu schätzen. Gemäss Zollstatistik wurden für das Jahr 2000 zirka 177 Kto Bitumen aus den EU-Ländern in die Schweiz importiert. In der Raffinerie in Cressier werden gemäss Nachforschungen des Sekretariates zirka 100-130 Kto pro Jahr hergestellt. Nach Angaben der betroffenen Unternehmen besitzt BP einen Marktanteil in der Schweiz von [...%] ([...] Kto), Veba von [...%] ([...] Kto), was einem kumulierten Marktanteil von über 20% ([...] Kto) entspricht.

34. In Bezug auf die Produkte mit einem räumlich auf Westeuropa bezogenen Markt (Rohöl, Petrolcoke, Kalzinate, Petrochemische Produkte) ergeben sich für den schweizerischen Markt grundsätzlich keine relevanten Marktanteilsadditionen. Mit Blick auf die Marktanteilsadditionen im europäischen Markt für bestimmte Produkte ist jedoch zu prüfen, ob dies in der Schweiz indirekt zu möglichen Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse führen könnte (Auswirkungsprinzip¹⁵).

35. Von den oben unter Ziffer 1.1.b erwähnten petrochemischen Produkten werden in der **Schweiz** nur Ethylen- und Propylenderivate (nicht aber Ethylen bzw. Propylen in reiner Form) und PTA verkauft. Dabei kommt es nur zu geringen Marktanteilsadditionen¹⁶.

36. In der **Europäischen Union** besitzen BP und Veba für Ethylen einen gemeinsamen Marktanteil von [10-20%], für Propylen zirka [10-20%] und für PTA [über 20%]¹⁷.

37. Die Europäische Wettbewerbskommission führte in der Folge eine vertiefte Prüfung im Bereich der petrochemischen Produkte durch¹⁸. Dabei stellte sie fest, dass der räumlich relevante Markt in Bezug auf Ethylen (das als homogenes Produkt Grundlage für die Herstellung weiterer Produkte wie Propylen, PTA etc. dient) in Abhängigkeit vom Zugang zur ARG beziehungsweise der daran angeschlossenen Raffinerien abzugrenzen ist¹⁹.

38. BP und Veba besitzen durch die Beteiligung an Ethylen produzierenden beziehungsweise verarbeitenden Raffinerien im Umfeld der ARG einen gemeinsamen Marktanteil von [über 20%], Shell und DEA²⁰ zusammen einen Marktanteil von [über 20%] und BASF von [10-20%]²¹.

39. Weiter sind BP und Veba nach der Fusion mit 50% an der ARG (Aethylen-Rohrleitungsgesellschaft) beteiligt. Da die meisten der Entscheide in der ARG mit einer 75%-Mehrheit gefällt werden, sind BP und Veba nach dem Zusammenschluss im Stande, die Entscheide zu blockieren.

¹⁵ Das Auswirkungsprinzip ist auch auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (vgl. z.B. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 23 zu Art. 2 KG; Bundesgerichtsentscheid im Falle Rhône-Poulenc SA & Merck, in: RPW 2001/2, S. 443 ff.).

¹⁶ Vgl. Notifikation vom 28.12.2001: Ethylen (Derivate): CHF [...] Mio., entsprechend [...] % Marktanteil i.V. zum europäischen Markt; Propylen (Derivate): CHF [...] Mio., entsprechend [...] % Marktanteil i.V. zum europäischen Markt; PTA: CHF [...] Mio., entsprechend [...] % Marktanteil i.V. zum europäischen Markt

¹⁷ Vgl. EU-Eingabe, Divider D Petrochemicals, Tabelle S. 10

¹⁸ Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 6.9.2001

¹⁹ Vgl. Commission Decision of 20 December 2001 (Case No COMP/M.2553-BP/E.ON), S. 4, Rz. 13

²⁰ Vgl. Commission Decision of 20 December 2001 (Case No COMP/M.2389-Shell/DEA)

²¹ Vgl. Commission Decision of 20 December 2001 (Case No COMP/M.2553-BP/E.ON), S. 12, Rz. 44

40. Um einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung vorzubeugen, verpflichteten sich die beteiligten Unternehmen (BP/Veba) im Rahmen des Prüfungsverfahrens der europäischen Wettbewerbsbehörde zu folgenden Zugeständnissen: (1) Verpflichtung zum Verkauf von 2 der 3 Anteile an der ARG durch BP und Veba, (2) Verhinderung der Blockierung von 75%-Mehrheitsbeschlüssen dadurch, dass sich BP und Veba mit 2 ihrer 3 Stimmen entsprechend der einstimmigen Entscheidung der anderen Beteiligten verhalten.

41. Die Europäische Wettbewerbskommission geht davon aus, dass durch diese beiden Massnahmen eine marktbeherrschende Position im Bereich des Ethylenmarktes weder begründet noch verstärkt wird und der wirksame Wettbewerb im gemeinsamen Markt (oder einem wesentlichen Teil desselben) nicht erheblich behindert wird. Die Kommission hat den Zusammenschluss unter diesen Auflagen daher gutgeheissen²².

42. Da infolge dieser Massnahmen keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem (auf die ARG konzentrierten) Ethylenmarkt zu erwarten ist und angesichts der Tatsache, dass BP/E.ON auf diesem Markt in der Schweiz kaum präsent ist, ist durch den Zusammenschluss auch nicht mit negativen Auswirkungen auf den schweizerischen Markt zu rechnen.

2.1 Aktuelle Konkurrenz im Bitumenmarkt

43. Einen Überblick über die aktuelle Konkurrenz auf dem Bitumenmarkt zeigt folgende Tabelle:

Tabelle 3

Wettbewerber	Marktanteile 2000
Petroplus	[35%-55%]
BP/Veba	[über 20%]
TotalFinaElf	[10%-20%]
Total Bauprodukte	[5%-15%]
Andere	[5%-15%]

²² Vgl. Commission Decision of 20 December 2001 (Case No COMP/M.2553-BP/E.ON), S. 37, Rz. 152, mit Verweis auf die in den Beilagen gemachten Zugeständnissen

44. Nach der oben stehenden Tabelle ist Petroplus mit einem Marktanteil von [35-55] Prozent Marktleader, gefolgt von BP/Veba mit [über 20] Prozent, TotalFinaElf mit [10-20] Prozent sowie Total Bauprodukte mit rund [5-15] Prozent, wobei der Konzentrationsgrad der drei grössten Unternehmen rund 78 Prozent²³ beträgt.

45. Gemäss Umfrage des Sekretariats gibt es in der Schweiz zirka sechs bis acht grosse Bitumenhändler, die ihren Rohstoff von insgesamt fünf bis zehn verschiedenen Raffinerien (Bitumenproduzenten) im In- und Ausland beziehen. Die relativ grosse Zahl von Marktteilnehmern spricht für wirksamen Wettbewerb.

46. Die Nachfrage der Bitumen verarbeitenden Unternehmen wird weitgehend durch die öffentliche Hand als Auftraggeber für Strassenbauprojekte bestimmt. Die Gesamtnachfrage nach Bitumen ist dadurch grösstenteils vorgegeben. Gemäss den Nachforschungen des Sekretariates reagieren die Bitumennachfrager preissensitiv. Die relativ hohe Preiselastizität der Nachfrage bewirkt, dass die einzelnen Bitumenproduzenten kaum Preiserhöhungsspielraum haben.

47. Die vom Bundeskartellamt verfügte Reduktion der Beteiligungen von BP und Veba an der Bayernoil Raffineriegesellschaft mit Raffinerien in Vohburg, Ingolstadt und Neustadt von 80% auf 35% per Ende März 2003 führt zu einer Zunahme der Wettbewerbsintensität auf den Märkten für Erdölprodukte, insbesondere für Bitumen im Süddeutschen Raum. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen des Konzentrationsprozesses im Erdölgeschäft im süddeutschen Raum durch die Auflagen des Bundeskartellamtes weitgehend kompensiert werden. Damit werden auch die Bedenken hinsichtlich der Bildung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in der Schweiz ausgeräumt.

IV. Ergebnis

48. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, der Zusammenschluss den schweizerischen Markt in besonderer Weise betrifft und mit den durch die Europäische Wettbewerbsbehörde beziehungsweise des Bundeskartellamtes verfügten Auflagen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

²³ Der Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) beträgt rund 2820

B 2.3	6. 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 hat mit Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Dezember 2001 das Zusammenschlussvorhaben EnBW Kraftwerke AG/Geschäftsbereich Energie der Lonza Group AG für unbedenklich erachtet.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001

I. Landwirtschaftsgesetz (LwG; SR 910.1)

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission begrüsst den mit der Agrarpolitik 2002 eingeleiteten Reformprozess, der namentlich die Aufhebung der staatlichen Preis- und Übernahmegarantien und den weitgehenden Ersatz von Marktstützungsmassnahmen durch Direktzahlungen beinhaltet. Allerdings sind mehrere grundlegende wettbewerbspolitische Anliegen bis anhin unerfüllt geblieben. In wichtigen Bereichen der landwirtschaftlichen Produktion und zum Teil auch in den nachgelagerten Sektoren bestehen bedeutende Wettbewerbsdefizite.

Die Vernehmlassungsunterlage zur Agrarpolitik 2007 steht im Zeichen der Konsolidierung des bisher Erreichten und verspricht nur relativ bescheidene Fortschritte auf dem Weg zu einer liberaleren Marktordnung. Die Wettbewerbskommission setzt sich mit Nachdruck dafür ein, dass die mit der Agrarpolitik 2002 begonnenen Reformschritte konsequent weiter verfolgt werden. Die Wettbewerbskommission ist davon überzeugt, dass eine konsequente Deregulierung der Agrarmärkte mittelfristig auch der Landwirtschaft zugute kommt.

Im Folgenden werden die aus wettbewerbspolitischer Sicht entscheidenden Problemkreise dargelegt. Die zentralen Anliegen der Wettbewerbskommission werden mit Anträgen untermauert, die auf die Förderung des wirksamen Wettbewerbs abzielen.

2. Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Organisationen

a) Artikel 8 LwG: Selbsthilfemassnahmen der Produzenten- und Branchenorganisationen

Die Wettbewerbsbehörden stellen regelmässig fest, dass sich bei der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Organisationen Wettbewerbsprobleme ergeben können. Die Übertragung von Aufgaben, die bisher vom Staat wahrgenommen wurden, an private Organisationen kann zwar in einzelnen Fällen sinnvoll sein; die Wettbewerbskommission gibt jedoch zu bedenken, dass die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Organisationen keine Deregulierung darstellt und in der Regel nicht zu mehr Wettbewerb führt. Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Organisationen ist lediglich ein neues Instrument, um die bisherigen Ziele der Landwirtschaftspolitik durchzusetzen. Der Handlungsspielraum der einzelnen Marktteilnehmer erhöht sich nicht, nur weil eine Regulierung nicht mehr direkt vom Staat durchgesetzt wird, sondern von einer privaten Organisation, die im staatlichen Auftrag handelt.

Es stellt sich regelmässig die Frage, inwieweit die Unabhängigkeit der privaten Organisationen von den Marktteilnehmern gewährleistet ist. So wurde beispielsweise im Bereich Ölsaaten die Branchenorganisation swiss granum mit einem Leistungsauftrag ausgestattet. Dem Agrarbericht 2001 (Seite 162) ist zu entnehmen: "Die Marktpartner haben innerhalb der Branchenorganisation swiss granum die Koordination des Ölsaatenmarktes übernommen". Es versteht sich von selbst, dass aus wettbewerbspolitischer Sicht die gemeinsame Koordination eines Marktes durch die Marktteilnehmer als problematisch zu bewerten ist.

Aus der Vernehmlassungsunterlage (Seite 30) und dem Agrarbericht 2001 (Seite 131) geht hervor, dass den Organisationen der Produzenten und Produzentinnen und der entsprechenden Branchen in der Agrarpolitik 2007 eine Schlüsselrolle zukommen soll. Der Vernehmlassungsunterlage ist folgende Aussage zu entnehmen: "Die erwünschten Entwicklungen sollen nicht unterbunden werden. Gesetzeskonforme Selbsthilfemassnahmen sind deshalb nicht als wettbewerbsrechtliche Verstösse zu ahnden". Sofern für Selbsthilfemassnahmen eine klare gesetzliche Grundlage besteht, sind die Einflussmöglichkeiten der Wettbewerbskommission gemäss Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) tatsächlich eingeschränkt. Nach geltendem Recht kann die Wettbewerbskommission somit nicht in vollem Umfang gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen, die von den Produzenten- und Branchenorganisationen umgesetzt werden. Die Wettbe-

werbskommission würde es begrüßen, wenn die Selbsthilfemassnahmen der Branchen- und Produzentenorganisationen - wie in anderen Wirtschaftssektoren - vollumfänglich dem Kartellgesetz unterstellt würden.

Es ist zu vermeiden, dass Produzenten- und Branchenorganisationen mit Instrumenten ausgestattet werden, die es diesen Organisationen ermöglichen, den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten erheblich zu beeinträchtigen oder gar zu beseitigen. Gemäss Artikel 8 LwG gehören namentlich Massnahmen zur Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes zu den Aufgaben der Produzenten- und Branchenorganisationen. Auf Märkten mit Gütern, die nur schwer substituierbar sind und die keinem genügenden Ausenwettbewerb (z.B. durch Importe) ausgesetzt sind, führen Massnahmen zur Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes unweigerlich zur Bildung von staatlich geschützten Mengenkartellen. Derartige Mengenabreden führen zu überhöhten Preisen und sind volkswirtschaftlich ebenso schädlich wie Preisabreden, weshalb beide Arten von Abreden im Kartellgesetz grundsätzlich gleich beurteilt werden.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, den Passus "sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes" aus Artikel 8 Absatz 1 LwG zu streichen.

b) Artikel 9 LwG: Allgemeinverbindlichkeit von Selbsthilfemassnahmen

Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass die derzeitige Praxis der Anwendung von Artikel 9 LwG nicht mit dem Wortlaut dieses Artikels vereinbar ist. Nach Artikel 9 Absatz 1 LwG kann der Bundesrat unter gewissen Bedingungen befristete Vorschriften erlassen, sofern die Selbsthilfemassnahmen nach Artikel 8 Absatz 1 LwG *in ihrer Wirkung gefährdet sind*.

Die Selbsthilfemassnahmen von drei Produzentenorganisationen (Schweizer Milchproduzenten SMP, Schweizerischer Bauernverband und GalloSuisse) und von drei Branchenorganisationen (Emmentaler Switzerland, Interprofession du Gruyère und Interprofession du Vacherein Fribourgeois) wurden unlängst nach Artikel 9 Absatz 1 LwG als allgemein verbindlich erklärt; das heisst, die Nichtmitglieder wurden dazu verpflichtet, die Selbsthilfemassnahmen der betreffenden Branchen- oder Produzentenorganisation mitzufinanzieren. Eine notwendige Voraussetzung für den Erlass von befristeten Vorschriften gemäss Artikel 9 Absatz 1 LwG war aber in mindestens fünf der sechs Fälle eindeutig nicht gegeben: Es ist unbestritten, dass in diesen Fällen die Wirkung der Selbsthilfemassnahmen nicht gefährdet war.

Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit erfolgte vielmehr aufgrund einer allenfalls potenziell vorhandenen Gefährdung der Selbst-

hilfemassnahmen infolge einer in Zukunft möglicherweise steigenden Zahl von Trittbrettfahrern. Diese Interpretation widerspricht nach Auffassung der Wettbewerbskommission klar dem Sinn von Artikel 9 Absatz 1 LwG. Da eine gewisse potenzielle Gefährdung der Selbsthilfemassnahmen in jedem Fall gegeben ist, würde die derzeitige Formulierung von Artikel 9 Absatz 1 LwG so ihren Sinn verlieren. Die aktuelle Anwendung von Artikel 9 Absatz 1 LwG ist sowohl aus wettbewerbspolitischer Sicht als auch in Bezug auf die Wahrung der Wirtschaftsfreiheit als problematisch zu beurteilen. Die Wettbewerbskommission beantragt keine Änderung von Artikel 9 LwG, fordert aber, dass die Anwendung dieses Artikels in Zukunft in der vom Gesetzgeber beabsichtigten restriktiven Weise erfolgt.

c) Artikel 51 LwG: Übertragung von öffentlichen Aufgaben im Bereich Schlachtvieh und Fleisch, insbesondere Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen

Nach geltendem Recht kann der Bund im Bereich Schlachtvieh und Fleisch private Organisationen damit beauftragen, bei saisonalen Angebotsschwankungen Marktentlastungsmassnahmen durchzuführen. Die mit der Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen und anderen Aufgaben auf dem Fleischmarkt beauftragte Organisation ist zurzeit die Proviande.

Die Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen stellt einen erheblichen Eingriff in den Fleischmarkt dar und führt tendenziell zur Überproduktion. Der Vernehmlassungsentwurf sieht vor, dass die beauftragten Organisationen (d.h. die Proviande) neu auch bei anderen vorübergehenden Angebots- und Nachfrageschwankungen Marktentlastungsmassnahmen durchführen können. Die vorgeschlagene Änderung dürfte tatsächlich wenig an den effektiven Verhältnissen ändern, da die Proviande bereits heute Marktentlastungsmassnahmen durchführt, die nicht mit saisonalen Angebotsschwankungen begründet werden können.

