

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

**2009/1**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.09/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza

CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2009/1

**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 2009

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart.
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****2009/1****A Tätigkeitsberichte****A 1 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

- |    |   |    |
|----|---|----|
| 1. | Jahresbericht 2008 der Wettbewerbskommission              | 1  |
| 1. | Rapport annuel 2008 de la Commission de la concurrence    | 16 |
| 1. | Rapporto annuale 2008 della Commissione della concorrenza | 31 |
| 1. | Annual Report 2008 of the Competition Commission          | 45 |

**B Verwaltungsrechtliche Praxis****Pratique administrative****Prassi amministrativa****B 2 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza**3. Unternehmenszusammenschlüsse****Concentrations d'entreprises****Concentrazioni di imprese**

- |     |   |    |
|-----|---|----|
| 1.  | TransGourmet Holding SE   | 59 |
| 2.  | EN+ Group Limited / OJSC NK Russneft  | 60 |
| 3.  | Migros/Gries  | 61 |
| 4.  | Micarna SA/Natura Fleischtrocknerei P. Peduzzi  | 63 |
| 5.  | Thesaurus II -Barclays Private Equity (Schweiz) AG/New Schild Holding SA  | 67 |
| 6.  | BNP Paribas/Entités Fortis SA   | 68 |
| 7.  | Salzgitter/Norddeutsche Affinerie   | 76 |
| 8.  | Valora AG/cevanova AG   | 77 |
| 9.  | Migros-Genossenschafts-Bund/cevanova AG   | 81 |
| 10. | Schaeffler/Continental (Zwischenverfügung)  | 85 |
| 11. | Schaeffler/Continental (Freistellungsentscheid)   | 90 |
| 12. | Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.  | 91 |
| 13. | BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH/CIBA Holding AG  | 94 |
| 14. | Hapag-Lloyd AG/Kühne Holding AG/HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH/TUI AG | 95 |
| 15. | Johnson Controls/Geschäftsbereich facility Management der Swisscom Immobilien AG                                | 96 |

**B 3 Bundesverwaltungsgericht**Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale

- |    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Urteil vom 12. Februar 2009 Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG, Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) betr. Zugang zum schnellen Bitstrom | 97 |
|----|--|----|

**B 4 Bundesgericht**Tribunal fédéral  
Tribunale federale

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Urteil vom 12. Dezember 2008 Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee) | 109 |
|----|---|-----|

**D Entwicklungen****Développements****Sviluppi****D 2 Bibliografie****Bibliographie****Bibliografia**

117

**Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)**

118

**Index (deutsch, français e italiano)**

120

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

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

A 1.	1. Jahresbericht 2008 der Wettbewerbskommission
------	---

### Vorwort des Präsidenten

Das Kartellrecht war im Jahr 2008 zutiefst geprägt von den turbulenten Ereignissen auf den Finanzmärkten. Der Staat hat massiv interveniert, um diejenigen Unternehmen zu stützen, welche für das Funktionieren des ökonomischen Systems als lebensnotwendig betrachtet wurden. Die Schweiz ist dabei keine Ausnahme. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Finanzsektors in unserem Land, gehört das Engagement der Schweiz sogar zu den grössten weltweit. Der Schweizer Eingriff wurde sorgfältig vorbereitet und die Umsetzung geschah gewissenhaft und angemessen. Dennoch konnten gewichtige Verzerrungen des Wettbewerbs nicht verhindert werden, deren Auswirkungen in Zukunft sowohl die regulierenden Behörden, wie auch die Wettbewerbsbehörden beschäftigen könnte.

Für den Augenblick kann die Politik des Wettbewerbs daraus zumindest eine Lehre ziehen: Die Grösse eines Unternehmens – in absoluten Zahlen – bildet ein grundlegendes Element sowohl für das Funktionieren des Wettbewerbs, als auch für die Verteilung der Risiken. Dies sollte inskünftig in Betracht gezogen werden, wenn die ökonomischen Argumente im Bereich der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen evaluiert werden.

Des weiteren war das Jahr 2008 auch geprägt von der Reorganisation der Wettbewerbskommission. Diese wurde auf die neue Legislaturperiode hin von 15 auf 12 Mitglieder reduziert und die Sitzungen werden fortan im Plenum abgehalten, wodurch dem Präsidium eine aktivere Rolle bei der Vorbereitung der Dossiers zuhanden der Wettbewerbskommission zukommt.

Die wichtigsten Entscheide des vergangenen Jahres betrafen den Detailhandel. Im Anschluss an die Übernahme von Denner durch Migros und von Carrefour (Schweiz) durch Coop, weist der Detailhandel eine noch stärkere Konzentration auf. Ungeachtet dieser höheren Konzentration hat sich der Wettbewerb aufgrund des Markteintritts der beiden ausländischen Konkurrenten, welche europaweit tätig sind, intensiviert. Die Auswirkungen des Konkurrenzdrucks sind gegenwärtig eindeutig spürbar, zum Wohle der Konsumenten.

Zudem haben wir die wichtigen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Verfahren vor der Wettbewerbskommission in der Untersuchung der Tarife bei

der Terminierung des Mobilfunks zur Kenntnis genommen, welche die Effizienz der Verfahren stärken, ohne dabei die Rechte der Parteien zu beeinträchtigen.

Prof. Walter A. Stoffel  
Präsident der Wettbewerbskommission

## A Einleitung

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörde war das letzte Jahr geprägt durch präventive Tätigkeiten zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen. In direkten Kontakten zu öffentlichen Beschaffungsstellen sind diese zum Thema Submissionsabsprachen sensibilisiert worden (vgl. B.1). Im Rahmen von Beratungen konnte die Praxis betreffend Preisempfehlungen konkretisiert und verfeinert werden (vgl. B.2.3). Mit Empfehlungen der WEKO an den Bundesrat in den Bereichen Telekommunikation, Energie und Post wies die WEKO auf wettbewerbsverzerrende Rahmenbedingungen hin (vgl. B.2.1).

Das Jahr 2008 war auch gezeichnet durch konkrete Entscheide mit Praxisbildung. Mit den durch die WEKO ausgelösten Leitentscheiden des Bundesgerichts zum Binnenmarktgesetz (BGBM) betreffend die Zulassungspraxis zur Berufsausübung konnte Praxis mit Signalwirkung für die ganze Schweiz begründet werden (vgl. B.5 und D.). Die WEKO sanktionierte eine Tochtergesellschaft der Galenica AG wegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Zusammenhang mit der Herausgabe des Arzneimittelkompendiums (vgl. B.2.1.). Im Weiteren beantragte das Sekretariat im Bereich des ADSL-Breitbandinternets eine Sanktion gegen Swisscom für deren Preispolitik (vgl. B.3.1). Das Sekretariat führte zudem in mehreren Fällen von möglichen harten Preisabreden Hausdurchsuchungen durch (vgl. B.4 und B.6).

Insbesondere führte das Sekretariat im Jahr 2008 die laufenden Untersuchungen weiter, wobei es in mehreren Fällen Auseinandersetzungen um verfahrensrechtliche Fragestellungen vor den Rechtsmittelinstanzen gab. Dies hat regelmässig eine Verlängerung der Verfahren und eine Bindung von zusätzlichen Ressourcen zur Folge. Das Bundesstrafgericht und das Bundesgericht haben in Bezug auf die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörde anlässlich von Hausdurchsuchungen klärende Urteile gefällt und die Wettbewerbsbehörde ermächtigt, sichergestellte und versiegelte Beweismittel zu entsiegeln (vgl. B.3.4 und B.6). Auch wenn die Vertikalabreden 2008 ein Schwerpunktthema waren, sind diesbezügliche Entscheide erst im Laufe des 2009 zu erwarten. Immerhin konnten die hängigen Untersuchungen bis nahe an den Abschluss geführt werden. Bezüglich einer Meldung zur „Maestro-Interchange Fee“ bestätigten die Rechtsmittelinstanzen die Praxis der WEKO (vgl. B.2.2). In der weitergeführten Untersuchung zu den Mobilfunkterminierungsgebühren antworteten mehrere Mobilfunkanbieter erst nach entsprechenden Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts auf Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörde (vgl. B.3.1). Zudem haben die Wettbewerbsbehörden zwei umfangreiche Zusammenschlussverfahren, Coop/Carrefour und fenaco/Steffen-Ris, mit Auflagen zur Erhaltung des Wettbewerbs abgeschlossen (vgl. B.3.3 und B.4.1).

Von wesentlicher Bedeutung im Jahr 2008 waren auch die Arbeiten zur Evaluation des Kartellgesetzes im Hinblick auf einen Bericht an das Parlament (vgl. C.3). Das Sekretariat leistete schliesslich erhebliche Vorbereitungsarbeiten für die Jahreskonferenz des International Competition Network, die vom 3.-5. Juni 2009 in Zürich stattfindet (vgl. B.7).

## B Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

### B.1 Schwerpunkt Submissionsabsprachen

Das Sekretariat hat im Bereich der Bekämpfung von Submissionsabsprachen einen langfristigen Schwerpunkt gesetzt. Hintergrund dieses Schwerpunktes bilden verschiedene Fälle, die vom Sekretariat untersucht wurden bzw. werden; beispielweise die Fälle Landesbibliothek, Neat, Strassenbeläge im Kanton Tessin und Abreden im Bereich von Elektroinstallationen. Diese liessen die Vermutung aufkommen, dass Submissionskartelle auch in der heutigen Zeit keine Seltenheit darstellen. Im Rahmen der Umsetzung des Schwerpunktes verfolgt das Sekretariat konzeptionell zwei Stossrichtungen: Einerseits sollen die Öffentlichkeit sowie die staatlichen Beschaffungsorgane für die Problematik der Submissionsabsprachen sensibilisiert und die Rolle der Wettbewerbsbehörden als Ansprechpartner gestärkt werden. Andererseits sollen interne Grundlagen geschaffen werden, welche die Aufdeckung derartiger Absprachen unterstützen. Insgesamt soll mittelfristig die präventive Wirkung des Kartellgesetzes erhöht und der Anreiz zur Bildung von Submissionskartellen gesenkt werden.

Zur Erreichung dieses Ziels wurden Kontakte zu Beschaffungsstellen und wichtigen Organen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens aufgebaut. So nahm der Präsident der WEKO im März 2008 an einer Vorstandssitzung der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) teil und hielt an deren Generalversammlung im September 2008 ein Referat zum Thema Submissionsabsprachen. Zusätzlich referierten der Präsident und der Direktor im August 2008 zum selben Thema vor der Beschaffungskommission des Bundes (BKB). Ferner führte das Sekretariat externe Schulungen mit Mitarbeitenden von Beschaffungsstellen des Bundes durch, um sie für die Problematik von Submissionsabsprachen zu sensibilisieren. Diese Anstrengungen führten u.a. zu ersten internen Abklärungen in Zusammenarbeit mit kantonalen Beschaffungsstellen zu potenziell problematischen Märkten.

### B.2 Dienstleistungen

#### B.2.1 Öffentliche Gesundheit

Mit Verfügung vom 7. Juli 2008 hat die WEKO festgestellt, dass die Documed AG, Tochtergesellschaft der Galenica AG, ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie Handelspartner diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Die Documed AG ist die Herausgeberin des Arzneimittelkompendiums der Schweiz, das die Fachinformationen aller in der Schweiz zugelassenen Medikamente beinhaltet. Zusätzlich publiziert die Documed AG sowohl die Fach- als auch die Patienteninformationen online.

Die Documed AG hat für die Publikation von Fach- und Patienteninformationen Handelspartner diskriminiert, indem sie gewissen Pharmaunternehmen mit einer grossen Anzahl zu publizierender Texte die Möglichkeit gab, die Preise für die Publikation „nach Absprache“ zu vereinbaren. Zusätzlich hat die Documed AG für die Texte, die gegenüber dem Vorjahr unverändert geblieben sind, dieselben Preise verlangt wie für die Texte, die im aktuellen Geschäftsjahr erstmals publiziert wurden und folglich noch korrigiert werden mussten.

Die Documed AG hat sich mit einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet, die Preise für die Publikation von Fach- und Patienteninformationen künftig diskriminierungsfrei und kostenbasiert festzulegen. Da die Documed AG ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, wurde sie zur Zahlung einer Sanktion von CHF 50'000.- verurteilt.

Mit Verfügung vom 6. Oktober 2008 hat die WEKO ihre Untersuchung zu den **Tarifverträgen in der Zusatzversicherung im Kanton Luzern** beendet (RPW 2008/4, S. 544 ff.). Im Rahmen dieses Verfahrens hat die WEKO die Frage geklärt, ob das Kartellrecht in der Zusatzversicherung anwendbar ist (Art. 2 und 3 KG) und inwiefern Gruppenverhandlungen in der Zusatzversicherung zulässig sind.

Bereits im Jahr 2006 hatte die WEKO in einer Zwischenverfügung festgehalten (RPW 2006/3, S. 513 ff.), dass den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern im Kanton Luzern bezüglich der Tariffestsetzung keine wirtschaftliche Selbständigkeit zukommt, da in diesem Bereich der Kanton die wirtschaftliche Kontrolle ausübt. Der Kanton nimmt dabei eine ähnliche Stellung wie ein Konzern ein, so dass das Kartellgesetz aufgrund von Art. 2 KG intern zwischen den Spitälern nicht zur Anwendung kommt. Zu beachten ist allerdings, dass die massgebende funktionale Betrachtungsweise gemäss Art. 2 KG dazu führen kann, dass ein öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital des Kantons Luzern auf einem anderen Gebiet, in dem es autonom als Unternehmen auf dem Markt auftritt, einzeln in den Geltungsbereich des KG fallen kann.

In der Endverfügung hat die WEKO festgestellt, dass sich die Gesamtheit der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern in einer marktbeherrschenden Stellung befinden und über eine sehr starke Verhandlungsposition gegenüber den Krankenversicherern verfügen. Die starke Position der Spitäler ist wesentlich durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Grundversicherung bedingt, die dazu führen, dass die Krankenversicherer in der Zusatzversicherung faktisch gezwungen sind, mit allen Spitälern Verträge abzuschliessen. Dies führt dazu, dass ein einzelner Versicherer in den Tarifverhandlungen kaum Druck auf die Preise ausüben kann. Die WEKO ist aufgrund dieser Situation zu folgenden Schlussfolgerungen gelangt:

Grundsätzlich wäre es wünschenswert, dass sowohl auf Seiten der Leistungserbringer als auch auf Seiten der Krankenversicherer die Verhandlungen einzeln oder in eher kleineren, homogenen Gruppen stattfinden würden (bilaterale Verhandlungen).

Stehen die Krankenversicherer einer starken Gruppe von Spitälern (wie im Kanton Luzern) gegenüber, so kann es effizient und daher kartellrechtlich zulässig sein, den Aufbau einer Gegenmacht („countervailing power“) auf Seiten der Krankenversicherer zuzulassen. Dies bedeutet, dass die Gruppenbildung auf Seiten der Krankenversicherer in dem Masse zulässig ist, als sie zu ausgeglichenen Verhandlungspositionen führt (Gruppenverhandlungen).

Voraussetzung für die Zulässigkeit von Gruppenverhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer ist namentlich, dass auf dem nachgelagerten Versicherungsmarkt nicht mit nachteiligen Folgen für die Versicherten zu rechnen ist.

Schliesslich gelten diese Schlussfolgerungen vor dem Hintergrund der heutigen Spitalfinanzierung und Spitalordnung (insbesondere der Spitalliste und dem daraus erwachsenden Kontrahierungszwang), die weitgehend durch die gesetzlichen Grundlagen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bestimmt werden.

Die Wettbewerbsbehörden haben 2008 zwei Meldungen von Unternehmenszusammenschlüssen erhalten, welche Unternehmen mit Tätigkeitsbereich auf dem Markt für Sozialversicherungen betrafen. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass die Übernahmen von **Intras durch die CSS** und von **Xundheit durch die Concordia** keine Probleme hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den verschiedenen Märkten ergaben, auf welchen diese Unternehmen tätig sind. Dennoch ist es in Bereichen der Zusatzversicherung in bestimmten Kantonen vorgekommen, dass Teile von wichtigen Märkten nach der Fusion beeinträchtigt waren. Es bleibt zu bemerken, dass die Fusion von Concordia und Xundheit letztlich nicht realisiert wurde.

## B.2.2 Finanzdienstleistungen

Mit dem Urteil vom 29. Februar 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht eine **Beschwerde der vier Finanzinstitute** Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG und Zürcher Kantonalbank in Sachen „Maestro - Interchange Fees“ abgewiesen. Die Beschwerde richtete sich gegen den Entscheid der WEKO aus dem Jahre 2007, mit welchem auf die Begehren der Parteien auf Eröffnung einer Untersuchung und Feststellung der Zulässigkeit eines multilateral vereinbarten Interbankenentgelts (Domestic Multilateral Interchange Fee; DMIF) für inländische Kartenzahlungen mit der Maestro-Debitkarte nicht eingetreten wurde.

Dem Entscheid der WEKO vorausgegangen war eine Meldung der Finanzinstitute im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Gegenstand der Meldung war die geplante Einführung einer DMIF für inländische Transaktionen mit Maestro-Debitkarten. Das Sekretariat eröffnete daraufhin eine Vorabklärung und prüfte das Vorhaben summarisch auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen. In seinem Bericht kam das Sekretariat zum Schluss, dass es sich bei der beabsichtigten DMIF eventuell um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handle. Mangels Umsetzung des Vorhabens und den dadurch fehlenden Marktauswirkungen verzichtete die WEKO jedoch auf die Eröffnung einer Untersuchung.

Das Bundesverwaltungsgericht schützte den Entscheid der WEKO. Zwar schloss das Gericht nicht aus, dass der Erlass einer Feststellungsverfügung, gestützt auf Art. 25 VwVG, auch im Zusammenhang mit einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG prinzipiell möglich sei. Doch könne sich eine Feststellungsverfügung im Einzelfall nur auf einen liquiden (Vergangenheits-)Sachverhalt beziehen, der sich tatsächlich verwirklicht habe, d.h.

objektiv feststellbar sei. Im vorliegenden Fall sei dies nicht der Fall, da die Parteien die geplante Wettbewerbsbeschränkung nach der Meldung nicht umgesetzt hätten und der Sachverhalt sich als sehr komplex erweise. Es sei daher nicht möglich, im Voraus festzustellen, ob und welche Auswirkungen die geplante Wettbewerbsbeschränkung auf den Markt haben werde, weshalb von den Parteien eine positiv-rechtlich Feststellung durch die WEKO nicht verlangt werden könne. Schliesslich weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass ein solcher Feststellungsentscheid juristisch nicht sinnvoll wäre, da er weitgehend auf Prognosen, Hypothesen und Bedingungen abstellen müsste. Im Rahmen eines obiter dictum äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht dahingehend, dass das Ergebnis dieses Entscheides für die Parteien unbefriedigend sei, weil sie dadurch keine Rechtssicherheit darüber hätten, ob ihr Verhalten unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nun unzulässig sei oder nicht. Das Gericht schlug deshalb den Wettbewerbsbehörden vor, in den Fällen einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG u.U. auf eine Sanktion zu verzichten bzw. nur eine symbolische Sanktion auszusprechen und den Parteien wenigstens die relevanten Entscheidparameter bekannt zu geben. Zudem forderte es den Gesetzgeber auf, de lege ferenda die Einführung eines expliziten Opportunitätsprinzips zu prüfen. Das Bundesgericht wies im Dezember 2008 die von Seiten der Banken erhobenen Beschwerden ab und stützte damit die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO.

Die vom amerikanischen Immobilienmarkt ausgehende Finanzkrise erfasste nach einer klaren Akzentuierung Mitte September 2008 auch Staaten mit intakten Immobilienmärkten. Die **Finanzkrise** löste sowohl in den USA als auch in Europa staatliche Massnahmen zur Stabilisierung des Finanzsystems sowie Rettungsaktionen zu Gunsten einzelner Finanzinstitute in historischen Grössenordnungen aus. In der Schweiz war insbesondere die Grossbank UBS AG, die im amerikanischen Markt ein hohes Engagement aufwies, von den Verlusten auf den Finanzmärkten stark betroffen. Die getroffenen Massnahmen zur Stabilisierung des schweizerischen Finanzsystems tangierten auch die Aufgaben der Wettbewerbsbehörde. Sie rief in Erinnerung, dass aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ein Gleichbehandlungsanspruch sämtlicher Wirtschaftsteilnehmer fliesse und staatliche Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit somit möglichst wettbewerbsneutral erfolgen müssten.

Eine weitere, mit der Finanzkrise verbundene Aufgabe war die Prüfung eines **Unternehmenszusammenschlusses**. Die in Frankreich kotierte Bankengruppe BNP Paribas hat eine Mehrheitsbeteiligung an Fortis Bank SA/NV, Fortis Bank Luxemburg SA sowie Fortis Insurance Belgium SA/NV erworben. Diese Unternehmen gehörten der Bankengruppe Fortis an, welche Opfer der Finanzkrise wurde. Die Fortis-Gruppe ist hauptsächlich in Belgien, Luxemburg und in den Niederlanden tätig. Die Marktteile der Tochterunternehmen und Filialen von Fortis Bank SA/NV und von Fortis Bank Luxemburg SA sind in der Schweiz nicht gross. Daher wird durch diese Fusion eine marktbeherrschende Stellung von BNP Paribas auf den in der Schweiz relevanten Märkten weder begründet noch verstärkt. Im Weiteren

haben die Parteien bestätigt, dass die Verpflichtungszusage von BNP Paribas gegenüber der Europäischen Kommission ebenfalls in der Schweiz gültig ist. Die Weko hat deshalb keine vertiefere Prüfung hinsichtlich dieses Zusammenschlusses, welcher im Dezember 2008 verwirklicht wurde, eröffnet.

**SEPA** (Single Euro Payments Area) ist ein Paket von technischen Regeln, welches einen Rahmen für eine Harmonisierung von bestehenden Zahlungssystemen in der EU definiert. Die Banken der EWR-Länder und der Schweiz haben auch Zugang zu SEPA. Dabei gilt das Prinzip, dass alle wirtschaftlichen Akteure Zahlungen in der EU in Euro zu den gleichen Konditionen und denselben Tarifen ausführen und entgegen nehmen können, sei es in ihr Heimatland oder in ein anderes Land. Das Sekretariat hat den Stand der Entwicklung der Implementierung von SEPA und die Auswirkungen für die Schweiz analysiert. Es sollte in 2010 gänzlich funktionsfähig sein. Im Anschluss an die Entscheidung **SWX-SIS-Telekurs** (RPW 2007/4, Seite 557 ff.) ist das Sekretariat der Entwicklung des europäischen Codes of Conduct bezüglich dem Clearing und Settlement der an der Börse gehandelten Effekten gefolgt, welche von den unterzeichneten Unternehmen transparente Tarife, einen offenen Zugang sowie Kompatibilität verlangen.

Im Bereich der **Versicherungen** nahm das Sekretariat im Rahmen einer Ämterkonsultation Stellung zum Entwurf betreffend Revision des Versicherungsvertragsgesetzes. Das Sekretariat begrüsst dabei zahlreiche Änderungen gegenüber dem geltenden Recht, die zu einer erhöhten Klarheit und dadurch zu mehr Transparenz zu Gunsten der Versicherungsnehmer führen. Dadurch erhofft es sich auch eine leichtere Verständlichkeit und Vergleichbarkeit der angebotenen Produkte, was aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als positiv zu beurteilen ist. Klärungsbedarf besteht hingegen noch bei der Frage der Informationspflicht betreffend Entschädigung von Versicherungsvermittlern durch die Versicherungsunternehmen. Das Sekretariat vertritt dabei den Standpunkt, dass eine Informationspflicht sämtliche Versicherungsvermittler gleichermaßen betreffen soll. Somit gilt diese Pflicht nicht nur die für den Versicherungsnehmer tätigen Makler (Broker), sondern auch die Versicherungsagenten, welche die Interessen eines oder weniger Versicherungsunternehmen vertreten. Nur so ist garantiert, dass es zu keinen unerwünschten Marktverzerrungen zwischen diesen beiden Vermittlertypen kommen kann und der Kunde über die Entschädigungen informiert wird.

### B.2.3 Freie Berufe

Im Bereich der freien Berufe hat das Sekretariat gegen **empfohlene Tarife**, welche durch die Berufsverbände festgelegt wurden, interveniert. Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen können durch den Erlass oder die Ausgabe von Tarifen, Preisempfehlungen, Richtpreisen, Preislisten und Kalkulationshilfen direkte oder indirekte Preisabreden zwischen ihren Mitgliedern vermitteln und fördern. Leistungsbeschreibungen oder Katalogisierungen von Leistungen mit Tarifen oder Preisen werden in der Regel als Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG behandelt. Die im Bereich der freien Berufe üblicherweise vorgebrachten Gründe (Transparenz von Leistungen, Preistransparenz, Orientierungshilfe für Markteinstei-

ger/innen, vereinfachte Rechnungsstellung, Schutz der Klienten/innen) genügen in der Regel nicht als wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG. Zumindest zwei alternative Instrumente stehen den Verbänden zur Verfügung, die den Bedürfnissen der freien Berufe gerecht werden und kartellrechtskonform sind: Zum einen handelt es sich dabei um Beschriebe von Leistungen ohne jegliche Tarife- oder Grössenangaben. Solche Beschriebe legen die Preise nicht fest und schränken somit die Preisgestaltungsfreiheit nicht ein. Zum anderen handelt es sich um die Veröffentlichung historischer, erhebungsgestützter (repräsentativer) und aggregierter Angaben. Dabei müssen die Daten für Konsumenten/innen zugänglich sowie die Unverbindlichkeit der Tarife gegeben sein. Die Erhebung und Publikation der Angaben sollte weitgehend durch unabhängige Dritte (z. B. durch ein Treuhandbüro, das Bundesamt für Statistik, eine Universität oder eine Konsumentenorganisation) erfolgen.

Im Rahmen einer Beratung entschied sich der Schweizer Texterinnen- und Texterverband „script“ für die Veröffentlichung historischer, erhebungsgestützter und aggregierter Angaben über Honorare von Texter/-innen. Dazu erhob script mittels eines Fragebogens die zuvor

mit dem Sekretariat definierten Leistungen, die Texter/-innen erbringen (z. B. Inserat, Kundenzeitung, Website und Slogan).

Nach Bereinigung der Daten wurden pro Leistungsart die folgenden Werte berechnet: Minimal- und Maximalwert, Mittelwert, Median, Standardabweichung, Quantile (10 %-, 25 %-, 75 %- und 90 %-Quantil). Auf Basis einer eingehenden Datenanalyse dieser Werte und einer Beurteilung der Markteigenschaften wurden jene Werte bestimmt, die veröffentlicht werden können.

Vorliegend war von der Publikation des Maximalwertes abzusehen, da dieser preistreibend wirken könnte und die Verteilung eher „linksschief“ ist. Aus letzterem Grund war die Veröffentlichung des Medians und des Minimalwertes als wichtig zu erachten. Für die Publikation waren für das Sekretariat neben dem Mittelwert und dem Median die 10 %- und 90 %-Quantile bedeutend, da diese Daten der Beschreibung der im Markt vorhandenen Honorarabstufungen dienen. Die Veröffentlichung des 10 %-Quantils relativierte zudem vorliegend den Minimalwert. Die Publikation der Standardabweichung sowie der 25 %- und 75 %-Quantil wäre offen gestanden, war aber nicht zwingend. Zur Illustration dienen die zwei folgenden Beispiele (in CHF pro Inserat/Plakat):

	Mittelwert	Median	Minimalwert	10%-Quantil	90%-Quantil
Inserat	636	600	60	308	1'060
Plakat	685	640	110	310	1'064

Diese auf den vorliegenden Markt abgestimmte kartellrechtskonforme Publikation von historischen, erhebungsgestützten Honoraren, die in aggregierter Form darstellt werden, führt zu einer Transparenz der Honorare gegenüber den Kunden und Texter/innen. Es ist davon auszugehen, dass diese Marktinformationen den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, sondern durch die erhöhte Transparenz zu einem verstärkten Wettbewerb führen. Zudem kann diese Art der Marktinformation als Schutz der Konsumenten/innen vor Honorarmissbräuchen und als Orientierungshilfe für Markteinsteigerinnen dienen. Damit wird zugleich einem Bedürfnis der Konsumentenschutzorganisationen und der Verbände von freien Berufen entsprochen. Eine Broschüre über die Honorare von Texter/-innen steht sowohl den Texter/innen als auch den Kunden von Texter/-innen zur Verfügung. Die Daten werden in ca. drei oder vier Jahren aktualisiert.

Eine Untersuchung, welche den Bereich der freien Berufe und gewerbmässigen Dienstleistungen betrifft (Elektroinstallateure der Region Bern), wird derzeit geprüft und sollte im ersten Semester 2009 abgeschlossen werden können.

Eine Fusion wurde ebenfalls im Bereich der Temporärarbeitsvermittlung analysiert. Das Sekretariat hat den Zusammenschluss Randstad (Schweiz) AG und Vedior (Schweiz) AG geprüft. Der Meldung waren keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird, da die Marktanteile der Parteien bei allen

vorgenommenen Marktabgrenzungen 10 % nicht überschritten und zudem die drei wichtigsten Konkurrenten in der Schweiz über einen ähnlich hohen Marktanteil im Temporär- und Feststellenvermittlungsbereich verfügten. Daher konnte von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

Schliesslich wurde ein **Sanktionsverfahren** nach Art. 52 KG gegen eine Taxizentrale in der Stadt Zürich abgeschlossen. Im Rahmen der Vorabklärung wurden verschiedene Unternehmen befragt. Eine von ihnen verweigerte jedoch Informationen bezüglich ihrer Situation zu liefern. Da trotz verschiedenen Anrufen und einer Verfügung, welche die Verpflichtung zur Lieferung der Auskünfte festhielt, niemals eine Antwort eingereicht wurde, hat die Weko dieses Unternehmen mit einer Busse von CHF 10'000.— für die Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten belegt. Ein Rekurs vor dem BVGer ist hängig.

### B.3 Infrastruktur

Das Jahr 2008 war unter anderem durch Arbeiten im Rahmen der Rechtsmittelverfahren zu zwei wichtigen Entscheiden aus dem Vorjahr geprägt. Es handelt sich um die Verfügungen der WEKO vom 5. Februar 2007 betreffend die Mobilfunkterminierungsgebühren und vom 5. März 2007 betreffend Publigroupe, in welchen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerdeverfahren rechts-hängig sind. Zudem konnte im Jahr 2008 die Instruktion in mehreren Verfahren wesentlich vorangetrieben werden (ADSL-Preispolitik, Mobilfunkterminierungsgebühren und Untersuchung Speditionsleistungen), womit die Grundlagen für Entscheide im nächsten Jahr erarbeitet

wurden. Ausserdem war die WEKO mittels Empfehlungen und Gutachten besonders aktiv in regulierten Bereichen wie der Telekommunikation, der Energie oder der Post.

### B.3.1 Telekommunikation

In der Untersuchung zur **ADSL-Preispolitik** von Swisscom schloss das Sekretariat seine Ermittlungen ab. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass Swisscom bei den ADSL-Diensten ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte. Das Sekretariat beantragte deshalb der WEKO, Swisscom mit einem Betrag von rund 237 Mio. Franken zu belasten. In der Sache geht es bei der Untersuchung zur Preispolitik ADSL um Folgendes: Swisscom stellt anderen Fernmeldediensteanbietern wie Sunrise, Tele2, VTX oder Green eine Vorleistung für Breitbandinternet zur Verfügung. Swisscom verlangte - im Vergleich zu den Endkundenpreisen - hohe Preise für das Vorleistungsangebot. Konkret handelte es sich bei der Preispolitik von Swisscom nach Einschätzung des Sekretariats aufgrund der zu knappen Margen zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen um eine sog. Kosten-Preis-Schere („Price- oder Margin Squeeze“). Swisscom wird zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die WEKO entscheidet.

Die Untersuchung zu den **Mobilfunkterminierungsgebühren** wurde für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 fortgeführt. Das Sekretariat stellte den in der Schweiz tätigen Mobilfunkanbieter unter anderem Auskunftsbegehren zu. Orange und Swisscom weigerten sich, diese Auskunftsbegehren zu beantworten. Ihre Haltung begründeten die beiden Mobilfunkanbieter unter anderem mit verfahrensökonomischen Überlegungen und mit Hinweis auf ein hängiges Beschwerdeverfahren zum ersten Teil der Untersuchung. Das Bundesverwaltungsgericht ist mit drei Urteilen vom 6. November 2008 auf die Beschwerden von Orange und von Swisscom nicht eingetreten. In Präzisierung der Rechtsprechung hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass für die Anfechtbarkeit eines Auskunftsbegehens nicht einfach jeglicher Aufwand zur Beantwortung eines Fragebogens als nicht wieder gutzumachender Nachteil anzusehen ist. Die Untersuchung sollte damit fortgesetzt werden können. Weiterhin beim Bundesverwaltungsgericht rechtshängig ist die Beschwerde von Swisscom gegen die Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 betreffend die Mobilfunkterminierungsgebühren im Zeitraum bis 31. Mai 2005.

In einer **gemeinsamen Empfehlung** vom 25. August 2008 forderten die WEKO, der Preisüberwacher und die Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) zusammen den Bundesrat auf, ein griffiges Instrument zur rascheren Festlegung der Netzzugangstarife von schweizerischen Telekomunternehmen zu schaffen. Das Fernmeldegesetz soll so geändert werden, dass die sog. Interkonnektions- und Zugangspreise neu von Amtes wegen durch die ComCom überprüft werden können. Bisher kann die ComCom die Zugangspreise nur auf Klage einer Anbieterin hin prüfen. Die gemeinsame Empfehlung der WEKO, des Preisüberwachers und der ComCom wurde danach in einer parlamentarischen Motion Forster aufgenommen. Der Bundesrat nahm diese Motion am 5. Dezember 2008 an.

Die WEKO verabschiedete im Sommer 2008 **drei Gutachten** zu Handen der ComCom. In fernmelderechtlichen Zugangsverfahren vor der ComCom ist durch die WEKO mittels Gutachten die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, wenn diese Frage strittig ist. Es handelte sich um das Gutachten vom 3. Juni 2008 betreffend die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, das Gutachten vom 23. Juni 2008 betreffend Mietleitungen und das Gutachten vom 7. Juli 2008 betreffend Kabelkanalisationen. In diesen Gutachten kam die WEKO jeweils zum Ergebnis, dass in gewissen Teilbereichen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom vorlag. Die Marktbeherrschung bezog sich in allen drei Fällen auf Bereiche, die direkt oder indirekt mit dem Anschlussnetz von Swisscom zusammenhängen.