Es stellt sich grundsätzlich die Frage nach der Effizienz von derartigen Marktentlastungsmassnahmen (insbesondere Einlagerungsaktionen). Im Agrarbericht 2001 (Seite 177) wird ausgeführt: "Zudem können anfängliche Stabilisierungsmassnahmen im Laufe der Zeit unter dem Druck politischer Interessen zu einer fortlaufenden Preisstützungspolitik führen, was nicht dem Ziel einer staatlichen Preisstabilisierungspolitik entspricht". Weiter wird im Agrarbericht ausgeführt, dass die Wirkung der Einlagerungsaktionen gering sei. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission stellen staatlich gestützte Einlagerungsaktionen kein zukunftsorientiertes Instrument der Landwirtschaftspolitik dar.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, auf die Änderung von Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe a LwG zu verzichten. Zudem erwartet die Wettbewerbskommission, dass Marktentlastungsmassnahmen in Zukunft - wenn überhaupt - tatsächlich nur bei saisonalen Ange-

botsschwankungen durchgeführt werden und nicht zum Abbau von strukturell bedingten Überschüssen eingesetzt werden.

3. Grenzschutz und Verteilung von Zollkontingenten

a) Grundsätzliches

Der Grenzschutz bezweckt den Schutz der einheimischen Produktion. Der Grenzschutz führt zu überhöhten Inlandpreisen und zu Spezialisierungsverlusten, was Wohlfahrtsverluste nach sich zieht. Die negativen Auswirkungen des Grenzschutzes auf den Wettbewerb auf der Detailhandelsstufe sind ebenfalls bekannt. Die dadurch begünstigte Entstehung der Angebots- und Nachfragemacht der etablierten Detailhandelsunternehmen wirkt sich mit Bestimmtheit nicht vorteilhaft auf Konsumenten und Produzenten aus. Aus diesen Gründen befürwortet die Wettbewerbskommission den Abbau des Grenzschutzes.

Ein politisch gewollter Grenzschutz sollte so ausgestaltet werden, dass möglichst wenige Wettbewerbsverzerrungen auftreten. Die Art der Verteilung von Zollkontingenten tangiert das Ausmass des Grenzschutzes nicht, hat aber nachhaltige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Inland. Die Wettbewerbskommission plädiert dafür, dass das Verteilverfahren nach Massgabe einer Inlandleistung in Zukunft nicht mehr angewandt wird. Dieses Verfahren wirkt strukturhaltend und wettbewerbsverzerrend. Die in einer Industrie etablierten Unternehmen, die bereits vom bestehenden Grenzschutz begünstigt werden, profitieren zusätzlich von der Verteilung der Zollkontingentsanteile nach Massgabe einer Inlandleistung (Ausschüttung von Kontingentsrenten, Erschwerung des Marktzutritts für potenzielle Konkurrenten).

Die Wettbewerbskommission begrüsst es, dass in den letzten Jahren in verschiedenen Bereichen die Verteilung der Zollkontingentsanteile nach Massgabe einer Inlandleistung durch wettbewerbskonforme Verfahren abgelöst worden ist. In manchen Schlüsselbereichen der landwirtschaftlichen Produktion (z.B. Fleischmarkt) ist aber nach wie vor die Verteilung der Zollkontingentsanteile nach Massgabe einer Inlandleistung vorherrschend.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, in Zukunft generell von einer Verteilung der Zollkontingentsanteile nach Massgabe einer Inlandleistung abzusehen und stattdessen andere Verfahren (je nach Einzelfall Versteigerung oder Windhundverfahren) anzuwenden.

b) Artikel 42 LwG: Buttereinfuhr

Es ist zu begrüssen, dass Artikel 42 Absatz 2 LwG aufgehoben und damit das Teilzollkontingent Butter einem weiteren Kreis von Interessenten offen stehen soll. Die realen Auswirkungen dieses Schritts dürften allerdings gering sein. Die Verteilung des Teilzollkontingents Butter erfolgt nach wie vor nach Massgabe einer Inlandleistung (gemäss Art. 1 der Verordnung des BLW über die Buttereinfuhr, SR 916.357.1), wo-

bei die vier in der Schweiz tätigen Butterproduzenten ihre Importrechte an die Branchenorganisation Butter BOB abtreten. Der Butterimport generiert erhebliche Kontingentsrenten, die zur Durchführung von Stützungsmaßnahmen verwendet werden. Die derzeitige Regelung wirkt sich zum Vorteil der Butterindustrie aus; aus gesamtwirtschaftlicher und wettbewerbspolitischer Sicht ist die heutige Situation aber klar unbefriedigend.

Antrag: Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass auf dem Buttermarkt konsequente Liberalisierungsschritte erfolgen müssen: Ein erster wichtiger Schritt bestünde in der Versteigerung des Teilzollkontingents Butter.

4. Landwirtschaftliche Produktion und strukturelle Fragen

a) Artikel 29 LwG: Zielpreis für Milch

Der Zielpreis für Milch stellt einen schwerwiegenden staatlichen Eingriff dar, auch wenn die Bedeutung des Zielpreises in den letzten Jahren abgenommen hat. Die Wettbewerbskommission begrüsst deshalb die geplante Aufhebung des Zielpreises für Milch.

b) Artikel 30 LwG: Milchkontingentierung

Neben der Aufhebung des Zielpreises für Milch ist die Aufhebung der Milchkontingentierung eine notwendige - allerdings noch keine hinreichende - Bedingung dafür, dass auf dem schweizerischen Milchmarkt wirksamer Wettbewerb Einzug halten kann. Die Wettbewerbskommission schliesst sich den Ausführungen in der Vernehmlassungsunterlage auf Seite 60 f. an, wo es heisst: "Die Milchkontingentierung hat dazu beigetragen, den Preis für die Produzenten zu stützen. Dies hat aber bewirkt, dass sich die Produktionskosten auf hohem Niveau bewegen und strukturelle Überkapazitäten bestehen bleiben". Die Umwandlung von Artikel 30 Absatz 1 LwG in eine Kann-Bestimmung ist zweifellos ein Schritt in die richtige Richtung. Die Wettbewerbskommission würde es begrüssen, wenn die Milchkontingentierung möglichst rasch aufgehoben würde.

c) Artikel 46 und 47 LwG: Höchstbestände in der Viehwirtschaft

Die Festlegung von Höchstbeständen stellt einen erheblichen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit dar. Höchstbestandesvorschriften verzögern den Strukturwandel in der Landwirtschaft und verhindern, dass landwirtschaftliche Betriebe die optimale Betriebsgrösse erreichen können. Als Rechtfertigungsgründe für die bestehenden Höchstbestandesvorschriften gelten Lücken in anderen Bestimmungen (insbesondere Gewässerschutzgesetz). Die Wettbewerbskommission plädiert dafür, dass die Lücken in den betreffenden Gesetzen möglichst rasch geschlossen werden, um die Voraussetzungen für die Abschaffung der

Höchstbestandesvorschriften in der Landwirtschaftsgesetzgebung zu schaffen.

d) Artikel 87 LwG: Bäuerliche Infrastrukturmassnahmen

Nach geltendem Recht können bäuerliche Infrastrukturmassnahmen finanziell gefördert werden, sofern diese Massnahmen gegenüber Gewerbebetrieben wettbewerbsneutral sind. In der neuen Fassung von Artikel 87 LwG wird der Begriff der Wettbewerbsneutralität abgeschwächt. Die Wettbewerbskommission befürchtet, dass dadurch Wettbewerbsverzerrungen entstehen können, die sich zulasten von Gewerbebetrieben auswirken.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, auf die geplante Änderung von Artikel 87 LwG zu verzichten.

5. Verarbeitungsbeiträge

Eine zielgerichtete Unterstützung der Landwirtschaft sollte mit Instrumenten erfolgen, welche die Produktionsentscheidungen und die relativen Preise zwischen den Gütern möglichst wenig beeinflussen. Die Unterstützung der Landwirtschaft erfolgt denn auch in wachsendem Ausmass mittels (allgemeiner) Direktzahlungen.

In verschiedenen Bereichen werden aber nach wie vor Verarbeitungsbeiträge entrichtet, die nichts anderes als Industriesubventionen darstellen. Die Subventionierung von Verarbeitungsbetrieben ist wettbewerbsverzerrend und zementiert auf Dauer ineffiziente Strukturen. Verarbeitungsbeiträge bestehen unter anderem beim Zucker (Art. 54 LwG), bei der Verarbeitung von Milch zu Milchpulver (Art. 40 LwG), bei den Ölsaaten (Art. 56 LwG) und - beschränkt auf Pilot- und Demonstrationsanlagen - bei den nachwachsenden Rohstoffen (Art. 59 LwG).

Antrag: Die Wettbewerbskommission plädiert dafür, dass die Verarbeitungsbeiträge - allenfalls mit gewissen Übergangsfristen - konsequent abgebaut werden.

6. Umstellungsbeiträge

a) Grundsätzliches

Die Ausrichtung von Umstellungsbeiträgen soll es solchen Produzenten, deren Kulturen einen unbefriedigenden Ertrag abwerfen, erlauben, ihre Produktion auf vielversprechendere Kulturen umzustellen. Bei der Ausrichtung von Umstellungsbeiträgen besteht die Gefahr, dass aufgrund von planwirtschaftlichen Fehleinschätzungen falsche Investitionsanreize gesetzt werden. Es ist zu vermeiden, dass die Produktion nicht aufgrund von Preissignalen, sondern nur wegen der pekuniären Anreize der Umstellungsbeiträge umgestellt wird. Die Investitionsentscheidungen sollten dezentral von den einzelnen Produzenten gefällt werden. Staatliche Beiträge sind - wenn überhaupt - so auszurichten, dass sie die unternehmerischen Entscheide der Produ-

zenten nicht beeinflussen. Eine mögliche Alternative - bei der die genannten Nachteile weniger ausgeprägt zum tragen kommen - besteht in der Gewährung von Investitionskrediten.

b) Artikel 66 LwG: Weinanbau

Gemäss Artikel 66 Absätze 1 und 2 LwG soll der Bund Umstellungen im Weinanbau bis längstens 31. Dezember 2011 mit Beiträgen unterstützen können. Aus der Vernehmlassungsunterlage geht hervor, dass die Umstellungsbeiträge für die Verminderung der weissen Rebflächen des Typs Chasselas und Müller-Thurgau zugunsten einer Erhöhung der Marktanteile bei den roten Sorten und den weissen Spezialitäten ausgerichtet werden sollen. Die Wettbewerbskommission hat Bedenken bezüglich der Effizienz der geplanten Massnahmen. Es liegt auf der Hand, dass bei planwirtschaftlich angelegten Umstellungsaktionen die Gefahr besteht, dass in grossem Umfang Fehlinvestitionen getätigt werden.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, auf die Einführung von Umstellungsbeiträgen im Weinanbau (Art. 66 Abs. 1 und 2 LwG) zu verzichten.

c) Artikel 58: Früchte und Gemüse

Die Vernehmlassungsunterlage sieht vor, dass Anpassungen der Früchte- und Gemüseproduktion (z.B. Ersatz von Apfelbäumen durch Zwetschgenkulturen) befristet bis 31. Dezember 2011 finanziell unterstützt werden sollen, sofern die Anpassungsmassnahmen kollektiv, das heisst von einer Produzentengruppierung, vereinbart worden sind. Die Problematik ist grundsätzlich identisch mit derjenigen im Weinanbau. Hinzu kommt, dass im Bereich Früchte und Gemüse gemeinschaftliche, von einer Produzentengruppierung vereinbarte, und nicht individuelle Massnahmen unterstützt werden. Es werden somit nur branchenumfassende Lösungen finanziell honoriert, nicht aber innovative Projekte, die von einzelnen Produzenten lanciert werden. Den Produzentengruppierungen wird im vorliegenden Fall ein bedeutender Einfluss auf die Produktionsmengen und -kapazitäten eingeräumt, was aus wettbewerbspolitischer Sicht als problematisch zu bewerten ist.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, auf die im Vernehmlassungsentwurf vorgesehene Unterstützung von gemeinschaftlichen Massnahmen von Produzentinnen und Produzenten zur Anpassung der Produktion von Früchten und Gemüse an die Erfordernisse der Märkte zu verzichten, das heisst, Artikel 58 Absätze 2 und 3 LwG zu streichen.

II. Boden- und Pachtrecht: Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11), Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG; SR 221.213.2) und Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210)

Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Boden- und Pachtrechts hat die Wettbewerbskommission keine Bemerkungen.

III. Tierseuchenrecht: Tierseuchengesetz (TSG; SR 916.40) und Bundesgesetz über die Beiträge an die zur Ausrottung der BSE angeordnete Verbrennung von Fleischabfällen

Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Tierseuchenrechts hat die Wettbewerbskommission keine Bemerkungen.

**D Entwicklungen
Développements
Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	------------------------------------------------------

AIGNER Andreas, "Kollektive Marktbeherrschung im EG-Vertrag", Wien 2001

BALDWIN Richard E., BRUNETTI Aymo (Hrsg.), "Economic Impact of EU Membership on Entrants. New Methods and Issues", Boston 2001

BECKMANN Martin, "Anmerkungen zur kartellrechtlichen Abgrenzung von Märkten auf dem Gebiet der Abfallentsorgung" in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1/2002, S. 16 ff.

BISHOP Simon, RIDYARD Derek, "E.C Vertical Restraints Guidelines: Effects Based or Per Se Policy" in: European Competition Law Review, 1/2002

BKartA-Tagungsbericht "Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle - Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition? Kartellrecht?" in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1/2002, S. 31 ff.

BOVET Christian, "Le contenu des marchés publics" in: Revue de droit administratif et de droit fiscal, Nr. 4/2001, S. 415 ff.

BOVET Christian, "Le droit des télécommunications en mutation" in: éditions universitaires fribourg, 2001

BRECHBÜHL Beat, BERGER Bernhard, "Erwerb einer (Minderheits-) Beteiligung als Wettbewerbsabrede?" in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 6/2001, S. 305 ff.

DOBSON Paul, "Competition and Mergers in Consumer Goods Industries: The Case of Pet Foods" in: European Competition Law Review, 2001, S. 443 ff.

FABBIO Philipp, "Der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit nach italienischem Recht" in: Wirtschaft und Wettbewerb, 9/2001, S. 834 ff.

GRONER Roger, "Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Schweizer und US Wettbewerbsrecht" in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 6/2001, S. 265 ff.

GUGLER Philippe, "La politique de la concurrence" in: La vie économique, 11/2001, p. 49 ss.

GUGLER Philippe, "Die Wettbewerbspolitik" in: Die Volkswirtschaft, 11/2001, S. 49 ff.

HOFFET Franz, BORER Jürg, "Erweitertes Menu der Kartellgesetz-Revision. Zwei schwer verdauliche zusätzliche Gänge" in: Neue Zürcher Zeitung, 9. Januar 2002

HUGHES Mat, FOSS Celia, ROSS Kristin, "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law" in: European Competition Law Review, 2001, S. 424 ff.

KRAUSKOPF Patrick, ROTH Sabrina, "L'intervention des autorités de la concurrence dans les procédures judiciaires et législatives" in: La Semaine Judiciaire, 2/2002, S. 33 ff.

PIAGET Olivier, "La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse", Basel 2001

RICHARDSON Russell, GORDON Clive, "Collective Dominance: The Third Way?" in: European Competition Law Review, 2001, S. 416 ff.

SCHMITZ Stefan, "Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?" in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1/2002, 6ff.

**E Diverses
Divers
Diversi**

**E 1 OECD
OCDE
OCSE**

E 1	1. Rapport annuel sur la politique de la concurrence en Suisse (1^{er} janvier - 31 décembre 2000)
-----	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- I. **Modifications de la loi et de la politique de la concurrence, envisagées ou adoptées**
 1. **Résumé des nouvelles dispositions relevant du droit de la concurrence et des matières connexes**
 1. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) n'a pas fait l'objet de révision depuis la date de son entrée en vigueur le 1er juillet 1996.
 2. Toutefois, le Département fédéral de l'économie a mis sur pied en automne 1999 une Commission d'experts chargée de réviser la LCart, notamment en vue de l'introduction de sanctions immédiates. La procédure de consultation sur le projet de révision a été terminée à la fin décembre 2000¹.
 2. **Autres mesures prises dans ce domaine (notamment instructions ou directives)**
 3. Aucune mesure ni directive n'ont été prises dans ce domaine.
- II. **Mise en œuvre de la législation et de la politique de la concurrence**
 1. **Action contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris les ententes et abus de positions dominantes**
 - a. **1) Résumé de l'activité des autorités de la concurrence**
 4. Durant la période considérée, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) a clos 18 enquêtes préalables:

1 <http://www.pd.admin.ch/poly/Framesets/F/Frame-F.htm>

- 11 concernaient des *accords illicites* (art. 5 LCart);
 - 6 portaient sur des cas d'*abus de position dominante* (art. 7 LCart);
 - 1 enquête préalable a été examinée sous l'angle des dispositions relatives aux *accords illicites et abus de position dominante* (art. 5 et 7 LCart) *simultanément*.
5. Sur ces 18 enquêtes préalables:
- 9 ont été closes sans suite faute d'indices de restrictions illicites à la concurrence selon la LCart;
 - sur ces 9 enquêtes préalables, 4 ont été réglées à l'amiable avec les entreprises concernées par des mesures propres à supprimer ou à empêcher les restrictions à la concurrence;
6. Durant la période considérée, la Comco a clos 10 enquêtes ordinaires.
- 8 enquêtes concernaient des cas d'*accords illicites* (art. 5 LCart);
 - 2 enquêtes portaient sur des cas d'*abus de position dominante* (art. 7 LCart);
7. Au 31 décembre 2000, 18 enquêtes préalables et 18 enquêtes ordinaires étaient en cours.