Am 10. November 2008 liess die WEKO die Übernahme von **Tele2** durch **Sunrise** zu. Die vorläufige Prüfung ergab keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Mit Verfügung vom 15. Dezember 2008 stellte die WEKO die Untersuchung gegen Swisscom betreffend Telefoniedienstleistungen für **Grosskunden** ein. Nach langwierigen verfahrensrechtlichen Auseinandersetzungen kam die WEKO in der materiellen Beurteilung zum Schluss, dass sich die Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom in diesem Fall nicht bestätigten. In diesem Verfahren, das unter anderem auch die Terminierung in Mobilfunknetze betraf, konnte festgestellt werden, dass gerade grössere Geschäftskunden beispielsweise mittels Ausschreibungsverfahren für ihre Telefoniedienstleistungen Gegenmacht gegenüber Fernmeldediensteanbietern ausübten.

### B.3.2 Energie

Das Sekretariat führt im Energiebereich eine Marktbeobachtung zu **Systemdienstleistungen** (notwendige Hilfsdienste für den Netzbetrieb). Im Rahmen der Marktbeobachtung stellte sich heraus, dass durch die Vertretung der Elektrizitätswerke in Fachkommissionen und Ausschüssen von swissgrid (betreibt das schweizerische Hochspannungsnetz), eine Gefahr für Wettbewerbsverzerrungen, u.a. durch Informationsvorteile, bestand. Die Fachkommissionen von swissgrid erarbeiten die Vorschläge, namentlich die Berechnungsgrundlagen für die Ausschreibungen, zu Handen des Verwaltungsrats. Die grossen Elektrizitätswerke (Atel, BKW, CKW, EOS, ewz und NOK) können somit durch ihre Vertreter Einfluss auf die Berechnung der Dienstleistungen nehmen, aufgrund deren sie dann später ihre Gebote einreichen. Ausserdem verfügen sie damit über einen Wissensvorsprung gegenüber Konkurrenten.

Die WEKO erliess deshalb am 28. Oktober 2008 eine **Empfehlung** an den Bundesrat gestützt auf Art. 45 Abs. 2 KG. Die WEKO empfahl darin dem Bundesrat, die Statuten der swissgrid nur unter der Auflage zu genehmigen, dass die Ausschüsse und Fachkommissionen der swissgrid von unabhängigen Experten und nicht von Mitarbeitenden der Verbundunternehmen besetzt sind. Im Übrigen beantragte die WEKO, die sofortige gesetzeskonforme Zusammensetzung des Verwaltungsrats wiederherzustellen. Swissgrid beschloss in der Folge die sofortige Auflösung ihrer Fachkommissionen.

Der weitere Verlauf der Marktbeobachtung zu den Systemdienstleistungen wird unter anderem von der Revision der Stromversorgungsverordnung abhängen. Zudem führte die Wettbewerbsbehörde auch weitere Marktbeobachtungen zum Angebotsverhalten und zu Preisentwicklungen von Stromversorgungsunternehmen durch und holte entsprechende Auskünfte ein. Sollten sich Verdachtsmomente für abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Elektrizitätsunternehmen ergeben, würden diesbezüglich die notwendigen Verfahren eröffnet.

### B.3.3 Landwirtschaft

Im Rahmen der Kontrolle von Zusammenschlüssen wurde für die Übernahme der **Steffen-Ris** Holding durch **Fenaco** (u.a. Landi) eine vertiefte Prüfung durchgeführt. Der Zusammenschluss führte zur Gründung des stärksten Agrarhandelsunternehmens, da Fenaco und die Steffen-Ris Holding zu den führenden Unternehmen im Agrarbereich gehören.

In den Märkten für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln sowie für den Grosshandel von Saatkartoffeln kam es zu bedeutenden Marktanteilsadditionen. Zudem war zu berücksichtigen, dass der Schweizer Agrarmarkt zumindest bei den Speise- und Veredelungskartoffeln nicht vollständig geöffnet ist. Demgegenüber war auch zu berücksichtigen, dass die durch den Zusammenschluss resultierende starke Stellung in den Kartoffelmärkten durch die Gegenposition der verarbeitenden Betriebe zu relativieren war.

Um sicherzustellen, dass der Wettbewerb im Agrarmarkt allgemein und in den betroffenen Märkten erhalten bleibt, verfügte die WEKO die folgende Auflage: Fenaco (u.a. Landi) darf gegenüber den Landwirten keine Bezugs- oder Lieferpflichten auferlegen und durchsetzen. Dadurch wird einerseits die Freiheit der Produzenten erhöht und andererseits der Zugang zu den Produzenten für alle Marktteilnehmer (Handel und verarbeitende Betriebe) offen gehalten.

Im Hinblick auf die per 1. Mai 2009 erfolgende Aufhebung der Milchkontingentierung beobachtet die Wettbewerbsbehörde den **Milchmarkt** verstärkt. Sie versucht auch präventiv dazu beizutragen, dass keine Konflikte mit dem Kartellrecht entstehen. Im Rahmen einer Beratung äusserte sich das Sekretariat unter anderem zum geplanten Milchpool der Produzenten und Produzentenorganisationen. Es hielt fest, dass der Milchpool in der dem Sekretariat gemeldeten Ausgestaltung als kartellrechtlich unzulässig beurteilt werden würde. Auch bezüglich des neu gegründeten „Vereins Schweizer Milch“ (VSM) unter Beteiligung der vier grössten Milchverarbeiter und von Produzentenorganisationen hat das Sekretariat Bedenken angemeldet. Die zukünftigen Entwicklungen in Zusammenhang mit der Aufhebung der Milchkontingentierung sind noch unklar, die Wettbewerbsbehörde wird jedoch die weiteren Geschehnisse aufmerksam verfolgen.

### B.3.4 Transport

Die WEKO stellte fest, dass die **Post** im Vergleich zu privaten Logistikunternehmen über Wettbewerbsvorteile verfügt. Im Gegensatz zu privaten Logistikdienstleistern ist die Post im Rahmen der Universaldienstverpflichtung vom Sonntags- und Nachtfahrverbot ausgenommen. Die

Grundversorgung, welche die Post mit den Universaldiensten erbringt, wird jedoch bereits dadurch kompensiert, dass die Post ein Monopol bei Briefsendungen bis 100g innehat. Neben den Universaldiensten mit Leistungsauftrag erbringt die Post jedoch auch Dienste, in denen sie ohne Leistungsauftrag mit privaten Unternehmen im Wettbewerb steht. Das Privileg der Post räumt ihr auch das Recht ein, einen Viertel des Ladevolumens mit Transportgütern aus dem Bereich der Wettbewerbsdienste aufzufüllen. Diese Privilegierung der Post führt zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der privaten Anbieter. In einer **Empfehlung** vom 3. November 2008 an den Bundesrat schlug die WEKO deshalb vor, die entsprechende Bestimmung in der Verkehrsregelnverordnung anzupassen und wettbewerbsneutral auszugestalten. Das UVEK hat der WEKO geantwortet, die Ausnahme zugunsten der Post sei notwendig, um deren Grundversorgungsauftrag sicherstellen zu können und es sehe in Bezug auf die Empfehlung keinen Handlungsbedarf. Inzwischen ist der Inhalt der Empfehlung in einem parlamentarischen Vorstoss aufgenommen worden. Der Bundesrat wird nun auch gegenüber dem Parlament erklären müssen, weshalb trotz der wettbewerbsverzerrenden Regulierung kein Handlungsbedarf besteht.

Die gegen den Verband Spedlogswiss sowie verschiedene Speditions- und Logistikunternehmen eröffnete Untersuchung betreffend Abreden im Bereich der **Speditionsleistungen** war im Jahr 2008 wesentlich geprägt durch Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Entsigelung von an den Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Beweismitteln. Die Untersuchung konnte deshalb nur begrenzt weitergeführt werden. Das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht stützten beide die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörde anlässlich der Hausdurchsuchungen (vgl. dazu hinten: Kapitel B.6) und ermächtigten die Wettbewerbsbehörde, die sichergestellten und versiegelten Beweismittel zu entsiegeln.

Weiterhin laufend ist die Untersuchung betreffend Abreden im Bereich **Luftfracht**. Basierend auf dem bilateralen Luftverkehrsabkommen mit der EU besteht eine geteilte Zuständigkeit für derartige Fälle. Die erstmaligen Abklärungen der zu beantwortenden Zuständigkeitsfragen erweisen sich als langwierig und kompliziert.

### B.3.5 Weitere Tätigkeiten

Nach einer vertieften Prüfung im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bewilligte die WEKO die Übernahme von **Eichhof** durch **Heineken**. Zu prüfen war insbesondere, inwiefern sich nach dem Zusammenschluss eine kollektive Marktbeherrschung durch die beiden grossen Brauereigruppen Heineken/Eichhof und Carlsberg/Feldschlösschen ergeben könnte. Die Prüfung ergab jedoch keine Konkretisierung der Anhaltspunkte für eine Stabilität und Nachhaltigkeit einer allfälligen kollektiven marktbeherrschenden Stellung. Insbesondere regional verankerte Brauereien wurden durch den Zusammenschluss in ihrer Wettbewerbsfähigkeit offensichtlich nicht eingeschränkt. Zudem können auch grosse Detailhandelsunternehmen den Verhaltensspielraum der beiden grossen Brauereigruppen massgeblich beschränken.

In Bezug auf den **Biermarkt** leitete die WEKO am 29. Oktober 2008 eine Untersuchung betreffend den Import von Bieren der Brauereien InBev (Hauptsitz: Belgien) und Modelo (Hauptsitz: Mexiko) ein. InBev und Modelo haben für den Import ihres Biers Exklusivrechte verliehen. In die Untersuchung involviert sind auch die aktuellen und bisherigen Inhaber der exklusiven Importrechte, namentlich die Ausländische Biere AG und Feldschlösschen. Dies kann zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen führen, sofern Parallelimporte verunmöglicht werden. Die Untersuchung soll nun prüfen, ob Parallelimporte der Biere von InBev und Modelo noch stattfinden können.

Die am 13. März 2008 eröffnete Untersuchung betreffend den **Import französischer Bücher** in die Schweiz soll aufzeigen, ob durch die Importpolitik mit Zuschlägen auf den französischen Preis ein Verstoss gegen das schweizerische Kartellgesetz vorliegt. Zur Abklärung des Sachverhaltes wurden umfassende Marktbefragungen durchgeführt.

#### B.4 Produktemärkte

Die Prüfung von **Vertikalabsprachen** stellte auch im Jahr 2008 einen wesentlichen Bereich der Tätigkeit in den Produktemärkten dar. Es gab immer wieder Anzeigen gegen Vertriebssysteme wegen Nichtbelieferung und wegen des Verdachts auf vertikale Preisvorgaben (z.B. Missbrauch von unverbindlichen Preisempfehlungen). Zwar darf davon ausgegangen werden, dass Art. 5 Absatz 4 KG und die neue Vertikalbekanntmachungen in der Praxis Wirkung zeitigen. Trotzdem bleibt der Vertikalbereich Gegenstand verschiedener Grundsatzdiskussionen, und eine verlässliche schweizerische Rechtspraxis (Gerichtsurteile) steht noch aus.

Der Bereich Submissionskartelle wird seit dem Fall Landesbibliothek konsequent weiterentwickelt. Betraf der Verdacht im Fall **Landesbibliothek** erst eine einzige Abrede, so waren im Fall **Strassenbeläge Tessin** schon sehr viele Abreden (Rotationskartell) Gegenstand der Untersuchung und im Fall **Berner Elektrounternehmen** erfolgte zu diesem Thema die erste Hausdurchsuchung. Die Untersuchung konnte im Jahr 2008 zügig geführt werden, so dass noch vor dem Sommer 2009 mit einem Entscheid zu rechnen ist.

Im Dezember 2008 eröffnete die Wettbewerbsbehörde drei neue Untersuchungen (eine erste in der Kosmetik- und Parfümeriebranche, siehe B.4.1; eine zweite im Bereich der Türelemente, siehe B.4.2). Die dritte Untersuchung richtet sich gegen verschiedene Unternehmen im Bereich **Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen**. Mit der Eröffnung dieser Untersuchungen wurden auch Hausdurchsuchungen durchgeführt.

Eine zentrale Aufgabe war die Einrichtung einer wirksamen Aufsicht zur Einhaltung der Auflagen, die im Rahmen der durchgeführten grossen Zusammenschlussverfahren im Detailhandelsbereich seitens der WEKO gegen Migros und Coop verfügt wurden.

##### B.4.1 Detailhandel

Nachdem die WEKO im Jahr 2007 bereits den Zusammenschluss Migros/Denner einer vertieften Prüfung unterzog, wurde eine solche Ende 2007 auch im Zusam-

menschlussverfahren **Coop/Carrefour** eingeleitet. Bei der Übernahme der zwölf Carrefour-Hypermärkte durch Coop stellte sich insbesondere die Frage, ob die im Verfahren Migros/Denner festgestellte kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und Coop verstärkt wird. Auf einigen lokalen Märkten führte die Übernahme der Carrefour-Hypermärkte zudem zu hohen Marktanteilsadditionen.

Am 17. März 2008 wurde der Zusammenschluss Coop/Carrefour unter Auflagen zugelassen. Die WEKO kam zum Schluss, dass die Übernahme absatzseitig zu einer Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung zwischen Migros und Coop führte, welche jedoch mittel- bis langfristig durch die Expansion ausländischer Wettbewerber abgeschwächt wird. Die erneute Analyse der Expansion der deutschen Discounter bestätigte somit die Prognosen des Verfahrens Migros/Denner. Die von der WEKO verfügten Auflagen beinhalten, dass Coop während sechs Jahren keinen anderen Lebensmittel-detailhändler übernehmen darf und Konkurrenten mit weniger als 25 % Marktanteil in besonders problematischen Regionen Verkaufsflächen im Umfang von total 20'000 m<sup>2</sup> zur Übernahme anbieten muss.

Auf den Beschaffungsmärkten verstärkte die Übernahme von Carrefour die starke Stellung von Coop gegenüber Herstellern und Lieferanten. Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, verfügte die WEKO – analog dem Verfahren Migros/Denner –, dass Coop gegenüber Lieferanten dauerhaft auf Exklusivitäten verzichten muss. Somit gilt das Verbot von Exklusivverträgen mit Lieferanten nun sowohl für Migros als auch für Coop. Weiter wurde Coop verpflichtet, für Lieferanten, deren Produkte ausgelistet werden und welche sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, eine individuelle Lösung zu finden.

Die WEKO betraute eine unabhängige Revisionsgesellschaft (BDO Visura) mit der Überprüfung der Einhaltung der Auflagen.

Im Jahr 2008 begleitete die WEKO zudem die Überprüfung der Auflagen der Entscheide Migros/Denner und Coop/Fust durch die unabhängigen Revisionsgesellschaften Deloitte und Refindar Moore Stephens AG.

Gemäss Auflage 4 der Verfügung Migros/Denner (siehe auch RPW 2009/1) wurde Migros verpflichtet, bis am 4. September 2010 sämtliche Zusammenschlüsse auf dem Lebensmitteldetailhandelsmarkt zu melden. Ausserdem muss die Migros – nach Massgabe von Art. 9 Abs. 4 KG –, unabhängig vom Umsatz des Übernahmeobjekts, nicht nur sämtliche Übernahmen auf dem Lebensmitteldetailhandelsmarkt melden, sondern auch Übernahmen auf Märkten, die dem Lebensmitteldetailhandelsmarkt vor- oder nachgelagert oder benachbart sind. Vier Übernahmen wurden im Jahr 2008 in Anwendung dieser Auflage gemeldet. Die Übernahmen fanden in der Lebensmittelindustrie (vgl. Mifroma/Dörig; Micarna/Natura), im Detailhandel von Wohnungseinrichtungen und Wohnbedarf (vgl. Migros/Gries Deco Holding GmbH) und im Convenience-Bereich (vgl. Migros/Cevanova) statt. Sämtliche Zusammenschlüsse wurden als unbedenklich beurteilt.

Im Dezember 2008 eröffnete die WEKO basierend auf einer Selbstanzeige eine Untersuchung im Bereich der **Kosmetik- und Parfümeriebranche** gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) und seine Mitglieder. Die Anzeige weist darauf hin, dass vor dem Hintergrund und unter Mitwirkung von ASCOPA regelmässig sensible Geschäftsinformationen zwischen den Mitgliedern ausgetauscht wurden. Im Rahmen der Untersuchung soll insbesondere geprüft werden, ob sich der Informationsaustausch auf die Preisgestaltung der Mitglieder ausgewirkt hat und eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt.

#### B.4.2 Bauwirtschaft

Im Rahmen des laufenden Verfahrens im Bereich **Baubeschläge** wurden dem Sekretariat zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte angezeigt, die zur Eröffnung einer neuen Untersuchung geführt haben. Diese richtet sich gegen verschiedene Vertreiber von Türelementen. Die Hinweise betrafen Abreden zwischen den Vertreibern von Türdrückern, Türschlössern, Türscharnieren, etc. über Preise, Rabatte und Preiskonditionen. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob solche Abreden tatsächlich bestehen bzw. bestanden haben und wie sich diese in der Schweiz ausgewirkt haben. Liefern Unternehmen in laufenden Verfahren unaufgefordert Informationen oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse, kann dies zu einer erheblichen Reduktion der Sanktionen führen.

#### B.4.3 Uhrenindustrie

Im vierten Quartal hat das Sekretariat gegen die **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse SA**, ein Unternehmen der Swatch Group, eine Vorabklärung eröffnet, nachdem beim Sekretariat diverse Anzeigen eingegangen sind. Die Anzeigen beziehen sich auf die von ETA angekündigten Preiserhöhungen und Änderungen der Zahlungskonditionen für Uhrwerke für das kommende Jahr. Die Vorabklärung soll zeigen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ETA auf dem Markt für Uhrwerke über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und sie diese durch die Preis- und Konditionenanpassungen missbraucht.

#### B.4.4 Automobilsektor

Im Automobilsektor stand auch 2008 die Umsetzung der Bekanntmachung der wettbewerbsrechtlichen Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (nachfolgend „Bekanntmachung“) im Vordergrund. Der Schwerpunkt lag dabei wiederum im After-Sales-Bereich. Daneben warf das Sekretariat einen Blick in die Zukunft, denn im Mai 2010 läuft auf europäischer Ebene die der Bekanntmachung entsprechende Gruppenfreistellungsverordnung aus. Da die europäischen Regelungen durch die Bekanntmachung weitgehend implementiert wurden, ist indirekt auch die Schweiz vom Auslaufen der Gruppenfreistellungsverordnung betroffen. Das Sekretariat ist bezüglich der Zukunft der schweizerischen Bekanntmachung in Kontakt mit Vertretern der Automobilbranche. Zudem wurden die Auswirkungen der Bekanntmachung auf den Wettbewerb in der Automobilbranche in der Schweiz im Rahmen des Evaluationsberichtes untersucht. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse wird die

WEKO einfließen lassen, wenn sie über allfällig notwendige Änderungen der aktuellen Regelung zu entscheiden hat.

Weiter gab es im Automobilsektor mit **Porsche/Volkswagen** und **Volkswagen/Scania** zwei bedeutende Zusammenschlussvorhaben mit Auswirkungen auf den Schweizer Markt zu beurteilen. Die Ermittlungen der WEKO ergaben in beiden Fällen, dass die durch die Vorhaben herbeigeführten horizontalen Überschneidungen begrenzt und die Zusammenschlussparteien auf den betroffenen Teilmärkten der Bereiche PKW, Nutzfahrzeuge, Lastkraftwagen und Personenbusse weiterhin starken Wettbewerbern mit erheblichen Marktanteilen ausgesetzt sein werden. Im Rahmen der Vorprüfung im Fall Volkswagen/Scania wurde unter anderem überprüft, ob Volkswagen eine de-facto-Kontrolle am LKW- und Busersteller MAN halte. Dadurch hätten sich die Marktanteile von Volkswagen auf einigen relevanten Märkten bedeutend verändert. Die Bedenken erwiesen sich jedoch als unbegründet. Im Fall Porsche/Volkswagen war Porsche bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben grösster VW-Aktionär und erwarb mit einem Rechtsgeschäft über den Kauf von Aktien, durch das weitere 4,92 % des stimmberechtigten Kapitals übernommen werden sollte, die faktische Kontrolle an Volkswagen.

### B.5 Binnenmarkt

#### B.5.1 Übersicht

Das Jahr 2008 stand im Zeichen der Rechtsprechung zum revidierten Binnenmarktgesetz (BGBM); dies insbesondere dank der ersten beiden Fälle, welche das Bundesgericht in letzter Instanz entschied. Die fraglichen Entscheide brachten einerseits die Klärung einiger grundsätzlicher Fragen bezüglich der Anwendung und der Tragweite des BGBM, weshalb ihnen eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Andererseits bestätigen sie die Bedeutung des anlässlich der Gesetzesrevision eingeführten WEKO-Beschwerderechts gegen unzulässige Marktzugangsbeschränkungen und dessen Handhabung durch die WEKO. Eine ausführliche Besprechung der neuen Rechtsprechung zum BGBM folgt im Kapitel D.

Ferner haben sich die WEKO und das Sekretariat ausführlich mit dem Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen auseinandergesetzt. Die intensive Auseinandersetzung mit diesem Regelwerk korreliert mit der grossen wettbewerbspolitischen Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens.

Schliesslich behandelte das Kompetenzzentrum Binnenmarkt des Sekretariats auch dieses Jahr wieder zahlreiche Eingaben von Privaten und Behörden. Standen bei Ersteren Probleme bei der Durchsetzung ihres Anspruchs auf freien Marktzugang im Vordergrund, ging es bei Letzteren insbesondere um die Sicherstellung der BGBM-Kompatibilität kantonaler und kommunaler Vorschriften sowie der Verwaltungspraxis.

#### B.5.2 Öffentliches Beschaffungswesen

Der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche

Beschaffungswesen (BöB) gab zu mehreren Bemerkungen Anlass. So unterstützt die WEKO die mit der Revision angestrebte Teilharmonisierung mit dem kantonalen Beschaffungsrecht, wobei aus wettbewerbspolitischer Sicht einer vollständigen Harmonisierung der Vorzug einzuräumen wäre. Die mit der Teilharmonisierung verknüpfte Integration der beschaffungsrechtlichen Sonderbestimmungen des Binnenmarktgesetzes ins künftige BöB wird von der WEKO im Grundsatz ebenfalls unterstützt, wobei den Anbietern weiterhin die Möglichkeit offen stehen muss, ihren Anspruch auf freien und gleichberechtigten Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten nötigenfalls gerichtlich durchzusetzen.

Des weiteren begrüsst die WEKO das Bestreben, das Beschaffungsrecht vor einer Instrumentalisierung durch vergabefremde Kriterien, wie beispielsweise solche sozial- oder regionalpolitischer Natur, und damit vor Wettbewerbsverzerrungen zu bewahren. Der unverfälschte Wettbewerb zwischen Anbietern ist eine zentrale Voraussetzung dafür, dass die öffentliche Hand ihre (Steuer)Mittel wirtschaftlich einsetzen kann.

Ferner sollte die Totalrevision nach Auffassung der WEKO einerseits zum Anlass genommen werden, Minimalregeln für die Vergabe von Konzessionen – welche nach dem herrschenden Verständnis keine öffentlichen Beschaffungen darstellen – mit dem Ziel zu schaffen, Wettbewerb zwischen Konzessionären zu ermöglichen sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens sicherzustellen. Andererseits sollte im unterschweligen Bereich das wettbewerbsfeindliche freihändige Verfahren auf ein Minimum reduziert und im Gegenzug das wettbewerbsfreundlichere Einladungsverfahren gestärkt werden.

Die WEKO und ihr Sekretariat werden den Revisionsprozess aufmerksam weiterverfolgen und sich für eine wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung der noch ausstehenden Ausführungsverordnungen einsetzen.

## B.6 Kompetenzzentrum Ermittlungen

Im Frühjahr 2008 hat das Kompetenzzentrum Ermittlungen seine bisher grösste Aktion durchgeführt, an der rund 40 Sekretariatsmitarbeiter und 30 externe Experten und Polizeikräfte beteiligt waren. Gleichzeitig handelte es sich um den ersten Fall, bei dem die Hausdurchsuchungen aufgrund der Informationen eines sogenannten „Whistleblowers“ ausgelöst wurden. Die Hausdurchsuchungen und die anschliessende Beweisauswertung konnten erfolgreich durchgeführt werden. Im Dezember 2008 wurden zudem Hausdurchsuchungen im Rahmen einer im Bereich der Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen eröffneten Untersuchung durchgeführt.

Im Berichtsjahr haben nacheinander das Bundesstrafgericht (BE.2007.10–13) und das Bundesgericht (1B\_101/2008) erstmals die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Entsiegelungsverfahrens überprüft. Beide Instanzen haben die Praxis der Wettbewerbsbehörden geschützt und insbesondere die Verhältnismässigkeit der Hausdurchsuchung bestätigt. Das Bundesstrafgericht hat zudem ausgeführt, dass sich Unternehmensanwälte nicht auf das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB berufen können, um eine Beschlagnahme ihrer Dokumente zu verhindern. Das Bun-

desgericht hat sich zu dieser Frage nicht geäussert, da die Dokumente gar nicht bei den Unternehmensanwälten sondern bei anderen Mitarbeitern des Unternehmens beschlagnahmt worden waren. Solche Dokumente können aber gemäss dem Bundesgericht gar nicht Objekt des Anwaltsgeheimnisses sein.

Die Effizienz der Hausdurchsuchungen könnte in Zukunft dadurch erheblich beeinträchtigt werden, dass – entgegen den soeben erwähnten Leitentscheide – ein uferloser Schutz von Dokumenten von Unternehmensanwälten oder -juristen per Gesetz eingeführt würde. Auf diesen Umstand hat das Sekretariat im Rahmen einer Ämterkonsultation zu einem geplanten Unternehmensanwaltsgesetz klar hingewiesen.

## B.7 Internationale Beziehungen

Die WEKO und das Sekretariat pflegen ihre engen Beziehungen zu wichtigen ausländischen Behörden. Die Officialisierung internationaler Beziehungen zwischen Wettbewerbsbehörden durch Kooperationsabkommen sind in internationalen Beziehungen weiterhin ein wichtiges Thema. Vertreter der österreichischen und der australischen Wettbewerbsbehörde haben die schweizerische Wettbewerbsbehörde besucht. Der Präsident der WEKO seinerseits suchte die französische, österreichische und englische Behörde auf. Im Rahmen der Verhandlungen eines Freihandelsabkommen mit Japan wurde ein erstes formelles Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen ausgehandelt. Es handelt sich um das erste Kooperationsabkommen in Wettbewerbsfragen, das die Schweiz – voraussichtlich im Jahr 2009 – unterzeichnen wird. Ferner wurde die WEKO von der Vorsteherin des EVD beauftragt, eine Fact Finding Mission mit der EU über die Zusammenarbeit der rechtsanwendenden Behörden in Wettbewerbsangelegenheiten zu führen.

**OECD:** Vertreter der WEKO und des Sekretariates nahmen an den Treffen des OECD Competition Committee sowie den Arbeitsgruppen zu „Competition and Regulation“, „International Cooperation and Enforcement“ und „Competition Law and Policy“ teil. Dabei wurden von der Delegation in Zusammenarbeit mit dem Seco verschiedene Beiträge verfasst und vorgetragen. Thematisiert wurde in diversen Sessions und Roundtables 2008 unter anderem einvernehmliche Regelungen in Kartellverfahren, Einhaltung von Wiederverkaufspreisen, Nachfragemacht und Nachfragemonopole, Bündel- und Treuerabatte, Wettbewerb in der Bauindustrie sowie Wettbewerbsfragen durch Minderheitsbeteiligungen und Überkreuzmandate.

**WTO:** Vertreter des Sekretariats haben an der Prüfung der schweizerischen Wirtschaftspolitik durch die WTO, welches alle vier Jahre stattfindet, teilgenommen. Dabei wurde ein schriftlicher Beitrag zum Thema Wirtschaftspolitik verfasst und während des Besuches des Sekretariats der WTO in Bern im August 2008 gaben die Vertreter des Sekretariats der WEKO mündlich Auskunft. Die Schlussprüfung fand im Dezember 2008 in Genf statt.

**ECA:** Im September 2008 haben Vertreter des Sekretariats der WEKO am ersten Treffen der Arbeitsgruppe „Commitment Decisions“ in Madrid teilgenommen. Das Ziel dieser Arbeitsgruppe ist, den verschiedenen Län-

dem die Möglichkeit zu geben, sich über ihre Erfahrungen im Gebiet der einvernehmlichen Regelungen auszutauschen.

**ICN:** Die schweizerische Wettbewerbsbehörde engagiert sich aktiv an den Arbeiten des International Competition Network und in den verschiedenen Arbeitsgruppen. Vertreter der WEKO und des Sekretariates haben an der siebten Jahreskonferenz teilgenommen. Diese fand im April 2008 in Kyoto statt. Anlässlich dieser Konferenz wurde den Teilnehmenden die Schweiz als nächstjähriges Gastgeberland vorgestellt. Das Sekretariat leistete in enger Zusammenarbeit mit der Live Communication Agentur Group Worldspan das ganze Jahr hindurch Vorbereitungsarbeiten für diesen Grossanlass. Die Konferenz wird vom 3.-5. Juni 2009 in Zürich stattfinden. Das ICN ist heute die weltweit grösste Organisation, welcher praktisch alle Wettbewerbsbehörden der Welt und viele Spezialisten und Praktiker im Wettbewerbsrecht angehören. Die Jahreskonferenz 2009 wird rund 600 Personen in Zürich vereinigen, die sich mit aktuellen Fragen aus dem Wettbewerbsrecht beschäftigen werden. Das von der Schweiz gewählte Spezialthema wird sich mit „Competition Law in Small Economies“ auseinandersetzen.

**UNCTAD:** Das Sekretariat hat an der vorerst letzten Konferenz des Entwicklungsförderungsprogramms zugunsten von fünf lateinamerikanischen Ländern (COMPAL) im Rahmen der UNCTAD teilgenommen. Diese fand am 21.-22. Juli 2008 in Genf statt. Anlässlich der Sitzung wurde eine positive Bilanz des Programms, welches durch die Unterstützung des Seco und in Zusammenarbeit mit der UNCTAD und der WEKO bzw. den einzelnen Ländern zustande kam, gezogen. Das Sekretariat hat im Rahmen des Programms zwei Praktikanten aus der salvadorianischen Wettbewerbsbehörde sowie einen Praktikanten aus der Behörde von Costa Rica für jeweils drei Monate aufgenommen. Die WEKO und sein Sekretariat haben im Übrigen an der neunten „session du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrence“ in Genf teilgenommen.

**Vietnam-Projekt:** Im Frühling 2008 startete das Projekt „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“, welches zum Ziel hat, die im Jahr 2006 gegründete vietnamesische Wettbewerbsbehörde (VCAD) zu stärken und zu unterstützen. Die bilaterale Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden Vietnams und der Schweiz umfasst insbesondere die Durchführung von Workshops in Vietnam, die Unterstützung bei Marktstudien sowie Praktika von VCAD-Mitarbeitern in der Schweiz. Zudem wirken Mitarbeitende des Sekretariats als Experten vor Ort, namentlich zur Erarbeitung von Leitlinien zu wettbewerbsrelevanten Themen. Involviert in das Projekt ist ebenfalls die Nonprofit-Organisation CUTS (Consumer Unity & Trust Society), die in Vietnam Unterstützungsarbeit leistet. Das Projekt dauert drei Jahre. Die Finanzierung wird durch das SECO sichergestellt. Die Verantwortung für die Projektausführung liegt beim Kompetenzzentrum „International Affairs“.

## B.8 Ausblick

Für 2009 liegen die Prioritäten der Wettbewerbsbehörde weiterhin bei den Verfahren betreffend harte horizontale und vertikale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sowie

bei den Verfahren bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Die Bekämpfung von Submissionsabsprachen wird schwerpunktmässig weiterverfolgt.

Der Durchführung der siebten Jahreskonferenz des International Competition Network vom 3.-5. Juni 2009 in Zürich wird ebenfalls besondere Bedeutung zugemessen.

## C Organisation und Statistik

### C.1 WEKO

In organisatorischer Hinsicht ist zu vermerken, dass die WEKO im Jahr 2008 auf eine Unterteilung in drei Kammern (Dienstleistungen, Infrastruktur und Produktemärkte) verzichtete. Dem zugrunde lag der Entscheid des Bundesrates, die Kommission von 15 auf 12 Mitglieder zu verkleinern. Ende der Amtsperiode 2003-2007 schieden 4 Mitglieder aus der WEKO aus. Der Bundesrat wählte für die Amtsperiode 2008-2011 mit Prof. Andreas Kellerhals ein neues Mitglied der WEKO. Das System einer Unterteilung in drei Kammern erschien daher nicht mehr sinnvoll. Es wurde zu Gunsten einer grundsätzlichen Entscheidung im Plenum der WEKO aufgegeben. Das Geschäftsreglement ist entsprechend angepasst und dem Bundesrat 2008 zur Genehmigung unterbreitet worden.

Die Mitglieder der WEKO haben im ersten Halbjahr 2008 die strategische Ausrichtung in der Amtsperiode 2008-2011 diskutiert und festgelegt. Die entsprechenden Leitsätze und Ziele sind dem EVD schriftlich mitgeteilt worden.

Verschiedene Indiskretionen in den Medien haben zu einer Untersuchung durch die Bundesanwaltschaft wegen dem Verdacht auf Verletzung des Amtsgeheimnisses geführt. Die umfangreichen Abklärungen der Bundesanwaltschaft haben auf Seiten der Wettbewerbsbehörde keine konkreten Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten von Mitgliedern der WEKO oder des Sekretariats zu Tage gefördert. Die Untersuchung ist deshalb ohne Folgen eingestellt worden.

Im Jahr 2008 hielt die WEKO 17 Plenarsitzungen ab. Neben der in den vorstehenden Kapiteln diskutierten Auseinandersetzung mit Fällen, befasste sich die WEKO an verschiedenen Sitzungen auch mit der Frage ihrer Organisation und der damit zusammenhängenden Revision des Geschäftsreglements. Zudem waren die Mitglieder der WEKO punktuell auch in die laufende Evaluation des Kartellgesetzes involviert.

### C.2 Sekretariat

Ende September 2008 reichte Dr. Patrick Krauskopf, Vizedirektor im Sekretariat der WEKO, seinen Rücktritt ein. Als Vizedirektor leitete Dr. Patrick Krauskopf den Dienst Produktemärkte und war zudem für die Leitung des Kompetenzzentrum Internationales verantwortlich. Die WEKO dankt ihm an dieser Stelle für seinen grossen Einsatz, insbesondere beim Ausbau und der Festigung der Beziehungen zu anderen Wettbewerbsbehörden und zu internationalen Organisationen. Die Nachfolgeregelung wurde eingeleitet.

Ende des Jahres 2008 beschäftigte das Sekretariat 64 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 45 Prozent. Dies entspricht insgesamt 57.9 Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 43 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; 39.7 Vollzeitstellen), 11 wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten (10,5 Vollzeitstellen), 10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik (7.7 Vollzeitstellen).