Légende:

DPC	=	Droit et Politique de la Concurrence (publication des autorités suisses de la concurrence, disponible sur le site internet: www.wettbewerbskommission.ch)
1	=	enquête préalable: clôture sans suite (pas d'indice de restrictions illicites à la concurrence)
2	=	enquête préalable: clôture sans suite (accord avec les parties selon art. 26 al. 2 LCart)
3	=	enquête préalable: clôture avec suite (ouverture d'une enquête)
4	=	enquête préalable: en cours au 31 décembre 2000
5	=	enquête: clôture
6	=	enquête: en cours au 31 décembre 2000

Nom de l'affaire	art. 5 LCart (accords)	art. 7 LCart (pos. dom.)	art. 5 et 7 LCart	Résultats (cf. légende)	Référence au DPC
Christies & Sotheby's	x			1	-
Coopération Kasensturz - saldo	x			1	2000/1 p. 8 ss.
Kinofilmverleih			x	1	2000/4 p. 571 ss.

Abonnements des remontées mécaniques Valais	x			1	2000/3 p. 319 ss.
Emoluments des agences de voyage	x			1	-
Formation des professeurs de tennis	x			2	-
Liste négative des assureurs maladie	x			2	-
Bödeli AG/Tele 24		x		2	-
Apothekerzeitung		x		2	-
Distribution de produits vétérinaires	x			3	-
Assurance complémentaire dans le canton AG	x			3	-
Tarifs privés des médecins zurichoïses	x			3	-
Lokoop/CFE		x		3	2000/1 p. 1 ss.
Migros/Watt - EEF		x		3	2000/2 p. 153 ss.
Migros/Watt - EBL		x		3	2000/4 p. 561 ss.
Migros/Watt - SIE		x		3	-
Prix de l'essence Bienne-Seeland	x			3	-
CGE	x			3	-
Tarifs privés des médecins genevoïses	x			4	-
Assurances responsabilité civile des véhicules	x			4	-
ASTAG - Tarifs de branche	x			4	-
Jahresumsatzprämie Presserwerbung	x			4	-

XDSL-Angebot Swisscom		x		4	-
ETA Nova - EKT		x		4	-
Post/Swissmail	x			4	-
Swisscom/Publifon		x		4	-
Terminaux de paiement		x		4	-
Règlement de la concurrence SBV	x			4	-
OIC organisme inter-cantonal de certification	x			4	-
Ascenseurs			x	4	-
Bio Suisse			x	4	-
Réparation d'outillages électriques	x			4	-
Prix des cigarettes			x	4	-
Sanitaire (ventre de produits)	x			4	-
Interprofession d'Emmental			x	4	-
Interprofession du Gruyère			x	4	-
Sanphar - distribution des médicaments	x			5	2000/3 p. 320 ss.
AFEC - Auto écoles fribourgeoises	x			5	2000/2 p. 167 ss.
Intensiv - Production d'instruments dentaires		x		5	à paraître
BKW FMB Energie AG		x		5	2000/1 p. 29 ss.
Prix des boissons restaurants Romandie	x			5	2000/1 p. 25 ss.
Prix des quotidiens tessinois	x			5	2000/1 p. 16 ss.

Cartel des vitamines I	x			5	2000/2 p. 186 ss.
Cartel de l'asphaltage	x			5	2000/4 p. 588 ss.
Commerce de détail	x			5	2000/2 p. 212 ss.
Volkswagen	x			5	2000/2 p. 196 ss.
Teleclub/Cablecom		x		6	-
JC Decaux/Affichage Holding	x			6	-
Lokoop/CFF		x		6	-
Tarifs téléphonie mobile	x			6	-
Migros/Watt - EEF		x		6	-
Migros/Watt - EBL		x		6	-
Migros/Watt - SIE		x		6	-
Feldschlösschen/Coca Cola		x		6	-
Kaladent - Distribution de produits dentaires		x		6	-
Cartes de crédit	x			6	-
Tarifs privés des médecins zurichoïses	x			6	-
Assurance complémentaire dans le canton AG	x			6	-
Distribution de produits vétérinaires	x			6	-
Cartel de soumission Bibliothèque Nationale	x			6	-
Prix de l'essence en Suisse			x	6	-
SUMRA (distribution de	x			6	-

montres)					
Citroën (système de distribution)	x			6	-
CGE	x			6	-

Résumé des cas importants

8. **Auto-école**²: Le 8 mai 2000, la Comco a interdit aux moniteurs de l'Association des écoles de circulation du canton de Fribourg (AFEC) de s'entendre sur les tarifs pour les cours pratiques auto, moto et camion ainsi que pour les cours de sensibilisation au trafic. Pour la Comco, les recommandations de prix constituent des cartels présumés illicites lorsqu'elles sont suivies par les entreprises auxquelles elles sont destinées. Peu importe que ces recommandations ne soient pas obligatoires. Dans le cas d'espèce, l'enquête a établi que les accords de prix en question étaient suivis par les moniteurs auto-école, ce qui a eu pour effet d'affecter notablement, voire de supprimer la concurrence efficace entre les moniteurs de conduite dans le canton de Fribourg. Les résultats de cette enquête ont confirmé les indices de restrictions illicites de la concurrence que le secrétariat avait mis en évidence suite à plusieurs enquêtes préalables menées au printemps 1999 dans plusieurs cantons suisses. Le recours interjeté par l'AFEC a été récemment rejeté par la Commission de recours qui a donné raison en tous points à la Comco³.

9. **Sanphar**⁴: L'Association Sanphar réglementait l'ordre des marges et des rabais en matière de distributions des médicaments en Suisse, ainsi que des conditions imposées aux grossistes de l'association. Le 7 juin 2000, la Comco a décidé d'interdire ces accords car ils affectaient notablement la concurrence. En matière de prix (marges et rabais), l'accord Sanphar s'appliquait à trois niveaux. Premièrement, les importateurs et les producteurs de médicaments s'entendaient pour n'octroyer aux grossistes que des rabais se situant dans une fourchette de plus ou moins 2% du prix ex factory. Deuxièmement, les grossistes ne pouvaient octroyer à leurs clients des rabais dépassant la marge des grossistes-Sanphar. Troisièmement, les pharmaciens, les droguistes et les médecins dispensants devaient fixer leurs marges selon un pourcentage ou une somme déterminée en fonction des prix de vente finaux

² DPC 2000/2, p. 167 ss.

³ Décision de la Commission de recours du 12 mars 2001 en la cause AFEC v. Comco (à paraître au DPC 2001)

⁴ DPC 2000/3, p. 320 ss.

des médicaments. Quant aux conditions appliquées aux grossistes, l'accord Sanphar réglementait la gamme minimale de produits et de clients dont devaient disposer les grossistes qui désiraient profiter de conditions d'achat avantageuses auprès d'un producteur ou d'un importateur. Les conditions fixées par cet accord constituaient des barrières à l'entrée sur le marché de nouveaux grossistes pouvant concurrencer les entreprises déjà établies.

10. **Recommandation de prix pour les boissons**⁵: Dans cette affaire, la Comco a examiné des recommandations de prix pour certaines boissons servies dans la restauration. Ces recommandations ont été émises par cinq associations professionnelles de Gastrosuisse à l'attention de leurs membres. Après avoir mené une enquête préalable qui a confirmé l'existence d'indices pour un accord illicite sur les prix, le secrétariat de la Commission a conclu un "accord à l'amiable" dans lequel les parties concernées ont déclaré que chaque restaurateur pouvait définir ses prix librement; elles se sont également engagées à ne plus émettre de telles recommandations. Cet accord a été approuvé par la Comco.

11. **Tarifs dans la téléphonie mobile**⁶: Le 15 mai 2000, le secrétariat de la Comco a ouvert une enquête au sujet de la situation concurrentielle sur le marché de la téléphonie mobile en Suisse. Cette procédure a été motivée par l'existence d'indices de position dominante collective et par le niveau des tarifs offerts sur le marché. On peut en effet constater que les prix des trois opérateurs actuellement actifs en Suisse revêtent une structure et des montants fort semblables. Cette situation prévaut aussi bien pour les prix des appels sortants (*Origination*) que pour ceux des appels entrants (*Termination*). L'enquête démontrera si cette situation est imputable à des restrictions illicites à la concurrence sous forme d'abus de position dominante et/ou d'entente restrictive.

12. **Enquête sur le marché des vitamines**⁷: Par décision du 17 avril 2000, la Comco a déclaré illicites les accords passés entre les membres du cartel mondial des vitamines qui avaient déployé des effets en Suisse depuis 1990 jusqu'en 1999. Ce cas a lancé un débat politique sur un possible renforcement du régime des sanctions prévues par la LCart. Un projet de révision de la LCart, prévoyant notamment l'introduction de sanctions directes, va bientôt être soumis au Parlement.

⁵ DPC 2000/1, p. 25 ss.

⁶ Feuille Fédérale du 30 mai 2000, p. 2826.

⁷ DPC 2000/2, p. 186 ss.

13. **Enquête "asphaltage des routes"**⁸. Par décision du 4 décembre 2000, la Comco a déclaré illicite un accord impliquant trois sociétés suisses et deux entreprises allemandes actives dans l'asphaltage. En effet, l'accord en question portait sur les prix, les quantités et la répartition territoriale du marché. Il supprimait depuis 1996 la concurrence efficace sur le marché de l'asphaltage. Avant l'émergence de ce cartel, les entreprises suisses étaient en concurrence avec les entreprises allemandes qui offraient leurs prestations à des prix nettement plus avantageux. Selon l'accord incriminé, les sociétés allemandes s'abstenaient de concurrencer les entreprises suisses, en échange de quoi ces dernières s'engageaient à leur acheter annuellement certaines quantités de bitume. Par la suite, les prix des produits allemands ont fortement augmenté, ce qui permettait aux entreprises suisses de maintenir artificiellement un niveau de prix plus élevé. D'autres entreprises, non membres du cartel, ont également profité de ce niveau de prix surélevé.

14. **Enquête sur la production d'instruments rotatifs pour les soins dentaires**: La Comco a constaté le 18 décembre 2000 que l'entreprise Intensiv SA dominait le marché suisse de la production d'instruments rotatifs pour les soins dentaires et abusait de sa position en boycottant les distributeurs de fournitures dentaires par correspondance. L'enquête a démontré qu'un service à la clientèle n'était ni nécessaire ni pratiqué lors de la distribution de tels instruments auprès des dentistes. D'ailleurs, ces derniers ont souligné dans leurs prises de position qu'un service à la clientèle, tel qu'imposé par Intensiv auprès de ses distributeurs, n'était pas souhaité et qu'un envoi postal des produits suffisait amplement. Dès lors, la condition imposée par Intensiv SA à ce sujet n'était pas justifiée par des motifs économiques (*legitimate business reasons*). Dès lors, elle constituait un abus de position dominante au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart.

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

15. Le Surveillant des prix a pour tâche d'empêcher les augmentations ou le maintien de prix abusifs fixés par des cartels et des entreprises puissantes sur le marché. Aujourd'hui, son activité s'exerce avant tout à l'encontre des prix administrés par l'Etat et fixés par des entreprises puissantes⁹. En plus de l'appréciation des nombreuses modifications tarifaires soumises par des autorités au sens des articles 14 et 15 de la

⁸ DPC 2000/4, p. 588 ss.

⁹ Pour un aperçu des activités du Surveillant des Prix, DPC 2000/5

loi fédérale sur la surveillance des prix (LSPr), les augmentations de prix de la Poste, les tarifs des médecins, le marché des médicaments et les travaux préparatoires à l'ouverture à venir du marché de l'électricité ont constitué les principaux thèmes de l'activité de la Surveillance des prix au cours de la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000.

16. Les modifications de **prix fixés ou approuvés par des autorités** doivent être au préalable soumises au Surveillant des prix pour avis. Une centaine d'annonces de hausses de prix ont été analysées au cours de la période. Les annonces des cantons se sont rapportées essentiellement au domaine de la santé, en particulier aux tarifs d'hôpitaux tandis que celles des communes ont concerné principalement les tarifs d'électricité, de gaz, d'eau et d'élimination des ordures.

17. Le Surveillant des prix a examiné les augmentations de prix du **courrier et des colis** du 1^{er} janvier 2001. Le port des lettres standard ne sera pas augmenté. Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a suivi les recommandations du Surveillant des prix et rejeté la demande d'augmentation de la Poste. Les excellents résultats obtenus avec les lettres ne justifiaient pas une hausse des tarifs. Par contre, l'augmentation des tarifs des colis postaux n'a pas pu être considérée comme abusive en raison du déficit enregistré dans ce secteur.

18. Avec quelques réserves, le Surveillant des prix a donné son accord de principe à la nouvelle version fortement remaniée du **tarif des médecins et des hôpitaux (TarMed)**. L'entrée en vigueur du nouveau tarif TarMed n'a pas encore pu être fixée, les partenaires au tarif devant encore fournir le détail du concept d'une introduction neutre du tarif du point de vue des coûts. La Surveillance des prix attribuera une importance particulière à la neutralité des coûts lors de l'examen des valeurs du point cantonales.

19. Sur la base du nouveau Tarmed, la Surveillance des prix a recommandé aux cantons de ne plus accepter les tarifs actuels trop élevés des opérations de la **cataracte et du glaucome** et d'entamer de nouvelles négociations.

20. Une **nouvelle étude comparative** du Surveillant des prix montre que les prix des médicaments sont encore trop chers en comparaison internationale. Par rapport à l'Allemagne où les prix sont également élevés, les prix en Suisse restent surélevés, cela avant tout dans le domaine "hors-liste", c'est-à-dire pour les médicaments non remboursés par les caisses-maladie. Le Surveillant des prix va se pencher sur ce secteur. Pour les médicaments remboursés, il exige une extension de la comparaison internationale et la suppression du délai de protection des prix de 15 ans.

21. Le Surveillant des prix a décidé de clore l'enquête dans le cas **Microsoft**. La hausse du cours du dollar a eu pour effet de réduire consi-

dérablement les fortes différences de prix observées il y a deux ans entre la Suisse et les USA pour certains logiciels.

22. Le marché de l'électricité va s'ouvrir à la concurrence par étapes. Durant cette phase transitoire, la principale tâche du Surveillant des prix consistera à veiller à ce que les **clients qui restent captifs n'aient pas à payer le prix de la libéralisation partielle**. Le Surveillant des prix aura un droit de recommandation à l'encontre de la commission d'arbitrage pour ce qui est du prix de transport. Ses compétences envers les autorités politiques qui fixent les prix finaux seront étendues à un droit de décision.

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

23. La Commission de la communication (ComCom) a été instaurée lors de la révision de la loi sur les télécommunications (LTC) en tant qu'autorité de réglementation sectorielle. Sa mission principale consiste à délivrer des concessions pour l'offre de services de télécommunication dans la mesure où elle n'a pas déjà délégué cette compétence à l'Office fédéral de la communication (OFCOM, art. 5 LTC).

24. La Commission de la concurrence, quant à elle, s'est vue confier un rôle consultatif dans le domaine de l'interconnexion. Seules des entreprises en position dominante peuvent être contraintes d'accorder l'interconnexion. La Commission de la concurrence doit se prononcer sur la question de la position dominante pour le compte de la ComCom (art. 11 al. 3 LTC).

25. Dans ce contexte, notons que la Commission de la concurrence a délivré un avis consultatif au sujet de la position de Swisscom dans le domaine des lignes louées dans une procédure d'interconnexion déposée par l'entreprise Comcare contre Swisscom devant la ComCom (DPC 2000/1, p. 70). Dans cette affaire, la ComCom avait déjà rejeté les mesures provisionnelles dans une décision incidente du 28 juin 1999 aussi bien en ce qui concerne l'interconnexion pour les lignes louées que pour les supports (c.-à-d. l'accès direct aux raccordements d'utilisateurs (dégrouper de la boucle locale ou "unbundling"). C'est dans le cadre de la procédure principale que l'expertise de la Commission de la concurrence a établi que Swisscom disposait d'une position dominante en matière de lignes louées dans le domaine de la boucle locale, mais pas pour le reste du réseau. La ComCom a pris sa décision le 2.10.2000¹⁰ qui fait actuellement l'objet d'un recours.

¹⁰ <http://www.fedcomcom.ch/fre/press/mitteilung/119.html>

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

26. Dans son arrêt du 9 mars 2000, la Commission de recours a rappelé que les enquêtes préalables sont des procédures informelles dont le rapport de clôture ne constitue pas une décision formelle au sens de la loi sur la procédure administrative (LPA)¹¹.

27. **SMA**¹². La Commission de recours en matière de concurrence a admis le recours formé par l'Institut suisse de météorologie (SMA) contre la décision de la Commission de la concurrence du 6 septembre 1999 (DPC 1999/3, p. 415 ss.). Elle reconnut que le SMA quand bien même il dépend de l'administration fédérale, doit, en raison du sens et du but de la Loi sur les cartels, y être soumis, dans la mesure où il prend part à la concurrence. En revanche, en raison d'une modification de la loi sur la météorologie et des circonstances de fait à la base de la décision ainsi que par le fait que l'abus d'une position dominante n'a pas pu être prouvé, ladite décision a été annulée. La Commission de la concurrence a recouru contre cette décision auprès du Tribunal fédéral qui a récemment rendu sa décision¹³.

28. **Rhône Poulenc**¹⁴. La Commission de recours en matière de concurrence a admis, dans sa décision du 4 juillet 2000, le recours formé par les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc (DPC 2000/4, p. 690 ss.) contre la décision de la Comco du 16 février 1998. Cette dernière a astreint ces deux entreprises au paiement d'une somme de CHF 60'000.-- chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable. De l'avis de l'autorité de recours, l'article 9 LCart se réfère au chapitre premier contenant les dispositions générales de la loi et notamment l'examen et la résolution de la question des effets en Suisse. Ces effets - concrets ou potentiels - doivent être en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence. Rien ne permet de conclure que tel est le cas en l'espèce. Le recours doit, dès lors, être admis et la décision attaquée annulée pour ce seul motif. Cette procédure a entre-temps été portée devant le Tribunal fédéral et est encore pendante.

¹¹ DPC 2000/1, p. 100 ss.

¹² DPC 2000/3, p. 461 ss.

¹³ Le Tribunal fédéral a récemment annulé la décision de la Commission de recours, motif pris que le SMA, en tant qu'office fédéral, n'a pas qualité pour recourir et que la Commission de recours n'aurait dès lors pas dû entrer en matière. En outre, il a déclaré nulle la décision de la Commission de la concurrence, celle-ci ne pouvant pas rendre de décision au sens de l'art. 30 LCart à l'encontre d'un office fédéral. Les voies du recours administratif et de la plainte à l'autorité de surveillance restent ouvertes à celui qui est discriminé par le comportement d'un office fédéral, des motifs de droit de la concurrence pouvant au demeurant être invoqués dans le cadre de telles procédures. Cet arrêt, rendu le 5 février 2001, n'est pas (encore) publié.

¹⁴ DPC 2000/4, p. 690 ss.

29. **Telekurs Holding AG**¹⁵. Lorsqu'une décision de première instance des autorités de la concurrence porte sur des mesures provisionnelles, aucun remboursement des frais d'avocats n'est dû. Tel est le constat fait par la Commission de recours dans sa décision du 14 décembre 2000. Elle était appelée à se prononcer sur un recours déposé par Telekurs Holding SA portant sur le remboursement des frais occasionnés par une demande de mesures provisionnelle à son encontre. A l'instar de la Comco qui avait conclu au rejet du recours, la Commission de recours a décidé que l'absence de dispositions à ce sujet constitue un silence qualifié de la part du législateur. Dès lors, le recours a été rejeté.

30. **Felix/Minolta**¹⁶. La Commission de recours en matière de concurrence a rejeté le recours formé par la société Felix Service SA contre la décision de la Comco du 31 mars 1999. La Commission de recours a considéré, dans sa décision du 14 décembre 2000, que la Comco avait fondé sa décision sur des éléments objectifs pour définir le marché déterminant et pour conclure, en l'espèce, à l'existence d'un "marché système" englobant non seulement le marché d'appareils photographiques mais aussi celui de leurs services après-vente. Cette conclusion confirme que la société Minolta n'a pas de position dominante sur ce marché.

a. 5) Résumé de l'activité des tribunaux cantonaux

31. Le **Tribunal de commerce du canton d'Argovie**¹⁷ s'est prononcé sur une demande de mesures provisionnelles portant sur le maintien des relations commerciales entre un producteur (X) et un distributeur. Les juges argoviens ont donné raison au distributeur des produits de la marque X qui se sentait discriminé au sens de l'article 7 LCart, étant donné que X était dominant sur le marché et abusait de sa position en le boycottant. Le Tribunal n'a pas soumis l'état de fait à la Commission de la concurrence pour avis, étant donné que l'article 15 alinéa 1 LCart ne l'y oblige pas.

a. 6) Résumé de l'activité du Tribunal fédéral

32. Aucun arrêt particulier à mentionner.

a. 7) Résumé de l'activité du Conseil fédéral

33. Aucune activité particulière n'est à mentionner sous cette rubrique.

¹⁵ DPC 2000/4, p. 703 ss.

¹⁶ DPC 2000/4, p. 716 ss.

¹⁷ DPC 2000/3, p. 478 ss.

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

34. Aucune affaire particulière à mentionner.

2. Fusions et acquisitions

a) Statistiques sur le nombre et le type de fusions notifiées et/ou contrôlées

35. 54 opérations de concentration ont été notifiées durant la période considérée. La Comco a procédé à un examen approfondi.

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

Légende :

?	=	Pas d'objection après examen préalable (art. 32 LCart)
?	=	Pas d'objection après examen (art. 33 LCart)
?	=	Autorisation sous réserve du respect de charges et de conditions
?	=	Sanctions pour violation de l'obligation préalable de notification
?	=	Notification retirée par les parties
(?)	=	Procédure en cours au 31 décembre 2000
F	=	Fusion
AC	=	Acquisition du contrôle
EC	=	Entreprise commune

Noms des entreprises participantes et type	Résultat	Publication DPC
1^{er} semestre 2000		
Banque Nationale de Paris/Paribas (AC)	? (?)	à paraître
Kuoni/TUI (EC)	?	2000/3 p. 399
Berner Oberland Medien AG (F)	?	2000/3 p. 414
Basler Kantonalbank/Coop Bank (AC)	?	2000/1 p. 40
"avec." (SBB, Migros, Kiosk AG) (EC)	?	2000/1 p. 36
NZZ AG/Buchdruckerei Buchs AG (AC)	?	2000/1 p. 41
Railtour Suisse SA/RailAway AG (EC)	?	2000/1 p. 45
GU Sat.1/Ringier AG (EC)	?	2000/1 p. 46

Dow Jones reuters Business Interactive	?	2000/1 p. 43
Actebis-CHS (AC)	? (?)	2000/1 p. 69
European Aeronautics Defence & Space Company (EC)	?	2000/1 p. 66
British Petroleum-Amoco/Mobil (EC)	?	2000/1 p. 53
TA-Media/X. (AC)	?	2000/3 p. 398
Rätia Energie AG (EC)	?	2000/2 p. 235
Südostschweiz Pressevertrieb AG (EC)	?	2000/ p. 230
EM.TV & Merchandising AG (EC)	?	2000/2 p. 233
Veba/Viag (F)	?	2000/2 p. 224
Radio RI (EC)	?	2000/2 p. 249
NZZ/Bertelsmann - SSB (EC)	?	2000/2 p. 253
COS-Primus/Online (F)	?	-
Totalfina-Elf Aquitaine (F)	?	2000/2 p. 228
Tobler-Alruma (AC)	?	2000/2 p. 255
Alstom-Alstom ABB Power Generation (AC)	?	2000/2 p. 257
Bon Appétit-Bell Gastro	?	2000/2 p. 256
2^{ème} semestre 2000		
Vodafone/Vivendi/Canal + (EC)	?	2000/3 p. 411
Airrange AG (EC)	?	2000/3 p. 445

SBB/Post - Sensetalbahn (AC)	?	
Vivendi/Seagram (EC)	?	2000/4 p. 636
Bertelsmann/EMAP (AC)	?	2000/4 p. 653
Bluewin/Swisscom (EC)	?	
Alcatel/Thomson (EC)	?	2000/4 p. 639
Thurgauer Medien AG (F)	?	2000/4 p. 662
Banner.ch (EC)	?	2000/4 p. 650
SBB/Securitas (EC)	?	
DiAx/Sunrise (F)	?	2000/4 p. 673
BMT/Schaer Thun AG II (AC)	?	2000/4 p. 646
Vivendi /Novartis (EC)	?	2000/4 p. 657
La Liberté/Journal du Jura (AC)	?	2000/4 p. 671
Vivendi/EdF (EC)	?	
Bertelsmann/Schück (AC)	(?)	
Edipresse Senger Media (AC)	(?)	
Bâloise/Banque cantonale de Soleure (AC)	?	2000/4 p. 643
Hong Kong - Singapore Banking Co/Crédit commercial de France (AC)	?	2000/3 p. 450
Mizuho (Dai-Ichi Kangyo/Fuji Bank/Industrial Bank of Japan) (AC)	?	2000/3 p. 453
Hypovereinsbank/Bank Austria (AC)	?	à paraître
Chase Manhattan/J.P. Morgan (F)	?	à paraître

Usego Hofer Curti AG-Groupe Magro SA (AC)	?	2000/3 p. 396
Nordic Capital/Hiag/Nybron (EC)	?	2000/3 p. 443
Bosch/Siemens, GU Demag Krauss-Maffei (AC)	?	2000/3 p. 448
Airbus (EC)	?	2000/4 p. 645
Bombardier-Adtranz (AC)	?	à paraître
Unilever-Bestfood (AC)	?	à paraître
GlaxoWellcome/Smithklin-Beecham (F)	?	à paraître

b) Description de quelques affaires importantes

37. **Rätia Energie AG**¹⁸. Dans cette procédure, la Comco a autorisé dans le délai d'examen préalable d'un mois la concentration des actifs d'entreprises de fourniture d'électricité au sein d'une entreprise commune (Rätia Energie AG). S'agissant des marchés affectés, elle a séparé les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture d'énergie électrique. S'agissant des conséquences de l'opération, la Comco a distingué effets horizontaux, verticaux et autres. Elle a identifié les éventuels effets négatifs résultant de l'intégration de réseaux de transport et de capacités de production. Elle les a nié dans le cas d'espèce en se référant notamment à la future loi sur le marché de l'électricité dont le projet prévoit un "Third Party Access". A noter par ailleurs, que l'affaire Rätia Energie AG constitue le premier cas dans lequel la Comco a analysé une opération de concentration sur le plan des "*spill-over effects*" et des "*ancillary restrictions*".

38. **Berner Oberland Medien AG**. La Comco a autorisé l'opération de concentration entre la Berner Zeitung et la Berner Oberland Medien SA à la suite d'un examen approfondi. La Comco a estimé que cette concentration ne créera ni ne renforcera une position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché de la presse écrite quotidienne bernoise, dans la mesure où le journal "Der Bund" et d'autres médias, tels que les journaux nationaux et locaux, de même que la télévision, la radio et internet veilleront à sauvegarder le jeu de la concurrence.

¹⁸ DPC 2000/2, p. 235 ss.

39. **Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham.** Ce projet de concentration de Glaxo Wellcome et SmithKline Beecham aurait été problématique sur deux marchés de produits pharmaceutiques si les parties n'avaient pas donné de garanties "contractuelles" ou juridiquement obligatoires lors de la phase de l'examen préalable. Cela constitue une nouveauté dans la pratique de la Comco. Les entreprises ont en effet assuré une cession de licence conforme au droit de la concurrence pour les produits des marchés de produits topiques contre les infections virales ainsi que pour les médicaments antiviraux (sous réserve du HIV). Entretemps, cette cession de licence a été effectuée.

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

1. Activités des autorités de la concurrence en relation avec la LCart

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

a) Préavis

41. **Modification du projet de règlement d'exécution de la loi fribourgeoise sur la santé publique**¹⁹. La Commission de la concurrence a encouragé les autorités fribourgeoise à permettre aux professionnels de la santé de faire de la publicité, en arguant que la publicité est nécessaire dans le domaine de la santé puisqu'elle donne plus d'informations aux patients, améliore l'innovation et permet aux nouveaux professionnels de la santé de se faire connaître du public. Par ailleurs, les méfaits de la publicité en matière de santé sont limités non seulement par la Loi sur la concurrence déloyale qui permet de réprimer la publicité trompeuse ou mensongère, mais aussi par le secret médical qui évite que les professionnels de la santé fassent de la publicité "personnalisée".

¹⁹ DPC 2000/4, p. 685 ss.

b) Recommandations

42. **Achat de médicaments à l'étranger**²⁰. La Comco a recommandé au Conseil fédéral d'autoriser le remboursement par les assureurs maladie des médicaments et autres produits pharmaceutiques acquis à l'étranger à des prix inférieurs à ceux pratiqués en Suisse. Une ouverture du marché vers l'étranger, pour les médicaments agréés en Suisse, augmenterait la concurrence dans ce domaine et permettrait outre de faire pression sur les prix, d'améliorer le rapport prix-prestation pour les assurés.

43. La Comco a aussi émis une recommandation dans le domaine des primes de fidélité de la Poste pour **l'expédition de journaux et revues**²¹. La Poste accorde de plus grandes réductions aux éditeurs pour la distribution normale de journaux si ceux-ci lui confient également la distribution matinale. A travers ces primes de fidélité, la Poste jouit d'un avantage concurrentiel par rapport à d'autres entreprises pour la distribution matinale de journaux. Cette réglementation est inadaptée et fausse le jeu de la concurrence. La recommandation adressée au Conseil fédéral peut s'inscrire dans la révision en cours de l'ordonnance sur la Poste.

2. Activités des autorités de la concurrence en relation avec la Loi sur le marché intérieur (LMI)

44. Pendant la période considérée, la Comco a émis une recommandation (art. 8 LMI) concernant un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)²². Elle n'a pas établi d'expertise selon l'article 10 LMI. Par contre, le secrétariat a fourni de nombreux renseignements aux cantons et communes sur les marchés publics, le principe de non-discrimination et la reconnaissance mutuelle des certificats de capacités.

a) Recommandations (art. 8 LMI)

45. Sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI, la Comco a adressé aux autorités cantonales une recommandation en matière de marchés publics. Le projet de révision de l'AIMP avait pour but d'intégrer les obligations découlant de l'accord bilatéral concernant les marchés publics dans l'accord intercantonal. En plus, la Comco a favorisé des valeurs seuils uniformes car des différences dans le domaine des marchés publics cantonaux peuvent conduire à des obstacles à la libre concurrence²³.

²⁰ DPC 2000/4, p. 678 ss.

²¹ DPC 2000/3, p. 457 ss.

²² DPC 2000/2, p. 281 ss.

²³ DPC 2000/2, p. 281 ss.

b) Autres

46. Le secrétariat de la Comco a pour sa part répondu à plusieurs questions émanant d'autorités ou de particuliers portant sur les marchés publics. Il s'est ainsi exprimé sur des projets de législation sur les marchés publics de plusieurs communes et sur des questions particulières telles que les procédures d'adjudication, les dispositions relatives aux voies de droit ou les dispositions portant sur le respect des conditions de travail. Le secrétariat a aussi mené une discussion avec les autorités cantonales et intercantionales sur les valeurs seuils des procédures d'adjudication en vue d'élaborer une recommandation sur ce sujet. Il a de plus soutenu les travaux de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) en vue de l'élaboration d'un rapport relatif aux effets de la LMI sur le marché intérieur et sur la libre circulation des services et des personnes. Ce rapport ainsi que celui de la Commission de gestion du Conseil national (établi sur l'évaluation de l'OPCA) ont été publiés le 30 juin 2000²⁴. Enfin, le Secrétariat a fourni des renseignements concernant la reconnaissance des certificats de capacité et s'est prononcé sur un projet communal de règlement de services des taxis.

IV. Ressources des autorités chargées de la concurrence**1. Ressources globales****a) Budget annuel**

47. Le budget annuel total comprend les dépenses en personnel et en matériel de la Comco et de son Secrétariat. En 2000, il se montait à CHF 4'884'000.-- (soit \$ 2'806'835.-- au cours de CHF/\$ 0.5747 en mars 2000). Le budget annuel total pour l'année 2001 est identique à celui de l'exercice précédent.

b) Effectifs

48. La Comco est une autorité de décision composée de 15 membres de milice. Les dossiers sont préparés par le Secrétariat permanent employant, à la fin 2000, 48 personnes: 4 membres de la direction, 44 collaborateurs dont 17 juristes, 17 économistes et 10 secrétaires.

²⁴ Ces documents peuvent être obtenus auprès du secrétariat des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion, 3003 Berne (tél.: 031/322 97 13; fax: 031/322 98 66; cf. <http://www.pd.admin.ch/poly/Framesets/F/Frame-F.htm>).

2. Ressources humaines affectées

49. Durant la période du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2000, les ressources humaines du Secrétariat ont été utilisées dans les proportions suivantes: a) 65% pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles; b) 25% pour le contrôle des fusions et pour l'application de la législation et c) 10% pour les actions de plaidoyer sous forme d'avis ou de recommandations aux tribunaux dans les procédures de recours.

V. Rapports et études sur les questions concernant la politique de la concurrence (ou références bibliographiques)

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

BRECHBÜHL Beat/TRIEBOLD Oliver, Koppelungsgeschäfte marktbeherrschender Unternehmen - Der Fall Microsoft und das schweizerische Verhaltensrecht, AJP/PJA 2000, p. 27 ss.

BORER Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 35 ss.

BOVET Christian, "Swiss Competition Law 1998-1999", RSDA 2000, p. 85

BOVET Christian, Quels sont les avantages et les inconvénients des accords ou règlements négociés dans le cadre d'une procédure de concurrence, SIC! 2000, p. 65.

BOVET Christian, Réception du droit public économique étranger en Suisse, in: SOCIETE SUISSE DES JURISTES, Rapports et communications, Fascicule 3

BOVET Christian, Globalisierung und nationales Wirtschaftsrecht, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2000, p. 279.

BOVET Christian, Le contrôle des concentrations en droit de la concurrence (II) - Procédure, Fiche juridique suisse (FJS) 434, Genève 2000

BOVET Christian, Dans le contentieux des marchés publics, comment s'articulent les règles de l'AIMP et de la LMI?, DC 2000, p. 51 (note)

BOVET Christian, "Dans quelle mesure la Poste suisse est-elle soumise à la réglementation sur les marchés publics?", DC 2000, p. 123 (note)

BOVET Christian/GUGLER Philippe, Connecting regulations and competition law: A Swiss perspective on liberalization, in: R. BAUMANN (édit.), Public perspectives on privatization, Law and contemporary problems (Duke University School of Law), 63/4, Autumn 2000, p. 133.