### C.3 Evaluation gemäss Art. 59a KG

Gemäss Art. 59a des 2003 revidierten Kartellgesetzes sorgt der Bundesrat für die **Evaluation** der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes, erstattet dem Parlament bis im Frühling 2009 Bericht und unterbreitet Vorschläge für das weitere Vorgehen. Für die Durchführung der Evaluation war die **Evaluationsgruppe Kartellgesetz** verantwortlich, die aus einer **Steuerungs-** und einer **Kerngruppe** bestand. Mit der Einsetzung der Steuerungsgruppe und der Auswahl der Mitglieder wurde sichergestellt, dass die Evaluation auf einer breiten Kenntnis- und Erfahrungsbasis sowie der notwendigen Unabhängigkeit von Politik und Behörden beruht.<sup>1</sup>

Der Synthesebericht der Evaluationsgruppe wurde dem Bundesrat am 14. Januar 2009 zur Kenntnis gebracht. Das EVD wird die Empfehlungen prüfen und dem Bundesrat bis im Frühjahr Vorschläge zum weiteren Vorgehen unterbreiten. Gestützt darauf wird der Bundesrat dem Parlament bis im April 2009 Bericht erstatten.

---

<sup>1</sup> Der Steuerungsgruppe gehörten die folgenden Personen an: Dr. R. Corazza (Sekretariat der WEKO, Direktor, Projektverantwortlicher der KG-Evaluation und Vorsitzender der Steuerungsgruppe), Dr. U. Böge (ehemaliger Präsident des deutschen Bundeskartellamtes und des International Competition Networks ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik), Dr. W. Bussmann (BJ, Verantwortlicher Gesetzesevaluation und Föderalismusfragen), Frau Prof. Dr. D. Herren (Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht) sowie Prof. Dr. V. Martenet (Université de Lausanne, Vizepräsident der WEKO). Die Kerngruppe setzte sich zusammen aus F. Stüssi (Sekretariat der WEKO, Referent, Projektleiter der KG-Evaluation), Dr. B. Zirlick (Sekretariat der WEKO, Leiter Recht), S. Michal (SECO, Stellvertretender Leiter Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik) und Dr. S. Rutz (Sekretariat der WEKO, Leiter Ökonomie).

## C.4 Statistik

Untersuchungen	2007	2008
Während des Jahres geführt	18	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	15	13
davon Eröffnungen	3	7
Endentscheide	7	4
davon Anpassung des Verhaltens	3	1
davon einvernehmliche Regelungen	1	1
davon behördliche Anordnungen	3	1
Davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	1
Vorsorgliche Massnahmen	2	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	1
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	28	19
Übernahmen vom Vorjahr	21	11
Eröffnungen	7	8
Abschlüsse	18	12
davon mit Untersuchungseröffnung	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	6	2
davon ohne Folgen	11	8
Andere Tätigkeiten		
Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	26	31
Beratungen	28	23
Marktbeobachtungen	62	36
Sonstige Anfragen	212	246
Zusammenschlüsse		
Meldungen	45	40
Kein Einwand nach Vorprüfung	39	39
Prüfungen	5	3
Entscheide der WEKO	3	2
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total	n.a.	12
davon abgeschlossen	4	8
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	2	7
davon teilweiser Erfolg	0	1
Hängig Ende Jahr	n.a.	4
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	2
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	4
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	4	3
Nachkontrollen	1	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	84	71
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	0
Erläuterungen (Sekretariat)	25	31
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)	3	3

## D Rechtsprechung zum revidierten BGBM

Im Jahr 2008 sind einige wegweisende Urteile des Bundesgerichts und kantonaler Instanzen in Anwendung des revidierten BGBM ergangen. Sie klären grundsätzliche Fragen bezüglich der Anwendung und der Tragweite des BGBM, weshalb ihnen eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Nachfolgend sind die drei wichtigsten Urteile und die ihnen zugrundeliegenden zentralen Rechtsfragen kurz dargestellt. Die Entscheide belegen indessen auch die Wichtigkeit des neuen Instruments der WEKO, selber mit Beschwerde gegen kantonale Entscheidungen mit Marktzugangsbeschränkungen vorgehen zu können. Die WEKO ist gewillt, auch in Zukunft von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, um grundlegende Fragen beantworten zu können.

*Entscheid des Bundesgerichts vom 24. September 2008 i.S. Anwalt X/WEKO gegen Verwaltungsgericht des Kantons Waadt betreffend Anstellung eines Anwaltspraktikanten (BGE 2C\_85/2008)*

Im strittigen Fall ging es um einen Anwalt, der sich nach mehrjähriger Tätigkeit im Kanton Genf im Kanton Waadt niederliess. Es wurde ihm jedoch untersagt, einen Praktikanten anzustellen, da die waadtländische Gesetzgebung hierfür eine mindestens 5-jährige Anwaltstätigkeit im Kanton Waadt voraussetzt. Eine Beschwerde des betroffenen Anwalts gegen dieses Verbot wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Waadt abgewiesen. Gegen diesen Entscheid erhoben der Anwalt und die WEKO erfolgreich Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses entschied, dass die Waadtländer Regelung eine unverhältnismässige Marktzugangsbeschränkung darstellt (Verletzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) und dem Anwalt die Anstellung eines Praktikanten zu erlauben ist.

Die grundsätzliche Bedeutung des Entscheids betrifft folgende Punkte:

Anspruch auf freien Marktzugang zwecks Niederlassung und Ausübung der entsprechenden Erwerbstätigkeit nach Massgabe der Vorschriften der Erstniederlassung (Art. 2 Abs. 4 BGBM): Wer sich an einem anderen Ort niederlässt, um eine Erwerbstätigkeit auszuüben, kann sich auf die am Ort der Erstniederlassung geltenden Vorschriften betreffend die Organisation der Erwerbstätigkeit berufen (im vorliegenden Fall auf die Genfer Gesetzgebung, die dem beschwerdeführenden Anwalt die Anstellung eines Praktikanten erlaubte). Der Umfang des Anspruchs nach Art. 2 Abs. 4 BGBM richtet sich mithin nach dem Inhalt der Wirtschaftsfreiheit, wozu u.a. auch die Organisationsfreiheit gehört. Die Orientierung an der Wirtschaftsfreiheit ist mit Blick auf den Zweck des BGBM gleichermaßen richtig wie logisch.

Anspruch auf kostenlosen Marktzugang (Art. 3 Abs. 4 BGBM): Dieser Anspruch bezieht sich, wie bereits nach dem alten Recht (Art. 4 Abs. 2 aBGBM), „bloss“ auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren und nicht auf das Beschwerdeverfahren. Wer also gegen eine behördlich verfügte Marktzugangsbeschränkung Rechtsmittel einlegt, muss (weiterhin) mit der Auferlegung von Verfahrenskosten nach Massgabe der jeweils einschlägigen prozessrechtlichen Vorschriften rechnen.

*Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2008 i.S. Kanton Zürich gegen Frau X./WEKO betreffend selbständige Berufsausübung als Psychotherapeutin (2C\_15/2008)*

Dem Bundesgerichtsentscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Frau X., Inhaberin einer Bündner Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Psychotherapeutin, ersuchte die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich um Erteilung einer Zürcher Berufsausübungsbewilligung. Diese wurde ihr unter der Bedingung erteilt, dass sie die (theoretische) Grundausbildung nach Massgabe der Zürcher Gesetzgebung (universitäres Psychologiestudium) absolviert. Die Gesundheitsdirektion machte geltend, dass Frau X. zwar über die für die Bewilligungserteilung verlangte Spezialausbildung und psychotherapeutische Praxis unter Aufsicht verfügt, nicht aber über die geforderte Grundausbildung eines Psychologiestudiums. Die von Frau X. absolvierte Grundausbildung, die sich aus einem Theologiestudium und einem post-universitären österreichischen Master of Science in Psychologie zusammensetzte, wurde als unzureichend taxiert. Gegen diesen Entscheid erhoben Frau X. und die WEKO Beschwerde beim Zürcher Verwaltungsgericht wegen Verletzung des Anspruchs auf freien Marktzugang nach BGBM. Das Verwaltungsgericht hiess die beiden Beschwerden gut und wies die Gesundheitsdirektion an, Frau X. die Bewilligung zu erteilen. Dagegen erhob der Kanton Zürich Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat, und bestätigte den Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts.

Die grundsätzliche Bedeutung des Entscheids begriff folgende Punkte:

Beschwerdelegitimation des Gemeinwesens: Gemäss Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) ist das Gemeinwesen zur Beschwerde legitimiert, soweit es durch den angefochtenen Entscheid in schutzwürdigen, eigenen hoheitlichen Interessen berührt ist. Durch einen einzelnen Zulassungsentscheid wird ein Kanton in der Regel noch nicht in relevantem Masse in schutzwürdigen eigenen Hoheitsinteressen betroffen. Das relevante Mass der Betroffenheit ist jedoch dann gegeben, wenn ein solcher Einzelentscheid voraussichtlich als Präjudiz die Erteilung einer erheblichen Anzahl weiterer Bewilligungen nach sich ziehen wird. Durch das Risiko einer solchen Entwicklung werden schutzwürdige hoheitliche Interessen des Kantons dann in erheblicher Weise berührt, wenn die zu erteilenden Bewilligungen der geltenden kantonalen Gesetzgebung widersprechen und zugleich bedeutsame gesundheitspolizeiliche und –politische Interessen auf dem Spiel stehen. Darauf gestützt bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation des Kantons Zürich, soweit es um die der streitigen Bewilligungserteilung zugrunde liegende allgemeine Würdigung des geltenden gemachten binnenmarktrechtlichen Zulassungsanspruches ging, nicht aber um die rein individuellen Aspekte des Einzelfalles.

Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen und Zulässigkeit von Marktzugangsbeschränkungen (Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM): Sind die Marktzugangsordnungen des Herkunfts- und Bestimmungsortes als gleichwertig zu betrachten, besteht für

Beschränkungen des freien Marktzugangs in Form von Bedingungen oder Auflagen von vornherein kein Raum. Die Beantwortung der Frage nach der Gleichwertigkeit ergibt sich aus einem Vergleich der beidseitig geltenden Marktzugangsordnungen, wie sie sich aus den massgebenden generellabstrakten Bestimmungen des kantonalen bzw. kommunalen Recht sowie der darauf gründenden Praxis ergeben, unter Berücksichtigung der zu schützenden öffentlichen Interessen. Die Behörde des Bestimmungsortes, welche Marktzugangsbeschränkungen ins Auge fasst, ist somit zur vorgängigen Durchführung einer Gleichwertigkeitsprüfung angehalten. Im vorliegenden Fall bestätigte das Bundesgericht die Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach mit Blick auf die zu schützenden öffentlichen Interessen (Schutz der Gesundheit bzw. des Patienten) trotz abweichender Regelung in Bezug auf die verlangte Grundausbildung von gleichwertigen Marktzugangsordnungen auszugehen ist.

*Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 10. Oktober 2008 i.S. Frau X./WEKO gegen Regierungsrat des Kantons Tessin betreffend Bewilligung zur selbstständigen Tätigkeit als komplementärmedizinische Therapeutin*

Dem Entscheid des Tessiner Verwaltungsgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Frau X., während gut 15 Jahren als selbstständige komplementärmedizinische Therapeutin bewilligungslos im Kanton Zug tätig, ersuchte die Gesundheitsdirektion des Kantons Tessin um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung, die das Gesuch ablehnte. Dagegen erhob Frau X. Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Tessin, der diese abwies und die Verfügung der Gesundheitsdirektion bestätigte. Gegen den Entscheid des Regierungsrates reichten Frau X. und die WEKO Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Tessin ein. Das Gericht hiess die beiden Beschwerden gut und wies die Gesundheitsdirektion an, Frau X. die Berufsausübungsbewilligung zu erteilen. Eine Beschwerde des Tessiner Regierungsrates gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts ist derzeit beim Bundesgericht hängig.

Die grundsätzliche Bedeutung des Verwaltungsgerichts betrifft folgende Aspekte:

Anspruch auf freien Marktzugang zwecks Niederlassung und Ausübung der entsprechenden Erwerbstätigkeit nach Massgabe der Vorschriften der Erstniederlassung (Art. 2 Abs. 4 BGBM): Der Anspruch auf freien Marktzugang besteht auch dann, wenn die entsprechende Erwerbstätigkeit am Herkunftsort im Gegensatz zum Bestimmungsort keiner Bewilligung bedarf. Er wird durch die rechtmässige Tätigkeit am Herkunftsort begründet.

Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen und Zulässigkeit von Marktzugangsbeschränkungen (Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM): Die Behörde des Bestimmungsortes kann Marktzugangsbeschränkungen erst dann ins Auge fassen, wenn die Gleichwertigkeitsprüfung der beidseitig geltenden Marktzugangsordnungen ergibt, dass die am Herkunftsort geltende Regelung nicht gleichwertig ist. Im vorliegenden Fall erachtete das Verwaltungsgericht die (liberale) Marktzugangsordnung des Kantons Zug als nicht gleichwertig.

Unverhältnismässigkeit von Marktzugangsbeschränkungen aufgrund der Berufserfahrung (Art. 3 Abs. 2 BGBM): Eine einwandfreie praktische Tätigkeit von mehreren Jahren reicht aus, um den Schutz überwiegender öffentlicher Interessen zu gewährleisten, womit allfällige Marktzugangsbeschränkungen – wie im vorliegenden Fall – als unverhältnismässig und somit BGBM-widrig zu taxieren sind. Damit bestätigte das Verwaltungsgericht die mit der Gesetzesrevision verschärften Anforderungen an die Zulässigkeit von Beschränkungen des Marktzugangs, die von der Behörde des Bestimmungsortes u.a. die Berücksichtigung der am Herkunftsort gesammelten Berufserfahrung verlangen.

A 1.

**2. Rapport annuel 2008 de la Commission de la concurrence****Avant-propos du Président**

Le droit de la concurrence a été profondément marqué par les désastres survenus dans les marchés financiers durant l'année 2008. L'Etat est intervenu massivement pour soutenir des entreprises jugées essentielles pour le fonctionnement du système économique. La Suisse ne fait pas exception, bien au contraire, son engagement est parmi le plus élevé de la planète, à l'image de l'importance économique du secteur financier chez nous. L'intervention helvétique a été soigneusement préparée et sa mise en œuvre a été minutieuse et proportionnelle, mais elle n'a pas pu éviter d'importantes distorsions de la concurrence qui risquent d'occuper à l'avenir, non seulement les autorités de régulation, mais aussi les autorités de la concurrence.

Dans l'immédiat, la politique de la concurrence peut en tirer un enseignement au moins: la taille des entreprises, en chiffres absolus, constitue un élément essentiel, non seulement pour le fonctionnement de la concurrence, mais également pour la répartition des risques. Il sera permis de s'en souvenir lorsque l'on évaluera des arguments de structure économique dans des domaines tels que le contrôle des concentrations.

L'année 2008 a par ailleurs été marquée par la réorganisation de la Commission de la concurrence. Celle-ci a été réduite pour la nouvelle législature de 15 à 12 membres et fonctionne dorénavant en plenum avec une présidence qui joue un rôle plus actif dans la préparation des dossiers à l'intention de la Commission.

Les décisions les plus importantes de l'année passée concernaient le secteur de la distribution. Suite à l'absorption de Denner par Migros et de Carrefour (Suisse) par Coop, ce secteur présente une concentration encore plus forte qu'auparavant. Malgré cette concentration élevée, la concurrence s'est intensifiée, en raison notamment de l'arrivée de deux concurrents étrangers de taille européenne. Les effets de la pression concurrentielle se font clairement sentir à présent, au bénéfice du consommateur.

On notera finalement d'importantes décisions dans l'enquête sur les tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile rendues par le Tribunal fédéral administratif en matière de procédure devant l'autorité de la concurrence qui renforceront l'efficacité des procédures sans compromettre les droits des parties.

Prof. Walter A. Stoffel  
Président de la Commission de la concurrence

## A Introduction

En ce qui concerne l'autorité de la concurrence, l'année dernière a été marquée par des activités de prévention afin d'éviter des distorsions de la concurrence. Grâce à des contacts directs pris avec les pouvoirs adjudicateurs, ceux-ci ont pu être sensibilisés à la problématique des cartels de soumission (cf. B.1). Dans le cadre d'avis de droit, la pratique concernant les recommandations de prix a pu être concrétisée et améliorée (cf. B.2.3). Au moyen de recommandations concernant les domaines de la télécommunication, de l'énergie et de la poste, la COMCO a rendu le Conseil fédéral attentif aux conditions cadres induisant des distorsions de la concurrence (cf. B.2.1).

L'année 2008 a également été caractérisée par des décisions concrètes ayant une portée pratique. L'arrêt de principe du Tribunal fédéral (dont la COMCO est à l'origine) concernant le libre exercice d'une activité économique au sens de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) a posé les jalons d'une pratique uniforme en Suisse (cf. B.5 et D.). La COMCO a sanctionné une filiale de Galenica SA pour abus de position dominante en relation avec l'édition du Compendium Suisse des Médicaments (cf. B.2.1). Dans le domaine de l'ADSL Internet haut débit, le Secrétariat a proposé d'infliger une sanction contre Swisscom pour sa politique de prix (cf. B.3.1). En outre, le Secrétariat a effectué des perquisitions pour plusieurs cas dans lesquels cartels hardcore sur les prix étaient soupçonnés (cf. B.4 et B.6).

En particulier, durant l'année 2008, le Secrétariat a poursuivi les enquêtes en cours. Dans plusieurs cas, il y a eu des différends concernant des questions de procédure devant les instances de recours. Ceci provoque régulièrement une prolongation des procédures et un besoin en ressources supplémentaires. Le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral ont prononcé des jugements qui clarifient la façon de procéder de l'autorité de la concurrence lors de perquisitions et ont habilité cette dernière à lever les scellés sur les moyens de preuve sur lesquels il en avait été apposés (cf. B.3.4 et B.6). Bien que les accords verticaux aient également constitué une priorité durant l'année 2008, des décisions à ce sujet sont seulement attendues pour 2009. Il convient cependant de relever que les enquêtes en cours ont presque pu être menées à terme. Les instances de recours ont confirmé la pratique de la COMCO au sujet d'une annonce concernant „Maestro – Interchange Fee“ (cf. B.2.2). Dans le cadre de l'enquête concernant les tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile, plusieurs fournisseurs de téléphonie mobile n'ont répondu qu'après la décision du Tribunal administratif fédéral au sujet de la demande de renseignements adressée par l'autorité de la concurrence (cf. B.3.1). En outre, les autorités de la concurrence ont clos deux projets de fusion importants, Coop/Carrefour et fenaco/Steffen-Ris, avec des charges destinées à maintenir la concurrence (cf. B.3.3 et B.4.1).

Durant l'année 2008, les travaux concernant l'évaluation de la Loi sur les cartels en vue d'un rapport au parlement ont pris une grande importance (cf. C.3). Finalement, le Secrétariat a mené des travaux de préparation d'envergure, en prévision de la conférence annuelle de

l'International Competition Network qui a lieu du 3 au 5 juin 2009 à Zurich (cf. B.7).

## B Activité dans les différents domaines

### B.1 Accent sur les cartels de soumission

Dans le domaine des cartels de soumission, le Secrétariat a mis l'accent sur le long terme. Différents cas ayant fait ou faisant actuellement l'objet d'une enquête par le Secrétariat sont à l'origine de cet élan. On songe notamment aux cas „bibliothèque nationale“, „Neat“, „cartel de l'asphaltage des routes au Tessin“, ainsi qu'aux accords dans le domaine des installations électriques. Ces différentes situations ont accrédité la présomption selon laquelle les cartels de soumission ne sont pas rares de nos jours. Conceptuellement, le Secrétariat poursuit deux lignes directrices pour s'attaquer à ce problème. D'une part, le public et les pouvoirs adjudicateurs doivent être sensibilisés à la problématique des cartels de soumission et le rôle d'interlocuteur des autorités compétentes en matière de concurrence doit être renforcé. D'autre part, les fondements internes encourageant à déceler de tels accords doivent être posés. De manière générale et à moyen terme, l'effet préventif de la Loi sur les cartels doit être accru et la formation de cartels de soumission rendue moins attractive.

Dans ce but, des contacts ont été établis avec les pouvoirs adjudicateurs et les principaux organes compétents dans le domaine des marchés publics. Ainsi, le président de la COMCO a pris part, en mars 2008, à une séance du comité de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement, (DTAP). Lors de l'assemblée générale de la Conférence, en septembre 2008, le Président a tenu une conférence sur le thème des cartels de soumission. A la suite de cela, le Président et le Directeur se sont exprimés sur ce même sujet devant la Commission des achats de la Confédération (CA). Le Secrétariat a effectué des formations externes avec des collaborateurs issus des pouvoirs adjudicateurs de la Confédération, afin de les sensibiliser à la problématique des cartels de soumission. Ces efforts ont entre autres abouti à de premières clarifications en collaboration avec les pouvoirs adjudicateurs au sujet des marchés potentiellement problématiques.

### B.2 Services

#### B.2.1 Santé publique

Par décision du 7 juillet 2008, la COMCO a constaté que **Documed SA**, filiale de Galenica SA, abusait de sa position dominante en discriminant ses partenaires commerciaux (art. 7 al. 2 let. b LCart). Documed SA édite le Compendium Suisse des Médicaments qui contient des informations sur tous les médicaments admis en Suisse. En outre, elle publie non seulement des informations de la branche mais aussi des informations sur les patients online.

Cette entreprise a discriminé ses partenaires commerciaux lors de la publication d'informations sur la branche et sur les patients en donnant à certaines entreprises pharmaceutiques la possibilité, avec un grand nombre de textes à publier, de s'entendre sur les prix de la publication. En outre, Documed SA a exigé les mêmes prix

pour les textes restés inchangés par rapport à l'année précédente ainsi que pour les textes publiés pour la première fois durant l'exercice actuel et qui ont encore dû subir des corrections par la suite.

Par accord amiable, Documed SA s'est engagée, à fixer à l'avenir les prix pour la publication d'informations sur la branche et sur les patients, sur la base des coûts et sans discrimination. Etant donné que Documed SA a abusé de sa position dominante, elle a été condamnée au paiement d'une sanction de CHF 50'000.-.

La COMCO a clos son enquête sur les **conventions tarifaires dans le secteur des assurances complémentaires d'hospitalisation dans le canton de Lucerne** (DPC 2008/4, p. 544 ss) par décision du 6 octobre 2008. Dans le cadre de cette procédure, la COMCO a clarifié la question de savoir si le droit des cartels est applicable dans le domaine de l'assurance complémentaire d'hospitalisation (art. 2 et 3 LCart) et dans quelles mesures les négociations de groupe dans l'assurance complémentaire d'hospitalisation sont licites.

Déjà en 2006, la COMCO a décrété dans une décision incidente (DPC 2006/3, p. 513 ss), que, dans le canton de Lucerne, les hôpitaux publics et les hôpitaux qui sont subventionnés par l'Etat ne disposent d'aucune indépendance économique concernant la tarification car, dans ce domaine, le canton exerce un contrôle économique. Le canton a une position semblable à un consortium, de sorte qu'en raison de l'art. 2 LCart, la Loi sur les cartels n'est pas applicable aux relations internes entre les hôpitaux. Cependant, il est important de souligner que l'approche fonctionnelle de l'art. 2 LCart, peut impliquer qu'un hôpital public ou subventionné par le canton de Lucerne puisse tomber dans le champ d'application de la LCart pour un domaine dans lequel il occupe le marché de façon autonome, à l'image d'une entreprise.

Dans sa décision finale, la COMCO a constaté que tous les hôpitaux publics et tous les hôpitaux subventionnés par l'Etat dans le canton de Lucerne se trouvent dans une position dominante et disposent d'un pouvoir de négociation très fort vis-à-vis des assureurs-maladie. La position de force des hôpitaux est essentiellement liée aux conditions cadres juridiques dans l'assurance de base, qui impliquent que les assureurs-maladie, dans ce domaine de l'assurance complémentaire, sont obligés de conclure des contrats avec tous les hôpitaux. Ceci implique qu'un assureur isolé ne peut presque pas exercer de pression sur les prix lors des négociations tarifaires. Par conséquent, la COMCO est parvenue aux conclusions suivantes:

En principe, il serait souhaitable que tant du côté des prestataires de services que du côté des assureurs-maladie, les négociations se fassent de manière séparée ou plutôt en petits groupes homogènes (négociations bilatérales).

Si les assureurs-maladie sont confrontés à un groupe d'hôpitaux avec un fort pouvoir de négociation (comme dans le canton de Lucerne), il peut être efficient et ainsi autorisé par le droit des cartels, de permettre aux assureurs-maladie de former un contrepouvoir („countervailing power“). Ceci signifie que, du côté des assureurs-maladie, la formation de groupes est autorisée dans la

mesure où elle conduit à des pouvoirs de négociation semblables (négociations de groupes).

La condition pour l'autorisation de négociations de groupes du côté des assureurs-maladie est notamment qu'il n'y ait pas de conséquences désavantageuses pour les assurés sur le marché de l'assurance situé en aval.

Finalement, ces conclusions sont valables uniquement dans les conditions actuelles du financement des hôpitaux et du règlement hospitalier (en particulier au regard à la liste des hôpitaux et l'obligation de contracter qui en résulte), largement déterminées par les bases légales dans l'assurance-maladie obligatoire.

Les autorités de la concurrence ont reçu en 2008 deux notifications de concentrations qui concernaient des entreprises actives sur le marché des assurances sociales. L'examen préalable a montré que la reprise d'**Intras par CSS** et de **Xundheit par Concordia** ne posaient pas de problème de création ou de renforcement d'une position dominante sur les différents marchés sur lesquels ces entreprises sont actives. Il est néanmoins apparu dans certains cantons qu'après la fusion, des parts de marché importantes étaient atteintes, dans le domaine de l'offre d'assurances-maladie complémentaires surtout. A noter que la fusion entre Concordia et Xundheit n'a finalement pas été réalisée.

### B.2.2 Services financiers

Par jugement du 29 février 2008, le Tribunal administratif fédéral a rejeté un recours des quatre instituts financiers Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS SA et la Banque Cantonale de Zurich en l'affaire „Maestro – Interchange Fees“. Le recours était dirigé contre la décision prise par la COMCO en 2007 de ne pas effectuer d'enquête et de ne pas entrer en matière concernant la constatation de la licéité d'une rémunération interbancaire convenue de manière multilatérale (Domestic Multilateral Interchange Fee; DMIF) pour les paiements domestiques avec la carte de débit Maestro.

La décision de la COMCO a fait suite à une annonce des instituts financiers dans le cadre d'une procédure d'opposition selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart. L'objet de l'annonce était l'introduction prévue d'une DMIF pour les transactions domestiques avec les cartes de débit Maestro. Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à ce sujet et a analysé le projet sommairement, afin d'établir s'il existe d'éventuelles restrictions à la concurrence. Dans son rapport, le Secrétariat a conclu que la DMIF envisagée peut éventuellement être qualifiée d'accord illicite. Etant donné que le projet n'a pas été réalisé et qu'il n'y a ainsi pas eu d'effets sur le marché, la COMCO a renoncé à l'ouverture d'une enquête.

Le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de la Commission, en n'excluant pas que l'établissement d'une décision de constatation fondée sur l'art. 25 PA puisse être en principe possible, en relation avec une annonce selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Cependant, il est possible qu'une décision de constatation se réfère, dans des cas particuliers, uniquement à un état de fait passé qui s'est effectivement concrétisée, c'est-à-dire objectivement constatable. Ceci ne se vérifie toutefois pas dans le cas présent, étant donné que les parties n'ont pas mis en oeuvre, après l'annonce, la restriction à

la concurrence planifiée et que l'état de fait s'avère très complexe. Par conséquent, il n'est pas possible de constater à l'avance si la restriction de la concurrence planifiée aura des effets sur le marché et, le cas échéant, les quels. C'est pourquoi les parties ne peuvent pas exiger de décision constatatoire de la part de la COMCO. Finalement, le Tribunal administratif fédéral a indiqué qu'une telle décision ne serait pas judicieuse d'un point de vue juridique, car elle devrait principalement se baser sur des prévisions, des hypothèses et des conditions. Dans le cadre d'un obiter dictum, le Tribunal administratif fédéral a indiqué que le résultat de cette décision était insatisfaisant pour les parties car elles n'avaient aucune sécurité juridique leur permettant de savoir si leur comportement était alors licite ou non selon le droit des cartels. C'est pourquoi, le Tribunal a proposé aux autorités de la concurrence, dans les cas d'annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart, de renoncer à une sanction, respectivement de prononcer uniquement une sanction symbolique et de communiquer aux parties au moins les paramètres relevant pour la décision. En outre, il a invité le législateur, de lege ferenda, à analyser l'introduction d'un principe d'opportunité explicite. Le Tribunal fédéral a rejeté en décembre 2008 le recours formulé par les banques et a confirmé ainsi les décisions du Tribunal administratif fédéral et de la COMCO.

Après une accentuation au milieu du mois de septembre 2008, la crise financière qui émane du marché de l'immobilier américain a également concerné des Etats avec des marchés immobiliers intacts. A cause de la **crise financière**, les gouvernements des USA et d'Europe ont pris des mesures afin de stabiliser le système financier et ont entrepris des opérations de sauvetage de quelques instituts financiers dans des ordres de grandeur historiques. En Suisse, la grande banque UBS SA a été particulièrement affectée par les pertes sur les marchés financiers car elle était fortement engagée sur le marché américain. Les mesures de stabilisation du système financier suisse ont également affecté les tâches de l'autorité de la concurrence. Elle a fait valoir qu'il découle du principe de la liberté économique un droit à l'égalité de traitement pour tous les acteurs économiques et que, par conséquent, les interventions de l'Etat doivent être les plus neutres possible du point de vue de la concurrence.

Le contrôle d'une **concentration d'entreprises** a été une autre tâche liée à la crise financière. BNP Paribas, groupe bancaire coté à la bourse en France, a acquis une participation majoritaire dans Fortis Bank SA/NV, Fortis Banque Luxembourg SA ainsi que dans Fortis Insurance Belgium SA/NV. Ces entreprises appartenaient au groupe bancaire Fortis, victime de la crise financière. Le groupe Fortis est principalement présent en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Les parts de marché des filiales et des succursales de Fortis Bank SA/NV et de Fortis Banque Luxembourg SA en Suisse sont peu élevées. Ainsi, cette fusion ne crée ou ne renforce aucune position dominante de BNP Paribas sur les marchés pertinents en Suisse. De plus, les parties ont confirmé que l'engagement que BNP Paribas a pris envers la Commission européenne est également valable en Suisse. La COMCO n'a donc pas ouvert d'examen

approfondi de cette concentration qui a été réalisée en décembre 2008.

**SEPA** (Single Euro Payments Area) est un ensemble de règles techniques qui définissent un cadre pour une harmonisation des systèmes de paiement existant à l'intérieur de l'UE. Les banques des pays de l'EEE ainsi que les banques suisses ont aussi accès au SEPA. Le principe est que tout acteur économique peut effectuer et recevoir des paiements en euro dans l'UE, que ce soit dans son pays d'origine ou dans un autre pays, sous les mêmes conditions et à des tarifs égaux. Le Secrétariat a analysé l'état d'avancement de la mise en œuvre du SEPA et ses implications en Suisse. Il devrait normalement être entièrement fonctionnel en 2010. Suite à la décision **SWX-SIS-Telekurs** (DPC 2007/4, p. 557 ss), le Secrétariat a également suivi l'évolution du Code of Conduct européen concernant le clearing et le settlement des titres négociés à la bourse, qui impose aux entreprises signataires des tarifs transparents, un accès ouvert ainsi que de l'interopérabilité.

Dans le domaine des **assurances**, le Secrétariat a pris position dans le cadre d'une consultation d'offices sur le projet concernant la révision de la Loi sur le contrat d'assurance. Le Secrétariat a salué les nombreux changements du droit en vigueur qui induisent une plus grande clarté et ainsi une plus grande transparence en faveur des assurés. Cette révision devrait faciliter la compréhension et la comparaison des produits offerts, ce qui est positif d'un point de vue concurrentiel. Il subsiste cependant encore un besoin de clarification au sujet de la question du devoir d'information concernant le dédommagement des agents d'assurances par les compagnies d'assurances. Le Secrétariat défend le point de vue selon lequel un devoir d'information doit concerner tous les agents d'assurances de manière identique. Par conséquent, ce devoir est valable non seulement pour les agents d'assurances qui sont actifs en faveur des assurés (Broker), mais aussi pour les agents d'assurances qui représentent les intérêts de quelques compagnies d'assurances. Il s'agit de l'unique manière de garantir qu'il ne puisse pas y avoir de distorsions indésirables du marché entre ces deux types d'agents et que le client soit informé sur les dédommagements.

### B.2.3 Professions libérales

Dans le domaine des professions libérales, le Secrétariat est intervenu contre des **recommandations tarifaires** établies par des associations professionnelles. Les associations professionnelles et les organisations de branche peuvent par l'établissement ou l'émission de tarifs, de recommandations de prix, de prix conseillés, de listes de prix et de schémas de calcul, développer et favoriser des accords sur les prix directs ou indirects entre leurs membres. Des descriptions des prestations ou des catalogues de prestations avec des tarifs ou des prix sont considérés, en règle générale, comme étant des accords sur les prix selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart. Les raisons habituellement énoncées dans le domaine des professions libérales (transparence des prestations, transparence des prix, orientation pour les entrants sur le marché, facturation simplifiée, protection de la clientèle) ne suffisent en règle générale pas pour être considérées comme des motifs d'efficacité écono-

mique selon l'art. 5 al. 2 LCart. Pour les associations, il existe au moins deux instruments alternatifs qui sont adaptés aux besoins des professions libérales et qui sont conformes au droit des cartels. D'une part, la description des prestations sans aucune indication de tarif ou de grandeur; de telles descriptions ne fixent pas les prix et ne réduisent ainsi pas la liberté de formation des prix. D'autre part, la publication de données historiques, représentatives et agrégées. Les données pour les consommateurs doivent être accessibles et les tarifs ne doivent pas être obligatoires. Le recensement et la publication des données devraient être effectués en grande partie par des tiers indépendants (p.ex. par un bureau de fiduciaire, l'Office fédéral de la statistique, une université ou une organisation des consommateurs).

Dans le cadre d'un avis de droit, l'Association suisse des rédacteurs publicitaires „script“ a décidé de publier des données historiques, représentatives et agrégées sur les honoraires des rédacteurs. Ainsi, script a recensé, au moyen d'un questionnaire, des prestations définies préalablement avec le Secrétariat et que les rédacteurs fournissent (p.ex. annonce, journaux, site web et slogan).