DÄHLER Rolf, Wettbewerbsbehörden, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 547 ss.

DÄHLER Rolf, La Commission de la concurrence et son secrétariat - Structures et tâches des autorités suisses de concurrence, in: La Vie économique, Revue de politique économique, 9/2000, p. 10 ss.

DIETRICH Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse - Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10, 32-38 KG, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 75 ss.

DROLSHAMMER Jens, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, RSJ/SJZ 2000, p. 218 ss.

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: BAUDENBACHER C. (édit.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 187 ss.

DUCREY Patrik, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 115 ss.

DUCREY Patrik, "Kodak", selektiver Vertrieb und Graumarkt aus der Sicht des schweizerischen Kartellrechts, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zurich 2000, p. 113 ss.

DUCREY Patrik, Application de la loi sur les cartels aux recommandations de prix émises par des associations, in: Revue de l'Avocat, 9/2000, p. 6 ss.

DUCREY Patrik, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 231 ss.

DUCREY Patrik, Problèmes actuels du droit de la concurrence - Activités principales des autorités de concurrence, enquêtes en cours et vue d'ensemble, in: La Vie économique, Revue de politique économique, 9/2000, p. 18 ss.

GUGLER Philippe, Le traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations prévu par la législation suisse sur la concurrence, Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, no 113 - janvier-février 2000, p. 45 ss.

GUGLER Philippe, Le contrôle des concentrations en Suisse: le cas d'United Bank of Switzerland (UBS), Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, no 114 - mars-avril 2000, p. 5 ss.

GUGLER Philippe, Confiance et transparence: les deux conditions du e-commerce, in: Le Temps, 09.08.2000, p. 10

GUGLER Philippe/KRONE-GERMANN Irenka, WTO's Millenium Round: Towards an Integration of Multilateral Competition Rules?, *International Business Law Journal*, no. 2, 2000, p. 159 ss.

GUGLER Philippe/KRONE-GERMANN Irenka, Cycle millénaire de l'OMC - Vers une intégration de règles multilatérales de concurrence?, in: *Revue de droit des affaires internationales*, N° 2, 2000, p. 159 ss.

HIRSBRUNNER Simon, Neue Wettbewerbspolitik der europäischen Union gegenüber Vertriebsvereinbarungen - Wie reagiert die Wettbewerbskommission, *AJP/PJA* 2000, p. 272 ss.

HILTY Reto M., Verbot von Parallelimporten - Heimatschutz oder Schildbürgerstreich, sic! 2000, p. 231 ss.

HOFFET Franz, Unternehmenszusammenschlüsse - Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10 KG, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 45 ss.

LANG Christoph G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, thèse, Berne 2000

MEIER-SCHATZ Christian J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 185 ss.

PALASTHY Andras, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), *AJP/PJA* 3/2000, p. 298 ss.

PALASTHY Andras, Zusammenschlusskontrolle in der Stromwirtschaft: EG- und Schweizer Wettbewerbsrecht, in: *Jusletter* 19. Juni 2000 (<http://www.weblaw.ch/jusletter>)

RAASS Adrian/KUMMER Christoph, Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen: Theorie und Praxis, *AJP/PJA* 3/2000, p. 360 ss.

RICHLI Paul, Verfahren und Rechtsschutz, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 130 ss.

RICHLI Paul, Kartellverwaltungsverfahren, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 417 ss.

SAURER Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? - Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: ZÄCH R.(édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 167 ss.

STOFFEL Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 19 ss.

STOFFEL Walter A., Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 55 ss.

TERCIER Pierre, Droit privé de la concurrence, VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 319 ss.

VENTURI Silvio, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Wettbewerbsrecht (I) - Materielles Recht, Fiche juridique suisse (FJS) 433, Genève 2000

VON BÜREN Roland, Neue Entwicklungen im Wirtschaftsrecht: Kartellrecht, in: Jusletter du 5 juin 2000 (<http://www.weblaw.ch/jusletter>)

VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000

VON BÜREN Roland, Droit et politique de la concurrence en Suisse - Evolution et caractéristiques du droit suisse de la concurrence, in: La Vie économique, Revue de politique économique 9/2000, p. 6 ss.

WEBER Rolf, Kartellrecht – Einleitung, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 1 ss.

ZÄCH Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 1 ss.

ZÄCH Roger, Parallelimporte im Patentrecht: Kartellrechtliche Sicht, sic! 4/2000, p. 275 ss.

ZÄCH Roger, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 137 ss.

ZÄCH Roger, Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 225 ss.

ZÄCH Roger, L'influence de l'Union européenne (UE) sur le droit et la politique de la concurrence en Suisse - Comparaison avec le droit de la concurrence de l'UE, influence du droit européen et convergences avec le droit suisse de la concurrence, in: La Vie économique, Revue de politique économique 9/2000, p. 15 ss.

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

ZURKINDEN Philipp, Ausführung internationaler Abkommen, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 533 ss.

E 2 Gutachten

Avis
Pareri

E 2	1. Gutachten Psychotherapeuten
-----	---------------------------------------

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand und Hintergrund des Gutachtens

1. Am 20. Juli 2001 beantragte das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gemäss Artikel 10 BGBM.

2. Das Gesundheitsdepartement unterbreitete folgende Frage:

"Ist die Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Psychotherapeutin im Kanton Graubünden ein kantonaler oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Binnenmarktgesetz"?

3. Das Gesundheitsdepartement begründete den Antrag mit einem abgewiesenen Gesuch einer im Kanton St. Gallen wohnhaften Ethnologin, die das zuständige Gesundheitsdepartement um die Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Psychotherapeutin ersuchte.

4. Daraufhin reichte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 25. Juni 2001 ihre bündnerische Berufsausübungsbewilligung als Psychotherapeutin ein, die ihr am 31. Mai 2001 erteilt worden war, und macht sinngemäss geltend, bei dieser Bewilligung handle es sich um einen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 4 BGBM, der für das gesamte Gebiet der Schweiz gelte.

5. Mit Schreiben vom 30. August 2001 verlangte das Sekretariat vom Gesundheitsdepartement St. Gallen sowie vom Justiz-, Polizei- und Gesundheitsdepartement des Kantons Graubünden zusätzliche Angaben betreffend die gesetzlichen Vorschriften zur Berufsausübung der Psychotherapeuten.

A.2 Der Markt und das regulatorische Umfeld für psychotherapeutische Dienstleistungen in der Schweiz

A.2.1 Der Markt für psychotherapeutische Dienstleistungen

6. Nach Auffassung der massgeblichen Verbände der Psychologen (Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen [FSP] und Schweizer PsychotherapeutInnen-Verband [SPV]) gelten als Psychothe-

rapeuten Personen, die aufgrund ihrer Ausbildung befähigt sind, die dem menschlichen Erleben und Verhalten zu Grunde liegenden Prozesse zu erkennen, zu beschreiben, zu erfassen und zu verstehen. Aufgrund dieser Erkenntnisse sind Psychotherapeuten auch in der Lage, gezielt auf diese Prozesse einzuwirken. Den beiden massgeblichen Berufsverbänden gehören rund 6'000 Mitglieder an.

A.2.2 Die Bewilligungsvoraussetzungen im Kanton Graubünden und Kanton St. Gallen

7. Das regulatorische Umfeld für psychotherapeutische Dienstleistungen in der Schweiz ist dadurch gekennzeichnet, dass keine interkantonalen oder schweizerischen Regelungen für psychologische Berufe bestehen. In den Kantonen bestehen unterschiedliche Regelungen, die alle denselben Zweck (Schutz des Publikums) verfolgen. Psychotherapeuten können sich nicht auf das Bundesgesetz betreffend Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 811.11) berufen¹.

A.2.2.a Bewilligungsvoraussetzungen im Kanton Graubünden

8. Gemäss Artikel 45 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Graubünden (nachfolgend bündnerisches Gesundheitsgesetz) gelten Psychologen und Psychotherapeuten unter anderem als Berufe des Gesundheitswesens, die einer Bewilligungspflicht unterstellt werden können (Art. 46 bündnerisches Gesundheitsgesetz).

9. Für den Beruf des Psychotherapeuten bestimmt Artikel 31 der Verordnung über die Ausübung von Berufen des Gesundheitswesens, dass die Bewilligung zur psychotherapeutischen Tätigkeit Bewerber ohne eidgenössisches Arztdiplom erteilt wird, wenn sie sich ausweisen über:

- einen Studienabschluss in Psychologie als Hauptfach oder in einer entsprechenden Fächerverbindung an einer schweizerischen Universität (Bst. a);
- einen vom Departement anerkannten Ausweis einer integralen psychotherapeutischen Spezialausbildung (Bst. b);

¹ Rechtslage in der EU: Die Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten einer berufsspezifischen Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes haben zur Entwicklung eines neuen Harmonisierungskonzeptes geführt, das nunmehr eine wechselseitige Anerkennung der Diplome vorsieht. So erliess der Rat beispielsweise eine Richtlinie zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise. Für den Beruf der Psychotherapeuten besteht in der EU keine eigentliche sektorielle Richtlinie. Es zeichnet sich ab, dass sich auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen sowie Befähigungsnachweisen ein Regelungsansatz etabliert, mit dem auf effiziente Art und Weise die Voraussetzungen für den Binnenmarkt geschaffen werden können.

- eine in der Regel insgesamt zweijährige Praxis in direktem fachlich kontrolliertem Kontakt mit seelisch gestörten Personen (Bst. c).

10. Diese Bewilligungsvoraussetzungen werden in Artikel 3 der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen über die Ausübung von Berufen im Gesundheitswesen (BR 500.015) konkretisiert.

A.2.2.b Bewilligungsvoraussetzungen im Kanton St. Gallen

11. Im Kanton St. Gallen gelten ähnliche Bewilligungsvoraussetzungen wie im Kanton Graubünden. Gemäss Artikel 32a der Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege (sGS 312.1) müssen für die Erlangung einer Bewilligung im Wesentlichen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- ein Studienabschluss in Psychologie als Hauptfach oder in einer entsprechenden Fächerverbindung an einer schweizerischen Hochschule (Bst. a);
- ausreichende Kenntnisse in der Psychopathologie (Bst. b);
- wenigstens zweijährige praktische klinische Tätigkeit nach Studienabschluss (Bst. c).

A.2.3 Laufende Gesetzgebungsprojekte in der Schweiz

12. Zurzeit wird ein Bundesgesetz über die universitäre Ausbildung in den medizinischen Berufen (MedG) vorbereitet. Das entsprechende Vernehmlassungsverfahren wurde dieses Frühjahr abgeschlossen. Für den Beruf der Psychotherapeuten soll ein eigenes Gesetz geschaffen werden, das frühestens im Jahre 2005 in Kraft treten soll². Der Nationalrat überwies am 26. November 2001 eine entsprechende Motion von NR PIERRE TRIPONEZ an den Bundesrat.

B. Erwägungen

B.1 Zulässigkeit des Gutachtens, Empfehlung an die Kantone

13. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 BGBM kann die Wettbewerbskommission namentlich kantonalen Verwaltungsbehörden Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten, wenn sie von der zuständigen Behörde dazu aufgefordert worden ist³. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

² Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zu den bilateralen Verträgen BBI 1999 VI 6371 ff. und Auskunft des federführenden Amtes

³ Vgl. RPW 1997/2, S. 214, Rz. 16

B.2 Terminologisches: Polizeierlaubnis, Bewilligung und Fähigkeitsausweis

14. Im einschlägigen bündnerischen Gesundheitsgesetz ist von der "Bewilligung zur therapeutischen Tätigkeit" die Rede. Aufgrund der unterschiedlichen Begriffe ("Fähigkeitsausweis" in Art. 4 BGBM und "Bewilligung" in Art. 31 des bündnerischen Gesundheitsgesetzes) müsste, rein begrifflich, die dem Gutachten zu Grunde liegende Frage verneint werden, da sich der Begriff "Fähigkeitsausweis" von jenem der "Bewilligung" unterscheidet. Diese formale Sichtweise greift sowohl aus verwaltungs- wie auch aus binnenmarktrechtlicher Hinsicht zu kurz.

15. Vom Begriff des Fähigkeitsausweises ist jener der Polizeierlaubnis zu unterscheiden. Beim Begriff der Polizeierlaubnis (auch Bewilligung, Genehmigung, Zulassung und Patent genannt) handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Terminus. Dabei geht es um eine Verfügung, welche auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit erlaubt, indem sie feststellt, dass sie mit den polizeilichen Vorschriften übereinstimmt⁴.

16. In materieller Hinsicht kann die Erteilung einer Polizeierlaubnis sowohl von persönlichen als auch von sachlichen (z.B. einzuhaltende Bauabstände) Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Zu den persönlichen Voraussetzungen gehören bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse der das Gesuch stellenden Person⁵. So werden zum Anwaltsberuf regelmässig nur handlungsfähige, ehrenhafte und vertrauenswürdige Personen zugelassen, die im Besitze eines Fähigkeitsausweises sind.

17. Bei den vom bündnerischen Gesundheitsgesetz statuierten Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um psychotherapeutische Dienstleistungen erbringen zu dürfen, handelt es sich ausschliesslich um persönliche Voraussetzungen wie Ausbildung, Spezialausbildung und praktische Tätigkeit (vgl. oben Rz. 8 ff.). In materieller Hinsicht handelt es sich demnach bei der bündnerischen "Bewilligung zur psychotherapeutischen Tätigkeit" um einen Fähigkeitsausweis, sofern die Prüfung durch die Verwaltung ergibt, dass alle Voraussetzungen erfüllt sind und dieses Ergebnis in einer Urkunde festgehalten wird⁶.

⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 1958

⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 1965

⁶ Vgl. auch PHILIPPE BOIS in Kommentar BV, Art. 33 aBV, Rz. 14

B.3 Auslegung von Artikel 4 BGBM

18. Das Bundesgericht hatte bisher noch nie zu entscheiden, ob die bündnerische Berufsausübungsbewilligung für Psychotherapeuten einen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 4 BGBM darstellt, weshalb Artikel 4 BGBM auszulegen ist⁷.

19. Gemäss herrschender Rechtsprechung und Lehre ist eine Gesetzesbestimmung nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihr zu Grunde liegenden Wertungen auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Bei der Auslegung sind alle Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, teleologische und historische) zu berücksichtigen, wobei keine dieser Methoden prioritäre Geltung beanspruchen kann. Das Bundesgericht geht von einem pragmatischen Methodenpluralismus aus (so schon BGE 83 IV 128 und neuerdings etwa BGE 127 III 318, S. 322 f. mit weiteren Verweisen).

B.3.1 Grammatikalische Auslegung von Artikel 4 BGBM, Wortlaut

20. Artikel 4 Absatz 1 BGBM lautet:

"Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gelten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht einer Beschränkung nach Artikel 3 unterliegen".

In der französischen Version lautet Artikel 4 Absatz 1 BGBM:

"Les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout ..."

und in der italienischen Fassung:

"I certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto ...".

⁷ In BGE 125 I 267 ff. entschied das Bundesgericht, dass sich *ausländische* Diplominhaber nicht auf Art. 4 BGBM berufen können.

21. Beim Begriff "Fähigkeitsausweis" handelt es sich um ein zusammengesetztes Substantiv, wobei als Ausweis herkömmlicherweise eine Urkunde verstanden wird, welche die Person des Inhabers beglaubigt (Legitimation) oder bestimmte Tatsachen beweist⁸. Ob ein Ausweis vorliegt oder nicht, hängt davon ab, ob eine Urkunde vorliegt oder nicht. Mit dem Begriff "Fähigkeit" wird zum Ausdruck gebracht, dass der Inhaber eines Ausweises über bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse verfügt (vgl. etwa Art. 43 und Art. 52 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung; SR 412.10).

22. Für die Frage, ob ein Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 BGBM vorliegt, ist einzig die Bewilligungserteilung der zuständigen kantonalen Behörde entscheidend. Weitere Umstände, zum Beispiel ob die Anerkennung im Rahmen einer generellen Regelung oder einer eingehenden Prüfung erfolgt ist, spielen diesbezüglich keine Rolle. Allfällige Bedenken zum Schutz von Polizeigütern beziehungsweise die Gewährleistung einer ausreichenden Ausbildung sind im Rahmen von Artikel 3 BGBM zu berücksichtigen⁹.

23. Gemäss der bündnerischen Gesetzgebung muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen, wer als Psychotherapeutin tätig werden will (vgl. oben Rz. 8). Ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind, wird von einem Fachgremium (Kommission zur Vorprüfung der Gesuche für die Bewilligung zur psychotherapeutischen Tätigkeit) geprüft. Sind alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so erteilt das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden die entsprechende Berufsausübungsbewilligung in Form einer Urkunde.

24. Bei der vom Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement ausgestellten Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Psychotherapeutin liegt einerseits eine Urkunde vor und andererseits wird die Inhaberin legitimiert, als Psychotherapeutin tätig zu sein. Aufgrund der vom Gesetz verlangten Voraussetzungen ergibt sich aus der Berufsausübungsbewilligung auch der Ausweis über bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse.

25. **Fazit:** Die grammatikalische Auslegung der fraglichen Bestimmung führt zum Ergebnis, dass es sich bei der vom bündnerischen Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement ausgestellten Berufsausübungsbewilligung als Psychotherapeutin um einen kantonalen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 4 BGBM handelt.

⁸ Vgl. Brockhaus, Die Enzyklopädie, 20. Aufl., Leipzig/Mannheim 1996

⁹ Vgl. WAGNER, Kommentar zum BGBM, § 8, Rz. 42 f.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. März 1998, in: RPW 1998/4, S. 681 f.

B.3.2 Historische Auslegung von Artikel 4 BGBM

26. Artikel 4 BGBM des Vorentwurfes für ein Binnenmarktgesetz vom 21. Januar 2001 entspricht im Wesentlichen der heutigen Fassung. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens und der parlamentarischen Beratung wurde "in der Schweiz erworbene Fähigkeitsausweise" durch "kantonale oder kantonale anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit" ersetzt und - im Sinne einer Klarstellung - Artikel 4 BGBM noch mit Absatz 4 ergänzt¹⁰.

27. In der Botschaft zum BGBM wird festgehalten, dass die in Artikel 4 BGBM vorgesehene Anerkennung von kantonalen oder kantonale anerkannten Fähigkeitsausweisen die Freizügigkeit erheblich erhöhen wird. Ein hinreichendes Ausbildungsniveau werde insbesondere durch Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe e BGBM sichergestellt.

28. Die in der Botschaft vorgeschlagene Formulierung von Artikel 4 BGBM fand in der parlamentarischen Beratung breite Zustimmung.

B.3.3 Teleologische Auslegung von Artikel 4 BGBM

29. Beim BGBM handelt es sich um ein Rahmengesetz, das Mindestanforderungen aufstellt und das hauptsächlich Kantone und Gemeinden betrifft. Das BGBM soll den freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt gewährleisten und die berufliche Mobilität innerhalb der Schweiz fördern¹².

30. Dogmatisch gesehen stellt das BGBM eine Konkretisierung der Wirtschaftsfreiheit dar, welcher mit diesem Gesetz auf dem gesamten Gebiet der Schweiz mehr Nachdruck verschafft werden soll, da die Binnenmarktkomponente der Wirtschaftsfreiheit bis anhin in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weniger hoch eingestuft worden war als das Föderalismusprinzip¹³.

31. Von zentraler Bedeutung ist dabei das in Artikel 2 BGBM geregelte "Herkunftsortsprinzip" als schweizerisches Pendant zum europäischen Cassis-de-Dijon-Prinzip. Es gilt somit Folgendes: Darf eine bestimmte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit am Ort der Niederlassung ausgeübt werden, so ist diese grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz zulässig, unter Vorbehalt von überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Artikel 3 BGBM¹⁴. Das Herkunftsortsprinzip des BGBM basiert auf der Vermutung, dass die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind.

¹⁰ Vgl. BBI 1995 I 1252 f. und 1255 f.

¹¹ Vgl. BBI 1995 I 1266 f.

¹² Vgl. BBI 1995 I 1261 ff.; Wagner, a.a.O., § 1, Rz. 3

¹³ Vgl. WAGNER, a.a.O., § 1, Rz. 6

¹⁴ Vgl. WAGNER, a.a.O., § 6, Rz. 23 f.

32. In der Botschaft zum Binnenmarktgesetz wird der Gesetzeszweck wie folgt umschrieben: "Ist ... das Erbringen einer Arbeits- oder Dienstleistung am Herkunftsort erlaubt, so soll diese Tätigkeit im gesamten Bundesgebiet ausgeübt werden können"¹⁵. Dies gilt auch für ... *die Zulassung zu bewilligungspflichtigen Berufsarten*".

33. Diese Ausführungen machen deutlich, dass der Gesetzgeber mit Artikel 4 BGBM unter Fähigkeitsausweisen auch die Zulassung zu bewilligungspflichtigen Berufsarten mit erfassen wollte. Dies wiederum bedeutet, dass unter dem Begriff "kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitszeugnisse" all jene Bewilligungserteilungen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verstehen sind, in welchen die ausstellende (kantonale) Behörde überprüft hat, dass die einschlägigen Voraussetzungen für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erfüllt beziehungsweise die entsprechenden Fähigkeiten vorhanden sind.

B.3.4 Systematische Auslegung von Artikel 4 BGBM

34. Der Grundsatz der bundesweiten Geltung von Fähigkeitsausweisen ist im Zusammenhang mit dem Recht auf Marktzugang gemäss Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 BGBM zu sehen. Artikel 4 BGBM stellt eine Ergänzung des freien Marktzugangs dar¹⁶. Mit dieser Vorschrift soll gewährleistet werden, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird¹⁷.

35. Gemäss Artikel 2 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder in der Gemeinde ihrer Niederlassung zulässig ist. Dieser freie Zugang gilt nicht absolut. Er kann unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM eingeschränkt werden.

B.3.5 Auswirkungen der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU

36. Für die korrekte Umsetzung der bilateralen Verträge ist völkerrechtlich gesehen der Bund verantwortlich, unabhängig von der innerstaatlichen Kompetenzverteilung. Im Bereich Psychotherapeuten bestehen - neben der Personenfreizügigkeit - keine speziellen Vereinbarungen.

¹⁵ Vgl. BBI 1995 I 1214 f.

¹⁶ Vgl. BBI 1995 I 1266; WAGNER, a.a.O., § 1, Rz. 3 sowie § 8, Rz. 46

¹⁷ Vgl. BBI 1995 I 1266 f.

37. Gemäss den bilateralen Verträgen gelten die Regeln des freien Personenverkehrs nach Ablauf der Übergangsfrist auch für die Schweiz. Der freie Personenverkehr umfasst die Freizügigkeit sowohl der Arbeitnehmer wie auch der Selbstständigerwerbenden, den Arbeitsplatz beziehungsweise ihre Niederlassung innerhalb der EU frei zu wählen¹⁸.

38. Vor diesem Hintergrund besteht keine Notwendigkeit zur Schaffung einer eidgenössischen Regelung¹⁹. Hingegen dürfte es gegen den Sinn der bilateralen Verträge verstossen, wenn EU-Bürger jeweils für jeden einzelnen Kanton eine separate Bewilligung einholen müssen. Hier muss eine einmalige Zulassung für das gesamte Gebiet der Eidgenossenschaft gelten²⁰. Dieselben Überlegungen gelten in Bezug auf den freien Zugang zum Markt im Sinne von Artikel 2 BGBM. Es bestünde sonst die Gefahr einer Inländerdiskriminierung.

39. In diesem Zusammenhang wird die vom Bundesgericht geübte Praxis, wonach ausländische Diplome und Ausweise einer eidgenössischen Anerkennung im Sinne von Artikel 4 BGBM nicht zugänglich sind, zu ändern sein²¹. Nach Inkrafttreten der bilateralen Verträge müssen, falls die entsprechenden Mindestanforderungen erfüllt sind, aus der EU stammende Diplome und Fähigkeitsausweise in der Schweiz anerkannt werden.

B.3.6 Zusammenfassung

40. Sowohl die grammatikalische wie auch die teleologische und systematische Auslegung von Artikel 4 BGBM führen zum Ergebnis, dass es sich bei der bündnerischen Bewilligungserteilung zur psychotherapeutischen Tätigkeit um ein kantonales Fähigkeitszeugnis im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 BGBM handelt.

¹⁸ Vgl. BBI 1999 VI 6310 f.

¹⁹ Vgl. Antwort des Bundesrates vom 28. Februar 2001 auf die Motion von FRANZ WICKI "Titelschutz für Psychologieberufe"

²⁰ Vgl. dazu beispielsweise die Spezialrichtlinie für Architekten 85/384/EWG

²¹ Vgl. BGE 125 I 267

41. Dieses Ergebnis vermag auch mit Blick auf Artikel 95 der Bundesverfassung (BV; SR 101) zu überzeugen. Er gewährleistet einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum und respektiert die Wirtschaftsfreiheit. Die Freizügigkeit der Berufstätigen wird damit ebenfalls sichergestellt (Art. 95 Abs. 2 BV)²².

C. Ergebnis des Gutachtens

42. Bei der bündnerischen Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Psychotherapeut handelt es sich um einen kantonalen Fähigkeitsausweis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 BGBM.

E 2	2. Avis psychothérapeutes
-----	----------------------------------

Avis psychothérapeutes de la Commission de la Concurrence du 17 décembre 2001 à l'intention du Département de la santé publique du canton de St-Gall

A. Etat des faits

A.1 Objet et cadre de l'expertise

1. Le 20 juillet 2001, le secrétariat de la Commission de la concurrence a été saisi d'une demande d'expertise relative à l'application de la loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) selon l'article 10 LMI émanant du département de la santé publique du canton de St-Gall.

2. Le département de la santé publique a soumis la question suivante:

"L'autorisation de pratiquer l'activité de psychothérapeute dans le canton des Grisons constitue-t-elle un certificat de capacité cantonal ou reconnu au niveau cantonal au sens de l'article 4 alinéa 1 de la loi sur le marché intérieur"?

²² In der Terminologie der alten Bundesverfassung handelt es sich beim Beruf des Psychotherapeuten um einen wissenschaftlichen Beruf im Sinne von Art. 33 aBV bzw. Art. 5 ÜBest. aBV. Gemäss Art. 5 ÜBest. aBV sind Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, bis zum Erlass einer entsprechenden Bundesgesetzgebung befugt, ihren Beruf in der ganzen Schweiz auszuüben, sobald sie von einem Kanton den Ausweis einer Befähigung erhalten haben (vgl. BOIS PHILIPPE, in: Kommentar BV, Rz. 4 zu Art. 5 ÜBest. aBV und Rz. 4 ff. zu Art. 33 aBV). An dieser Rechtslage hat die neue Bundesverfassung nichts geändert. Darauf wird im Ingress des BGBM ausdrücklich hingewiesen (vgl. auch Ausführungen in der Botschaft, BBl 1994 I 1286).

3. La requête du département de la santé est motivée par le rejet d'une demande d'autorisation de pratiquer la profession de psychothérapeute adressée au département de la santé publique compétent par une ethnologue domiciliée dans le canton de St-Gall.

4. La candidate a produit le 25 juin 2001 l'autorisation grisonne de pratiquer la profession de psychothérapeute qui lui a été accordée le 31 mai 2001 et a fait valoir que cette autorisation constituait un certificat de capacité au sens de l'article 4 LMI, qui est valable pour tout le territoire suisse.

5. Par courrier du 30 août 2001, le secrétariat a demandé des informations complémentaires tant au département de la santé publique de St-Gall qu'au département de la justice, police et santé publique du canton des Grisons s'agissant des prescriptions légales relatives à l'exercice de la profession de psychothérapeute.

A.2 Le marché et l'environnement régulateur des prestations psychothérapeutiques en Suisse

A.2.1 Le marché des prestations psychothérapeutiques

6. De l'avis des principales associations de psychologues (Fédération suisse des psychologues [FSP] et Association suisse des psychothérapeutes [ASP]), sont considérées comme psychothérapeutes les personnes qui, sur la base de leur formation, sont capables de reconnaître, décrire, saisir et comprendre les processus à la base des expériences et du comportement humain. En raison de ses connaissances, le psychothérapeute est en mesure d'agir de manière ciblée sur ces processus. Les deux principales associations professionnelles comptent environ 6'000 membres.

A.2.2 Les conditions d'autorisation dans les cantons des Grisons et de St-Gall

7. L'environnement régulateur relatif aux prestations psychothérapeutiques en Suisse est caractérisé par le fait qu'il n'existe pas de réglementation intercantonale ou fédérale relative à la profession de psychothérapeute. Il existe dans les cantons des réglementations diverses, qui poursuivent toutes un même but de protection du public. Les psychothérapeutes ne peuvent pas se prévaloir de la Loi fédérale

concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse (RS 811.11)¹.

A.2.2.a Conditions d'autorisation dans le canton des Grisons

8. En vertu de l'article 45 de la Loi sanitaire du canton des Grisons (ci-après loi sanitaire grisonne), les psychologues et psychothérapeutes notamment sont considérés comme professionnels de la santé dont l'activité peut être soumise à autorisation (art. 46 de la loi sanitaire grisonne).

9. Pour la profession de psychothérapeute, l'article 31 de l'Ordonnance sur l'exercice des professions de la santé prévoit que l'autorisation pour l'exercice d'une activité psychothérapeutique est accordée aux candidats sans diplôme fédéral de médecine, lorsqu'ils justifient:

- d'une licence en psychologie, comme branche principale ou en relation avec d'autres branches, d'une université suisse (let. a);
- d'un certificat de formation spéciale complète en psychothérapie reconnu par le département (let. b);
- d'une pratique de deux ans, en règle générale, au contact de personnes dérangées mentalement, sous contrôle professionnel direct (let. c).

10. Ces conditions d'autorisation sont concrétisées par l'article 3 des dispositions d'exécution relatives à l'exercice des professions de la santé (BR 500.015).

A.2.2.b Conditions d'autorisation dans le canton de St-Gall

11. Dans le canton de St-Gall, des conditions d'autorisation semblables à celles du canton des Grisons sont en vigueur. L'article 32a de l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé (sGS 312.1) exige pour l'essentiel que les conditions suivantes soient remplies pour l'obtention d'une autorisation:

- une licence en psychologie, comme branche principale ou en relation avec d'autres branches, d'une université suisse (let. a);
- des connaissances suffisantes en psychopathologie (let. b);

¹ Situation juridique dans l'UE: les difficultés et les insuffisances de l'harmonisation du droit spécifique aux professions dans le but de réaliser le marché intérieur ont mené au développement d'un nouveau concept d'harmonisation qui prévoit désormais une reconnaissance réciproque des diplômes. Le Conseil a ainsi édicté des directives sur la facilitation de la libre circulation des médecins et pour la reconnaissance réciproque de leurs diplômes, certificats d'examens et autres certificats de capacités. Pour la profession de psychothérapeute, il n'existe pas dans l'UE de réelle directive sectorielle. Sur la base du principe de la reconnaissance réciproque des certificats de fin d'études et des certificats de capacités se dessine un début de réglementation sur la base de laquelle les conditions pour le marché intérieur pourront être créées de manière efficace.

- au moins deux ans d'activité clinique pratique après la fin des études (let. c).

A.2.3 Projets législatifs en cours en Suisse

12. Une loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd) est actuellement en préparation. La procédure de consultation y relative a été close ce printemps. Pour la profession de psychothérapeute, une loi devrait être créée, qui devrait entrer en vigueur au plus tôt en 2005². Une motion du conseiller national PIERRE TRIPONEZ en ce sens a été transmise au Conseil fédéral le 26 novembre 2001 par le Conseil national.

B. Considérants

B.1 Recevabilité de la demande d'expertise, recommandation aux cantons

13. Selon l'article 10 LMI, la Commission de la concurrence peut notamment établir des expertises sur l'application de la LMI à l'intention des autorités administratives cantonales à la demande des autorités compétentes³. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

B.2 Terminologie: autorisation de police, autorisation et certificat de capacité

14. Dans la loi sanitaire grisonne, on parle d'autorisation pour l'activité thérapeutique ("Bewilligung zur therapeutischen Tätigkeit"). En raison des termes différents ("certificat de capacité" à l'art. 4 LMI et "autorisation" à l'art. 31 de la loi sanitaire grisonne) on pourrait conclure qu'il y a lieu de répondre négativement à la question à la base de l'expertise, dès lors que le terme de "certificat de capacité" est différent de celui d'"autorisation". Cette interprétation formelle est trop restrictive tant du point de vue du droit administratif que de celui du droit du marché intérieur.

15. Il faut distinguer la notion de "certificat de capacité" de celui d'"autorisation de police". Le terme d'"autorisation de police" (également appelée concession, autorisation, habilitation et permis), est un terme de droit administratif. Il s'agit d'une décision qui intervient sur requête, qui autorise une activité soumise à autorisation en raison de motifs de police, et qui constate qu'elle est compatible avec les dispositions de police⁴.

² Voir à ce sujet, le Message du Conseil fédéral relatif aux accords bilatéraux, FF 1999, p. 5675 ss. et informations de l'office chargé du dossier

³ DPC 1997/2, p. 214, ch. 16

⁴ HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3^{me} éd., Zurich 1998, ch. 1958

16. Du point de vue matériel, l'octroi d'une autorisation de police peut dépendre de conditions personnelles ou matérielles (p. ex. distances minimales impératives dans la construction). Au nombre des conditions personnelles on compte des capacités ou connaissances particulières de la personne qui fait la demande⁵. Ainsi, seules les personnes ayant la capacité civile, qui ont une bonne réputation, sont dignes de confiance et en possession d'un certificat de capacité sont en règle générale admises à pratiquer la profession d'avocat.

17. Les conditions contenues dans la loi sanitaire grisonne qui doivent être remplies pour pouvoir fournir des prestations psychothérapeutiques sont exclusivement des conditions personnelles, comme la formation, la formation spécifique et l'activité pratique (cf. ch. 8 ci-dessus). Du point de vue matériel, l'autorisation grisonne de pratiquer une activité psychothérapeutique constitue un certificat de capacité dans la mesure où l'examen mené par l'administration arrive à la conclusion que toutes les conditions sont remplies et que ce résultat est consigné dans un document⁶.

B.3 Interprétation de l'article 4 LMI

18. Le Tribunal fédéral n'avait encore jamais eu l'occasion de trancher la question de savoir si l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton des Grisons aux psychothérapeutes représentait un certificat de capacité au sens de l'article 4 LMI. C'est pourquoi il est nécessaire d'interpréter l'article 4 LMI⁷.

19. Selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, une disposition légale est à interpréter selon sa lettre, son esprit ou son but et selon les valeurs qui lui sont rattachées. L'autorité qui applique le droit est liée par le texte de la loi lorsque celui-ci est clair et sans ambiguïté et qu'il reflète le sens réel de la norme. L'on peut se détacher de la lettre lorsque l'interprétation littérale conduit à un résultat que le législateur ne peut pas avoir voulu. Toutes les méthodes d'interprétation (littérale, systématique, téléologique et historique) doivent être considérées. Le Tribunal fédéral part du principe d'un pragmatisme pluralisme des méthodes (en premier lieu ATF 83 IV 128 et plus récemment ATF 127 III 318, p. 322 s. et les renvois).

⁵ HÄFELIN/MÜLLER, op. cit., ch. 1965

⁶ Voir aussi PHILIPPE BOIS in Kommentar BV, article 33 aCst, chiffre 14

⁷ Dans l'ATF 125 I 322 ss., le Tribunal fédéral a décidé que les détenteurs de diplômes *étrangers* ne pouvaient pas se prévaloir de l'article 4LMI.

B.3.1 Interprétation littérale de l'article 4 LMI, lettre de la loi

20. L'article 4 alinéa 1 LMI dit:

"Les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3".

La version allemande dit:

"Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gelten auf dem gesamten ...".

Et la version italienne dit:

"I certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto ...".

21. En ce qui concerne la notion de "certificat de capacité", il s'agit d'un substantif composé. Par le mot certificat, on comprend habituellement un document qui légitime la personne de son titulaire (légitimation) ou prouve une circonstance déterminée⁸. La notion de certificat dépend donc de la présence ou non d'un document. Par le mot "capacité", on entend le fait que le titulaire dispose de certaines capacités ou connaissances (cf. notamment les art. 43 et 52 de la Loi fédérale sur la formation professionnelle; RS 412.10).

22. Le seul critère décisif pour déterminer si l'on est en présence ou non d'un certificat de capacité au sens de l'article 4 LMI est l'attribution d'une autorisation par l'autorité cantonale compétente. D'autres circonstances, telles que la reconnaissance dans le cadre d'une réglementation générale ou la réussite d'un examen exigeant, ne jouent ici aucun rôle. D'éventuels doutes quant à la protection de biens de police ou quant à la garantie d'une formation suffisante sont à prendre en compte dans le cadre de l'article 3 LMI⁹.

23. Selon la législation grisonne, qui veut exercer la profession de psychothérapeute doit remplir certaines exigences (cf. ci-dessus, ch. 8). Un organe spécialisé (Commission d'examen préalable des demandes d'autorisation pour exercer une activité psychothérapeutique) décide dans chaque cas concret si ces exigences sont remplies. Si c'est le cas, le département de la justice, police et de la santé publique du canton des Grisons délivre l'autorisation de pratiquer en la forme d'un document.

⁸ Brockhaus, Die Enzyklopädie, 20^{ème} éd., Leipzig/Mannheim 1996

⁹ WAGNER, Kommentar zum BGBM, § 8, ch. 42 s.; décision du Tribunal administratif du canton de Zurich, in: DPC 1998/4, p. 681 s.

24. L'autorisation délivrée par le département de la justice, police et de la santé publique, d'une part est un document, d'autre part légitime sa titulaire à exercer une activité de psychothérapeute. Sur la base des exigences formulées par la loi, l'autorisation de pratiquer certifie également l'existence de certaines capacités ou connaissances.

25. **Résumé:** l'interprétation littérale de la norme en question conduit au résultat que l'autorisation de pratiquer en tant que psychothérapeute délivrée par le département grison de la justice, police et de la santé publique représente bien un certificat cantonal de capacité au sens de l'article 4 LMI.

26. L'article 4 du projet de loi sur le marché intérieur du 21 janvier 2001 correspond pour l'essentiel à la version actuelle. Dans le cadre de la procédure de consultation et des débats parlementaires, l'expression "certificats de capacité acquis en Suisse" a été remplacée par "certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative" et l'article 4 LMI a été complété par un alinéa 4¹⁰.

27. Dans le message sur la LMI, il est indiqué que la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus sur le plan cantonal augmentera la libre circulation de manière significative. Un niveau de formation suffisant serait garanti en particulier au moyen de l'article 3 alinéa 2 lettre e LMI¹¹.

28. La formulation de l'article 4 LMI telle que proposée dans le message a rencontré une large approbation du Parlement.

B.3.3 Interprétation téléologique de l'article 4 LMI

29. La LMI est une loi cadre, qui fixe des exigences minimales et s'adresse avant tout aux cantons et aux communes. La LMI doit garantir un accès libre et équitable au marché et encourager la mobilité professionnelle à travers la Suisse¹².

30. D'un point de vue dogmatique, la LMI représente une concrétisation de la liberté économique, à laquelle cette loi est censée donner plus de poids sur le territoire suisse dans son entier. En effet, la composante de marché intérieur de la liberté économique se voyait auparavant attribuer moins d'importance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral que le principe du fédéralisme¹³.

¹⁰ Cf. FF 1995 I 1232 s. et 1235 s.

¹¹ Cf. FF 1995 I 1246 s.

¹² FF 1995 I 1241 ss.; WAGNER, op. cit., § 1, ch. 6

¹³ WAGNER, op. cit., § 1, ch. 6

31. Le principe du lieu de provenance, ancré dans la LMI à son article 2, est ainsi d'importance centrale comme pendant suisse au principe européen du Cassis-de-Dijon. Le principe suivant est applicable: dans la mesure où une activité lucrative privée déterminée est exercée au lieu de résidence, cette activité est fondamentalement licite sur tout le territoire suisse, sous réserve d'intérêt public prépondérant au sens de l'article 3 LMI¹⁴. Le principe du lieu d'origine de la LMI se base sur la présomption que les diverses règles cantonales et communales concernant l'accès au marché sont équivalentes.

32. Dans le message sur la LMI, le but de la loi est décrit comme suit: "Lorsque [...] la fourniture d'une prestation de travail ou d'un service est autorisée au lieu de provenance, l'activité concernée peut être exercée sur tout le territoire suisse. Cela vaut également pour l'autorisation d'exercer certaines catégories de professions"¹⁵.

33. Ces explications montrent clairement que le législateur, avec l'article 4 LMI, avait l'intention d'inclure dans la notion de certificat de capacité également l'autorisation de pratiquer un type de métier soumis à autorisation. Là encore, cela signifie que sous la notion de "certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal", il faut comprendre toute attribution d'une autorisation de pratiquer une activité lucrative, à l'occasion de laquelle l'autorité (cantonale) qui la délivre a vérifié que les conditions déterminantes pour la pratique de l'activité lucrative sont remplies, respectivement que la candidate dispose des capacités correspondantes.

B.3.4 Interprétation systématique de l'article 4 LMI

34. Le principe de la validité territoriale sur tout le territoire suisse des certificats de capacité est à considérer en relation avec le droit à l'accès au marché selon l'article 2 alinéas 1 et 3 LMI. L'article 4 LMI est un complément au libre accès au marché¹⁶. Cette disposition est destinée à garantir que le marché intérieur suisse ne soit pas bloqué, en ce qui concerne les activités lucratives soumises à autorisation, par des différences entre les diverses conditions d'autorisation cantonales¹⁷.

¹⁴ WAGNER, op. cit., § 6, ch. 23 s.

¹⁵ FF 1995 I 1194

¹⁶ FF 1995 I 1246; WAGNER, op. cit., § 1, ch. 3 ainsi que § 8, ch. 46

¹⁷ FF 1995 I 1246 s.

35. Selon l'article 2 LMI, chaque personne a le droit d'offrir des biens, des services ou des prestations de travail sur l'ensemble du territoire suisse, dans la mesure où l'exercice de l'activité en question est licite dans le canton ou la commune où elle réside. Ce libre accès ne vaut cependant pas de manière absolue. Il peut être limité sous les conditions de l'article 3 LMI.

B.3.5 Répercussions des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE

36. Selon le droit international, la Confédération est seule responsable de l'application des accords bilatéraux, indépendamment de la répartition interne des compétences. En dehors de la libre circulation des personnes, il n'existe aucune convention concernant les psychothérapeutes.

37. Selon les accords bilatéraux, les règles sur la libre circulation des personnes valent également pour la Suisse dès la fin du délai de transition. La libre circulation des personnes permet aussi bien aux salariés qu'aux indépendants de choisir librement leur lieu de travail, respectivement leur lieu d'établissement, à l'intérieur de l'Union européenne¹⁸.

38. Sur la base de ce principe, il n'y a aucune nécessité de créer une réglementation fédérale¹⁹. Au contraire, cela irait contre l'esprit des conventions bilatérales si chaque citoyen de l'Union européenne était obligé de demander une autorisation séparée pour chaque canton. Dans ce cas, une autorisation unique doit valoir sur tout le territoire de la Confédération²⁰. Les mêmes considérations doivent valoir en ce qui concerne le libre accès au marché au sens de l'article 2 LMI, sans quoi l'on risquerait une discrimination des nationaux.

39. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral devra changer sa pratique actuelle, selon laquelle les diplômes et certificats étrangers n'ont pas droit à une reconnaissance nationale au sens de l'article 4 LMI²¹. Dès l'entrée en vigueur des accords bilatéraux, les diplômes et certificats de capacité provenant des pays membres de l'UE devront être reconnus en Suisse, dans la mesure où les exigences minimales sont remplies.

¹⁸ FF 1999 VI 5617 s.

¹⁹ Réponse du Conseil fédéral du 28 février 2001 à la motion de FRANZ WICKI "Protection des titres dans les professions de la psychologie"

²⁰ Cf. à ce sujet la directive spéciale pour les architectes 85/384/CEE

²¹ ATF 125 I 267

B.3.6 Résumé

40. Aussi bien l'interprétation littérale que téléologique ou systématique de l'article 4 LMI conduisent au résultat que l'autorisation grisonne d'exercer une activité psychothérapeutique est bien un certificat de capacité cantonal au sens de l'article 4 LMI.

41. Ce résultat est également convaincant, si on le met en relation avec l'article 95 de la Constitution fédérale (Cst; RS 101). Il garantit un espace économique suisse unique et respecte la liberté économique. La libre circulation des travailleurs est ainsi également assurée (art. 95 al. 2 Cst)²².

C. Résultat de l'expertise

42. L'autorisation grisonne de pratiquer l'activité de psychothérapeute représente bien un certificat cantonal de capacité permettant d'exercer une activité lucrative au sens de l'article 4 LMI.

E 2	3. Parere Psicoterapeuti
-----	---------------------------------

Perizia "Psicoterapeuti" della Commissione della concorrenza del 17 dicembre 2001 all'attenzione del Dipartimento della salute pubblica del Canton San Gallo

A. Fatti

A.1 Oggetto e retroscena della perizia

1. Il 20 luglio 2001, il Dipartimento della salute pubblica del Canton San Gallo (Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen) ha chiesto alla segreteria della Commissione della concorrenza una perizia sull'applicazione della Legge federale sul mercato interno (LMI; RS 943.02), giusta l'articolo 10 LMI.

2. Il Dipartimento della salute pubblica ha sottoposto il seguente quesito:

²² Dans la terminologie de l'ancienne Constitution fédérale, la profession de psychothérapeute est considérée comme une profession libérale au sens de l'art. 33 aCst et de l'art 5 DT aCst. Selon l'art. 5 DT aCst, les personnes qui exercent une profession libérale sont autorisées à la pratiquer dans toute la Suisse, dans la mesure où elles ont reçu de la part d'un canton un certificat de leur capacité, et ce jusqu'à ce qu'il soit édicté une législation fédérale correspondante (cf. BOIS PHILIPPE, in: Kommentar BV, ch. 4 ad art 5 DT aCst et ch. 4 ss. ad art. 33 aCst). La nouvelle constitution n'a rien changé à cette situation juridique. Cela est également expressément mentionné dans le préambule de la LMI (cf. les développements dans le message, FF 1995 I 1266).

"L'autorizzazione ad esercitare in qualità di psicoterapeuta nel Canton Grigioni costituisce un certificato cantonale oppure un certificato riconosciuto dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI"?

3. Il Dipartimento della salute pubblica ha motivato la domanda presentando il caso di un'etnologa che vive nel Canton San Gallo, alla quale il competente Dipartimento della salute pubblica ha respinto la richiesta d'autorizzazione ad esercitare la professione di psicoterapeuta.

4. Con scritto del 25 giugno 2001, l'interessata ha trasmesso la sua autorizzazione grigionese ad esercitare in qualità di psicoterapeuta, rilasciata il 31 maggio 2001, facendo valere, per analogia, che tale autorizzazione costituiva un certificato di capacità ai sensi dell'articolo 4 LMI e di conseguenza essa aveva validità su tutto il territorio della Svizzera.

5. Con lettera del 30 agosto 2001, la segreteria ha richiesto al Dipartimento della salute pubblica del Canton San Gallo ed al Dipartimento di giustizia, polizia e salute pubblica del Canton Grigioni (Justiz-, Polizei- und Gesundheitsdepartement des Kantons Graubünden) delle informazioni supplementari relative alle disposizioni legali sull'esercizio della professione di psicoterapeuta.

A.2 Il mercato e la regolamentazione per le prestazioni psicoterapeutiche in Svizzera

A.2.1 Il mercato per le prestazioni psicoterapeutiche

6. Secondo l'avviso delle principali associazioni di psicologia (Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen [FSP] und Schweizer PsychotherapeutInnen-Verband [SPV]), sono da considerare psicoterapeuti le persone che, in funzione della loro formazione, sono atti a riconoscere, descrivere, capire e comprendere i processi alla base delle esperienze e dei comportamenti umani. Sulla base di queste conoscenze, gli psicoterapeuti sono pure in grado di influenzare in modo mirato tali processi. Circa 6'000 membri appartengono alle due più importanti associazioni professionali.

A.2.2 Le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione nel Canton Grigioni e nel Canton San Gallo

7. In Svizzera, la regolamentazione in materia di prestazioni psicoterapeutiche è marcata dalla mancanza di disposizioni intercantonali o federali relative alle professioni psicologiche. Nei cantoni vigono disposizioni differenti che mirano tutte allo stesso obiettivo: la protezione della popolazione. Gli psicoterapeuti non possono avvalersi delle

disposizioni della Legge federale sul libero esercizio delle arti salutari nella Confederazione svizzera (RS 811.11)¹.

A.2.2.a Condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione nel Canton Grigioni

8. Secondo l'articolo 45 della Legge sulla salute pubblica del Canton Grigioni (Gesundheitsgesetz des Kantons Graubünden) sono considerate, fra l'altro, professioni della salute pubblica gli psicologi e gli psicoterapeuti che possono essere sottoposti ad un obbligo d'autorizzazione (art. 46 Legge sulla salute pubblica del Canton Grigioni).

9. Per la professione di psicoterapeuta, l'articolo 31 dell'Ordinanza sull'esercizio delle professioni della salute pubblica (Verordnung über die Ausübung von Berufen des Gesundheitswesens) prevede che l'autorizzazione per attività psicoterapeutiche può essere accordata senza un diploma federale di medico, quando è possibile attestare:

- Un titolo di studio in psicologia quale materia principale o in una formazione equivalente in un'università svizzera (lett. a);
- Un permesso riconosciuto dal dipartimento di una formazione speciale integrale di psicoterapia (lett. b);
- In generale, una pratica di almeno due anni in contatti diretti e materialmente controllabili con persone turbate mentalmente (lett. c).

10. Queste condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione sono enunciate all'articolo 3 delle relative "disposizioni d'applicazione sull'esercizio delle professioni della salute pubblica" (Ausführungsbestimmungen über die Ausübung von Berufen im Gesundheitswesen; BR 500.015).

A.2.2.b Condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione nel Canton San Gallo

11. Nel Canton San Gallo esistono delle disposizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione simili a quelle previste nel Canton Grigioni. Secondo l'articolo 32a dell'Ordinanza sull'esercizio delle professioni della

¹ Situazione giuridica nell'Unione europea (UE): le difficoltà e le lacune nell'ambito di un'uniformizzazione giuridica specifica alle professioni per la realizzazione del mercato interno hanno portato allo sviluppo di un nuovo concetto d'armonizzazione che prevede oramai un reciproco riconoscimento dei diplomi. Il Consiglio ha, per esempio, emanato una direttiva per facilitare la libera circolazione dei medici, per il riconoscimento reciproco dei loro diplomi, certificati d'esame e ulteriori certificati di capacità. Per la professione di psicoterapeuta non esiste nell'UE nessuna direttiva specifica al settore. A tale proposito è da sottolineare però che si è stabilita una regola sulla base della quale vi è un riconoscimento reciproco dei diplomi professionali e titoli di studio, che permette di realizzare in modo efficace le condizioni per il mercato interno.

cura della salute (Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege; sGS 312.1), per l'ottenimento di un'autorizzazione é necessario adempiere principalmente le seguenti condizioni:

- Un titolo di studio in psicologia quale materia principale o in una formazione equivalente presso una scuola superiore svizzera (lett. a);
- Sufficienti conoscenze in psicopatologia (lett. b);
- Almeno due anni d'attività clinica pratica dopo l'ottenimento del titolo di studio (lett. c).

A.2.3 Progetti in corso in Svizzera per una legislazione in materia

12. Attualmente, è in corso la preparazione di una Legge federale sulla formazione universitaria per le professioni mediche (Bundesgesetz über die universitäre Ausbildung in den medizinischen Berufen [MedG]). La relativa procedura di consultazione si è conclusa questa primavera. Per la professione di psicoterapeuta si prevede di creare una legge specifica che dovrebbe entrare in vigore nel 2005². In data 26 novembre 2001, il Consiglio nazionale ha trasmesso al Consiglio federale una mozione in tal senso del Consigliere nazionale PIERRE TRIPONEZ.