	Moyenne	Médiane	Valeur minimale	10%-quantile	90%-quantile
Annonce	636	600	60	308	1'060
Affiche	685	640	110	310	1'064

Cette publication concertée d'honoraires historiques et représentatifs qui sont présentés dans une forme agrégée est conforme au droit des cartels. Cette publication conduit à des honoraires transparents vis-à-vis des clients et des rédacteurs. Il doit être parti du principe que ces informations sur le marché n'affectent pas la concurrence mais, grâce à l'amélioration de la transparence, conduisent à une concurrence renforcée. En outre, ces informations sur le marché peuvent servir de protection des consommateurs contre des honoraires abusifs ainsi que d'orientation pour les entrants sur le marché. Ainsi, ceci correspond à la fois à un besoin des organisations de protection des consommateurs et des associations de professions libérales. Une brochure sur les honoraires des rédacteurs est disponible pour les rédacteurs et les clients des rédacteurs. Les données seront actualisées dans environ trois ou quatre ans.

Une enquête touchant le domaine des professions libérales et des services professionnels (installateurs électriques de la région bernoise) est en cours d'instruction et devrait pouvoir être close au premier semestre 2009.

Une fusion de l'emploi temporaire a également été analysée dans le domaine. Le Secrétariat a examiné la fusion Randstad SA (Suisse) et Vedior SA (Suisse). La notification ne contenait aucun indice que la fusion allait créer ou renforcer une position dominante car les parts de marché des parties ne dépassaient pas 10 % pour chaque marché relevant et car les trois concurrents les plus importants en Suisse disposaient d'une part de marché similaire dans le domaine des agences de pla-

Après avoir fait de l'ordre dans les données, les valeurs suivantes ont été calculées par type de prestation: la valeur minimale et maximale, la valeur moyenne, la médiane, l'écart-type, les quantiles (10 %-, 25 %-, 75 %- et 90 %-quantiles). Sur la base d'une analyse détaillée de ces valeurs et d'une appréciation des propriétés du marché, ces valeurs ont été déterminées et elles peuvent être publiées.

Dans le cas présent, il est possible de renoncer à la publication de la valeur maximale car celle-ci pourrait agir de façon inflationniste et la distribution est plutôt „étalée vers la gauche“. Pour la raison précédente, il était important de considérer la publication de la médiane et de la valeur minimale. Le Secrétariat considère qu'en plus de la moyenne et de la médiane, les 10 % - et 90 %-quantiles sont significatifs pour la publication car ces données servent à décrire les échelonnements des honoraires existants dans le marché. La publication du 10 %-quantile a relativisé en outre, dans le cas présent, la valeur minimale. La publication de l'écart-type ainsi que des 25 %- et 75 %-quantiles pourrait encore être effectuée mais n'est pas impérative. Les deux exemples suivants servent d'illustration (en CHF par annonce/affiche):

cement concernant les emplois temporaires et fixes. Par conséquent, cette fusion ne soulève pas d'objection.

Enfin, une **procédure de sanction** selon l'art. 52 LCart a été menée à terme à l'encontre d'une centrale de taxis de la ville de Zurich. Dans le cadre d'une enquête préalable, différentes entreprises avaient été interrogées. L'une d'entre elles avait toutefois refusé de fournir des informations quant à sa situation. Etant donné qu'aucune réponse n'a jamais été présentée, en dépit de différents rappels et d'une décision constatant l'obligation de fournir des renseignements, la Commission de la concurrence a condamné cette entreprise une amende de CHF 10'000.- pour violation de ses obligations légales. Un recours devant le Tribunal administratif fédéral est pendant.

### B.3 Infrastructure

L'année 2008 a été entre autres marquée par le travail effectué dans le cadre des procédures de recours contre deux décisions importantes de l'année précédente. Il s'agit de la décision de la COMCO du 5 février 2007 concernant les tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile et de celle du 5 mars 2007 concernant Publi-groupe, affaire dans laquelle des procédures de recours sont pendantes devant le Tribunal administratif fédéral. De plus, l'année 2008 a permis de faire avancer considérablement l'instruction dans plusieurs procédures (politique de prix en matière de services ADSL; tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile et enquête dans le domaine des prestations de transport). Ainsi, les bases pour des décisions à prendre l'année suivante ont été échafaudées. De plus, la COMCO s'est montrée

particulièrement active par ses recommandations et expertises dans les domaines régulés, tels que les télécommunications, l'énergie ou La Poste.

### B.3.1 Télécommunications

Dans l'enquête sur la **politique de prix en matière de services ADSL** pratiquée par Swisscom, le Secrétariat a bouclé ses investigations en parvenant à la conclusion que Swisscom abusait de sa position dominante dans le domaine des services ADSL. Le Secrétariat a par conséquent proposé à la COMCO de condamner Swisscom au paiement d'un montant de 237 mio. Il s'agit en l'occurrence de la problématique suivante: Swisscom met à disposition une prestation préalable pour l'accès internet à haut débit à d'autres prestataires de service en matière de télécommunication, tels que Sunrise, Tele2, VTX ou Green. En comparaison du prix facturé aux clients finals, Swisscom exigeait des prix élevés pour cette prestation préalable. Le Secrétariat estimait que la politique de prix de Swisscom constituait concrètement un „prix-ciseau“ („Price- oder Margin Squeeze“), en raison du faible écart entre le prix de la prestation préalable et celui facturé au client final. Swisscom pourra prendre position sur la demande du Secrétariat avant que la COMCO ne prenne sa décision.

L'enquête concernant les tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile a été poursuivie pour les événements qui se sont produits après le 31 mai 2005. Le Secrétariat a effectué entre autres des demandes de renseignement auprès des différents prestataires de service en matière de télécommunication. Orange et Swisscom ont refusé de répondre. Les deux opérateurs ont entre autres justifié leur comportement par des réflexions d'économie de procédure et en invoquant le fait qu'une procédure de recours concernant la première partie de l'enquête était en cours. Par trois jugements datés du 6 novembre 2008, le Tribunal administratif fédéral n'est pas entré en matière sur les recours d'Orange et de Swisscom. En précision de la jurisprudence, le Tribunal administratif fédéral a conclu que, en ce qui concernait le caractère attaquant d'une décision, il ne fallait pas considérer le moindre effort pour répondre à un questionnaire comme un préjudice irréparable. L'enquête devrait pouvoir ainsi être poursuivie. Le recours de Swisscom contre la décision de la COMCO du 5 février 2007 concernant les tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile est toujours pendant devant le Tribunal administratif fédéral.

Dans une **recommandation commune** du 25 août 2008, la COMCO, le Surveillant des prix et la Commission fédérale de la communication (ComCom) ont invité le Conseil fédéral à élaborer un instrument efficace permettant de fixer plus rapidement les tarifs d'accès au réseau des entreprises suisses de télécommunication. La Loi sur les télécommunications (LTC) doit être modifiée de telle sorte que les prix d'interconnexion et les prix d'accès puissent être vérifiés d'office par la ComCom. Pour le moment, celle-ci ne peut examiner les prix d'accès que si un fournisseur le demande. La recommandation commune de la COMCO, du Surveillant des prix et de la ComCom a été reprise dans la motion parlementaire Forster, que le Conseil fédéral a proposé d'accepter le 5 décembre 2008.

En été 2008, la COMCO a produit **trois expertises** pour la ComCom. Pour déterminer si un fournisseur occupe une position dominante dans le cadre d'un litige en matière d'accès devant la ComCom et si la question même de la position dominante s'avère litigieuse, la COMCO examine cet aspect au moyen d'une expertise. Il s'agit de l'expertise du 3 juin 2008 concernant la facturation de raccordements du réseau, de l'expertise du 23 juin 2008 concernant les lignes louées et de l'expertise du 7 juillet 2008 concernant les canalisations de câbles. La COMCO est chaque fois parvenue au résultat que Swisscom se trouvait en position dominante dans certains sous-domaines. Dans les trois cas, cette position dominante avait trait à des domaines qui se trouvaient en lien direct ou indirect avec le réseau de raccordement de Swisscom.

Le 10 novembre 2008, la COMCO a accepté la reprise de **Tele2** par **Sunrise**. L'examen préalable n'a laissé apparaître aucun indice de création ou de renforcement d'une position dominante.

Par décision du 15 décembre 2008, la COMCO a clôt l'enquête contre Swisscom portant sur les prestations de téléphonie pour clients commerciaux. Après d'infinies controverses en matière de procédure, la COMCO a conclu sur le fonds, que les indices de comportement abusif de la part de Swisscom n'étaient pas confirmés dans le cas d'espèce. Il a été constaté lors de la procédure, que dans le domaine de la téléphonie, les clients commerciaux importants disposaient, par le biais des procédures d'appels d'offre notamment, d'un certain contre-pouvoir à l'encontre des prestataires de services en matière de communication.

Dans le secteur de l'énergie, le Secrétariat mène une observation du marché des services-système (services accessoires nécessaires pour l'exploitation du réseau). Dans le cadre de cette observation, il s'est avéré que la représentation des sociétés d'électricité dans les commissions d'experts et comités de swissgrid (qui exploite le réseau à haute tension suisse) génère des distorsions de la concurrence, pour des raisons d'asymétrie de l'information entre autres. Les commissions d'experts élaborent les propositions pour le compte du conseil d'administration, notamment les bases de calcul pour les mises au concours. Les grandes sociétés d'électricité peuvent ainsi, par le truchement de leurs représentants, exercer une influence sur le calcul des prestations de services, sur lesquelles elles peuvent ensuite fonder leurs offres. Elles disposent ainsi d'une longueur d'avance sur leurs concurrents.

Pour cette raison, la COMCO a émis le 28 octobre 2008, sur la base de l'art. 45 al. 2 LCart, une recommandation au Conseil fédéral demandant de n'approuver les statuts de swissgrid qu'en imposant la charge que les comités et les commissions d'experts de swissgrid soient composés de membres indépendants et non de collaborateurs ou d'actionnaires. Au surplus, la COMCO a demandé que le conseil d'administration soit immédiatement rétabli dans une composition conforme à la loi. En conséquence, swissgrid a décidé la dissolution immédiate de ses commissions d'experts.

La suite du déroulement de l'observation du marché des services-système dépendra entre autres de la révision

de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité. La COMCO a mené en outre d'autres observations de marché sur le comportement de l'offre et sur l'évolution des prix des sociétés d'approvisionnement en électricité et a pris les renseignements y relatifs. S'il devait y avoir des soupçons de pratiques concertées entre les producteurs d'électricité, les procédures nécessaires à cet égard seraient alors ouvertes.

### B.3.2 Energie

Dans le secteur de l'énergie, le Secrétariat mène une observation du marché des services-système (services accessoires nécessaires pour l'exploitation du réseau). Dans le cadre de cette observation, il s'est avéré que la représentation des sociétés d'électricité dans les commissions d'experts et comités de swissgrid (qui exploite le réseau à haute tension suisse) génère des distorsions de la concurrence, pour des raisons d'asymétrie de l'information entre autres. Les commissions d'experts élaborent les propositions pour le compte du conseil d'administration, notamment les bases de calcul pour les mises au concours. Les grandes sociétés d'électricité peuvent ainsi, par le truchement de leurs représentants, exercer une influence sur le calcul des prestations de services, sur lesquelles elles peuvent ensuite fonder leurs offres. Elles disposent ainsi d'une longueur d'avance sur leurs concurrents.

Pour cette raison, la COMCO a émis le 28 octobre 2008, sur la base de l'art. 45 al. 2 LCart, une recommandation au Conseil fédéral demandant de n'approuver les statuts de swissgrid qu'en imposant la charge que les comités et les commissions d'experts de swissgrid soient composés de membres indépendants et non de collaborateurs ou d'actionnaires. Au surplus, la COMCO a demandé que le conseil d'administration soit immédiatement rétabli dans une composition conforme à la loi. En conséquence, swissgrid a décidé la dissolution immédiate de ses commissions d'experts.

La suite du déroulement de l'observation du marché des services-système dépendra entre autres de la révision de l'Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité. La COMCO a mené en outre d'autres observations de marché sur le comportement de l'offre et sur l'évolution des prix des sociétés d'approvisionnement en électricité et a pris les renseignements y relatifs. S'il devait y avoir des soupçons de pratiques concertées entre les producteurs d'électricité, les procédures nécessaires à cet égard seraient alors ouvertes.

### B.3.3 Agriculture

Dans le cadre des contrôles de fusions, un examen approfondi a été mené pour la reprise de **Steffen-Ris** Holding par **Fenaco** (entre autres Landi). La fusion a abouti à la fondation de l'entreprise de commerce agricole la plus importante, étant donné que Fenaco et **Steffen-Ris** Holding sont des entreprises de premier plan dans ce secteur.

Dans les marchés des grossistes en pommes de terre de consommation et de pommes de terre destinées à l'industrie ainsi que des grossistes en pommes de terre de semence, les parts de marché additionnées s'avéraient élevées. En outre, il fallait garder à l'esprit que le marché suisse de l'agriculture n'est pas ouvert,

en tout cas pour ce qui concerne les pommes de terre de consommation et les pommes de terre destinées à l'industrie. A l'inverse, il fallait toutefois noter que la position de force sur le marché de la pomme de terre résultant de la fusion était à relativiser, en raison de la contreposition des entreprises de transformation.

Afin d'assurer une amélioration de la concurrence sur le marché agricole en général et sur les marchés concernés en particulier, la Comco impose les charges suivantes: le groupe fenaco-LANDI ne peut introduire et imposer aux agriculteurs aucune obligation d'achat ou de livraison. Ainsi, la liberté des producteurs est d'une part augmentée, et d'autre part, l'accès aux produits est laissé ouvert pour tous les acteurs du marché (entreprises de commerce et de transformation de pommes de terre).

En vue de la suppression du contingentement laitier, prévue pour le 1er mai 2009, la COMCO prête une attention particulière au **marché du lait**. Elle essaie aussi d'agir préventivement, de manière à éviter que des conflits ne surviennent avec le droit des cartels. Dans le cadre d'un avis de droit, le Secrétariat s'est exprimé entre autres sur le „Milchpool“ envisagé par les producteurs et organisations de producteurs. Le Secrétariat a déclaré que, dans la configuration qui lui avait été annoncée, le „Milchpool“ serait considéré comme incompatible avec le droit des cartels. Le Secrétariat a également fait part de ses doutes au sujet de l'Association de l'industrie laitière suisse (VMI), créée récemment. Les évolutions futures en lien avec la suppression du contingentement laitier ne sont encore pas claires. La COMCO suivra toutefois les événements futurs avec attention.

### B.3.4 Transport

La COMCO a constaté que **La Poste** dispose d'avantages concurrentiels sur les entreprises de logistique privées. A l'inverse de celles-ci, La Poste n'est pas concernée par l'interdiction de circuler le dimanche et la nuit dans le cadre de sa vocation de service universel. Ce mandat est toutefois compensé par le monopole de La Poste pour les envois de lettres jusqu'à 100 gr. En plus des services universels avec mandat de prestation, La Poste fournit également des services dans lesquels, sans mandat de prestation, elle se trouve en concurrence avec d'autres entreprises. Son privilège lui confère aussi le droit de consacrer un quart de son volume de transport à des marchandises provenant de services soumis à concurrence. Cette situation génère toutefois des distorsions de la concurrence au détriment des offreurs privés. C'est pour cette raison que, dans sa recommandation au Conseil fédéral du 3 novembre 2008, la COMCO a proposé d'adapter la disposition y relative de l'Ordonnance sur les règles de la circulation routière et de la formuler de manière neutre sur le plan de la concurrence. Le DETEC a répondu à la COMCO que l'exception en faveur de La Poste était nécessaire pour pouvoir assurer son mandat de service universel et qu'il ne voyait aucune nécessité d'agir dans le sens de la recommandation. Entre temps, le contenu de la recommandation a été repris par une intervention parlementaire. Le Conseil fédéral devra aussi expliquer face au parlement pourquoi il ne voit aucun besoin d'agir, malgré une réglementation contraire aux principes de la concurrence.

En 2008, l'enquête ouverte à l'encontre de Spedlogswiss ainsi que différentes entreprises de transport et de logistique concernant des accords dans le domaine des prestations de transport a été essentiellement marquée par des procédures de recours en lien avec la levée des scellés sur les moyens de preuve séquestrés à l'occasion des perquisitions. L'enquête ne pouvait dès lors être poursuivie que de manière limitée. Le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral ont tous deux appuyé les démarches de la COMCO à l'occasion des perquisitions (cf. à ce sujet ci-dessus chap. B.6.) et autorisé celle-ci à lever les scellés sur les moyens de preuve sur lesquels il en avait été apposé.

L'enquête concernant les accords dans le domaine du **transport aérien** est toujours pendante. Selon l'accord bilatéral sur le transport aérien avec l'UE, la compétence est partagée dans de tels cas. Les premières vérifications concernant les questions de compétence à résoudre s'avèrent longues et complexes.

### B.3.5 Autres activités

Après examen approfondi dans le cadre du contrôle des fusions d'entreprises, la COMCO a autorisé la reprise d'**Eichhof** par **Heineken**. Il s'agissait en particulier d'examiner dans quelle mesure les deux grands groupes de brasseries Heineken/Eichhof et Carlsberg/Feldschlösschen pouvaient se trouver en position dominante après la fusion. L'examen n'a toutefois révélé aucune concrétisation des indices de stabilisation ou de persistance d'une éventuelle position dominante collective. En particulier les brasseries implantées régionalement n'ont manifestement pas été entravées par la fusion, dans leur faculté d'exercer de la concurrence. En plus, les grandes entreprises de détail peuvent réduire considérablement la marge de manœuvre des grands groupes de brasseries.

Pour ce qui est du marché de la **bière**, la COMCO a introduit une enquête le 29 octobre 2008 sur l'importation de bières des brasseries InBev (siège principal: Belgique) et Modelo (siège principal: Mexico). InBev et Modelo ont conféré des droits d'importation exclusifs pour leurs bières. Sont aussi impliqués dans l'enquête les titulaires actuels des droits d'importation exclusifs, notamment Ausländische Biere AG et Feldschlösschen. Cela peut amener à des entraves illicites à la concurrence, si les importations parallèles sont empêchées. L'enquête doit maintenant examiner si les importations parallèles des Bières d'InBev et de Modelo peuvent encore avoir lieu.

L'enquête ouverte le 13 mars 2008 concernant l'**importation des livres francophones** en Suisse doit démontrer si la politique d'importation consistant à facturer un supplément par rapport au prix français viole la loi suisse sur les cartels. Pour élucider l'état de faits, des études de marché détaillées ont été menées.

## B.4 Industrie et production

L'examen d'accords verticaux a constitué une part essentielle de l'activité du Service industrie et production durant l'année 2008. Des dénonciations ont à nouveau été déposées contre des systèmes de distribution en raison de refus de livraison et de soupçons de prix imposés (par ex. abus de recommandations de prix de

vente). On peut ainsi conclure que l'art. 5 al. 4 LCart et la nouvelle Communication concernant l'appréciation des accords verticaux produisent des effets dans la pratique. Cependant, le domaine des accords verticaux fait toujours l'objet de nombreuses discussions de principe et une jurisprudence suisse en la matière (jugements des tribunaux) fait encore défaut.

Le développement du domaine des cartels de soumission s'est poursuivi depuis le cas de la **bibliothèque nationale**. Si dans ce cas, le soupçon concernait un seul et unique accord, dans le cas de l'**asphaltage des routes au Tessin**, l'enquête concernait déjà de nombreux accords (cartel de rotation) et dans le cas des **entreprises électriques bernoises**, la première perquisition dans un cas de cartel de soumission a été effectuée. Cette enquête a pu avancer de façon rapide durant l'année 2008, de sorte que la décision devrait être rendue selon toute vraisemblance avant l'été 2009.

En décembre 2008, l'autorité de la concurrence a ouvert trois enquêtes (une première dans le domaine des parfums et cosmétiques, cf. B.4.1; une seconde dans le domaine des composants de portes, cf. B.4.2). La troisième enquête est dirigée contre plusieurs entreprises actives dans le domaine des **composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation**. Des perquisitions ont été menées auprès d'entreprises visées par ces procédures.

Par ailleurs, une tâche centrale fut la mise en place d'une surveillance effective du respect des charges imposées par la Comco à Migros et Coop dans le cadre des importantes procédures de concentration dans le domaine du commerce de détail.

### B.4.1 Commerce de détail

Après avoir procédé à un examen approfondi de la concentration Migros/Denner en 2007, la Comco a également soumis le projet de concentration **Coop/Carrefour** à un tel examen à la fin de cette même année. Par la reprise des 12 hypermarchés Carrefour par Coop, se posait en particulier la question de savoir si la position dominante collective de Migros et Coop constatée lors de la procédure Migros/Denner a été renforcée. Sur certains marchés locaux, la reprise des hypermarchés Carrefour a conduit en outre à de fortes additions des parts de marché.

Le 17 mars 2008, la concentration Coop/Carrefour a été autorisée moyennant des charges. La Comco est parvenue à la conclusion que cette fusion conduisait à un renforcement de la position dominante collective détenue par Migros et Coop sur le marché de la distribution, position qui sera cependant affaiblie en raison de l'expansion de concurrents étrangers à moyen voire long terme. La dernière analyse relative à l'expansion des discounters allemands a confirmé les prévisions faites par la Comco précédemment dans le cas Migros/Denner. Les charges imposées par la Comco prévoient que Coop s'engage à ne pas racheter d'autres entreprises actives sur le marché du commerce de détail alimentaire suisse pendant six ans et doit remettre sur le marché des points de vente représentant une surface totale de 20'000 m<sup>2</sup> à des concurrents ne détenant pas

plus de 25 % de part de marché dans les régions particulièrement problématiques.

Sur les marchés de l'approvisionnement, la reprise de Carrefour renforce la position de Coop vis-à-vis des producteurs et fournisseurs. Afin de tenir compte de ce problème, la Comco a imposé à Coop – de manière analogue à la procédure Migros/Denner – de renoncer de façon durable aux exclusivités envers les fournisseurs. Ainsi, l'interdiction des contrats d'exclusivité passés avec les fournisseurs est non seulement valable pour Migros mais également pour Coop. Coop s'est en outre engagée à trouver une solution individuelle pour les fournisseurs, dont les produits ne sont pas repris par Coop et qui se trouvent dans une situation de dépendance économique.

La Comco a confié la tâche de surveillance du respect des charges à une société de révision indépendante (BDO Visura).

Durant l'année 2008, la Comco a également suivi la tâche de surveillance du respect des charges imposées par les décisions Migros/Denner et Coop/Fust, tâche opérée par les sociétés de révision indépendantes, Deloitte et Refindar Moore Stephens AG.

Selon la charge numéro 4 de la décision Migros/Denner (cf. DPC 2008/1), Migros s'est engagée jusqu'au 4 septembre 2010 à notifier toutes les opérations de concentration sur le marché du commerce de détail alimentaire. En outre, Migros doit – selon l'art. 9 al. 4 LCart – indépendamment du chiffre d'affaires de l'entreprise rachetée, notifier les opérations de concentration non seulement sur le marché du commerce de détail alimentaire, mais aussi sur les marchés voisins ou situés en amont ou en aval du marché du commerce de détail. Quatre opérations de concentration ont ainsi été notifiées dans le courant de l'année 2008 en application de cette charge. Ces fusions ont eu lieu dans l'industrie alimentaire (cf. Mifroma/Dörig; Micarna/Natura), dans le commerce de détail de mobilier et habitat (cf. Migros/Gries Deco Holding GmbH) et le domaine du Convenience (cf. Migros/Cevanova). Les examens de ces fusions n'ont pas révélé de problème du point de vue du droit de la concurrence.

En décembre 2008, la Comco a ouvert une enquête dans le domaine des **produits de cosmétique et de parfumerie** sur la base d'une autodénonciation. Cette procédure est dirigée contre l'association des producteurs, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie (ASCOPA) et contre les membres de celle-ci. La dénonciation indique que des informations commerciales sensibles ont été échangées régulièrement entre les membres de l'ASCOPA, dans le cadre et avec le concours de l'association. L'enquête a pour but de démontrer si cet échange d'informations a eu un effet sur la formation des prix et s'il constitue un accord illicite en matière de concurrence, au sens de l'art. 5 LCart.

#### B.4.2 Construction

Dans le cadre de la procédure en cours dans le domaine des ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres, des états de fait supplémentaires constituant des restrictions illicites ont été dénoncés au Secrétariat, conduisant à

l'ouverture d'une nouvelle enquête. Les indications concernaient des accords passés entre des distributeurs de poignées de portes, de serrures, de charnières etc. sur les prix, les rabais et les conditions de prix. L'enquête devra démontrer si de tels accords existent effectivement ou ont existé, et, le cas échéant, quels ont été leurs effets en Suisse. Dans la mesure où les entreprises fournissent volontairement des informations ou des moyens de preuve concernant d'autres restrictions à la concurrence, ces dernières pourront bénéficier d'une importante réduction de l'amende.

#### B.4.3 Industrie horlogère

Durant le dernier trimestre, suite à plusieurs plaintes déposées auprès du Secrétariat, ce dernier a ouvert une enquête contre **ETA Manufacture Horlogère Suisse SA**, une entreprise du Swatch Group. Les plaintes concernent les augmentations de prix et les modifications des conditions de paiement des mouvements annoncées pour 2009. L'enquête préalable a pour but de déterminer s'il existe des indices selon lesquels ETA bénéficie d'une position dominante sur le marché des mouvements et si les adaptations de prix et des conditions constituent un abus de cette position.

#### B.4.4 Secteur automobile

Dans le secteur automobile, l'application de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci-après: Communication) a occupé le premier plan durant l'année 2008. L'accent a été mis sur le domaine du service après-vente. Le Secrétariat a également considéré l'avenir de la Communication, car au niveau européen, le règlement d'exemption par catégorie correspondant à la Communication expirera en mai 2010. La Suisse est également indirectement concernée par l'expiration du règlement d'exemption par catégorie, car celui-ci a été, dans une large mesure, appliqué à travers la Communication. Le Secrétariat a ainsi eu des contacts réguliers avec les représentants de la branche automobile concernant l'avenir de la Communication suisse. En outre, les effets de la Communication sur la concurrence dans la branche automobile en Suisse ont été analysés dans le cadre de l'évaluation de la LCart. Les renseignements obtenus dans le cadre de cette évaluation seront pris en compte par la Comco lorsque celle-ci devra se prononcer sur d'éventuelles modifications de la réglementation actuellement applicable.

Toujours dans le secteur automobile, deux projets de concentration importants ayant des effets sur le marché suisse ont été analysés: **Porsche/Volkswagen** et **Volkswagen/Scania**. Les investigations menées par le Secrétariat ont montré, dans les deux cas, que les recouvrements horizontaux consécutifs aux projets étaient limités et que les parties à la concentration étaient encore confrontées à des concurrents forts disposant de parts de marché importantes sur les segments de marchés affectés dans le domaine des voitures de tourisme, des véhicules utilitaires, des poids lourds et des bus. Dans le cadre de l'examen préalable du cas Volkswagen/Scania, la question de savoir si Volkswagen détenait de-facto le contrôle du fabricant de poids-lourds et bus, MAN, a notamment été examinée. Dans une telle hypothèse, les parts de marché détenues par Volkswa-

gen sur certains marchés relevant auraient changé de façon considérable. Ces préoccupations ne se sont cependant pas confirmées. Dans le cas Porsche/Volkswagen, Porsche était déjà l'actionnaire principal de VW avant la procédure de concentration et a obtenu le contrôle de fait par un acte juridique concernant l'achat d'actions, permettant la reprise des 4.92 % de capital ayant droit de vote.

## **B.5 Marché intérieur**

### **B.5.1 Survol**

L'année 2008 amorce un tournant pour la jurisprudence relative à la Loi sur le marché intérieur révisée (LMI), en particulier grâce aux deux premiers cas que le Tribunal fédéral a tranché en dernière instance. Les jugements en question ont contribué d'une part à clarifier un certain nombre de questions fondamentales au sujet de l'application et de la portée de la LMI, ce qui leur confère une dimension dépassant le cas concret et, d'autre part, à confirmer l'utilité du droit de recours de la COMCO (ajouté à l'occasion de la révision de la loi) contre des restrictions illicites de l'accès au marché ou pour tout autre aspect relatif à cette loi. Le chapitre D contient une présentation complète de la nouvelle jurisprudence sur la LMI.

Par ailleurs, la COMCO et le Secrétariat se sont occupé en détail de l'avant projet relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics. Cet investissement va de pair avec la signification particulière que les marchés publics prennent du point de vue de la politique de la concurrence.

Enfin, le centre de compétence Marché intérieur a traité, cette année de nouveau, de nombreuses demandes de privés et d'autorités. Alors que les premiers rencontraient des difficultés par rapport à la mise en œuvre de leur droit à un libre accès au marché, les secondes cherchaient avant tout à s'assurer de la compatibilité avec la LMI de normes cantonales et communales, ainsi que de la pratique administrative.

### **B.5.2 Marchés publics**

L'avant-projet de la loi fédérale sur les marchés publics envoyé en procédure de consultation a donné lieu à plusieurs remarques. Ainsi, la COMCO soutient l'harmonisation partielle avec le droit des marchés publics cantonal à laquelle la révision aspire, tout en soulignant que du point de vue de la politique de la concurrence, une harmonisation complète serait préférable. Quant au principe, la COMCO soutient également l'intégration des dispositions spéciales de la LMI concernant les marchés publics dans la future LMP, prévue dans l'harmonisation par-tielle. Les offreurs devraient cependant toujours bénéficier de la possibilité, si nécessaire, de faire valoir devant un tribunal leur droit à un accès libre et égalitaire aux marchés publics cantonaux et communaux.

C'est pour cette raison que la COMCO salue l'effort qui est fait pour éviter que le droit des marchés publics soit préservé de toute instrumentalisation par des critères qui lui sont étrangers, tels que des critères de nature sociale ou de politique régionale et donc qui faussent la concurrence. Précisément, le fait que la concurrence entre

offeurs ne soit pas faussée constitue une condition centrale pour que l'Etat puisse engager les deniers publics.

Selon la COMCO, la révision totale devrait être mise à profit pour instaurer des règles minimales sur l'octroi des concessions (qui selon l'opinion dominante ne constituent pas un marché public), dans le but de permettre la concurrence entre concessionnaires ainsi que pour permettre la transparence du processus d'adjudication. D'autre part, il serait souhaitable de circonscrire la procédure de gré à gré (défavorable à la concurrence) à des cas bagatelles et de lui préférer la procédure d'appel d'offres (plus favorable à la concurrence).

La COMCO et son secrétariat suivront avec attention l'évolution de la procédure de révision et s'engageront pour que l'ordonnance d'exécution veille au respect de la concurrence.

## **B.6 Centre de compétences investigations**

Au début de l'année 2008, le Centre compétences investigations a mené sa plus grande opération, à laquelle 40 collaborateurs du Secrétariat et 30 experts et policiers externes ont été impliqués. Il s'agissait en outre du premier cas où des perquisitions ont été menées suite aux informations reçues d'un „Whistleblower“. Les perquisitions, ainsi que l'analyse des preuves, ont pu être menées à bien. En décembre 2008, des perquisitions ont en outre été menées en relation avec une enquête ouverte dans le domaine des composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation.

Au cours de l'année, le Tribunal pénal fédéral (BE.2007.10–13), puis le Tribunal fédéral (1B\_101/2008), ont pour la première fois analysé le comportement des autorités de la concurrence au cours d'une procédure de levée des scellés. Les deux instances ont confirmé la pratique des autorités de la concurrence et notamment confirmé la proportionnalité des perquisitions. Le Tribunal pénal a en outre affirmé, que l'avocat interne d'une entreprise ne pouvait se prévaloir du secret professionnel selon l'art. 321 CP, afin d'empêcher que des documents lui appartenant ne soient saisis. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette question, dans la mesure où les documents en question n'avaient pas été découverts auprès d'un avocat interne à l'entreprise, mais auprès d'autres collaborateurs de l'entreprise. De tels documents ne peuvent être, selon le Tribunal fédéral, couverts par le secret professionnel de l'avocat.

L'efficacité des perquisitions pourrait être dans le futur affectée de façon sensible, en raison – contrairement aux décisions de principe susmentionnées – de l'introduction légale d'une protection sans limite des documents d'avocats d'entreprise ou de juristes. A cet égard, le Centre compétences investigations a clairement relevé cette problématique, dans le cadre d'une consultation des offices relative à une législation sur les avocats d'entreprises.

## **B.7 Relations internationales**

La Comco et le Secrétariat soignent leurs relations étroites avec d'importantes autorités étrangères. L'officialisation des relations internationales entre les autorités de la concurrence par le biais d'accords de

coopération constitue un thème important pour les relations internationales. L'autorité de la concurrence suisse a reçu des représentants des autorités de la concurrence autrichienne et australienne. Le Président de la Comco a pour sa part rendu visite aux autorités française, autrichienne et anglaise. Un premier accord formel de coopération relatif aux questions de concurrence a été négocié dans le cadre des négociations d'un accord de libre-échange avec le Japon. Il s'agit du premier accord de coopération relatif aux questions de concurrence que la Suisse – probablement durant l'année 2009 – s'appête à signer. En outre, la cheffe du DFE a chargé la Comco de mener une Fact Finding Mission avec l'UE à propos de la coopération entre les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence.

**OCDE:** Des représentants de la Comco et du Secrétariat ont participé aux rencontres de l'*OECD Competition Committee* ainsi qu'aux groupes de travail „Competition and Regulation“, „International Cooperation and Enforcement“ et „Competition Law and Policy“. Dans ce cadre, plusieurs contributions ont été réalisées et présentées en collaboration avec le Seco par la délégation suisse. Les thèmes abordés lors des diverses sessions et tables rondes 2008 ont notamment été les accords amiables dans les procédures de cartels, le respect des prix de revente imposés, la puissance d'achat et monopole d'achat, rabais de quantité et de fidélité, la concurrence dans le domaine de la construction ainsi que les questions de concurrence au travers des participations minoritaires et du cumul des mandats d'administrateur.

**OMC:** Le Secrétariat a participé à l'examen de la politique commerciale de la Suisse par l'OMC qui se déroule tous les quatre ans. Dans ce cadre, il a fourni une contribution écrite au rapport fourni au secrétariat de l'OMC concernant la politique de la concurrence et répondu oralement aux diverses questions du secrétariat de l'OMC en visite à Berne en août 2008. L'examen final se tenait en décembre 2008 à Genève.

**ECA:** En septembre 2008, le Secrétariat a participé à la première rencontre du groupe de travail sur les procédures d'engagements (Commitment decisions) qui s'est tenue à Madrid. Le but de ce groupe de travail est de permettre aux différents pays de partager leur expérience dans le domaine des procédures d'engagements.