B. Sviluppo

B.1 Legittimità della perizia, raccomandazione ai cantoni

13. Secondo l'articolo 10 capoverso 1 LMI, la Commissione della concorrenza può presentare perizie sull'applicazione della LMI ad autorità amministrative cantonali, quando essa è invitata a farlo dalle competenti autorità³. Nel caso specifico, queste condizioni sono adempiute.

B.2 Terminologia: permesso di polizia, autorizzazione e certificato di capacità

14. Nella Legge sulla salute pubblica del Canton Grigioni è usato il termine di "autorizzazione per l'attività terapeutica". Considerati i termini diversi ("certificato di capacità" nell'articolo 4 LMI e "autorizzazione" nell'articolo 31 della Legge sulla salute pubblica del Canton Grigioni), si dovrebbe concludere che la risposta al quesito presentato, alla base della perizia, deve essere negativa in quanto il termine di "certificato di capacità" diverge da quello di "autorizzazione". Quest'interpretazione formale è troppo restrittiva sia da un punto di vista del diritto amministrativo sia da un punto di vista del diritto del mercato interno.

² Cfr. Messaggio del Consiglio federale sugli accordi bilaterali del 23 giugno 1999, FF 1999 VI 6371 segg.; e informazioni dell'ufficio competente

³ Cfr. Diritto e Pratica della concorrenza (DPC) 1997/2, p. 214, cifra 16

15. Il termine di "certificato di capacità" è da distinguere da quello di "permesso di polizia". Quest'ultimo (detto anche concessione, autorizzazione, abilitazione e patente) è un termine di diritto amministrativo. In sostanza, si tratta di una decisione presa su richiesta che permette l'esercizio di un'attività che sottostà, per motivi di polizia, all'obbligo di un'autorizzazione. Tale autorizzazione è concessa quando l'esercizio è conforme alle disposizioni di polizia⁴.

16. Da un punto di vista materiale, la concessione di un permesso di polizia può essere fatta dipendere sia da condizioni personali sia da condizioni materiali (per es. standard da rispettare per la costruzione). Per le condizioni personali, si tratta di determinate capacità o conoscenze della persona che ne fa la richiesta⁵. Sono così autorizzate ad esercitare la professione d'avvocato, in principio, le persone capaci di agire, rispettabili e degne di fiducia, che sono in possesso di un certificato di capacità.

17. Le condizioni statuite dalla Legge sulla salute pubblica del Canton Grigioni, che devono essere adempiute al fine di fornire prestazioni psicoterapeutiche, sono esclusivamente delle condizioni personali, quali la formazione, la formazione speciale e un'attività pratica (cfr. cifra 8 e seg.). Da un punto di vista materiale, nel caso grigionese l'"autorizzazione per l'attività di psicoterapeuta" (Bewilligung zur psychotherapeutischen Tätigkeit) costituisce un certificato di capacità, nella misura in cui l'esame da parte dell'amministrazione stabilisce che tutte le condizioni sono adempiute e questo risultato è precisato in un documento⁶.

B.3 Interpretazione dell'articolo 4 LMI

18. Il Tribunale federale non ha ancora deciso fino ad ora se l'autorizzazione grigionese ad esercitare la professione di psicoterapeuta costituisca un certificato di capacità secondo l'articolo 4 LMI. Per questa ragione l'articolo 4 LMI deve essere interpretato⁷.

19. Secondo la giurisprudenza e la dottrina vigenti, una disposizione giuridica è da interpretare secondo il tenore, il senso e lo scopo così come i valori su cui poggia. L'autorità chiamata ad applicare il diritto, è vincolata ad un chiaro e non ambiguo testo di legge, purché questo

⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, III Ed. , Zurigo 1998, cifra 1958

⁵ HÄFELIN/MÜLLER, op. cit., cifra 1965

⁶ Cfr. inoltre, PHILIPPE BOIS, Kommentar BV, art. 33 vCost., cifra 14

⁷ In una sua decisione (DTF 125 I 267 segg.), il Tribunale federale ha precisato che i detentori di diplomi stranieri non possono far valere le disposizioni dell'art. 4 LMI.

ricalchi il vero senso della norma. Dal tenore è possibile scostarsi quando l'interpretazione letterale conduce ad un risultato che il legislatore non avrebbe voluto. Per l'interpretazione è necessario considerare tutti i metodi (interpretazione grammaticale, sistematica, teleologica e storica), benché nessuno di questi possa essere considerato prioritario. Il Tribunale federale parte da un pragmatico pluralismo dei metodi (cfr. DTF 83 IV 128, DTF 127 III 318, pag. 322 seg. e rinvii)

B.3.1 Interpretazione grammaticale dell'articolo 4 LMI, testo

20. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI:

"I certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3".

La versione tedesca dell'articolo 4 capoverso 1 LMI enuncia che:

"Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gelten auf dem gesamten Gebiet ...".

e quella francese:

"Les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout ...".

21. Per ciò che concerne la nozione di "certificato di capacità", il termine certificato definisce generalmente una dichiarazione scritta rilasciata da un ente o da una persona qualificata ad attestare l'attendibilità di uno o più dati relativi alle caratteristiche di una persona⁸. L'esistenza di un certificato dipende dunque dall'esistenza di una dichiarazione scritta, di un documento. Con la parola capacità si indica che il proprietario di un certificato dispone di determinate capacità o conoscenze (cfr. inoltre, art. 43 e art. 52 della Legge federale sulla formazione professionale (RS 412.10).

22. Decisivo per sapere se si è di fronte ad un certificato di capacità ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI, è la concessione dell'autorizzazione da parte delle autorità cantonali competenti. Condizioni supplementari, quali per esempio l'ottenimento di un riconoscimento nell'ambito di una regolamentazione generale o di un approfondito esame, non sono rilevanti. Eventuali riserve per la protezione di beni, da parte dell'autorità, o la garanzia di una formazione sufficiente, rilevano dalle disposizioni dell'articolo 3 LMI⁹.

⁸ Cfr. Le Monnier "Il dizionario della lingua italiana", di GIACOMO DEVOTO e GIAN CARLO OLI, 1990

⁹ Cfr. MANFRED WAGNER, Kommentar zum BGBM, § 8, cifra. 42 seg.; Decisione del Tribunale amministrativo del Canton Zurigo del 19 marzo 1998, in: DPC 1998/4, p. 681 segg.

23. Secondo la legislazione grigionese, alcune condizioni devono essere adempiute per esercitare la professione di psicoterapeuta (cfr. cifra 8). Un gruppo di specialisti (Kommission zur Vorprüfung der Gesuche für die Bewilligung zur psychotherapeutischen Tätigkeit) si occupa di esaminare se questi requisiti sono effettivamente adempiuti. Allorquando tutte le condizioni giuridiche sono realizzate, il Dipartimento di giustizia, polizia e salute pubblica concede la relativa autorizzazione all'esercizio della professione sotto forma di una dichiarazione (documento).

24. L'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di psicoterapeuta rilasciata dal Dipartimento di giustizia, polizia e salute pubblica costituisce un documento e il titolare è legittimato ad esercitare in qualità psicoterapeuta. Sulla base delle esigenze formulate dalla legge, l'autorizzazione ad esercitare certifica anche l'esistenza di determinate capacità e conoscenze.

25. **In conclusione:** secondo l'interpretazione grammaticale della disposizione legale in questione, l'autorizzazione ad esercitare in qualità psicoterapeuta rilasciata dal Dipartimento grigionese di giustizia, polizia e salute pubblica, corrisponde ad un certificato di capacità giusta l'articolo 4 LMI.

B.3.2 Interpretazione storica dell'articolo 4 LMI

26. L'articolo 4 del progetto di Legge sul mercato interno del 21 gennaio 1994 corrisponde essenzialmente all'attuale versione della LMI. Nell'ambito del procedura di consultazione e dei dibattiti parlamentari, l'espressione "certificati di capacità acquisiti in Svizzera" è stata sostituita da "certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa" e, al fine di precisarne il contenuto, l'articolo 4 LMI è stato completato dal capoverso 4¹⁰.

27. Nel Messaggio concernente la legge sul mercato interno (LMI) del 23 novembre 1994 si precisa che il riconoscimento di certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni ai sensi dell'articolo 4 LMI, aumenterà in modo significativo la libera circolazione. Un livello di formazione sufficiente sarà garantito in particolare dall'articolo 3 capoverso 2 lettera e LMI¹¹.

28. La formulazione dell'articolo 4 LMI proposta nel messaggio succitato ha trovato vasto consenso nel corso dei dibattiti parlamentari.

¹⁰ FF 1995 I 1053 seg. und 1054 seg.

¹¹ FF 1995 I 1060 seg.

B.3.3 Interpretazione teleologica dell'articolo 4 LMI

29. La LMI è una legge quadro che fissa delle esigenze minime e concerne principalmente cantoni e comuni. La LMI deve garantire un accesso libero ed equo al mercato e promuovere la mobilità professionale all'interno della Svizzera¹².

30. Da un punto di vista dogmatico, la LMI rappresenta una concretizzazione della libertà economica dandone un maggiore peso su tutto il territorio svizzero. In passato, il Tribunale federale, nella sua giurisprudenza, attribuiva minor importanza alla componente del mercato interno della libertà economica a vantaggio del principio del federalismo¹³.

31. Il principio del "luogo d'origine" definito all'articolo 2 LMI riveste un'importanza centrale come versione svizzera del principio europeo *Cassis-de-Dijon*. Tale principio enuncia: nella misura in cui una determinata attività lucrativa privata è esercitata nel luogo di residenza, questa attività è fondamentalmente lecita su tutto il territorio svizzero, su riserva d'interessi pubblici preponderanti ai sensi dell'articolo 3 LMI¹⁴. Il principio del luogo d'origine della LMI si fonda sulla presunzione che le varie regolamentazioni cantonali e comunali sull'accesso al mercato siano equivalenti.

32. Nel messaggio sulla LMI, lo scopo della legge è spiegato come segue "Se [...] l'offerta di servizi e di prestazioni di lavoro è autorizzata nel luogo d'origine, quest'attività deve poter essere esercitata sull'intero territorio svizzero. Il principio vale anche per le attività professionali soggette ad autorizzazione [...]"¹⁵.

33. Questa spiegazione dimostra che il legislatore, con l'articolo 4 LMI, aveva l'intenzione di includere nella nozione di certificato di capacità anche l'accordo all'esercizio di professioni soggette ad autorizzazione. Con la nozione di "certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni" si intende dunque tutta attribuzione di un'autorizzazione per l'esercizio di un'attività lucrativa, in occasione della quale l'autorità (cantonale) competente ha verificato che le condizioni determinanti per l'esercizio dell'attività lucrativa sono adempiute e che il candidato dispone delle necessarie capacità.

¹² FF 1995 I 1057 segg.; WAGNER, op. cit., § 1, cifra 3

¹³ WAGNER, op. cit., § 1, cifra 6

¹⁴ WAGNER, op. cit., § 6, cifra 23 seg.

¹⁵ FF 1995 I 1026

B.3.4 Interpretazione sistematica dell'articolo 4 LMI

34. Il principio della validità su tutto il territorio svizzero dei certificati di capacità è da considerare in relazione con il diritto all'accesso al mercato secondo l'articolo 2 capoverso 1 e articolo 3 LMI. L'articolo 4 LMI rappresenta un complemento al libero accesso al mercato¹⁶. Questa disposizione è destinata a garantire che il mercato interno svizzero non sia bloccato, per quel che concerne le attività lucrative soggette ad autorizzazione, da differenze legate alle condizioni d'autorizzazione cantonali¹⁷.

35. Secondo l'articolo 2 LMI, ogni persona ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo cantone o comune di domicilio. Questo libero accesso non vale in modo assoluto, esso può essere limitato alle condizioni previste dall'articolo 3 LMI.

B.3.5 Conseguenze degli accordi bilaterali fra la Svizzera e l'Unione europea

36. Secondo il diritto internazionale, la Confederazione è l'unica autorità competente in materia d'applicazione degli accordi bilaterali, indipendentemente dalla ripartizione interna. Al di fuori della libera circolazione delle persone, non esiste alcuna convenzione relativa agli psicoterapeuti.

37. Secondo gli accordi bilaterali, le disposizioni sulla libera circolazione delle persone sono applicabili anche alla Svizzera dalla fine del termine di transizione. La libera circolazione delle persone permette ai salariati e agli indipendenti di scegliere liberamente il loro luogo di lavoro, rispettivamente, il loro luogo di residenza, all'interno dell'Unione europea (UE)¹⁸.

38. Tenendo conto di questo principio, non c'è la necessità di legiferare a livello federale¹⁹. Al contrario, questo andrebbe a scapito dello spirito degli accordi bilaterali se ogni cittadino dell'UE fosse obbligato a richiedere un'autorizzazione separata per ogni cantone. Di conseguenza, un'unica autorizzazione deve valere su tutto il territorio della Confederazione²⁰. Le stesse considerazioni valgono per il libero accesso al mercato, giusta l'articolo 2 LMI; in caso contrario, esisterebbe il rischio di discriminare le persone domiciliate in Svizzera.

¹⁶ FF 1995 I 1060; WAGNER, op. cit., § 1, cifra 3 così come § 8, cifra 46

¹⁷ FF 1995 I 1060 seg.

¹⁸ FF 1999 VI 6310 seg.

¹⁹ Cfr. Risposta del Consiglio federale del 28 febbraio 2001 alla mozione FRANZ WICKI "Titel-schutz für Psychologieberufe"

²⁰ Cfr. per esempio le direttive speciali per gli architetti 85/384 CEE

39. Visto quanto precede e, conformemente all'articolo 4 LMI, il Tribunale federale dovrà modificare la sua pratica attuale, secondo cui i diplomi e i certificati stranieri non sono riconosciuti a livello nazionale²¹. Dopo l'entrata in vigore degli accordi bilaterali, i diplomi e i certificati di capacità provenienti dai paesi membri dell'UE dovranno essere riconosciuti in Svizzera, se adempiranno le esigenze minime.

B.3.6 Riassunto

40. Dall'interpretazione grammaticale, storica, teleologica e sistematica dell'articolo 4 LMI, risulta che l'autorizzazione grigionese d'esercitare un'attività di psicoterapeuta è un certificato di capacità cantonale, ai sensi dell'articolo summenzionato.

41. Questo risultato è completamente in accordo con l'articolo 95 della Costituzione federale svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), che garantisce uno spazio economico svizzero unico, nel rispetto della libertà economica. La libera circolazione dei lavoratori è parimenti garantita (art. 95 cpv. 2 Cost.)²².

C. Risultato della perizia

42. L'autorizzazione grigionese ad esercitare in qualità di psicoterapeuta è un certificato cantonale di capacità che permette di esercitare un'attività lucrativa ai sensi dell'articolo 4 LMI.

²¹ DTF 125 I 267

²² Nella terminologia della vecchia Costituzione federale, la professione di psicoterapeuta è considerata come una professione liberale ai sensi dell'art. 33 vCost. e dell'art. 5 disposizioni transitorie (DT) vCost. Conformemente all'art. 5 DT, le persone che appartengono ad una professione liberale sono autorizzate ad esercitare su tutto il territorio svizzero, nella misura in cui hanno ricevuto un certificato della loro capacità da un cantone e che esista una legislazione federale corrispondente (cfr. BOIS PHILIPPE, in: Kommentar BV, cifra 4 relativa all'art. 5 DT vCost. e cifra 4 segg. all'art. 33 vCost.). La nuova costituzione non ha cambiato questa situazione giuridica. Questo è espressamente menzionato nel preambolo della LMI (cfr. anche le spiegazioni nel messaggio, FF 1995 I 1073 seg.).

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
LMP	LF sur les marchés publics
LOTC	LF sugli ostacoli tecnici al commercio

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)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
X		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Y		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Z		ZPO	Zivilprozessordnung
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index**A**

abgestimmte Verhaltensweise 77, 81, 84, 92,
97, 112, 116 f., 135
Abrede 1, 3, 6, 14, 19, 90, 97, 106, 112, 142 f.
Anhörung 77, 80, 91

B**C****D****E****F****G****I**

Indizienbeweis 130

K

kollektive Marktbeherrschung 97, 122, 182
Kontrolle von Unternehmenszusammen-
schlüssen 118, 141, 156, 204, 206
Koppelungsgeschäft 203

L**M**

marktbeherrschende Stellung 5 f., 19, 75, 98,
108 ff., 118, 122 ff., 127, 155, 173, 182
Marktgegenseite 98, 118 ff., 125 ff., 140 f.,
150, 153, 156 ff., 165 f.

N**O****P**

Parallelverhalten 81 f.

R**S**

Submission 130 ff., 137, 141 ff., 145
Submissionskartell 3, 142

T**U**

Untersuchung 1, 3 ff., 8 ff., 14, 16, 18, 72 ff.,
82, 84, 87, 92, 97 ff., 104, 106, 108, 113 f.,
117 ff., 122 f., 128 ff., 132, 134, 140, 143,
206
unzulässige Wettbewerbsabrede 10, 18 f., 62,
112 f., 132 f., 145, 205

V

Veröffentlichung 8, 106, 135
vorbehaltene Vorschriften 100, 102, 104 f.,
109, 139

W