**ICN:** L'autorité suisse de la concurrence s'engage activement dans les travaux de l'*International Competition Network* et dans les différents groupes de travail. Les représentants de la Comco et du Secrétariat ont pris part à la septième conférence annuelle. Celle-ci a eu lieu à Kyoto en avril 2008. Lors de cette conférence, la Suisse a été présentée aux participants en tant que prochain pays organisateur. Tout au long de l'année, le secrétariat a effectué, en collaboration étroite avec Live Communication Agentur Group Worldspan, les travaux de préparation pour cette importante manifestation. La conférence se tiendra à Zurich du 3 au 5 juin 2009. L'ICN est actuellement la plus grande organisation internationale, à laquelle pratiquement toutes les autorités de la concurrence du monde ainsi que de nombreux spécialistes et praticiens du droit de la concurrence. La conférence annuelle de 2009 réunira à Zurich environ 600 personnes, traitant des questions actuelles du droit de la

concurrence. Le thème spécial que la Suisse a choisi d'aborder s'intitule: „Competition Law in Small Economies“.

**CNUCED:** Le Secrétariat a participé à la dernière conférence du programme de développement en faveur de cinq pays d'Amérique latine (COMPAL) dans le cadre de la CNUCED. Celle-ci a eu lieu à Genève les 21 et 22 juillet 2008. Lors de cette conférence, un bilan positif a été tiré du programme, qui a été réalisé grâce au soutien du Seco et en collaboration avec la CNUCED et la Comco, respectivement avec chacun des pays concernés. Dans le cadre de ce programme, le Secrétariat a accueilli, pour une durée de trois mois chacun, deux stagiaires de l'autorité de la concurrence du Salvador et un stagiaire de l'autorité du Costa Rica. La Comco et son Secrétariat ont également participé à la neuvième Session du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrence à Genève.

**Projet-Vietnam:** Au printemps 2008, le projet „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“, qui a pour but de renforcer et de soutenir l'autorité de la concurrence vietnamienne (VCAD) fondée en 2004, a été lancé. La collaboration bilatérale entre les autorités de la concurrence vietnamiennes et suisses comprend en particulier l'organisation de workshops au Vietnam, l'aide à la réalisation d'études de marché ainsi que des stages en Suisse destinés aux collaborateurs de VCAD. En outre, des collaborateurs du secrétariat se sont rendus au Vietnam en tant qu'experts, notamment pour l'élaboration de lignes directrices en relation avec les thèmes principaux du droit de la concurrence. L'organisation à but non lucratif CUTS (Consumer Unity & Trust Society), qui effectue un travail de soutien au Vietnam, est également impliquée dans ce projet. Celui-ci est prévu pour une durée de trois ans. Le financement est assuré par le Seco. La responsabilité de la gestion du projet incombe au Centre de compétences international.

## B.8 Perspectives

Pour 2009, les priorités de l'autorité de la concurrence sont, entre autres, les procédures concernant les accords horizontaux et verticaux durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) ainsi que les procédures concernant les pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante (art. 7 LCart). La lutte contre les cartels de soumission est également prioritaire.

Il y aura également la septième conférence annuelle de l'*International Competition Network* du 3 au 5 juin 2009 à Zurich.

## C Organisation et statistiques

### C.1 COMCO

D'un point de vue organisationnel, on notera qu'au cours de l'année 2008, la COMCO a re-noncé à une subdivision en trois chambres (Services, Infrastructure, Industrie et production), en raison de la décision du Conseil fédéral de réduire la taille Commission de 15 à 12 membres. A la fin de la législature 2003-2007, quatre membres ont cessé leurs fonctions. Pour la législature 2008-2011, le Conseil fédéral a nommé un nouveau membre, en la personne du prof. Andreas Kellerhals. La subdivi-

sion en trois chambres ne semblait alors plus appropriée; elle a été abandonnée en faveur d'une prise de décision en plénum. Le règlement interne a été adapté en conséquence et soumis à l'approbation du Conseil fédéral.

Au cours du premier semestre 2008, les membres de la COMCO ont discuté et déterminé la direction stratégique de la législature 2008-2011. Les principes directeurs dégagés et les buts visés ont été communiqués par écrit au DFE.

Diverses indiscretions apparues dans les médias ont conduit le ministère public à mener une enquête pour soupçons de violation du secret de fonction. Les larges investigations du ministère public n'ont pas mis en lumière d'indice concret quant à un comportement fautif de membres de la COMCO ou du Secrétariat. L'enquête a donc été classée sans suite.

En 2008, la COMCO a tenu 17 séances plénières. Mis à part le traitement des cas évoqués ci-dessus, la COMCO s'est également penchée, au cours de diverses séances, sur la question de son organisation et sur la révision du règlement interne qui s'y rapporte. Ponctuellement, les membres de la Commission ont aussi été impliqués dans l'évaluation en cours de la Loi sur les cartels.

## C.2 Secrétariat

A la fin du mois de septembre 2008, M. Dr. Patrick Krauskopf, Vice-directeur au Secrétariat de la COMCO a annoncé son retrait. Dans ses fonctions, M. Dr. Patrick Krauskopf dirigeait le Service industrie et production et s'occupait en plus de la direction du Centre de compétence international. La COMCO le remercie pour son investissement précieux, en particulier pour avoir établi et consolidé des relations avec les autorités étrangères compétentes en matière de concurrence, ainsi qu'avec les organisations internationales. La procédure de succession a été ouverte.

A la fin de l'année 2008, le Secrétariat occupait 64 collaboratrices et collaborateurs (plein temps et temps partiel), avec un pourcentage de femmes de l'ordre de 45 %. Cela correspond en tout à 57.9 postes à temps complet. Le personnel se répartissait comme suit: 43 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (en comptant la direction; 39.7 postes à temps complet), 11 stagiaires scientifiques (10.5 postes à temps complet), 10 collaboratrices et collaborateurs du Service ressources et logistique (7.7 postes à temps complet).

## C.3 Evaluation selon l'art. 59a LCart

Selon l'art. 59a de la Loi sur les cartels révisée en 2003, le Conseil fédéral se doit d'effectuer une **évaluation** de l'efficacité des mesures et de l'exécution de la Loi sur les cartels. Il doit remettre au parlement un rapport jusqu'au printemps 2009 et soumettre des propositions pour l'avenir. Le **Groupe d'évaluation Loi sur les cartels**, composé d'un **groupe de pilotage** et d'un **groupe de contact** était responsable de la conduite de l'évaluation. La mise sur pied du groupe de pilotage et le choix de ses membres a permis d'assurer une évaluation qui repose sur une large base de connaissances et

d'expériences, ainsi que de préserver l'indépendance nécessaire par rapport à la politique et aux autorités.

Le rapport de synthèse du groupe d'évaluation a été porté à la connaissance du Conseil fédéral le 14 janvier 2009. Le DFE examinera les recommandations et soumettra au Conseil fédéral, d'ici le printemps, des propositions pour l'avenir. Sur cette base, le Gouvernement rendra des comptes au parlement d'ici avril 2009.

<sup>1</sup> Les personnes suivantes appartenaient au groupe de pilotage : Dr. R. Corazza (Secrétariat de la COMCO, Directeur, Responsable de projet pour l'évaluation de la Loi sur les cartels et Président du groupe d'évaluation) ; Dr. U. Böge (ancien Président de l'Office fédéral des cartels allemand et de l'International Competition Networks ICN) ; Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, chef de la Direction de la politique économique) ; Dr. W. Bussmann (Office fédéral de la justice, Responsable évaluation législative et questions relatives au fédéralisme) ; Mme Prof. Dr. D. Herren (Université de Berne, Institut du droit des affaires) ainsi que M. Prof. Dr. V. Martenet (Université de Lausanne, Vice-président de la COMCO). Le groupe de contact se compose de M. F. Stüssi (Secrétariat de la COMCO, Rapporteur, Responsable de projet pour l'évaluation de la Loi sur les cartels) ; Dr. B. Zirlick (Secrétariat de la COMCO, Responsable du Centre de compétences droit) ; S. Michal (SECO, Responsable suppléant, Secteur Croissance et politique de la concurrence) et Dr. S. Rutz (Secrétariat de la COMCO, Responsable du Centre de compétences économie).

#### C.4 Statistiques

Enquêtes	2007	2008
menées durant l'année	18	20
dont reprises de l'année précédente	15	13
dont ouvertures	3	7
Décisions	7	4
dont adaptation du comportement	3	1
dont accords amiables	1	1
dont décisions de l'autorité	3	1
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	1
Mesures provisionnelles	2	2
Procédures de sanction selon l'art. 50 ss LCart	0	0
<b>Enquêtes préalables</b>		
Menées durant l'année	28	19
Reprises de l'année précédente	21	11
Ouvertures	7	8
Clôtures	18	12
dont ouverture d'une enquête	1	2
dont accords amiables	6	2
dont sans suite	11	8
<b>Autres activités</b>		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	26	31
Conseils	28	23
Observations de marché	62	36
Autres demandes	212	246
<b>Concentrations</b>		
Notifications	45	40
Pas d'intervention après examen préalable	39	39
Examens approfondis	5	3
Décisions de la COMCO	3	2
Réalisations provisoires	0	0
<b>Recours</b>		
Total des recours	n.a.	12
dont clôture	4	8
dont succès de l'autorité de la concurrence	2	7
dont succès partiel	0	1
Pendants depuis l'année précédente	n.a.	4
<b>Avis, recommandations, prises de position, etc.</b>		
Avis (art. 15 LCart)	1	2
Recommandations (art. 45 LCart)	0	4
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	4	3
Suivi des affaires	1	1
Communications (art. 6 LCart)	1	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	84	71
<b>LMI</b>		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Avis (art. 10 al. 1 LMI)	0	0
Conseils (Secrétariat)	25	31
Recours (art. 9 al. 2 <sup>bis</sup> LMI)	3	3

## D Jurisprudence relative à la LMI révisée

En 2008, le Tribunal fédéral et les instances cantonales ont rendu plusieurs arrêts de principe en application de la LMI révisée. Ils clarifient des questions de principe en rapport avec l'application et la portée de la LMI, si bien que leur signification va au-delà du cas particulier. Les trois arrêts les plus importants ainsi que les questions juridiques fondamentales auxquelles ils se rapportent sont présentés ci-dessous. Ces arrêts prouvent par ailleurs l'importance du nouvel instrument dont la Comco dispose, à savoir la possibilité de recourir elle-même contre les décisions cantonales qui restreignent indûment le libre accès au marché. La Comco a la volonté de continuer à faire usage de cette possibilité à l'avenir, afin de pouvoir répondre à des questions fondamentales.

*Arrêt du Tribunal fédéral du 24 septembre 2008 dans l'affaire Me X/Comco contre Tribunal administratif du canton de Vaud concernant l'engagement d'un avocat stagiaire (ATF 2C\_85/2008)*

L'affaire concerne un avocat qui s'est établi dans le canton de Vaud après plusieurs années de pratique dans le canton de Genève. Il lui a néanmoins été interdit d'engager un avocat-stagiaire parce que la législation vaudoise exige pour ce faire une pratique de 5 ans au moins dans le canton de Vaud. Un recours de l'avocat concerné contre cette interdiction a été rejeté par le Tribunal administratif vaudois. Cette décision a été contestée par l'avocat et la Comco auprès du Tribunal fédéral, avec succès. Le Tribunal fédéral a en effet constaté que la réglementation vaudoise constitue une restriction non proportionnée à l'accès au marché (violation de l'article 3 al. 1 let. c LMI) et permis à l'avocat d'engager un stagiaire.

La signification fondamentale de cet arrêt concerne les points suivants:

**Droit au libre accès au marché en vue d'un établissement et exercice d'une activité lucrative selon les prescriptions du lieu du premier établissement (art. 2 al. 4 LMI):** Celui qui s'établit à un autre endroit en vue d'y exercer une activité lucrative peut se prévaloir des prescriptions relatives à l'organisation de l'activité lucrative en vigueur au lieu du premier établissement (en l'espèce la législation genevoise, qui permettait à l'avocat recourant d'engager un stagiaire). La portée du droit découlant de l'article 2 al. 4 LMI est déterminée ainsi par le contenu de la liberté économique, lequel comprend entre autres la possibilité de s'organiser librement. Le lien fait avec la liberté économique est aussi juste que logique au vu du but de la LMI.

**Droit à la gratuité du libre accès au marché (art. 3 al. 4 LMI):** Ce droit ne se rapporte, comme cela était déjà le cas dans l'ancien droit (art. 4 al. 2 aLMI), qu'à la procédure administrative non contentieuse et non à la procédure de recours. Ainsi, celui qui recourt contre une décision administrative restreignant l'accès au marché doit (toujours) prendre en compte la possibilité de voir mettre à sa charge des frais de procédure, conformément aux dispositions de procédure applicables.

*Arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2008 dans l'affaire Canton de Zurich contre Mme X./Comco*

*concernant l'exercice de la profession de psychothérapeute (2C\_15/2008)*

L'état de faits à la base de l'arrêt du Tribunal fédéral est le suivant: Mme X., titulaire d'une autorisation de pratique indépendante de la profession de psychothérapeute délivrée par le canton des Grisons a requis auprès de la Direction de la santé du canton de Zurich une autorisation de pratiquer dans ce canton. Celle-ci lui a été délivrée à la condition qu'elle suive la formation (théorique) de base exigée par la législation zurichoise (études universitaires en psychologie). La direction de la santé faisait valoir que Mme X. disposait bien de la formation spécifique et de la pratique psychothérapeutique exigées pour l'octroi d'une autorisation, mais pas de la formation de base acquise lors d'études en psychologie. La formation de base de Mme X., à savoir des études de théologie complétées par un Master of Science en psychologie postgrade autrichien, a été jugée insuffisante. Mme X. et la Comco ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif zurichois en invoquant une violation du droit au libre accès au marché. Le Tribunal administratif a admis les deux recours et enjoint la Direction de la santé d'octroyer à Mme X. l'autorisation d'exercer. Le canton de Zurich a recouru contre cette décision auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable et a confirmé la décision du tribunal administratif zurichois.

La signification fondamentale de cet arrêt concerne les points suivants:

**Qualité pour recourir des collectivités publiques:** en vertu de l'art. 89 al. 1 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF), une collectivité publique a qualité pour recourir lorsqu'un de ses propres intérêts publics dignes de protection est touché par la décision attaquée. Par l'octroi d'une autorisation individuelle, le canton n'est en principe pas touché dans ses intérêts étatiques dignes de protection de manière suffisante. L'atteinte devient suffisante lorsqu'une telle décision individuelle va créer un préjudice et avoir pour conséquence probable la délivrance de nombreuses autres autorisations. Les intérêts publics dignes de protection des cantons peuvent être atteints par le risque d'une telle évolution lorsque les autorisations à octroyer contreviennent à la législation cantonale et que des intérêts de police et de politique de la santé significatifs sont en jeu. Le Tribunal fédéral a admis la qualité pour recourir du canton de Zurich sur cette base, dans la mesure où le recours porte sur l'appréciation générale du droit au libre accès au marché selon la LMI, mais pas pour les aspects purement individuels du cas d'espèce.

**Présomption d'équivalence des réglementations relatives à l'accès au marché et admissibilité de restrictions au libre accès au marché (art. 2 al. 5 et art. 3 al. 1 LMI):** Si les prescriptions d'accès au marché doivent être considérées comme équivalentes au lieu de provenance et à celui de destination, il n'y a pas de place pour des restrictions au libre accès au marché sous la forme de charges ou conditions. La question de l'équivalence est examinée par le biais d'une comparaison des deux réglementations, comme elles découlent des dispositions générales et abstraites du droit cantonal ou communal ainsi que de leur application dans la pratique, à la lumière des intérêts publics à protéger. L'autorité du lieu de

destination qui envisage une restriction à l'accès au marché doit dès lors tout d'abord procéder à une évaluation de l'équivalence des réglementations. En l'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé l'appréciation du Tribunal administratif zurichois, qui avait estimé, au vu des intérêts publics à protéger (protection de la santé et des patients), que les réglementations relatives à l'accès au marché devaient être considérées comme étant équivalentes, en dépit de leurs différences par rapport à la formation de base exigée.

*Décision du Tribunal administratif du canton du Tessin du 10 octobre 2008 dans l'affaire Mme X./Comco contre Conseil d'Etat du canton du Tessin concernant une autorisation de pratiquer de manière indépendante en qualité de thérapeute en médecine complémentaire*

L'état de faits à la base de la décision du Tribunal administratif tessinois est le suivant: Mme X., qui a pratiqué - sans qu'une autorisation ne soit requise - la médecine complémentaire de manière indépendante dans le canton de Zug pendant plus de 15 ans, a sollicité une autorisation de pratiquer auprès de la Direction de la santé du canton du Tessin, qui a refusé cette demande. Mme X. a recouru contre cette décision auprès du Conseil d'Etat du canton du Tessin, qui a rejeté le recours et confirmé la décision de la Direction de la santé. Mme X. et la Comco ont recouru contre la décision du Conseil d'Etat auprès du Tribunal administratif tessinois. Le tribunal a admis les deux recours et a enjoint la Direction de la santé d'octroyer une autorisation de pratiquer à Mme X. Un recours du Conseil d'Etat tessinois contre cette décision est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

La signification fondamentale de cet arrêt concerne les points suivants:

Droit au libre accès au marché en vue d'un établissement et exercice d'une activité lucrative selon les prescriptions du lieu du premier établissement (art. 2 al. 4 LMI): Le droit au libre accès au marché existe aussi lorsque l'activité lucrative en cause n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance, contrairement au lieu de destination. Il est alors fondé sur l'activité exercée légalement au lieu de provenance.

Présomption d'équivalence des réglementations relatives à l'accès au marché et admissibilité de restrictions au libre accès au marché (art. 2 al. 5 et art. 3 al. 1 LMI): L'autorité du lieu de destination ne peut envisager une restriction au libre accès au marché que lorsqu'il résulte de l'examen de la réglementation relative à l'accès au marché en vigueur au lieu de provenance que celle-ci n'est pas équivalente. En l'espèce, le Tribunal administratif a estimé que la réglementation (libérale) relative à l'accès au marché du canton de Zug n'était pas équivalente.

Restriction à l'accès au marché non proportionnée au vu de l'expérience professionnelle (art. 3 al. 2 LMI): Une activité pratique de plusieurs années suffit à garantir la protection d'intérêts publics prépondérants, si bien que toute restriction à l'accès au marché - comme dans le cas d'espèce - doit être jugée disproportionnée et dès lors contraire à la LMI. Le Tribunal administratif a ainsi confirmé le durcissement, découlant de la révision de la loi, des conditions auxquelles l'accès au marché peut être restreint, qui impose notamment à l'autorité du lieu de destination de prendre en compte de l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance.

A 1.

**3. Rapporto annuale 2008 della Commissione della concorrenza****Prefazione del presidente**

Il diritto della concorrenza è stato profondamente segnato dai disastri avvenuti nei mercati finanziari nel corso del 2008. Lo Stato è intervenuto in modo massiccio per sostenere le imprese ritenute essenziali per il funzionamento del sistema economico. La Svizzera non fa eccezione, anzi il suo impegno si colloca tra i maggiori del mondo, in corrispondenza dell'importanza economica che il settore finanziario riveste nel nostro Paese. L'intervento elvetico è stato preparato con cura e la sua attuazione è stata minuziosa e proporzionale, ma non ha potuto evitare serie distorsioni della concorrenza che rischiano di tenere occupate in futuro, non soltanto le autorità di regolazione, ma anche le autorità della concorrenza.

Nell'immediato la politica della concorrenza può almeno trarne un insegnamento: le dimensioni delle imprese, in cifre assolute, costituiscono un elemento essenziale, non solo per il funzionamento della concorrenza, ma anche per la ripartizione dei rischi. Sarà opportuno ricordarsene nel momento in cui si valuteranno gli argomenti di struttura economica in ambiti quali il controllo delle concentrazioni.

Il 2008 è stato per altro un anno caratterizzato dalla riorganizzazione della Commissione della concorrenza, che per la nuova legislatura è stata ridotta da 15 a 12 membri e d'ora in avanti svolgerà la sua attività in riunione plenaria, con una presidenza che svolge un ruolo più attivo nella preparazione degli incarti all'attenzione della Commissione.

Le decisioni più importanti dell'anno scorso hanno riguardato il settore della distribuzione. In seguito all'assorbimento di Denner da parte di Migros e di Carrefour (Suisse) da parte di Coop, questo settore presenta una concentrazione ancora più forte che in passato. Nonostante ciò la concorrenza si è intensificata, in particolare in seguito all'arrivo di due concorrenti stranieri di portata europea. Ora gli effetti della pressione concorrenziale si fanno sentire chiaramente, il tutto a vantaggio del consumatore.

Si segnalano infine importanti decisioni nell'inchiesta sulle tariffe di terminazione nella telefonia mobile prese dal Tribunale amministrativo federale relative alla procedura davanti all'autorità della concorrenza. Queste decisioni rafforzeranno l'efficacia delle procedure senza compromettere i diritti delle parti.

Prof. Walter A Stoffel  
Presidente della Commissione della concorrenza

## A Introduzione

Per le autorità della concorrenza l'ultimo anno è stato caratterizzato da attività preventive volte a ostacolare distorsioni della concorrenza. Nel corso di incontri diretti, gli enti aggiudicatori pubblici sono stati sensibilizzati alla questione degli accordi di appalto (cfr. B.1). A seguito di consulenze è stato possibile concretizzare e affinare la prassi relativa alle raccomandazioni di prezzo (cfr. B.2.3). Con le sue raccomandazioni al Consiglio federale in materia di telecomunicazione, energia e settore postale, la Comco ha richiamato l'attenzione sulle condizioni quadro aventi un effetto di distorsione della concorrenza (cfr. B.2.1).

Il 2008 è stato caratterizzato anche da decisioni concrete su cui si è costituita una prassi. Le decisioni del Tribunale federale riguardo alla legge sul mercato interno (LMI), sulle quali ha influito la Comco e che concernono il rilascio di autorizzazioni per l'esercizio di una professione, hanno fornito motivazioni alla prassi nonché un segnale per tutto il Paese (cfr. B.5 e D). La Comco ha sanzionato una filiale di Galenica AG per abuso di posizione dominante sul mercato in relazione alla pubblicazione del compendio dei medicinali (cfr. B.2.1). Inoltre, nell'ambito della connessione Internet a banda larga (ADSL), la Segreteria ha richiesto una sanzione contro Swisscom per la sua politica dei prezzi (cfr. B.3.1). La Segreteria ha effettuato perquisizioni in diversi casi di possibili accordi *hard core* sui prezzi (cfr. B.4 e B.6).

In particolare la Segreteria ha portato avanti le inchieste in corso, anche se in molti casi ci sono state controversie relative a questioni procedurali davanti alle istanze di ricorso, il che ha determinato un allungamento delle procedure e l'impegno di risorse supplementari. Il Tribunale penale federale e il Tribunale federale hanno emesso sentenze chiarificatrici sul modo di procedere dell'autorità della concorrenza in occasione delle perquisizioni, autorizzandola a dissigillare i mezzi di prova sequestrati e sigillati (cfr. B.3.4 e B.6). Anche se gli accordi verticali sono stati un tema in primo piano già nel 2008, le decisioni in merito sono attese nel corso del 2009. Ciò nonostante è stato possibile portare avanti o addirittura concludere le inchieste in sospeso. Per quanto riguarda una segnalazione relativa a „Maestro Interchange Fee”, le istanze di ricorso hanno confermato la prassi della Comco (cfr. B.2.2). Nel prosieguo dell'inchiesta sulle tasse di terminazione della telefonia mobile, diversi provider hanno risposto solo dopo le decisioni emanate dal Tribunale amministrativo federale alla richiesta di informazioni da parte delle autorità della concorrenza (cfr. B.3.1). Inoltre le autorità della concorrenza hanno concluso due ampie procedure di controllo delle concentrazioni, Coop/Carrefour e Fenaco/Steffen-Ris, per le quali sono stati previsti degli oneri per il mantenimento della concorrenza (cfr. B.3.3 e B.4.1).

Nell'anno in rassegna sono stati di notevole importanza anche i lavori di valutazione della legge sui cartelli in vista della presentazione di un rapporto al Parlamento (cfr. C.3). La Segreteria si è infine impegnata molto nei lavori di preparazione della conferenza annuale dell'International Competition Network, che si terrà a Zurigo dal 3 al 5 giugno 2009 (cfr. B.7).

## B Attività nei vari ambiti economici

### B.1 Accordi di appalto

Nel quadro della lotta contro gli accordi di appalto la Segreteria ha fissato un obiettivo prioritario a lungo termine a seguito di diverse questioni che ha esaminato o sta esaminando, ad esempio i casi della Biblioteca nazionale, la realizzazione della NFTA, le pavimentazioni stradali nel Canton Ticino e gli accordi nell'ambito delle installazioni elettriche. Tali eventi hanno fatto supporre che anche al giorno d'oggi i cartelli nel settore degli appalti non siano una rarità. Nell'ambito del conseguimento di questo obiettivo la Segreteria persegue due obiettivi principali: da un lato sia l'opinione pubblica sia gli enti aggiudicatori devono essere sensibilizzati alla problematica degli accordi di appalto e va rafforzato inoltre il ruolo di interlocutore delle autorità della concorrenza. Dall'altro devono essere create basi interne che agevolino l'individuazione di tali accordi. Nel complesso va aumentata a medio termine l'efficacia preventiva della legge sui cartelli e va ridotto lo stimolo a costituire cartelli di appalto.

Per raggiungere questi obiettivi sono stati ampliati i contatti con gli enti aggiudicatori e con importanti organi nel settore degli appalti pubblici. Nel marzo 2008 il presidente della Comco ha quindi partecipato a una riunione della Conferenza svizzera dei direttori cantonali delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e della protezione dell'ambiente (DCPA) e, nel settembre 2008, in occasione dell'assemblea generale di quest'ultima ha tenuto una relazione sul tema degli accordi di appalto. Il presidente e il direttore della Comco hanno riferito sullo stesso tema nel mese di agosto 2008 davanti alla Commissione degli acquisti della Confederazione (CA). Inoltre la Segreteria svolge corsi di formazione esterni con il personale degli enti aggiudicatori della Confederazione per sensibilizzarli alla problematica sugli accordi di appalto. Tali attività hanno portato anche ai primi accertamenti interni, in collaborazione con gli enti aggiudicatori cantonali, sui mercati potenzialmente problematici.

### B.2 Servizi

#### B.2.1 Sanità pubblica

Nella decisione del 7 luglio 2008 la Comco ha stabilito che **Documed AG**, filiale di Galenica AG, abusa della sua posizione dominante discriminando i partner commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. b LCart). Documed AG pubblica in Svizzera il compendio dei medicinali, che contiene informazioni specifiche su tutti i farmaci autorizzati nel nostro Paese; si occupa inoltre dell'edizione delle informazioni per medici e pazienti.

Per la pubblicazione di queste ultime Documed AG ha discriminato i partner commerciali concedendo a determinate case farmaceutiche che avevano un elevato numero di testi da pubblicare la possibilità di stabilire „d'intesa” i prezzi delle pubblicazioni. Inoltre per i testi che sono rimasti invariati rispetto all'anno precedente Documed AG ha chiesto gli stessi prezzi dei testi che sono stati pubblicati per la prima volta nell'anno di esercizio attuale e, in quanto tali, erano ancora passibili di correzioni.

Documed AG si è impegnata, mediante una conciliazione, a definire in futuro i prezzi per la pubblicazione di tali informazioni in modo non discriminante e basato sui costi. Avendo abusato della sua posizione dominante sul mercato, Documed è stata condannata a pagare una sanzione di CHF 50 000.-.

Con la decisione del 6 ottobre 2008 la Comco ha concluso la sua indagine sulle **convenzioni tariffarie nel settore dell'assicurazione complementare nel Cantone di Lucerna** (DPC 2008/4. p. 544 e segg.)

Nell'ambito di questa procedura la Comco ha chiarito la questione relativa all'applicabilità o meno della legge sui cartelli nel settore dell'assicurazione complementare (art. 2 e 3 LCart) e al grado di liceità delle trattative di gruppo in tale ambito.

Già nel 2006 la Comco aveva stabilito in una decisione incidentale (DPC 2006/3, p. 513 e segg.) che nel Cantone di Lucerna gli ospedali pubblici e quelli sussidiati dall'ente pubblico non sono economicamente autonomi per quanto concerne la definizione delle tariffe, dal momento che in questo ambito è il Cantone a esercitare il controllo economico. Il Cantone assume una posizione analoga a quella di un gruppo quindi, sulla base dell'articolo 2 LCart, la legge sui cartelli non è applicabile nel rapporto interno tra gli ospedali. Va osservato tuttavia che l'ottica funzionale determinante in base all'art. 2 LCart non esclude la possibilità che un ospedale pubblico o sussidiato dall'ente pubblico nel Cantone di Lucerna possa rientrare singolarmente nel campo d'applicazione della LCart qualora, in un altro settore, figuri autonomamente sul mercato come impresa.

Nella decisione finale la Comco ha stabilito che nel Cantone di Lucerna tutti gli ospedali pubblici o sovvenzionati dall'ente pubblico detengono una posizione dominante sul mercato e possiedono un potere contrattuale molto forte nei confronti degli assicuratori malattia. La forte posizione degli ospedali è notevolmente condizionata dalle condizioni quadro legali dell'assicurazione di base, che di fatto obbligano gli assicuratori malattia a stipulare contratti con tutti gli ospedali per le prestazioni assicurative complementari. Ne consegue che il singolo assicuratore può esercitare ben poca pressione sui prezzi in sede di trattative sulle tariffe. Sulla base di questa situazione la Comco è giunta alle conclusioni seguenti.

In linea di massima sarebbe auspicabile che le trattative venissero fatte, sia da parte dei fornitori di prestazioni sia dagli assicuratori malattia, all'interno di piccoli gruppi omogenei (trattative bilaterali).

Se gli assicuratori malattia si trovano di fronte a un forte gruppo di ospedali (come nel caso del Cantone di Lucerna), può risultare efficiente e lecito secondo la legislazione sui cartelli, consentire lo sviluppo di un contropotere („countervailing power”) da parte degli assicuratori malattia. Ciò significa che la costituzione in gruppi da parte degli assicuratori malattia è ammessa nella misura in cui porti a posizioni negoziali bilanciate (trattative di gruppo).

Il presupposto per la liceità delle trattative di gruppo da parte degli assicuratori malattia si fonda sul fatto che sul mercato assicurativo a valle non sono da attendersi conseguenze sfavorevoli per gli assicurati.

Infine queste conclusioni sono valide sullo sfondo dell'attuale finanziamento e ordinamento degli ospedali (soprattutto la lista degli ospedali e l'obbligo di contrarre da essa derivante), che sono definiti approfonditamente dalle basi legali dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico sanitarie.

Le autorità della concorrenza hanno ricevuto nel 2008 due segnalazioni di concentrazioni che hanno riguardato imprese attive sul mercato delle assicurazioni sociali. Dall'esame preliminare è emerso che l'assorbimento di **Intras da parte di CSS** e di **Xundheit da parte di Concordia** non ponevano problemi di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante sui vari mercati in cui operano queste società. Tuttavia è sembrato che in alcuni Cantoni la fusione abbia determinato il raggiungimento di importanti quote di mercato, soprattutto nel settore dell'assicurazione malattia complementare. Appare degno di nota il fatto che, in conclusione, la fusione tra Concordia e Xundheit non sia stata realizzata.

### B.2.2 Servizi finanziari

Con la sentenza del 29 febbraio 2008 il Tribunale amministrativo federale ha respinto un **reclamo sporto dai quattro istituti finanziari** Credit Suisse, Raiffeisen Svizzera, UBS AG e Banca cantonale di Zurigo in merito alle commissioni interbancarie delle carte di credito Maestro (*Interchange Fees*). Il reclamo era rivolto contro la decisione della Comco del 2007 di non effettuare alcuna indagine. Al contempo non sono state fatte verifiche in merito alla liceità di una commissione interbancaria concordata in via multilaterale (*Domestic Multilateral Interchange Fee*; DMIF) per i pagamenti nazionali con la carta di debito Maestro.

La decisione della Comco era stata preceduta da un annuncio degli istituti finanziari nell'ambito di una procedura di opposizione secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Tale annuncio aveva come oggetto la prevista introduzione di una DMIF per le transazioni nazionali con le carte di debito Maestro. La Segreteria ha avviato in seguito un'inchiesta preliminare e ha esaminato il progetto per sommi capi al fine di individuare eventuali limitazioni della concorrenza. Nel suo rapporto la Segreteria è giunta alla conclusione che nel caso della DMIF proposta potrebbe trattarsi di un accordo illecito. Tuttavia, non essendo stato attuato il progetto e quindi non essendoci state ripercussioni sul mercato, la Comco ha deciso di non avviare un'inchiesta.

Il Tribunale amministrativo federale ha difeso la decisione della Comco. Il Tribunale non ha escluso in linea di massima la possibilità di emanare una decisione d'accertamento, sulla base dell'articolo 25 della legge federale sulla procedura amministrativa (PA), anche in relazione a un annuncio secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Tuttavia una decisione d'accertamento può riferirsi solo a una chiara fattispecie (del passato) verificatasi effettivamente, ovvero che è constatabile in modo obiettivo. Nel caso in questione non è così, poiché dopo l'annuncio le parti non hanno attuato la limitazione della concorrenza e la fattispecie si presenta molto complessa. Pertanto non è possibile stabilire in anticipo se e quali ripercussioni avrà sul mercato la prevista limitazione della concorrenza, motivo per cui le parti non possono chiedere una constatazione

giuridica della sua esistenza da parte della Comco. Infine il Tribunale amministrativo federale fa notare che una simile decisione d'accertamento non sarebbe adeguata dal punto di vista giuridico poiché dovrebbe basarsi in gran parte su prognosi, ipotesi e condizioni. Nell'ambito di un *obiter dictum* il Tribunale amministrativo federale si è espresso sul fatto che l'esito di questa decisione risulterebbe insoddisfacente per le parti perché non fornirebbe loro la sicurezza giuridica sulla liceità o meno del loro comportamento sotto il profilo della legislazione sui cartelli. Il Tribunale ha proposto quindi alle autorità della concorrenza, in caso di annunci secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart, di non imporre sanzioni bensì di emanare solo una sanzione simbolica e di rendere noto alle parti almeno i parametri decisionali rilevanti. Inoltre ha esortato il legislatore a esaminare *de lege ferenda* l'introduzione di un esplicito principio di opportunità. In dicembre 2008 il Tribunale federale ha respinto i ricorsi presentati dalle banche, appoggiando quindi le decisioni del Tribunale amministrativo federale e della Comco.

La crisi finanziaria derivante dal mercato immobiliare americano, dopo una chiara accentuazione a metà settembre del 2008, ha coinvolto anche Stati con mercati immobiliari ancora intatti. La **crisi finanziaria** ha portato sia negli Stati Uniti che in Europa all'adozione di misure statali per la stabilizzazione del sistema finanziario nonché a interventi di salvataggio a favore di alcuni istituti finanziari di importanza storica. In Svizzera è stata soprattutto l'UBS AG, molto attiva negli Stati Uniti, a risentire notevolmente delle perdite sui mercati finanziari. Le misure varate per la stabilizzazione del sistema finanziario svizzero hanno toccato anche i compiti dell'autorità della concorrenza, la quale ha ricordato che dal principio della libertà economica deriva il diritto alla parità di trattamento per tutti gli operatori economici e gli interventi statali nella libertà economica dovrebbero essere fatti nel modo più neutrale possibile dal punto di vista della concorrenza.

Un altro compito legato alla crisi finanziaria è stato il controllo di una **concentrazione d'impresa**. BNP Paribas, un gruppo bancario quotato in Francia, ha acquisito una partecipazione maggioritaria in Fortis Bank SA/NV, Fortis Banque Luxembourg SA e Fortis Insurance Belgium SA/NV. Queste aziende appartenevano al gruppo bancario Fortis, che è stato vittima della crisi finanziaria. Il gruppo Fortis è presente principalmente in Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi. Le quote di mercato delle filiali e delle succursali di Fortis Bank SA/NV e di Fortis Banque Luxembourg SA in Svizzera sono poco elevate. Pertanto questa fusione non crea né rinforza la posizione dominante di BNP Paribas sui mercati svizzeri. Inoltre le parti hanno confermato che l'impegno assunto da BNP Paribas nei confronti della Commissione europea è valido anche in Svizzera. La Comco non ha quindi avviato un esame approfondito di questa concentrazione che è stata realizzata nel dicembre 2008.

**SEPA** (Single Euro Payments Area) è un insieme di regole tecniche che definiscono un quadro per armonizzare i sistemi di pagamento esistenti all'interno dell'UE. Anche le banche dei Paesi del SEE e della Svizzera hanno accesso al SEPA. Il principio è che nell'UE ogni attore economico può effettuare e ricevere pagamenti in

euro sia nel suo Paese d'origine sia in un altro Paese alle stesse condizioni e a tariffe identiche. La Segreteria ha analizzato lo stato di avanzamento dell'attuazione del SEPA e le implicazioni per la Svizzera; esso dovrebbe essere interamente operativo nel 2010. Successivamente alla decisione **SWX-SIS-Telekurs** (DPC 2007/4, p. 557 e segg.), la Segreteria ha seguito anche l'evoluzione del «Code of Conduct» europeo concernente il clearing e il settlement dei titoli negoziati in Borsa, che impone alle imprese firmatarie tariffe trasparenti, apertura dell'accesso e interoperabilità.

Per quanto riguarda le **assicurazioni** la Segreteria ha espresso il suo parere nell'ambito di una consultazione interna agli uffici federali sul progetto di revisione della legge sul contratto di assicurazione. La Segreteria ha espresso il suo apprezzamento per diverse modifiche del diritto vigente volte a una maggiore chiarezza e quindi a una maggiore trasparenza a vantaggio degli assicurati. L'auspicio è che ne consegua anche una maggiore comprensibilità e comparabilità dei prodotti offerti, un aspetto positivo sotto il profilo della legislazione in materia di concorrenza. Resta da precisare invece la questione dell'obbligo d'informazione relativo alla remunerazione degli intermediari da parte delle società assicurative. La Segreteria ritiene che l'obbligo d'informazione dovrebbe concernere in ugual misura tutti gli intermediari assicurativi: esso dovrebbe valere non solo per i mediatori (broker) che operano per gli assicurati, bensì anche per gli agenti che rappresentano gli interessi di una o più società assicurative. Solo in questo modo si garantisce che non si verifichino indesiderate distorsioni di mercato tra questi due tipi di intermediari e che il cliente sia a conoscenza delle remunerazioni corrisposte.

### B.2.3 Professioni liberali

Per quanto concerne le professioni liberali, la Segreteria è intervenuta contro le **raccomandazioni tariffarie** emesse dalle associazioni professionali. Emanando o pubblicando tariffe, raccomandazioni di prezzo, prezzi indicativi, liste di prezzi e schemi di calcolo le associazioni economiche e di categoria possono trasmettere e promuovere tra i loro membri accordi diretti o indiretti sui prezzi. Le descrizioni o le catalogazioni delle prestazioni con tariffe o prezzi sono di norma considerate accordi di prezzi in base all'articolo 5 capoverso 3 lettera a LCart. I motivi solitamente adottati per le libere professioni (trasparenza delle prestazioni e dei prezzi, strumenti di riferimento per i nuovi operatori del settore, fatturazione semplificata, tutela dei clienti) non corrispondono in genere ai motivi di efficienza economica secondo l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Le associazioni hanno a disposizione almeno due strumenti alternativi che soddisfano le esigenze delle libere professioni e sono conformi alla legislazione sui cartelli. Uno strumento è dato dalle descrizioni delle prestazioni senza alcun tipo di indicazione tariffaria; tali descrizioni non stabiliscono importi precisi e pertanto non limitano la libera formazione dei prezzi. L'altro strumento è la pubblicazione di dati storici, aggregati e consolidati da rilevazioni (rappresentativi). Tali dati devono essere accessibili ai consumatori e deve essere indicato il carattere non vincolante delle tariffe. La rilevazione e la pubblicazione di tali dati dovrebbe essere curata da terzi indipendenti (ad es. una società

fiduciaria, l'Ufficio federale di statistica, un'università o un'organizzazione dei consumatori).

Nell'ambito di una consulenza l'associazione svizzera dei copywriter „script” ha optato per la pubblicazione di dati storici, aggregati e supportati da rilevazioni in merito agli onorari di tale categoria. La script ha rilevato mediante un questionario le prestazioni fornite dai copywriter, dopo averle definite anticipatamente con la Segreteria (ad es. annuncio pubblicitario, rivista per la clientela, sito web e slogan).

Una volta corretti i dati, sono stati calcolati per ogni tipo di prestazione i valori seguenti: valore minimo e massimo, valore medio, valore mediano, deviazione standard, quantili (10 %, 25 %, 75 % e 90 %). Sulla base di un'approfondita analisi di questi valori e di una valutazione delle caratteristiche del mercato sono stati definiti i valori che possono essere pubblicati.

	V. medio	V. mediano	V. minimo	Quantile 10%	Quantile 90%
Annuncio	636	600	60	308	1060
Cartellone	685	640	110	310	1064

La presente pubblicazione, conforme alla legislazione della legge sui cartelli e basata sul mercato in questione, illustra in forma aggregata gli onorari storici e forniti dalla rilevazioni portando a una trasparenza degli onorari nei confronti dei clienti e dei copywriter. Tali dati non compromettono la concorrenza, bensì la rafforzano aumentando la trasparenza. Inoltre tale genere di informazioni permette di proteggere i consumatori da onorari abusivi e di fornire un aiuto ai nuovi operatori sul mercato. In tal modo viene soddisfatta anche un'esigenza delle organizzazioni dei consumatori e delle associazioni dei liberi professionisti. Esiste un opuscolo sugli onorari dei copywriter che può essere consultato sia dai professionisti del settore sia dai clienti, i cui dati verranno aggiornati fra tre o quattro anni.

Un'inchiesta relativa al settore delle professioni liberali e dei servizi professionali (installatori elettrici della regione bernese) è in corso d'istruzione e dovrebbe poter essere conclusa nel primo semestre del 2009.

È stata analizzata una concentrazione anche nel settore dell'impiego temporaneo: la Segreteria ha esaminato la fusione di Randstad (Svizzera) AG e Vedior (Svizzera) AG. Dall'annuncio non emergevano indizi secondo cui tale operazione avrebbe creato o rafforzato una posizione dominante sul mercato dal momento che, considerando tutte le delimitazioni, le quote di mercato delle parti non superavano il 10 %, inoltre i tre principali concorrenti in Svizzera possedevano una quota di mercato ugualmente elevata nel settore del collocamento di impieghi fissi e temporanei. Pertanto si è ritenuto che la fusione non avrebbe comportato rischi.

Infine è stata portata a termine una **procedura di sanzione** secondo l'articolo 52 LCart nei confronti di una centrale di taxi della città di Zurigo. Nell'ambito di un'inchiesta preliminare sono state interpellate diverse imprese. Una di esse si era tuttavia rifiutata di fornire informazioni sul proprio conto. Dal momento che non è

Nel presente caso si è deciso di non pubblicare il valore massimo poiché avrebbe potuto comportare delle ripercussioni sui prezzi e il rischio di una distribuzione troppo „a sinistra”. Per questa ragione è stata considerata importante la pubblicazione del valore mediano e del valore minimo. Per la Segreteria erano rilevanti, ai fini della pubblicazione, oltre al valore medio e a quello mediano, i quantili 10 % e 90 %, poiché questi dati permettono di descrivere la varietà di onorari chiesti sul mercato. Nel caso in questione la pubblicazione del quantile 10 % ha relativizzato inoltre il valore minimo. La pubblicazione della deviazione standard e dei quantili 25 % e 75 % sarebbe, a dire il vero, obbligatoria, ma non lo è stata. A titolo illustrativo si riportano i due esempi seguenti (in CHF per annuncio/cartellone):

mai stata presentata alcuna risposta nonostante i numerosi solleciti e una decisione che confermava l'obbligo di fornire tali informazioni, la Commissione della concorrenza ha sanzionato questa impresa con una multa di CHF 10 000.- per violazione dei suoi obblighi legali. Il ricorso presentato al TAF è ancora pendente.

### B.3 Infrastrutture

Il 2008 è stato caratterizzato anche da lavori nell'ambito della procedura di ricorso contro due importanti decisioni dell'anno precedente, ovvero la decisione della Comco del 5 febbraio 2007 concernente le tariffe di terminazione della telefonia mobile e la decisione del 5 marzo 2007 relativa a Publigroupe, in merito alle quali pendono due procedure di ricorso presso il Tribunale amministrativo federale. Inoltre nel 2008 è stato possibile accelerare notevolmente l'istruzione di diverse procedure (politica dei prezzi ADSL, tariffe di terminazione della telefonia mobile e inchiesta sui servizi di spedizione), con le quali sono state create le basi per le decisioni dell'anno a venire. Inoltre la Comco è stata particolarmente attiva mediante raccomandazioni e perizie nei settori regolamentati quali telecomunicazioni, energia e posta.

#### B.3.1 Telecomunicazione

Per quanto riguarda l'inchiesta sulla **politica delle tariffe ADSL** di Swisscom la Segreteria ha concluso le sue indagini. Essa è giunta alla conclusione che Swisscom ha abusato della sua posizione dominante nell'ambito dei servizi ADSL, pertanto ha proposto alla Comco di multare Swisscom di un importo di circa 237 milioni di franchi. Nell'inchiesta sulla politica delle tariffe ADSL si tratta della problematica seguente: Swisscom mette a disposizione dei fornitori di servizi di telecomunicazione quali Sunrise, Tele2, VTX o Green una prestazione intermedia per Internet a banda larga. Swisscom ha richiesto – rispetto ai prezzi per i clienti finali – tariffe elevate per l'offerta di prestazioni intermedie. Visto il margine troppo esiguo tra i prezzi delle prestazioni intermedie

e quelli praticati ai clienti finali, secondo il giudizio della Segreteria si è trattato in sostanza della cosiddetta pratica di *price (o margin) squeeze*, ossia di compressione dei margini per i concorrenti. Swisscom potrà esprimersi sulla proposta della Segreteria prima che la Comco prenda una decisione.

L'inchiesta sulle **tariffe di terminazione della telefonia mobile** è stata continuata per i fatti avvenuti dopo il 31 maggio 2005. La Segreteria ha inviato richieste di informazioni ai fornitori di telefonia mobile operanti in Svizzera. Orange e Swisscom si sono rifiutati di rispondere adducendo considerazioni sulla razionalità della procedura e il rinvio a un ricorso pendente relativo alla prima parte dell'inchiesta. Nelle tre sentenze del 6 novembre 2008, il Tribunale amministrativo federale non ha trattato i ricorsi di Orange e Swisscom. Nella precisazione della giurisprudenza il Tribunale amministrativo federale ha stabilito che per l'impugnabilità di una richiesta di informazioni non si può semplicemente considerare qualsiasi onere derivante dalla compilazione di un questionario come uno svantaggio non compensabile. L'inchiesta dovrebbe pertanto poter proseguire. È tuttora pendente presso il Tribunale amministrativo federale il ricorso di Swisscom contro la decisione della Comco del 5 febbraio 2007 concernente le tasse di terminazione di telefonia mobile nel periodo fino al 31 maggio 2005.

Nella **raccomandazione congiunta** del 25 agosto 2008 la Comco, il Sorvegliante dei prezzi e la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) hanno chiesto al Consiglio federale di creare uno strumento più efficace per una rapida definizione delle tariffe di accesso alla rete delle società svizzere di telecomunicazione. La legge sulle telecomunicazioni deve essere modificata in modo che i cosiddetti prezzi di interconnessione e di accesso alla rete possano essere esaminati d'ufficio dalla ComCom. Attualmente la ComCom ha la facoltà di esaminare i prezzi di accesso soltanto a seguito di un'azione legale intentata da un fornitore. La raccomandazione congiunta di Comco, Sorvegliante dei prezzi e ComCom è stata successivamente accettata nella mozione parlamentare Forster, accolta dal Consiglio federale il 5 dicembre 2008.

La Comco ha approvato nell'estate 2008 **tre perizie** all'attenzione della ComCom. Nelle procedure legislative della ComCom relative all'accesso ai servizi di telecomunicazione, la Comco deve valutare mediante perizie l'esistenza di una posizione dominante sul mercato qualora la questione si presenti controversa. Si è trattato della perizia del 3 giugno 2008 sulla fatturazione per l'uso della rete locale, della perizia del 23 giugno 2008 concernente le linee affittate e della perizia del 7 luglio 2008 sulle canalizzazioni per cavi. In tali perizie la Comco è giunta alla conclusione che in determinati settori Swisscom deteneva una posizione dominante sul mercato. Ciò si riferiva in tutti e tre i casi a settori che hanno attinenza diretta o indiretta con la rete di collegamento di Swisscom.

Il 10 novembre 2008 la Comco ha autorizzato l'acquisto di **Tele2** da parte di **Sunrise**. L'analisi provvisoria non ha fornito elementi che potessero motivare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato.

Con la decisione del 15 dicembre 2008 la Comco ha sospeso l'indagine contro Swisscom concernente i servizi di telefonia per i **grossi clienti**. Dopo lunghe discussioni di diritto procedurale, nella valutazione materiale la Comco è giunta alla conclusione che i riscontri non confermavano in questo caso l'adozione di un comportamento abusivo da parte di Swisscom. In questa procedura, che ha riguardato tra l'altro anche la terminazione nelle reti di telefonia mobile, è stato constatato che proprio i grandi clienti commerciali esercitavano un contro-potere nei confronti dei fornitori di telefonia mobile, ad esempio mediante bandi di concorso per i loro servizi di telefonia.

### B.3.2 Energia

Nel settore energetico la Segreteria conduce un'osservazione del mercato sulle **prestazioni di servizio relative al sistema** (servizi ausiliari necessari per la gestione della rete). Dall'osservazione del mercato è emerso che, siccome le aziende elettriche sono rappresentate nelle commissioni tecniche e nei comitati da „swissgrid” (gestore della rete svizzera ad alta tensione), sussiste il pericolo di distorsioni della concorrenza, ad es. per vantaggi informativi. Le commissioni tecniche di *swissgrid* elaborano le proposte, in particolare le basi di calcolo per i bandi, all'attenzione del consiglio d'amministrazione. Le grandi aziende elettriche (Atel, BKW, CKW, EOS, ewz e NOK) possono pertanto influenzare, per il tramite del loro rappresentante, il calcolo delle prestazioni, sulla base delle quali essi presentano successivamente le loro offerte. Inoltre dispongono in tal modo di un vantaggio di conoscenze rispetto ai concorrenti.

La Comco ha pertanto emanato, in data 28 ottobre 2008, una **raccomandazione** all'attenzione del Consiglio federale conformemente all'articolo 45 capoverso 2 LCart. La Comco ha raccomandato al Consiglio federale di approvare gli statuti di *swissgrid* solo a condizione che i comitati e le commissioni tecniche di *swissgrid* siano occupati da esperti indipendenti e non da collaboratori delle aziende associate. La Comco ha chiesto inoltre di rendere immediatamente conforme alla legge la composizione del Consiglio d'amministrazione. *swissgrid* ha deciso di conseguenza l'immediato scioglimento delle sue commissioni tecniche.

L'ulteriore osservazione del mercato sulle prestazioni di servizio relative al sistema dipenderà tra l'altro dalla revisione dell'ordinanza sull'approvvigionamento elettrico. Inoltre l'autorità della concorrenza ha condotto anche altre osservazioni del mercato sulle offerte e sull'aumento dei prezzi delle aziende di fornitura elettrica e ha raccolto le dovute informazioni. Qualora dovesse emergere il sospetto di pratiche concordate tra imprese elettriche, verrebbero avviate le procedure del caso.

### B.3.3 Agricoltura

Nell'ambito del controllo delle concentrazioni è stata sottoposta ad esame approfondito l'acquisto della **Steffen-Ris Holding** da parte di **Fenaco** (a cui appartiene anche Landi). La fusione ha portato alla creazione della maggiore azienda di commercio agricolo, poiché Fenaco e Steffen-Ris Holding rientrano tra le principali aziende del settore.

Nei mercati del commercio all'ingrosso di patate destinate al consumo e alla trasformazione industriale nonché di patate da semina si è giunti a un significativo incremento delle quote di mercato. Inoltre va detto che il mercato agricolo svizzero non è completamente aperto, almeno per quanto riguarda le patate destinate al consumo e alla trasformazione industriale. D'altra parte va considerato il fatto che, sebbene la fusione abbia determinato una forte posizione sul mercato delle patate, quest'ultima è relativizzata dal "contropotere" delle aziende di trasformazione.

Per garantire il mantenimento della concorrenza sul mercato agricolo e sui mercati coinvolti, la Comco ha imposto la condizione seguente: Fenaco (tra cui Landi) non può imporre o attuare alcun obbligo di acquisto o di fornitura nei confronti degli agricoltori. In tal modo si aumenta la libertà dei produttori e si mantiene aperto l'accesso ai produttori per tutti gli operatori del mercato (aziende di commercio e di trasformazione).

In vista della soppressione del contingentamento lattiero, previsto per il 1° maggio 2009, l'autorità della concorrenza osserva con maggiore attenzione il **mercato del latte**, cercando anche di contribuire a prevenire eventuali conflitti con la legislazione sui cartelli. Nell'ambito di una consulenza la Segreteria si è espressa anche sul previsto pool di produttori di latte e di organizzazioni di produttori. Essa ha stabilito che il pool, così come si presenta nell'organizzazione comunicata alla Segreteria, verrebbe giudicato illecito secondo la legislazione sui cartelli. Anche per quanto riguarda l'Associazione latte svizzero (ALS), fondata di recente con la partecipazione dei quattro principali trasformatori di latte e delle organizzazioni di produttori, la Segreteria ha espresso delle riserve. I futuri sviluppi relativi alla soppressione del contingentamento lattiero sono ancora incerti, l'autorità della concorrenza seguirà tuttavia con interesse l'evoluzione della situazione.

### B.3.4 Trasporto

La Comco ha constatato che la **Posta** possiede vantaggi concorrenziali rispetto alle imprese logistiche private: essa, a differenza di queste ultime, gode di una deroga al divieto di circolare la domenica e di notte, nell'ambito dell'obbligo di servizio universale. La fornitura di servizi di base garantita dalla Posta con i servizi universali viene tuttavia già compensata dal fatto che la Posta dispone di un monopolio per la spedizione di lettere fino a 100 g. Oltre ai servizi universali con mandato di prestazioni, la Posta fornisce anche servizi senza tale mandato, trovandosi in concorrenza con aziende private. Inoltre ha il diritto di riempire un quarto del volume di carico con merci da trasportare che rientrano nel settore dei servizi in concorrenza. Tali privilegi della Posta determinano distorsioni della concorrenza a scapito degli operatori privati. In una **raccomandazione** del 3 novembre 2008 al Consiglio federale, la Comco ha proposto quindi di adeguare la disposizione corrispondente nell'ordinanza sulle norme della circolazione a favore della neutralità concorrenziale. Il DATEC ha risposto alla Comco che la deroga di cui beneficia la Posta è necessaria per poter garantire la fornitura di servizi di base e non vede la necessità di intervenire a seguito della raccomandazione. Nel frattempo il contenuto di quest'ultima è stato

accettato in un intervento parlamentare. Il Consiglio federale dovrà ora chiarire anche davanti al Parlamento la ragione per cui non sia necessario intervenire sebbene la normativa produca un effetto distorsivo sulla concorrenza.

L'inchiesta avviata contro l'associazione Spedlogswiss e diverse imprese di logistica e spedizione in merito agli accordi sui **servizi di spedizione** è stata sostanzialmente caratterizzata nel 2008 da procedure di ricorso relative al dissigillamento dei mezzi di prova sequestrati nelle perquisizioni. Di conseguenza l'indagine è proseguita solo in misura limitata. Il Tribunale penale federale e il Tribunale amministrativo federale hanno appoggiato il modo di procedere dell'autorità della concorrenza per quanto concerne le perquisizioni (cfr. capitolo 0) e hanno autorizzato la stessa a dissigillare gli elementi probatori sequestrati e sigillati.

Resta tuttora in corso l'inchiesta sugli accordi nel settore del **trasporto aereo**. Sulla base dell'accordo bilaterale sul traffico aereo con l'UE, per casi di questo genere le competenze sono ripartite. Le prime indagini sulle questioni di competenza si sono rivelate lunghe e complicate.

### B.3.5 Altre attività

Dopo un esame approfondito nell'ambito del controllo delle fusioni aziendali, la Comco ha autorizzato il rilevamento di **Eichhof** da parte di **Heineken**. In particolare si doveva esaminare in quale misura la fusione potesse portare ad una posizione dominante collettiva sul mercato da parte dei due grandi birrifici Heineken/Eichhof e Carlsberg/Feldschlösschen. La verifica non ha fornito riscontri a favore dell'ipotesi di esistenza di una posizione dominante collettiva stabile e duratura. In particolare la fusione non ha limitato in modo evidente la competitività dei birrifici attivi a livello regionale. Inoltre anche le grandi aziende di commercio al dettaglio possono restringere notevolmente lo spazio d'azione di entrambi i due grandi gruppi di birrifici.

In merito al **mercato della birra** il 29 ottobre 2008 la Comco ha avviato un'inchiesta relativa all'importazione di birre dalle birrerie InBev (sede: Belgio) e Modelo (sede: Messico). Per l'importazione della loro birra, queste ultime hanno concesso diritti esclusivi. Sono coinvolti nell'inchiesta anche i titolari attuali e passati di diritti d'importazione esclusivi, soprattutto Ausländische Biere AG e Feldschlösschen. Tale pratica può portare a limitazioni illecite della concorrenza nel caso in cui vengano rese impossibili le importazioni parallele. L'indagine deve ora appurare se possono ancora essere effettuate importazioni parallele delle birre di InBev e Modelo.

L'inchiesta avviata il 13 marzo 2008 sull'**importazione** in Svizzera di **libri francesi** dovrebbe mostrare se la politica d'importazione con maggiorazioni di prezzo rispetto al prezzo francese costituisca una violazione della legge svizzera sui cartelli. Per accertare lo stato dei fatti sono state effettuate ampie indagini di mercato.

### B.4 Mercati dei prodotti

L'esame di **accordi verticali** ha rappresentato anche nel 2008 un settore fondamentale dell'attività nei mercati dei prodotti. Ci sono state denunce contro i sistemi di vendi-

ta per la mancata consegna e per il sospetto di accordi verticali sui prezzi (p.es. abuso di raccomandazioni di prezzo non vincolanti). È vero che l'articolo 5 capoverso 4 LCart e le nuove comunicazioni riguardanti gli accordi verticali si sono rivelati efficaci nella pratica, tuttavia la questione degli accordi verticali resta oggetto di varie discussioni di principio e nel nostro Paese non esiste ancora una prassi giuridica affidabile (sentenze giudiziarie).

Dopo la questione della **Biblioteca nazionale**, l'ambito dei cartelli nel campo degli appalti continua ad essere esaminato in modo coerente. Nel caso della Biblioteca nazionale il sospetto concerneva solo un unico accordo, mentre per quanto concerne le **pavimentazioni stradali in Ticino** molti accordi (cartello a rotazione) sono stati oggetto dell'indagine e nel caso delle **aziende elettriche di Berna** è stata effettuata la prima perquisizione. Nel 2008 l'indagine è stata portata avanti in modo sollecito, pertanto la decisione è prevista prima dell'estate 2009.

Nel dicembre 2008 l'autorità della concorrenza ha avviato tre nuove inchieste (una prima nel settore della cosmesi e profumeria, cfr. B.4.1; una seconda relativa alle componenti delle porte, cfr. B.4.2). La terza riguarda diverse imprese nel settore degli **impianti sanitari, di riscaldamento e refrigerazione**. A seguito dell'apertura di queste inchieste sono state effettuate anche perquisizioni.

Un compito centrale è stato l'istituzione di una sorveglianza efficace per il rispetto delle condizioni che la Comco ha deciso nei confronti di Migros e Coop a seguito delle grandi concentrazioni nel settore del commercio al dettaglio.

#### B.4.1 Commercio al dettaglio

Dopo che nel 2007 la Comco aveva già sottoposto la fusione Migros/Denner a un esame approfondito, alla fine dell'anno è stata sottoposta ad un simile esame anche la concentrazione **Coop/Carrefour**. Con il rilevamento dei dodici ipermercati Carrefour da parte di Coop ci si è chiesti in particolare se questo avrebbe rafforzato la posizione dominante collettiva di Migros e Coop, constatata nella fusione Migros/Denner. Su alcuni mercati locali l'acquisizione degli ipermercati Carrefour ha portato anche a un aumento delle quote di mercato.

Il 17 marzo 2008 la fusione Coop/Carrefour è stata ammessa nel rispetto di determinate condizioni. La Comco è giunta alla conclusione che, a livello di vendite, tale operazione ha portato a un rafforzamento della posizione dominante collettiva sul mercato da parte di Migros e Coop, che tuttavia viene attenuato a medio o lungo termine dall'espansione dei concorrenti stranieri. La nuova analisi dell'espansione dei discount tedeschi ha confermato pertanto le prognosi della fusione Migros/Denner. Le condizioni stabilite dalla Comco includono il fatto che la Coop per sei anni non può rilevare altri commercianti al dettaglio di generi alimentari e nelle regioni particolarmente problematiche deve offrire ai concorrenti con quote di mercato inferiore al 25 % superfici di vendita rilevabili per un totale di 20 000 m<sup>2</sup>.

Sui mercati dell'approvvigionamento l'acquisizione di Carrefour ha rafforzato ulteriormente la posizione di

Coop nei confronti di produttori e fornitori. Per tener conto di queste riflessioni la Comco ha deciso, analogamente a quanto avvenuto con Migros/Denner, che Coop deve rinunciare a lungo termine all'esclusività nei confronti dei fornitori. Pertanto il divieto di concludere contratti esclusivi con i fornitori vale ora sia per Migros che per Coop. Inoltre Coop è stata obbligata a trovare soluzioni individuali per i fornitori i cui prodotti non sono più in assortimento e si trovano in una situazione di dipendenza.

La Comco ha incaricato la società di revisione indipendente (BDO Visura) di esaminare il rispetto delle condizioni imposte.

Nel 2008 la Comco ha seguito anche il controllo delle condizioni imposte nelle decisioni Migros/Denner e Coop/Fust da parte delle società di revisione indipendenti Deloitte e Refindar Moore Stephens AG.

Secondo la condizione 4 della decisione Migros/Denner (cfr. anche DPC 2009/1) la Migros è stata obbligata a comunicare, fino al 4 settembre 2010, tutte le fusioni sul mercato dei generi alimentari al dettaglio. Inoltre – secondo quanto disposto dall'articolo 9 capoverso 4 LCart – a prescindere dal fatturato dell'oggetto rilevato, la Migros non deve soltanto segnalare tutti i rilevamenti su tale mercato, bensì anche quelli sui mercati a monte, a valle o affini. In applicazione di questa condizione, nel 2008 sono state segnalate quattro acquisizioni. Esse hanno riguardato l'industria alimentare (cfr. Mifroma/Dörig; Micarna/Natura), il commercio al dettaglio di mobili e suppellettili (cfr. Migros/Gries Deco Holding GmbH) e il settore dei prodotti pronti per l'uso (cfr. Migros/Cevanova). Tutte le concentrazioni sono state giudicate innocue in termini di concorrenza.

Nel dicembre 2008, sulla base di un'autodenuncia, la Comco ha avviato un'indagine nel settore della **cosmesi e profumeria** contro l'associazione di produttori, importatori e fornitori dei prodotti cosmetici e di profumeria (ASCOPA) e dei suoi membri. La denuncia rinvia al fatto che tramite la collaborazione di ASCOPA sono state scambiate regolarmente tra i membri informazioni commerciali sensibili. Nell'ambito dell'inchiesta si dovrà esaminare in particolare se lo scambio di informazioni ha avuto ripercussioni sulla formazione dei prezzi dei membri e se rappresenta un accordo illecito ai sensi dell'articolo 5 LCart.

#### B.4.2 Edilizia

Nell'ambito della procedura in corso nel settore delle componenti per porte sono stati denunciati alla Segreteria altri casi di distorsione della concorrenza che hanno portato all'apertura di una nuova inchiesta, la quale ha riguardato vari distributori di elementi per porte. Le indicazioni hanno riguardato gli accordi tra i distributori di maniglie, serrature, cerniere, ecc. su prezzi, sconti e condizioni di prezzo. L'indagine dovrebbe chiarire se tali accordi sono effettivamente avvenuti e quali ripercussioni hanno determinato in Svizzera. Se nella procedura in corso le imprese forniscono spontaneamente informazioni o prove relative ad altre infrazioni alla concorrenza, le sanzioni possono subire una notevole riduzione.

### B.4.3 Industria orologiera

Nell'ultimo trimestre la Segreteria ha avviato, dopo aver ricevuto diverse denunce, un'inchiesta preliminare contro la **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse SA**, un'azienda del gruppo Swatch. Le denunce si riferiscono agli aumenti di prezzo annunciati dall'ETA e alle modifiche delle condizioni di pagamento per i meccanismi di orologio per il prossimo anno. L'inchiesta preliminare dovrebbe mostrare se sussistono indizi a supporto dell'ipotesi secondo cui l'ETA deterrebbe una posizione dominante sul mercato dei meccanismi di orologio e ne faccia abuso attraverso adeguamenti dei prezzi e delle condizioni.

### B.4.4 Settore automobilistico

Anche nel 2008 è risultata in primo piano la comunicazione concernente il trattamento, in materia di concorrenza, degli accordi verticali nel commercio di automobili (di seguito „comunicazione”), in particolare nel settore dell'assistenza post vendita. La Segreteria ha anche gettato uno sguardo nel futuro poiché nel maggio 2010 scade a livello europeo il regolamento di esenzione di gruppo a cui fa riferimento la comunicazione. Dal momento che le normative europee sono state attuate completamente, anche la Svizzera è indirettamente colpita dalla scadenza del regolamento di esenzione di gruppo. La Segreteria è in contatto con i rappresentanti del settore automobilistico per quanto riguarda il futuro della comunicazione svizzera. Sono state esaminate inoltre le ripercussioni della comunicazione sulla concorrenza nel settore automobilistico in Svizzera nell'ambito del rapporto di valutazione della LCart. Le informazioni ottenute saranno utilizzate dalla Comco quando dovrà decidere in merito eventuali modifiche della normativa attuale.

Inoltre con **Porsche/Volkswagen** e **Volkswagen/Scania** è stato necessario giudicare due importanti progetti di fusione nel settore automobilistico, che presentano ripercussioni per il mercato svizzero. In entrambi i casi, dalle indagini della Comco è emerso che le interferenze orizzontali prodotte dai due progetti saranno limitate e le parti che si sono fuse continueranno a essere esposte, sui segmenti di mercato relativi ad automobili, veicoli utilitari, autocarri e autobus, a forti concorrenti detentori di elevate quote di mercato. Durante l'esame preliminare del caso Volkswagen/Scania è stato esaminato anche se Volkswagen detenesse de facto un controllo sulla ditta MAN, produttrice di autocarri e autobus. Se così fosse stato, le quote di mercato di Volkswagen sarebbero cambiate in modo significativo su alcuni mercati rilevanti. I timori si sono rivelati infondati. Nel caso Porsche/Volkswagen, Porsche era il principale azionario di VW già prima del progetto di fusione e con un atto giuridico di acquisto di azioni, con il quale dovrebbe essere acquisito un ulteriore 4,92 % del capitale avente diritto di voto, ha acquisito di fatto il controllo di Volkswagen.

## B.5 Mercato interno

### B.5.1 Sintesi

Il 2008 è stato caratterizzato dalla giurisprudenza sulla revisione della legge sul mercato interno (LMI); in particolare grazie ai primi due casi, sui quali il Tribunale fede-

rale ha deciso in ultima istanza. Tali decisioni hanno portato da un lato al chiarimento di alcune questioni di principio in merito all'applicazione e alla portata della LMI, motivo per cui acquisiscono un'importanza che va oltre il singolo caso. Dall'altro hanno confermato quanto sia rilevante il diritto di ricorso della Comco – accordatole in occasione della revisione della legge – contro le restrizioni illecite dell'accesso al mercato e il fatto che essa se ne avvalga. Nel capitolo D è riportata un'analisi dettagliata della nuova giurisprudenza relativa alla LMI.

Inoltre la Comco e la sua Segreteria si sono occupate approfonditamente dell'avamprogetto della revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici. Questo lavoro intenso è correlato alla notevole importanza degli appalti pubblici per la politica della concorrenza.

Infine il centro di competenza Mercato interno della Segreteria ha trattato di nuovo, anche nell'anno in rassegna, numerose istanze presentate da singoli cittadini o dalle autorità. Per i singoli cittadini i problemi hanno riguardato principalmente l'applicazione del diritto al libero accesso al mercato, mentre per le autorità è risultata in primo piano la compatibilità con la LMI delle norme cantonali e comunali nonché la prassi amministrativa.

### B.5.2 Appalti pubblici

La consultazione sull'avamprogetto di revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub) ha fornito numerose osservazioni. La Comco ha sostenuto in tal modo l'armonizzazione parziale con la legislazione cantonale in materia di acquisti pubblici a cui mirava la revisione, anche se a livello di politica della concorrenza occorrerebbe dare priorità a un'armonizzazione completa. Anche l'integrazione nella futura LAPub delle disposizioni speciali relative agli acquisti pubblici della legge sul mercato interno – aspetto collegato all'armonizzazione parziale – viene sostenuta in linea di massima dalla Comco, sebbene i fornitori debbano avere la possibilità di imporre, se necessario per vie legali, il loro diritto a un accesso libero e indiscriminato ai mercati cantonali e comunali degli appalti.

Inoltre la Comco giudica favorevolmente il tentativo di difendere il diritto in materia di appalti pubblici da una strumentalizzazione basata su criteri estranei alle aggiudicazioni (ad esempio di natura sociale o regionale) e di conseguenza da distorsioni della concorrenza. L'esistenza di una vera concorrenza tra i fornitori è un presupposto fondamentale affinché l'ente pubblico possa impiegare in modo economico i suoi fondi (ricavati dalle imposte).

Inoltre, secondo la Comco, con la revisione totale si dovrebbe cogliere l'occasione per creare regole minime per l'aggiudicazione di concessioni – che in genere non vengono considerate appalti pubblici – allo scopo di consentire la concorrenza tra i concessionari e di garantire trasparenza alla procedura di assegnazione. Inoltre nei casi in cui non si raggiungono i valori soglia si dovrebbero ridurre a un minimo le procedure private anti-concorrenziali e rafforzare invece le procedure mediante invito che favoriscono la concorrenza.

La Comco e la Segreteria continueranno a seguire attentamente il processo di revisione e si impegneranno affinché le ordinanze d'esecuzione ancora in fase di elabora-

zione vengano redatte secondo quest'ottica di promozione della concorrenza.

### B.6 Centro di competenza Indagini

Nella primavera 2008 il centro di competenza Indagini ha effettuato l'azione finora di più ampia portata, alla quale hanno preso parte circa 40 collaboratori della Segreteria e altre 30 persone (esperti esterni e forze di polizia). Si è trattato tra l'altro anche del primo caso in cui le perquisizioni sono scattate sulla base delle informazioni segnalate da una „soffiata”. Le perquisizioni e la successiva valutazione delle prove sono state effettuate senza problemi. Nel dicembre 2008 sono state effettuate anche perquisizioni nell'ambito di un'inchiesta avviata sugli impianti sanitari, di riscaldamento e refrigerazione.

Nell'anno in rassegna il Tribunale penale federale (BE.2007.10–13) e il Tribunale federale (1B\_101/2008) hanno esaminato per la prima volta, uno dopo l'altro, il modo di procedere delle autorità della concorrenza in una procedura di dissigillamento. Entrambe le istanze hanno salvaguardato la prassi delle autorità della concorrenza e in particolare hanno confermato l'adeguatezza delle perquisizioni. Il Tribunale penale federale ha inoltre spiegato che gli avvocati aziendali non possono invocare il segreto professionale di cui all'articolo 321 CP per evitare il sequestro dei documenti in loro possesso. Il Tribunale federale non si è espresso su tale questione, poiché i documenti non sono stati sequestrati presso gli avvocati aziendali bensì presso altri collaboratori dell'azienda. Tuttavia, secondo il Tribunale federale tali documenti non possono assolutamente essere oggetto del segreto professionale degli avvocati.

In contrapposizione alle decisioni guida appena menzionate, in futuro l'efficienza delle perquisizioni potrebbe essere notevolmente compromessa dall'introduzione per legge di una tutela completa dei documenti di avvocati o giuristi di aziende. In merito a questa circostanza la Segreteria si è espressa chiaramente nell'ambito di una consultazione degli uffici sul progetto di una legge sugli avvocati aziendali.

### B.7 Relazioni internazionali

La Comco e la Segreteria curano le loro strette relazioni con importanti autorità estere. L'ufficializzazione delle relazioni internazionali tra le autorità della concorrenza tramite accordi di cooperazione continua a essere un tema in primo piano. L'autorità svizzera della concorrenza ha ricevuto in visita i rappresentanti delle autorità austriaca e australiana corrispondenti. Il Presidente della Comco si è recato dal suo canto presso le autorità francese, austriaca e inglese. Nell'ambito delle trattative per l'accordo di libero scambio con il Giappone è stato negoziato un primo accordo formale di cooperazione per le questioni inerenti alla concorrenza. Si tratta del primo accordo di cooperazione in tale ambito; molto probabilmente la Svizzera lo firmerà nel corso del 2009. Inoltre la Comco è stata incaricata dal capo del DFE di effettuare una Fact Finding Mission con l'UE sulla collaborazione tra le autorità responsabili delle questioni di concorrenza.

**OCSE:** Rappresentanti della Comco e della Segreteria hanno partecipato all'incontro dell'OCSE Competition Committee e ai gruppi di lavoro relativi a «Competition

and Regulation», «International Cooperation and Enforcement» e «Competition Law and Policy». In collaborazione con la SECO la delegazione ha redatto ed esposto diversi contributi. Nel 2008 si è discusso in diverse sessioni e tavole rotonde di conciliazioni in materia di cartelli, applicazione di prezzi di rivendita, posizioni dominanti all'acquisto e di monopsoni, sconti fedeltà e sconti combinati, concorrenza nell'industria edile e questioni di concorrenza in caso di partecipazioni minoritarie o di presenza di amministratori di un'impresa nel consiglio di amministrazione di un'altra e viceversa.

**OMC:** La Segreteria ha partecipato all'esame della politica commerciale della Svizzera che l'OMC effettua ogni quattro anni. In tale ambito ha fornito un contributo scritto al rapporto presentato alla Segreteria dell'OMC concernente la politica della concorrenza e ha risposto oralmente alle varie domande poste dalla Segreteria dell'OMC in occasione della visita a Berna nell'agosto 2008. L'esame finale si è tenuto a Ginevra nel dicembre 2008.

**ECA:** Nel settembre 2008 la Segreteria ha partecipato al primo incontro del gruppo di lavoro sulle procedure d'impegno (Commitment decisions) che si è tenuto a Madrid. Lo scopo del presente gruppo di lavoro è di permettere ai vari Paesi di condividere la loro esperienza nel settore delle procedure d'impegno.

**ICN:** L'autorità svizzera in materia di concorrenza si impegna attivamente nell'attività dell'International Competition Network e nei diversi gruppi di lavoro. Alla settima conferenza annuale, tenutasi a Kyoto in aprile 2008, hanno partecipato rappresentanti della Comco e della Segreteria. Ai partecipanti della conferenza la Svizzera è stata presentata come il Paese che avrebbe ospitato l'incontro annuale dell'anno successivo. In stretta collaborazione con l'agenzia Live Communication Group Worldspan la Segreteria ha effettuato per tutto l'anno i lavori preparatori in vista di questo grande evento, che si terrà a Zurigo dal 3 al 5 giugno 2009. L'ICN è oggi la principale organizzazione che riunisce in pratica tutte le autorità della concorrenza del mondo e molti specialisti e operatori del settore. La conferenza annuale del 2009 riunirà a Zurigo circa 600 persone che si occuperanno delle attuali questioni legislative in materia di concorrenza. Il tema speciale scelto dalla Svizzera sarà incentrato sul tema „Competition Law in Small Economies”.

**UNCTAD:** la Segreteria ha partecipato all'ultima conferenza del programma di aiuto allo sviluppo a favore di cinque paesi dell'America latina (COMPAL), tenutasi a Ginevra il 21-22 luglio 2008 nell'ambito dell'UNCTAD. In occasione di questa riunione è stato stilato un bilancio positivo del programma, che è sorto grazie al sostegno della SECO e in collaborazione con l'UNCTAD, la Comco e i singoli Paesi. Nell'ambito del programma la Comco ha accolto, per tre mesi, due stagisti dell'autorità della concorrenza di San Salvador e uno stagista dell'autorità del Costa Rica. La Comco e la Segreteria hanno partecipato inoltre alla nona „session du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrency” di Ginevra.

**Progetto Vietnam:** nell'estate 2008 è iniziato il progetto „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities”, il cui scopo è di rafforzare e sostenere l'autorità vietna-

mita della concorrenza (VCAD) istituita nel 2006. La collaborazione bilaterale tra l'autorità della concorrenza del Vietnam e la Svizzera prevede in particolare lo svolgimento di workshop in Vietnam, il supporto a studi di mercato e stage in Svizzera per i collaboratori della VCAD. I collaboratori della Segreteria fungono inoltre da esperti sul posto, soprattutto per l'elaborazione di linee guida su temi di rilevanza. Al progetto, la cui durata è di tre anni, ha aderito anche l'organizzazione non profit CUTS (Consumer Unity & Trust Society), che fornisce supporto in Vietnam. La gestione del progetto, il cui finanziamento è garantito dalla SECO, è affidata al centro di competenza „International Affairs”.

## B.8 Prospettive

Le priorità dell'autorità della concorrenza per il 2009 continueranno a essere i cartelli orizzontali e verticali „hard core” (art. 5 cpv. 3 e 4 LCart) nonché le procedure relative a comportamenti illeciti di imprese dominanti sul mercato (art. 7 LCart). La lotta contro gli accordi di appalto continuerà a essere un aspetto prioritario.

Anche allo svolgimento della settima conferenza annuale dell'International Competition Network del 3-5 giugno 2009 a Zurigo viene accordata particolare importanza.

## C Organizzazione e statistica

### C.1 Comco

A livello organizzativo è importante notare che nel 2008 la Comco ha deciso di non procedere alla suddivisione in tre camere (Servizi, Infrastruttura e Mercati dei prodotti). Ciò è avvenuto a seguito della decisione del Consiglio federale di ridurre i membri della Commissione da 15 a 12 unità. Al termine del mandato 2003-2007 4 membri si sono ritirati dalla Comco. Per la legislatura 2008-2011 il Consiglio federale ha nominato nuovo membro della Comco il Prof. Andreas Kellerhals. Pertanto la suddivisione in tre camere non è più apparsa opportuna, si è preferito dare la preferenza all'adozione di decisioni di base nelle riunioni plenarie. Il regolamento interno è stato adeguato di conseguenza e sottoposto per approvazione al Consiglio federale.

I membri della Comco hanno discusso e stabilito l'orientamento strategico per la legislatura 2008-2011 nel primo semestre 2008. Le linee guida e gli obiettivi sono stati comunicati per iscritto al DFE.

Diverse indiscrezioni pubblicate sulla stampa hanno portato a un'indagine da parte del Ministero pubblico della Confederazione per sospetta violazione del segreto professionale. Da ulteriori accertamenti del Ministero pubblico della Confederazione non sono emersi elementi concreti che abbiano confermato un comportamento inadeguato da parte dei membri della Comco o della Segreteria. L'indagine è stata pertanto archiviata senza conseguenze.

Nel 2008 la Comco ha tenuto 17 sedute plenarie. Oltre ai casi discussi nei capitoli precedenti, la Comco ha trattato in diverse riunioni la questione della sua organizzazione e della conseguente revisione del regolamento interno. Inoltre i membri della Comco hanno partecipato in maniera episodica anche alla valutazione della legge sui cartelli.

### C.2 Segreteria

Alla fine di settembre 2008 il Dr. Patrick Krauskopf, vicedirettore della Segreteria della Comco, ha rassegnato le dimissioni. In qualità di vicedirettore dirigeva il servizio "Industria e produzione" ed era inoltre responsabile del centro di competenza „Internazionale”. La Comco ringrazia il Dr. Patrick Krauskopf per il notevole impegno dimostrato in questi anni, in particolare nello sviluppo e consolidamento delle relazioni con altre autorità della concorrenza e organizzazioni internazionali. La ricerca di un successore è già stata avviata.

A fine 2008 la Segreteria aveva alle sue dipendenze 64 collaboratori (a tempo pieno e parziale) 45 % dei quali di sesso femminile, ciò corrisponde a 57,9 posti a tempo pieno. Il personale è ripartito nel modo seguente: 43 collaboratori scientifici (inclusa la direzione; 39,7 posti a tempo pieno), 11 stagisti in ambito scientifico (10,5 posti a tempo pieno), 10 collaboratori del servizio Risorse e logistica (7,7 posti a tempo pieno).

### C.3 Valutazione secondo l'articolo 59a LCart

Conformemente all'articolo 59a della legge sui cartelli riveduta nel 2003, il Consiglio federale fa valutare l'efficacia delle misure e l'esecuzione della legge sui cartelli, presenta un rapporto all'Assemblea federale entro la primavera 2009 e formula proposte per il seguito. L'esecuzione della valutazione è stata affidata al **Gruppo di valutazione Legge sui cartelli**, composto da un **gruppo di pilotaggio** e da un **gruppo di contatto**. L'istituzione del gruppo di pilotaggio e la selezione dei membri hanno permesso di fornire una duplice garanzia: la valutazione ha potuto fondarsi su un'ampia base di conoscenze e di esperienze ed essere effettuata con la necessaria indipendenza dagli ambienti politici e dalle autorità<sup>1</sup>.

Il 14 gennaio 2009 è stato presentato al Consiglio federale il rapporto di sintesi redatto dal Gruppo di valutazione. Entro questa primavera il DFE esaminerà le raccomandazioni e sottoporrà al Consiglio federale delle proposte per il seguito dei lavori. Successivamente, entro il mese di aprile 2009, il Consiglio federale riferirà al Parlamento.

<sup>1</sup> Il gruppo di pilotaggio era composto dai seguenti membri: Dr. R. Corazza (Segreteria della Comco, direttore, responsabile del progetto di valutazione della LCart e presidente del gruppo di pilotaggio), Dr. U. Böge (ex presidente del Bundeskartellamt tedesco e dell'International Competition Networks ICN), prof. Dr. A. Brunetti (SECO, capo della Direzione della politica economica), Dr. W. Bussmann (UFG, responsabile della valutazione legislativa e delle questioni riguardanti il federalismo), Prof.ssa Dott.ssa D. Herren (Università di Berna, Istituto di diritto economico) e Prof. Dr. V. Martenet (Università di Losanna, vicepresidente della Comco). Il gruppo di contatto era composto da: F. Stüssi (Segreteria della Comco, referente, capo del progetto di valutazione della LCart), B. Zirlick (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Diritto), S. Michal (SECO, capo sostituto del settore Sviluppo economico e politica della concorrenza) e Dr. S. Rutz (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Economia).

**C.4 Statistica**

Indagini	2007	2008
Effettuate nel corso dell'anno	18	17
riprese dall'anno precedente	15	13
nuove aperture	3	4
Decisioni finali	7	4
adeguamenti del comportamento	3	1
di cui conciliazioni	1	1
di cui decisioni della autorità	3	1
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	2	1
Misure cautelari	2	2
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	28	19
Riprese dall'anno precedente	21	11
Nuove aperture	7	8
Chiusure	18	12
di cui con apertura di un'inchiesta	1	2
di cui con adeguamenti del comportamento	6	2
di cui senza seguito	11	8
Altre attività		
Annunci secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart	26	31
Consulenze	28	23
Osservazioni di mercato	62	36
Altre questioni	212	246
Concentrazioni		
Annunci	45	40
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	39	39
Esami approfonditi	5	3
Decisioni della Comco	3	2
Esecuzione anticipata	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso in totale	-	12
concluse nel 2008	-	8
vinte dall'autorità della concorrenza	-	7
vinte parzialmente	-	1
pendenti alla fine dell'anno	-	4
Perizie, raccomandazioni, prese di posizione, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	1	2
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	4
Perizie (art. 47 LCart o 11 LTC)	4	3
Controlli successivi	1	1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	0
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	84	71
LMI		
Raccomandazioni / Inchieste (art. 8 LMI)	0	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	0	0
Chiarimenti (Segreteria)	25	31
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	3	3

## D Giurisprudenza a seguito della revisione della LMI

Nel 2008 il Tribunale federale e le istanze cantonali hanno emanato, in applicazione della LMI riveduta, alcune sentenze-guida che chiariscono questioni di principio relative all'applicazione e alla portata della LMI, motivo per cui acquisiscono un'importanza che va oltre il singolo caso. Qui di seguito sono riportate le tre sentenze principali e le principali questioni giuridiche soggiacenti. Le decisioni confermano al contempo anche l'importanza del nuovo strumento della Comco, ovvero la possibilità di procedere autonomamente contro decisioni cantonali che limitano l'accesso al mercato. La Comco intende avvalersi di questa possibilità anche in futuro per rispondere a domande di fondo.

*Decisione del Tribunale federale del 24 settembre 2008 nella causa avvocato X/Comco contro il Tribunale amministrativo del Canton Vaud concernente l'assunzione di un praticante avvocato (BGE 2C\_85/2008)*

La controversia in questione vedeva coinvolto un avvocato che dopo diversi anni di attività nel Cantone di Ginevra si è trasferito nel Canton Vaud e al quale è stata negata l'assunzione di un praticante perché la legislazione cantonale prevede come requisito l'esercizio della professione nel Canton Vaud per almeno 5 anni. Il ricorso dell'avvocato in questione contro questo divieto è stato respinto dal Tribunale amministrativo del Canton Vaud. L'avvocato e la Comco hanno presentato ricorso contro questa decisione davanti al Tribunale federale, il quale ha stabilito che la regolamentazione vodese rappresenta una limitazione dell'accesso al mercato che non è conforme al principio di proporzionalità (violazione dell'art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) e all'avvocato deve essere consentita l'assunzione di un praticante.

Il significato di base della decisione concerne i punti seguenti:

**Diritto al libero accesso al mercato al fine di stabilirsi ed esercitare l'attività lucrativa corrispondente secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (art. 2 cpv. 4 LMI):** chi si stabilisce in un altro luogo per esercitare un'attività lucrativa ha il diritto di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (in questo caso secondo la legislazione ginevrina, che consentiva all'avvocato ricorrente di assumere un praticante). L'estensione del diritto di cui all'articolo 2 capoverso 4 LMI si basa sul principio della libertà economica, nel quale rientra anche la libertà organizzativa. Facendo riferimento allo scopo della LMI, l'orientamento alla libertà economica risulta tanto giusto quanto logico.

**Diritto all'accesso gratuito al mercato (art. 3 cpv. 4 LMI):** tale diritto si riferisce, come il diritto previgente (art. 4 cpv. 2a LMI) "soltanto" alla procedura amministrativa di prima istanza e non alla procedura di ricorso. Pertanto chi interpone ricorso contro una restrizione all'accesso al mercato decisa da un'autorità deve (tuttora) mettere in conto l'addossamento dei costi procedurali in funzione delle disposizioni di diritto processuale pertinenti.

*Decisione del Tribunale federale del 13 ottobre 2008 nella causa Cantone di Zurigo contro la signora X/Comco concernente il libero esercizio della professione di psicoterapeuta (2C\_15/2008)*

La decisione del Tribunale federale faceva riferimento alla fattispecie seguente: la signora X, titolare dell'autorizzazione al libero esercizio della professione di psicoterapeuta rilasciata dal Cantone dei Grigioni, ha chiesto alla Direzione della sanità del Cantone di Zurigo il rilascio di un'autorizzazione analoga. Quest'ultima le è stata concessa a condizione che assolvesse la formazione (teorica) di base secondo le disposizioni della legislazione del Cantone di Zurigo (studio universitario in psicologia). La Direzione della sanità ha fatto valere il fatto che la signora X, pur disponendo della formazione specifica e dell'esperienza pratica sotto sorveglianza nell'ambito della psicoterapia richieste per il rilascio dell'autorizzazione, non ha conseguito, come previsto, un titolo universitario in psicologia. La formazione di base di cui è titolare la signora X, la quale possiede un titolo universitario in teologia e un titolo austriaco postuniversitario denominato "Master of Science in Psychology" è stata considerata insufficiente. La signora X. e la Comco hanno presentato ricorso contro la presente decisione davanti al Tribunale amministrativo di Zurigo per violazione del diritto al libero accesso al mercato secondo la LMI. Il Tribunale amministrativo ha approvato entrambi i ricorsi e ha dato ordine alla Direzione della sanità di rilasciare l'autorizzazione alla signora X. Il Cantone di Zurigo ha presentato ricorso al Tribunale federale, che lo ha respinto per quanto di sua competenza e ha confermato la decisione del Tribunale amministrativo di Zurigo.

Il significato fondamentale della decisione concerne i punti seguenti:

**Il diritto di ricorrere dell'ente pubblico:** secondo l'articolo 89 capoverso 1 della legge sul Tribunale federale, l'ente pubblico ha diritto di interporre ricorso se la decisione impugnata tocca un suo interesse sovrano e degno di protezione. Di solito una singola decisione di ammissione non concerne ancora in misura rilevante un interesse sovrano degno di protezione. Si raggiunge la misura rilevante se è probabile che una singola decisione costituisca un precedente per la concessione di un elevato numero di ulteriori autorizzazioni. Il rischio di una tale evoluzione toccherebbe in misura rilevante interessi sovrani e degni di protezione del Cantone se le autorizzazioni da concedere sono in contrasto con la legislazione cantonale in vigore e al contempo vi sono in gioco importanti interessi politici e sanitari. Sulla base di tali considerazioni il Tribunale federale ha riconosciuto il diritto di ricorrere del Cantone di Zurigo per quanto riguarda la valutazione generale del diritto di accesso al mercato previsto dalla LMI che sta alla base della controversa concessione di autorizzazioni, ma non i singoli aspetti del caso specifico.

**Presunzione dell'equivalenza degli ordinamenti di accesso al mercato e liceità delle restrizioni all'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 e art. 3 cpv. 1 LMI):** se gli ordinamenti di accesso al mercato del luogo di provenienza e del luogo di destinazione devono essere considerati equivalenti, non vi è spazio a priori per restrizioni al libero accesso al mercato sotto forma di condizioni e oneri. Ciò viene stabilito tramite un confronto tra gli ordinamenti di accesso al mercato validi in entrambi i luoghi, come risultano dalle disposizioni determinanti di ordine generale e astratto del diritto cantonale e comunale nonché

dalla prassi su di esse fondata, nel rispetto degli interessi pubblici da tutelare. L'autorità del luogo di destinazione, che intende imporre restrizioni all'accesso al mercato è tenuta quindi a svolgere preventivamente un esame dell'equivalenza. Nel caso in questione il Tribunale federale ha confermato quanto stabilito dal Tribunale amministrativo di Zurigo, secondo cui, considerando gli interessi pubblici da salvaguardare (tutela della salute e dei pazienti), nonostante la diversità normativa in merito ai requisiti per la formazione di base, è ravvisabile un'equivalenza tra gli ordinamenti di accesso al mercato.

*Decisione del Tribunale amministrativo del Cantone Ticino del 10 ottobre 2008 nella causa Sig.ra X./Comco contro il Consiglio di Stato ticinese in merito all'autorizzazione al libero esercizio della professione di terapeuta nell'ambito della medicina complementare.*

La decisione del Tribunale amministrativo ticinese faceva riferimento alla fattispecie seguente: la signora X, che ha esercitato per 15 anni nel cantone di Zugo la professione di terapeuta complementare senza autorizzazione, ha chiesto alla Direzione della sanità del Cantone Ticino il rilascio di un'autorizzazione all'esercizio di questa professione, ma la richiesta è stata respinta. La sig.ra X ha presentato ricorso al Consiglio di Stato ticinese, ma quest'ultimo lo ha respinto confermando la decisione della Direzione della sanità. La sig.ra X e la Comco hanno presentato ricorso contro tale decisione davanti al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino. Quest'ultimo ha accolto entrambi i ricorsi e ha ingiunto alla Direzione della sanità di rilasciare alla sig.ra X l'autorizzazione all'esercizio della professione. Attualmente è pendente il ricorso del Consiglio di Stato ticinese contro la decisione del Tribunale amministrativo del Cantone Ticino davanti al Tribunale federale.

Il significato fondamentale della decisione del Tribunale amministrativo concerne i punti seguenti.

Diritto al libero accesso al mercato al fine di stabilirsi ed esercitare l'attività lucrativa corrispondente secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (art. 2 cpv. 4 LMI): il diritto sussiste anche se il luogo di provenienza non richiede, diversamente dal luogo di destinazione, un'autorizzazione per l'attività lucrativa in questione. Tale diritto è giustificato dallo svolgimento legale dell'attività nel luogo di provenienza.

Equivalenza degli ordinamenti di accesso al mercato e liceità delle restrizioni all'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 e art. 3 cpv. 1 LMI): l'autorità del luogo di destinazione può considerare eventuali restrizioni all'accesso al mercato qualora dall'esame dell'equivalenza tra gli ordinamenti in vigore al luogo di provenienza e a quello di destinazione emerga che la normativa del luogo di provenienza non sia equivalente. Nel caso in questione il Tribunale amministrativo ha considerato l'ordinamento (liberale) di accesso al mercato del Cantone di Zugo non equivalente a quello del Canton Ticino.

Restrizioni di accesso al mercato (art. 3 cpv. 2 LMI) non conformi al principio di proporzionalità sulla base dell'esperienza professionale: il fatto di aver esercitato l'attività in modo irreprensibile per molti anni è sufficiente per garantire la tutela degli interessi pubblici preponderanti, per cui eventuali restrizioni all'accesso al mercato – come in questo caso – devono essere considerate non proporzionali e quindi contrarie alla LMI. In tal modo il Tribunale amministrativo ha confermato l'inasprimento, previsto nella nuova legge, dei requisiti per la liceità di restrizioni all'accesso al mercato, i quali impongono ad esempio all'autorità del luogo di destinazione l'obbligo di considerare l'esperienza professionale maturata nel luogo di provenienza.

A 1.

**4. Annual Report 2008 of the Competition Commission****Foreword from the Commission President**

Competition law has been profoundly affected by the crises in the financial markets in 2008. Around the world, governments have intervened on a grand scale in order to support companies regarded as essential to the operation of the economic system. Switzerland has not been an exception; on the contrary, its commitment is among the highest in the world, reflecting the economic importance of the financial sector here. Swiss intervention has been carefully prepared and its implementation has been meticulous and proportionate, but it has not been possible to avoid important distortions of competition which may well require future action, not only from the regulatory authorities, but also from the competition authorities.

For the time being, competition policy can at least learn one lesson: the size of companies, in absolute terms, is an essential factor not only for the operation of competition, but also for the spreading of risk. This will be taken into account when evaluating the arguments of economic structure in fields such as the control of concentrations.

2008 was also notable as the year in which the Competition Commission was reorganised. It has been reduced for the new legislative period from 15 to 12 members. From now on, it will operate in plenum with a presidency that plays a more active role in the preparation of the dossiers to be submitted to the Commission.

The most important decisions of the past year concerned the retail sector. Following the takeover of Denner by Migros and of Carrefour (Swiss) by Coop, this sector features a concentration that is even more powerful than before. Despite this increased concentration, competition has intensified, due in particular to arrival of two major foreign competitors from European market. The effects of the competitive pressure are clearly being felt, and the consumer is benefiting.

Finally, important decisions were made by the Federal Administrative Court in relation to proceedings before the competition authority in the investigation into termination tariffs in the mobile telephony sector. The result of these decisions will be an increase in the effectiveness of procedures, without compromising the rights of the parties.

Prof. Walter A Stoffel  
President of the Competition Commission

## A Introduction

For the competition authority, 2008 was a year for activities calculated to prevent distortions of competition. Direct contacts with public procurement agencies raised their awareness of the issue of bid rigging (cf. B.1). In the course of advisory procedures, it was possible to clarify and refine the practice relating to recommended prices (cf. B.2.3). In making recommendations to the Federal Council in the fields of telecommunications, energy and postal services, the Competition Commission drew attention to general conditions that distort competition (cf. B.2.1).

2008 was also notable for decisions in individual cases that have general implications for what happens in practice. In the ground-breaking decisions on the Internal Market Act (IMA) made by the Federal Supreme Court in response to appeals by the Competition Commission relating to authorisation procedures for practising a profession, it was possible to establish a precedent with signalling effect for the whole of Switzerland (cf. B.5 and D.). The Competition Commission imposed sanctions on a subsidiary of Galenica AG for its abuse of a dominant position in connection with the publication of the medicinal products compendium (cf. B.2.1). In addition, the Secretariat requested that sanctions be imposed on Swisscom for its pricing policy in the field of the ADSL broadband internet (cf. B.3.1). The Secretariat also conducted house searches in several cases of possible hard price-fixing agreements by (cf. B.4 and B.6).

The Secretariat continued ongoing investigations in 2008, and there were disputes before the appeal courts over procedural issues in several cases. This regularly led to proceedings being prolonged and additional resources being tied up. The Federal Criminal Court and the Federal Supreme Court have issued clarifying judgements in relation to competition authority procedures for house searches and have authorised the competition authority to remove the seals from evidence that has been seized and sealed (cf. B.3.4 and B.6). And although vertical agreements were a major issue in 2008, decisions related to this matter are expected only in the course of 2009. Nonetheless, it was possible to bring the ongoing investigations to the point of completion. In relation to a report into the „Maestro – Interchange Fee”, the appeal courts upheld the practice of the Competition Commission (cf. B.2.2). In the continued investigation into mobile telephony termination charges, responses were forthcoming from several mobile telephony providers only after the Federal Administrative Court intervened to rule on requests for information made by the competition authority (cf. B.3.1.). In addition, the competition authorities concluded two substantial merger cases, Coop/Carrefour and fenco/Steffen-Ris, imposing requirements to ensure that competition is maintained (cf. B.3.3 and B.4.1).

Also of major importance in 2008 was the work done on the evaluation of the Cartels Act with a view to submitting a report to Parliament (cf. C.3). And lastly, the Secretariat did a considerable amount of preparatory work for the annual conference of the International Competition Network, which is due to take place from 3-5 June 2009 in Zurich (cf. B.7).

## B Activities in Individual Fields

### B.1 Bid rigging made a priority issue

The Secretariat has identified the combating of bid rigging as a long-term priority issue. The background to this involves various cases that have been and are being investigated by the Secretariat, such as those relating to the National Library, the NRLA, road surfacing in the Canton Ticino and agreements relating to electrical installations. These cases suggest that bidding cartels are far from rare, even today. As far as dealing with this priority issue is concerned, the Secretariat's strategy is to pursue two approaches: on the one hand, the general public and the state procurement agencies should be made more aware of the problem of bid rigging, and the role of the competition authorities as a contact partner should be made more effective. On the other, internal regulations should be put in place to encourage the disclosure of these arrangements. Overall, in the medium term the deterrent effect of the Cartels Act should be increased and the incentives for forming bidding cartels should be reduced.

In order to achieve this goal, contacts have been established with procurement agencies and important bodies in the field of public procurement. For example, in March 2008, the President of the Competition Commission took part in a board meeting of the Swiss Conference of Directors of Construction, Planning and Environment (BPUK) and presented a paper at its general meeting in September 2008 on the subject of bid rigging. The President and the Director also reported to the Federal Procurement Commission (FPC) on the same matter in August 2008. In a further measure, the Secretariat conducted external training sessions for employees of federal procurement agencies in order to raise their awareness of bid rigging. One result of these efforts is that they have led to the first internal efforts in cooperation with cantonal procurement agencies to identify potentially problematic markets.

### B.2 Services

#### B.2.1 Public healthcare

In a ruling dated 7 July 2008, the Competition Commission held that **Documed AG**, a subsidiary of Galenica AG, had abused its dominant position in that it had discriminated against trading partners (Art. 7 para. 2 let. b ACart). Documed AG is the publisher of the Swiss medicinal products compendium, which contains technical information on all medicines authorised for use in Switzerland. In addition, Documed AG publishes technical and patient information online.

Documed AG discriminated against trading partners when publishing technical and patient information in that it allowed certain pharmaceutical companies that published a large number of texts to agree the prices for the publication „by arrangement”. Furthermore, Documed AG demanded the same price for texts that remained unchanged from the previous year as it did for texts that were being published for the first time in the current business year and which therefore had to be revised.

In terms of an amicable settlement, Documed AG undertook in future to fix the prices for the publication of spe-

cialist and patient information in a non-discriminatory way and based on actual costs. As Documed AG had abused its dominant position, it was ordered to pay a sanction of CHF 50'000.--.

In a ruling dated 6 October 2008, the Competition Commission concluded its investigation into **tariff agreements for supplementary insurance in the Canton of Lucerne** (RPW 2008/4, p. XX ff.). In these proceedings, the Competition Commission examined whether the competition law applies to supplementary insurance (Art. 2 and 3 ACart) and to what extent group negotiations are permitted in supplementary insurance.

Already in 2006, the Competition Commission had held in an interim ruling (RPW 2006/3, p. 513 ff.) that public and publicly-subsidised hospitals in the Canton of Lucerne were not economically independent when it came to setting tariffs, as this is a field in which the canton exercises economic control. In doing so, the canton has a similar position to a group of companies, with the result that the Cartels Act, based on Art. 2 ACart, does not apply internally among the hospitals. It should be noted, however, that the standard functional approach in accordance with Art. 2 ACart may lead to a situation where a public or publicly-subsidised hospital in the Canton of Lucerne may be individually subject to the provisions of ACart in a different sector where it acts autonomously as a company in the market.

In the final ruling, the Competition Commission held that, when considered as a group, the public and publicly-subsidised hospitals in the Canton of Lucerne have a dominant position and hold a very strong bargaining position in relation to health insurance companies. The strong position of the hospitals is essentially conditional on the statutory general conditions in the mandatory basic insurance, which means that the health insurance companies are in practice forced in supplementary insurance to have contracts with all the hospitals. This leads to a situation in which an individual insurer is hardly able to exert any pressure on prices in tariff negotiations. Based on these circumstances, the Competition Commission came to the following conclusions:

In principle, it would be desirable for both the service providers and the health insurance companies for negotiations to be held individually or in smaller, homogeneous groups (bilateral negotiations).

If the health insurance companies are confronted with a strong group of hospitals (as in the Canton of Lucerne), it may be efficient and thus permitted under competition law to allow the development of a "countervailing power" on the side of the health insurance companies. This means that the formation of groups among the health insurance companies is permitted to the extent that it leads to a balance in bargaining positions (group negotiations).

The permissibility of group negotiations for the health insurance companies is conditional in particular on ensuring that no adverse consequences are to be expected for policyholders in the downstream insurance market.

Finally these conclusions apply in the context of current hospital funding and the current hospital system (in particular the list of hospitals and the resultant obligation to

contract), which are largely determined by basic statutory principles in mandatory health insurance.

In 2008, the competition authorities received two notifications of concentrations that concerned companies active in the market for social insurance. Preliminary examination showed that the takeover of **Intras by CSS** and of **Xundheit by Concordia** did not pose the problems of creating or strengthening a dominant position in the various markets in which these companies are active. Nevertheless, it appears in certain cantons, primarily in relation to supplementary health insurance, that significant parts of the market were affected after the merger. It should be noted that the merger between Concordia and Xundheit has not in fact been carried out.

### B.2.2 Financial services

In a judgement dated 29 February 2008, the Federal Administrative Court dismissed an **appeal filed by the four financial institutions** Credit Swiss, Raiffeisen Switzerland Cooperative, UBS AG and the Zurich Cantonal Bank in the „Maestro Interchange Fees" case. The appeal was against the decision of the Competition Commission in 2007 not to conduct an investigation. Furthermore, no declaratory ruling was issued in relation to the permissibility of a Domestic Multilateral Interchange Fee; DMIF) for domestic card payments using the Maestro debit card.

The prelude to the decision made by the Competition Commission was a report made by the financial institutions as part of opposition proceedings under Art. 49a para. 3 let. a ACart. The subject of the report was the planned introduction of a DMIF for domestic transactions with Maestro debit cards. In response, the Secretariat opened a preliminary investigation and conducted a summary examination of the plan with regard to possible restraints of competition. In its report, the Secretariat came to the conclusion that the intended DMIF may have amounted to an unlawful agreement restricting competition. As the scheme had not been implemented and there were no effects on the market as a result, the Competition Commission however decided against opening an investigation.

The Federal Administrative Court upheld the decision of the Competition Commission. The court did not however rule out that the issue of a declaratory ruling, based on Art. 25 of the Administrative Procedure Act (APA), would also be theoretically possible in connection with a report under Art. 49a para. 3 let. a ACart. However, it was stated that a declaratory ruling in the individual case could relate only to liquid circumstances in the past that had actually materialised, i.e. were ascertainable. In the present case, this was not the case, as the parties had not implemented the planned restraint of competition following the report and the facts of the case had proved to be very complicated. It was therefore not possible to ascertain in advance whether the planned restraint of competition would affect the market, and if so what these effects would be. This was why the parties were unable to request a positive-legal declaration from the Competition Commission. Lastly, the Federal Administrative Court pointed out that this type of declaratory ruling would not make sense in legal terms, as it would have to be largely based on prognoses, hypotheses and contin-

gencies. In an obiter dictum, the Federal Administrative Court stated that this decision would not be satisfactory for the parties because they would achieve no legal certainty as to whether their conduct was lawful or not under competition law. The court therefore proposed that the competition authorities should waive any sanction in the event of a notification under Art. 49a para. 3 let. a ACart or impose only a symbolic sanction, and that the parties should at least be advised of the relevant decision-making parameters. In addition, the court urged the legislature to consider *de lege ferenda* the introduction of an express expediency principle. In December 2008, the Federal Supreme Court dismissed the appeals filed by the banks and thus upheld the decisions of the Federal Administrative Court and the Competition Commission.

The financial crisis, which originated from the American real estate market, deepened drastically in mid-September 2008 and also began to affect countries with stable real estate markets. Both in the USA and in Europe, the **financial crisis** has given rise to state measures to stabilise the financial system, along with rescue plans of historic proportions aimed at saving individual financial institutions. In Switzerland, the major bank UBS AG, which had substantial commitments in the American market, was especially badly affected by losses in the financial markets. The measures taken to stabilise the Swiss financial system also affected the work of the competition authority. It reiterated that the principle of economic freedom means that all participants in the economy are entitled to equal treatment and that any state intervention affecting economic freedom would therefore have to be carried out so that they have the most competitively neutral repercussions possible.

Another task related to the financial crisis has been the examination of a **concentration of undertakings**. BNP Paribas, a banking group listed in France, acquired a majority share-holding in Fortis Bank SA/NV, Fortis Bank Luxembourg SA and in Fortis Insurance Belgium SA/NV. These companies belonged to the Fortis banking group, which is a victim of the financial crisis. The Fortis Group operates primarily in Belgium, Luxembourg and the Netherlands. The market shares held by the subsidiaries and the branches of Fortis Bank SA/NV and of Fortis Bank Luxembourg SA in Switzerland are not particularly high. Thus, this merger neither created nor strengthened a dominant position for BNP Paribas in the relevant markets in Switzerland. In addition, the parties have confirmed that the undertaking given by BNP Paribas to the European Commission is also valid in Switzerland. The Competition Commission therefore did not open a detailed investigation into this concentration, which came into being in December 2008.

**SEPA** (Single Euro Payments Area) is a collection of technical rules that define a framework for the harmonisation of the payment systems existing within the EU. The banks of the countries in the EEA as well as the Swiss banks also have access to the SEPA. The principle is that all economic players should be able to effect and receive payments in Euros in the EU, whether in their country of origin or in another country, under the same conditions and subject to equal tariffs. The Secretariat analysed the level of progress with the implementation of SEPA and the implications for Switzerland. All

being well, it should be in full operation in 2010. Following the decision in **SWX-SIS-Telekurs** (DPC 2007/4, p. 557 ff.), the Secretariat also followed the development of the European Code of Conduct relating to the clearing and settlement of securities traded on the stock exchange, which provides for transparent tariffs, open access and interoperability for signatory companies.

In the field of **insurance**, the Secretariat responded as part of an office consultation procedure to the draft revision of the Federal Act on Contracts of Insurance. The Secretariat welcomed a number of amendments to the current law that will lead to increased clarity and thus more transparency in favour of insured persons. It hopes that this will make the products offered easier to understand and compare, something that must be regarded positively from the standpoint of competition law. There is however still a need for clarification on the issue of the duty to provide information relating to the payment of insurance brokers by insurance companies. Here the Secretariat takes the view that a duty to provide information should affect all insurance brokers in the same way. Accordingly, this duty applies not only to the broker acting for the insured person, but also the insurance agents representing the interests of one or more insurance companies. This is the only way that it can be guaranteed that there can be no undesirable market distortions between these two types of brokers and that the customer is informed about the payments.

### B.2.3 Liberal professions

In the field of the liberal professions, the Secretariat intervened against the **tariff recommendations** made by professional associations. Trade associations and industry organisations may induce or encourage direct or indirect price-fixing agreements between their members by stipulating or issuing tariffs, recommended prices, standard prices, price lists and pricing aids. Descriptions of services or cataloguing services with tariffs or prices are normally treated as price-fixing agreements under art. 5 para. 3 let. a ACart. The grounds normally put forward in the field of the liberal professions (transparency of services, price transparency, guidelines for market entrants, simplified billing, protection of clients) do not normally suffice as economic grounds for justification in terms of Art. 5 para. 2 ACart. At least two alternative instruments are available to the associations, which meet the needs of the liberal professions and are in conformity with the Cartels Act: first of all there are descriptions of services without any details of tariffs or quantities. These descriptions do not fix the prices and thus do not restrict the freedom to determine prices. The second is the publication of historical, survey-based (representative) and aggregated figures. Here the data must be accessible to consumers, and the tariffs must be non-binding. The compilation and publication of the figures should in most cases be carried out by independent third parties (for example by an accountancy firm, the Swiss Federal Statistical Office, a university or a consumer organisation).

As part of an advisory procedure, „script“, the Swiss Copywriters Association, decided on the publication of historical, survey-based and aggregated figures on fees for copywriters. To this end, script used a questionnaire

to survey the services previously defined by the Secretariat that copywriters provide (for example advertisements, customer newsletters, websites and slogans).

After a review of the data, the following values were calculated for each form of service: minimum and maximum value, average value, median, standard deviation, quantiles (10 %, 25 %, 75 % and 90 % quantiles). Based on a detailed data analysis of these values and an assessment of the market conditions, a decision was taken on the values that can be published.

It was decided not to publish the maximum value, as this could have the effect of raising prices and the distribu-

tion is rather „weighted to the left”. For the latter reason, publication of the median and of the minimum value had to be regarded as important. The Secretariat viewed the 10 % and 90 % quantiles as significant for the publication along with the average value and the median, as this data helps to define the fee levels that apply in the market. The publication of the 10 % quantile also served to put the minimum value into perspective in the present case. The publication of the standard deviation as well as the 25 % and 75 % quantiles would have been an option, but was not essential. The following two examples serve as an illustration (in CHF per newspaper advertisement/billboard advertisement):

	Average value	Median	Minimum value	10%-quantile	90%-quantile
Newspaper advertisement	636	600	60	308	1'060
Billboard advertisement	685	640	110	310	1'064

This publication of historical, survey-based fees, which is shown in aggregated form and which is adjusted to the present market, leads to transparency in fees for both customers and copywriters and complies with competition law requirements. It must be assumed that this market information will not have an adverse effect on competition, but will lead to intensified competition due to increased transparency. In addition, this form of market information may well serve to protect consumers against excessive fees and as guidelines for newcomers to the market. It will therefore also meet a requirement of the consumer protection organisations and the associations representing the liberal professions. A brochure on the fees charged by copywriters has been made available both to copywriters and to the clients of copywriters. The data will be updated in around three or four years.

An investigation affecting the area of the liberal professions and professional services (electrical fitters in the Bern region) is currently ongoing and should be concluded in the first half of 2009.

A merger has also been analysed in the field of temporary employment. The Secretariat examined the merger between Randstad (Schweiz) AG and Vedior (Schweiz) AG. There were no indications in the report that the merger will establish or strengthen a dominant position, as the market share held by the parties did not exceed 10 % in any of the market delimitations made and the three most important competitors in Switzerland also held similar market shares in the temporary and permanent employment recruitment sector. It could therefore be assumed that the merger would give no cause for concern.

Finally, a **sanctions procedure** under Art. 52 ACart has been concluded against a taxi firm in the city of Zurich. As part of a preliminary investigation, different companies had been questioned. One of these had however refused to provide information on its situation. Given that no response was forthcoming despite various reminders and a decision confirming the obligation to provide the information, the Competition Commission imposed a fine

of CHF 10,000.- on the company for a violation of its legal obligations. An appeal is pending before the FAC.

### B.3 Infrastructure

Interest in 2008 focused primarily on the work carried out in appeal proceedings against two important decisions from the previous year. The appeals related to the rulings of the Competition Commission of 5 February 2007 on mobile telephony termination charges and of 5 March 2007 relating to Publigroupe. In both cases, the appeals are pending before the Federal Administrative Court. In addition, in 2008 it was possible to make substantial progress in the preparatory briefing procedure in several cases (ADSL pricing policy, mobile telephony termination charges and the investigation into freight forwarding services), which will form the basis for decisions to be made in the coming year. Furthermore, the Competition Commission, by making recommendations and providing expert opinions, has been particularly active in regulated fields such as telecommunications, energy and postal services.

#### B.3.1 Telecommunications

In the investigation into Swisscom's **ADSL pricing policy**, the Secretariat completed its enquiries. The Secretariat reached the conclusion that Swisscom had abused its dominant position in relation to ADSL services. The Secretariat therefore proposed that the Competition Commission fine Swisscom the sum of around CHF 237 million. The investigation into ADSL pricing policy relates to the following: Swisscom provides a preparatory service for broadband internet to other telecommunications service providers such as Sunrise, Tele2, VTX or Green. Swisscom demands - in comparison with the end customer prices - high prices for the preparatory service. In specific terms, in the view of the Secretariat, the pricing policy adopted by Swisscom amounts to a price or margin squeeze, as the margins between the preparatory service and end customer prices is too narrow. Swisscom will be allowed to respond to the proposal of the Secretariat before the Competition Commission makes its decision.

The investigation into **mobile telephony termination charges** was continued in order to include evidence dating from after 31 May 2005. The Secretariat sent requests for information to mobile telephony providers active in Switzerland. Orange and Swisscom refused to respond to these requests for information. The two mobile telephony providers justified their position inter alia on the grounds of procedural economy and made reference to pending appeal proceedings relating to the first phase of the investigation. The Federal Administrative Court, in three judgements issued on 6 November 2008, refused to enter into the substance of the appeals filed by Orange and by Swisscom. In interpreting the legal precedent, the Federal Administrative Court held that when contesting a request for information, it is not the case that simply any expenditure incurred in responding to a questionnaire has to be regarded as a disadvantage that cannot be made good. It should therefore be possible to continue the investigation. In addition, an appeal filed by Swisscom is pending before the Federal Administrative Court against the ruling of the Competition Commission dated 5 February 2007 relating to mobile telephony termination charges in the period up to 31 May 2005.

In a **joint recommendation** dated 25 August 2008, the Competition Commission, the Price Supervisor and the Federal Communications Commission (ComCom) together urged the Federal Council to introduce an effective instrument for the more expeditious fixing of network access tariffs for Swiss telecom companies. The Telecommunications Act should be amended so that interconnection and access charges may now be reviewed ex officio by ComCom. Until now, ComCom has only been able to review access charges in response to a complaint from a provider. The joint recommendation made by the Competition Commission, the Price Commission and ComCom was thereafter included in a parliamentary motion (the „Forster Motion“). The Federal Council accepted this motion on 5 December 2008.

In the summer of 2008, the Competition Commission approved **three expert opinions** for submission to ComCom. In access proceedings under telecommunications law before ComCom, the issue of market dominance, if in dispute, must be assessed by the Competition Commission, which reports back in an expert opinion. The expert opinion dated 3 June 2008 related to charges for local loop connections to the fixed network, the opinion dated 23 June 2008 related to leased lines, and the opinion dated 7 July 2008 related to cable ducts. In these expert opinions, the Competition Commission in each case came to the conclusion that Swisscom held a dominant position in certain specialised sectors. The dominance in all three cases related to areas directly or indirectly connected with the Swisscom local network.

On 10 November 2008, the Competition Commission gave the green light to the takeover of **Tele2** by **Sunrise**. The preliminary investigation revealed no indications that a dominant position would be established or strengthened.

In a ruling dated 15 December 2008, the Competition Commission terminated the investigation into Swisscom relating to telephony services for **major customers**.

After protracted procedural disputes, the Competition Commission reached the conclusion in its substantive assessment that the indications of abusive conduct on the part of Swisscom in this case were not confirmed. In these proceedings, which also related inter alia to termination in mobile phone networks, it was successfully established that major business customers exerted countervailing power against telecommunications service providers for contracts for their telephony services, for example by means of competitive bidding procedures.

### B.3.2 Energy

In the energy sector, the Secretariat monitored the market for **system services** (essential emergency services for network operations). In the course of this monitoring, it emerged that the representation of the electricity boards in the expert commissions and committees of swissgrid (which operates the Swiss high-voltage network) led to a risk of distortions of competition, among other things due to information advantages. The swissgrid expert commissions draw up proposals, in particular the assessment principles for invitations to tender, which are then submitted to the swissgrid board. The larger electricity boards (Atel, BKW, CKW, EOS, ewz and NOK) may therefore use their representatives to exert influence on the valuation of the services, and then submit their bids on the basis of this. In addition, they hold an information advantage over competitors as a result.

On 28 October 2008 therefore, the Competition Commission issued a **recommendation** to the Federal Council based on Art. 45 para. 2 ACart. The Competition Commission recommended that the Federal Council approve the articles of association of swissgrid only on condition that the swissgrid committees and expert commissions are made up of independent experts and not of employees of the companies operating the network. In addition, the Competition Commission requested an immediate review of the composition of the board to ensure that it conformed with the law. Subsequently, Swissgrid decided to disband its expert commissions with immediate effect.

The continuation of the monitoring of the market for system services will depend inter alia on the revision of the Electricity Supply Ordinance. The competition authority also conducted further market monitoring procedures relating to bidding behaviour and price trends among electricity supply companies and obtained related information. If there is any suspicion of concerted practices among electricity companies, the required proceedings will be initiated.

### B.3.3 Agriculture

In the context of monitoring mergers, a detailed investigation was made into the takeover of **Steffen-Ris** Holding by **Fenaco** (which includes Landi). The merger led to the establishment of the strongest agricultural trading company, as Fenaco and Steffen-Ris Holding are among the leading companies in the agriculture sector.

In the markets for the wholesale of ware and processing potatoes as well as for the wholesale of seed potatoes, there were significant increases in market share. Fur-

thermore, account had to be taken of the fact that the Swiss agricultural market, at least in the case of ware and processing potatoes, is not completely open. On the other hand, account also had to be taken of the fact that the strong position in the potato markets resulting from the merger had to be considered in relation to the counter position of the processing firms.

In order to ensure that competition in the agricultural market is maintained in general as well as in the markets concerned, the Competition Commission ordered that the following condition be imposed: Fenaco (including Landi) must not impose or enforce any obligations to purchase or supply on farmers. This will firstly increase the freedom that the producers have and secondly keep access to producers open to all market participants (commercial and processing firms).

With a view to the abolition of the milk quota system as of 1 May 2009, the competition authority exercised increased vigilance over the **dairy products market**. It thus attempted to make a preventive contribution towards ensuring that no conflicts with competition law arise. In an advisory report, the Secretariat stated its position *inter alia* on the planned milk pool of producers and producers' organisations. It expressed the view that the milk pool in the form reported to the Secretariat would be judged to be unlawful under competition law. The Secretariat also expressed concerns in relation to the newly established „Swiss Milk Association“ (VSM), which comprises the four largest milk processing firms and producers' organisations. The future developments in connection with the abolition of the milk quota system are still unclear, but the competition authority will be following further events closely.

### B.3.4 Transport

The Competition Commission ascertained that **Swiss-Post** enjoyed competitive advantages when compared with private logistics companies. In contrast to private logistics service providers, SwissPost is exempted from the ban on driving on Sundays or at night due to its universal service obligation. The disadvantages for SwissPost of being required to provide universal services, is however already compensated for by the monopoly that SwissPost has over postal deliveries of up to 100g. In addition to these universal services with service level mandate, however, SwissPost also provides services where it competes with private companies without having a service level mandate. The privilege enjoyed by SwissPost also gives it the right to fill a quarter of its loading capacity with transit goods related to its competitive services. SwissPost's privileges lead to distortions of competition to the detriment of private providers. In a **recommendation** to the Federal Council dated 3 November 2008, the Competition Commission therefore proposed that the relevant provision in the Ordinance on Road Traffic Regulations be amended and reformulated so that it becomes competitively neutral. In response, DETEC advised the Competition Commission that the exemption in favour of SwissPost was necessary in order to be able to guarantee their universal service mandate and that it saw no need to act on the recommendation. In the meantime, the content of the recommendation has been taken up in a parliamentary re-

quest. The Federal Council will now have to explain to Parliament why there is no need for action, even though the regulations distort competition.

The most noteworthy aspect in 2008 in the investigation opened into the Spedlogswiss association as well as various haulage and logistics companies relating to agreements in the field of **freight forwarding services** was the appeal proceedings in connection with the removal of seals from evidence confiscated during house searches. This limited the extent to which the investigation could be continued. The Federal Criminal Court and the Federal Administrative Court both upheld the procedure adopted by the competition authority for house searches (cf. below: Chapter B.6) and authorised the competition authority to remove the seals from the seized and sealed evidence.

Still ongoing is the investigation into agreements in the field of **air freight**. Under the bilateral air traffic agreement with the EU, the responsibility for such cases is shared. The initial enquiries into issues of responsibility have proven to be protracted and complicated.

### B.3.5 Further activities

Following a detailed examination as part of the monitoring of company mergers, the Competition Commission approved the takeover of **Eichhof** by **Heineken**. Special attention was given to the extent to which there may be joint dominance of the market by the two large brewing concerns Heineken/Eichhof and Carlsberg/Feldschlösschen following the merger. The examination, however, failed to confirm indications that any joint dominant position would be stable and sustainable. In particular, breweries with a strong regional presence have clearly not been restricted in their competitiveness by the merger. Furthermore, large retail companies can significantly limit the influence of the two large brewing concerns.

In the **beer market**, the Competition Commission on 29 October 2008 headed an investigation into the import of beers from the breweries InBev (based in Belgium) and Modelo (based in Mexico). InBev and Modelo have granted exclusive rights for the import of their beer. Also involved in the investigation are the current and previous holders of these exclusive import rights, in particular *Ausländische Biere AG* and *Feldschlösschen*. There is the possibility of unlawful restraints of competition if parallel imports are made impossible. It is now planned that the investigation should examine whether parallel imports of beers brewed by InBev and Modelo can still take place.

The investigation opened on 13 March 2008 into the **import of French books** into Switzerland is intended to show whether the import policy of adding surcharges to the French prices of these books constitutes a violation of the Swiss Cartels Act. In order to investigate the circumstances, a comprehensive survey of the market has been carried out.

### B.4 Product markets

The examination of **vertical agreements** again made up a significant part of the work in the product markets in 2008. There were recurrent reports made against distribution systems due to failure to supply and due to suspi-

cions of vertical pricing requirements (e.g. abuse of non-binding recommended prices). Nevertheless, it can be assumed that Art. 5 para. 4 ACart and the new vertical notices are having an effect in practice. Despite this, the vertical area remains the subject of various debates on principles, and there is still a lack of reliable Swiss case law (court judgements) to be followed.

The matter of bidding cartels has been consistently developed since the **National Library** case. Whereas the suspicion in the National Library case related to a single agreement, in the case relating to **road surfacing in the Ticino**, a large number of agreements (a rotation cartel) were the subject of the investigation, and the case of the **Bern electrical installation companies** saw the first house searches in connection with this matter. Swift progress was made with the investigation in 2008, with the result that a decision is expected before the summer of 2009.

In December 2008, the competition authority opened three new investigations (the first in the cosmetics and perfumes sector, see B.4.1; the second in relation to door fittings, see B.4.2). The third investigation involved various companies in the sector for **heating, refrigeration and sanitation installations**. The opening of these investigations also saw house searches being carried out.

A key task was organising the effective supervision of compliance with the requirements imposed as part of merger procedures carried out in the retail sector by the Competition Commission against Migros and Coop.

#### B.4.1 Retail sector

Having conducted a detailed examination in 2007 of the merger between Migros and Denner, the Competition Commission began a similar examination of **Coop/Carrefour** at the end of 2007 as part of the merger procedures. The takeover of the twelve Carrefour hypermarkets by Coop in particular raises the issue of whether the joint dominant position held by Migros and Coop that was established in the Migros/Denner proceedings will be strengthened. In certain local markets, the takeover of the Carrefour hypermarkets has also led to major increases in market share.

On 17 March 2008, the merger between Coop and Carrefour was permitted subject to certain requirements. The Competition Commission reached the conclusion that the takeover, as far as turnover was concerned, led to a strengthening of the joint market dominance of Migros and Coop, but that this would be weakened in the medium to long-term by the expansion of foreign competitors. The repeated analysis of the expansion plans of the German discounters thus confirmed the prognoses reached in the Migros/Denner procedure. The requirements imposed by the Competition Commission are that Coop may not take over any other food retailer in the next six years and that competitors with less than a 25 % market share in particularly problematic regions must be offered sales floor areas amounting to a total of 20'000 m<sup>2</sup> for takeover.

In the supply markets, the takeover of Carrefour strengthened the strong position Coop holds in relations with manufacturers and suppliers. In order to take account of

these concerns, the Competition Commission ordered – in analogous terms to the Migros/Denner procedure – that Coop must permanently forgo exclusivity agreements with suppliers. This means that a prohibition of exclusivity agreements with suppliers now applies to both Migros and Coop. In addition, Coop was required to find individual solutions for suppliers whose products have been delisted and which are in a position of dependency.

The Competition Commission delegated the supervision of compliance with the requirements to an independent audit company (BDO Visura).

In 2008, the Competition Commission also assisted with the supervision by the independent audit companies Deloitte and Refindar Moore Stephens AG of compliance with the requirements imposed in the decisions on Migros/Denner and Coop/Fust.

According to Requirement 4 of the ruling in Migros/Denner (see also RPW 2009/1), Migros was obliged to report all mergers in the food retail market by 4 September 2010. In addition Migros must – in terms of Art. 9 para. 4 ACart – irrespective of the turnover of the target of the takeover, not only report all takeovers in the food retail market, but also takeovers in markets that are up or downstream of the food retail market or parallel to it. Four takeovers were reported in 2008 in terms of this requirement. The takeovers took place in the food industry (cf. Mifroma/Dörig; Micarna/Natura), in the retail trade in furniture and furnishings (cf. Migros/Gries Deco Holding GmbH) and in the convenience field (cf. Migros/Cevanova). All mergers were assessed to be unobjectionable.

In December 2008, the Competition Commission, on the basis of a voluntary report, opened an investigation in the **cosmetics and perfumes sector** into the Association of Manufacturers, Importers and Suppliers of Cosmetics and Perfumery Products (ASCOPA) and its members. The report pointed out that in the context and with the cooperation of ASCOPA, sensitive commercial information was regularly exchanged between members. The investigation should in particular examine whether the exchange of information has had an effect on the prices charged by members and whether it constitutes an unlawful agreement restricting competition in terms of Art. 5 ACart.

#### B.4.2 Construction industry

In the course of the ongoing proceedings in the area of **builders' supplies**, further circumstances amounting to a restraint of competition were reported to the Secretariat, which led to the opening of a new investigation. This centres on various suppliers of door fittings. The details related to agreements between the suppliers of door handles, door locks, door hinges, etc. on prices, discounts and price conditions. The investigation is intended to show whether such agreements actually exist or have existed and what effect they have had in Switzerland. If companies involved in the ongoing proceedings are prepared to provide information or evidence of further infringements of competition law without having to be requested to do so, this may lead to a considerable reduction in any sanctions imposed.

### B.4.3 Watch industry

In the fourth quarter, the Secretariat opened a preliminary investigation into **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse SA**, a company in the Swatch Group, after the Secretariat received miscellaneous reports. The reports relate to increases in prices and changes in payment terms for the coming year announced by ETA in connection with watch movements. The preliminary investigation is intended to show whether there are any indications that ETA holds a dominant position in the market for watch movements and is abusing this when amending prices and conditions.

### B.4.4 Automotive sector

In the automotive sector, the main interest in 2008 was the implementation of the notice on the treatment under competition law of vertical agreements in the automobile trade (referred to below as „the notice”). The focus here was again on the after-sales sector. In addition, the Secretariat was keeping an eye on future developments, as in May 2010, at European level, the group exemption regulation that corresponds to the notice expires. As the European regulations have to large extent been implemented by the notice, Switzerland will also be affected by the expiry of group exemption regulation. The Secretariat is currently in contact with representatives of the automotive sector in relation to the future of the Swiss notice. Furthermore, the effects of the notice on competition in the automotive sector in Switzerland have been investigated as part of the evaluation report. The findings made will have an influence on the Competition Commission if it has to decide on any amendments to the current regulations.

In addition, in the automotive sector two significant merger plans in the shape of **Porsche/Volkswagen** and **Volkswagen/Scania** that have effects on the Swiss market had to be assessed. The Competition Commission investigations revealed in both cases that the horizontal overlapping caused by the plans is limited, and the parties to the mergers in the relevant market sub-segments for automobiles, commercial vehicles, trucks and buses will still face strong competition from rival companies with substantial market shares. In the course of the preliminary examination of the Volkswagen/Scania merger, an examination was made inter alia of whether Volkswagen held de-facto control over the truck and bus manufacturer MAN. This would have significantly changed the market share held by Volkswagen in certain relevant markets. The concerns, however, proved to be unjustified. In the case of Porsche/Volkswagen, Porsche was already a major VW shareholder before the planned merger and was essentially acquiring control of Volkswagen through a share purchase transaction that involved taking over a further 4.92 % of the voting capital.

## B.5 Internal Market

### B.5.1 Overview

2008 was important for the case law on the revised Internal Market Act (IMA); this was in particular due to the first two cases decided by the Federal Supreme Court as the ultimate instance. The decisions in question first of all cleared up certain basic issues relating to the applica-

tion and the scope of the IMA, which is why they had a significance that went beyond their individual importance. Secondly they confirm the importance of the Competition Commission's right of appeal against unlawful restrictions on market access, which was introduced during the reform of the legislation, and the way it is used by the Competition Commission. A detailed discussion of the new case law on the IMA can be found in Chapter D.

The Competition Commission and the Secretariat also carried out a detailed review of the preliminary draft on the total revision of the Federal Act on Public Procurement. The extensive examination of this set of regulations is in keeping with the major importance of public procurement to competition policy.

Lastly, the Secretariat's internal market competence centre again dealt with numerous submissions from private individuals and authorities this year. While the former were mainly concerned with problems in asserting their right to free access to the market, the later were especially concerned with guaranteeing cantonal and communal regulations were compatible with the IMA as well as with administrative practices.

### B.5.2 Public procurement

The preliminary draft on the total revision of the Federal Act on Public Procurement (PPA), which has been sent to the consultative committee stage, gave rise to several submissions. The Competition Commission supports the aim of the revision of a partial harmonisation with cantonal public procurement law, although from the standpoint of competition policy a total harmonisation would be the preference. The partial harmonisation is also linked to the integration into the new PPA of the specific provisions on procurement law contained in the Internal Market Act, and this is also supported in principle by the Competition Commission. However, suppliers must continue to have the option of asserting, if need be through the courts, their right to free and equal access to the cantonal and communal supply markets.

In addition the Competition Commission welcomes the efforts to safeguard the law on public procurement against any instrumentalisation by criteria unrelated to public procurement, such as social or regional policy criteria, and thus against distortions of competition. Undistorted competition between suppliers is an essential requirement for ensuring that public authorities can invest their (tax) resources cost-effectively.

Furthermore, in the view of the Competition Commission, the total revision should be used as an opportunity to create minimum rules for the award of licences – which according to the prevailing understanding does not constitute public procurement – with the aim of making competition between licensees possible and of guaranteeing the transparency of the award procedure. Moreover, in the sub-threshold field, anti-competitive negotiated award procedures should be reduced to a minimum, with the more competition-friendly procedure for inviting bids being encouraged.

The Competition Commission and its Secretariat will continue to pay close attention to the revision process

and will lobby for the remaining implementing ordinances to be formulated in a competition-friendly manner.

### B.6 Competence Centre for Investigations

In spring 2008, the Competence Centre for Investigations conducted its largest operation so far, with around 40 Secretariat staff and 30 external experts and police officers taking part. At the same time, it was the first case in which house searches were carried out on the basis of information from a “whistleblower”. The house searches and the subsequent evaluation of the evidence were a success. In December 2008, house searches were also carried out as part of an investigation in the field of heating, refrigeration and sanitation installations.

In the report year, the Federal Criminal Court (BE.2007.10–13) and subsequently the Federal Supreme Court (1B\_101/2008) for the first time looked into the procedures of the competition authorities in the course of proceedings relating to the unsealing of evidence. Both courts approved the practices of the competition authorities and in particular confirmed the reasonableness of house searches. The Federal Criminal Court also went on to say that company lawyers could not invoke professional secrecy in accordance with Art. 321 SCC in order to prevent the seizure of their documents. The Federal Supreme Court did not express a view on this issue, as the documents had not been seized from the company lawyers but from other employees of the company. However, according to the Federal Supreme Court, such documents cannot be the subject of lawyers’ confidentiality.

The efficiency of house searches could in future be considerably prejudiced if – contrary to the landmark rulings just mentioned – legislation were to introduce the unrestricted protection of documents held by company lawyers. The Secretariat has pointed this out in unambiguous terms in the context of an office consultation procedure on a planned federal act on company lawyers.

### B.7 International relations

The Competition Commission and the Secretariat have continued to cultivate their close relations with important foreign authorities. Placing international relations between competition authorities on an official basis through cooperation agreements continues to be an important theme in international relations. Representatives of the Austrian and Australian competition authorities have visited the Swiss competition authority. The President of the Competition Commission has for his part visited the French, Austrian and UK authorities. As part of the negotiations for a free trade agreement with Japan, an initial formal cooperation agreement on competition issues has been negotiated. This is the first cooperation agreement on competition issues that Switzerland will have signed – probably in 2009. In addition, the Competition Commission has been asked by the head of the FDEA to lead a fact finding mission with the EU on cooperation between authorities responsible for implementing the law on competition matters.

**OECD:** Representatives of the Competition Commission and the Secretariat took part in the meeting of the OECD Competition Committee, and in the working groups on “Competition and Regulation”, “International Cooperation

and Enforcement” and “Competition Law and Policy”. The delegation, in cooperation with the Seco, prepared and presented various contributions. The topics dealt with in various sessions and roundtables in 2008 included amicable settlements in cartel proceedings, compliance with rules on resale prices, purchasing power and buyers’ monopolies, package and loyalty discounts, competition in the construction industry as well as competition issues raised by minority shareholdings and crossover mandates.

**WTO:** The Secretariat took part in the examination of Swiss commercial policy by the WTO, which is conducted every four years. It provided a written contribution on competition policy to the report submitted to the WTO Secretariat, and also responded orally to various questions from the WTO Secretariat during its visit to Bern in August 2008. The final examination was held in December 2008 in Geneva.

**ECA:** In September 2008, the Secretariat participated in the first meeting of the working group on commitment decisions, held in Madrid. The goal of this working group is to allow different countries to share their experiences in the field of commitment decisions.

**ICN:** The Swiss competition authority made an active contribution to the work of the International Competition Network and its various working groups. Representatives of the Competition Commission and the Secretariat took part in the seventh annual conference. This took place in April 2008 in Kyoto. At the conference, Switzerland was presented to the participants Switzerland as next year’s host country. The Secretariat carried out preparatory work for this major event throughout the year, in close cooperation with the live communication agency Group Worldspan. The conference will take place from 3 - 5 June 2009 in Zurich. The ICN is now the largest competition-related organisation in the world, with virtually all the competition authorities in the world and many specialists and practitioners in competition law among its members. The 2009 annual conference will bring around 600 people together in Zurich to consider the latest issues in competition law. The special topic selected by Switzerland person is “Competition Law in Small Economies”.

**UNCTAD:** The Secretariat took part in the last conference for the time being of the development promotion programme benefiting five Latin American countries (COMPAL) under the auspices of UNCTAD. This took place on 21/22 July 2008 in Geneva. At the meeting, it was agreed that the programme, which was set up with the support of Seco and in cooperation with UNCTAD, the Competition Commission and the individual countries concerned, had been a success. As part of the programme, the Secretariat welcomed two trainees from the El Salvadorian competition authority and one trainee from the Costa Rican authority, each for a three-month period. The Competition Commission and its Secretariat also took part in the ninth session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy in Geneva.

**Vietnam project:** In the spring of 2008, the project “Strengthening the Vietnamese Competition Authorities” began, with aim of strengthening and supporting the

Vietnamese Competition Authority (VCAD), which was established in 2006. The bilateral cooperation between the competition authorities in Vietnam and Switzerland includes the holding of workshops in Vietnam, providing support with market studies and offering practical training for VCAD staff in Switzerland. In addition, Secretariat staff act as experts in Vietnam, in particular for devising guidelines on competition-relevant topics. Also involved in the project is the non-profit organisation CUTS (Consumer Unity & Trust Society), which carries out support work in Vietnam. The project will last for three years, and the funding has been provided by SECO. The responsibility for running the project is that of the Competence Centre for International Affairs.

## B.8 Outlook

For 2009, the priorities of the Competition Authority continue to be the proceedings relating to hard horizontal and vertical arrangements (Art. 5 para. 3 and 4 ACart) as well as the proceedings on the unlawful practices of dominant undertakings (Art. 7 ACart). The Authority will also continue to focus on combating bid rigging.

Hosting the seventh annual conference of the International Competition Network from 3 - 5 June 2009 in Zurich will also be a task of special importance.

## C Organisation and Statistics

### C.1 Competition Commission

As regards its organisation, in 2008 the Competition Commission decided against subdividing into three chambers (services, infrastructure and product markets). The reason for this was the decision of the Federal Council to reduce the size of the Commission from 15 to 12 members. At the end of the 2003-2007 term of office, 4 members stood down from the Competition Commission. For the 2008-2011 term of office, the Federal Council appointed only one new member to the Competition Commission, Prof. Andreas Kellerhals. The system of sub-division into three chambers therefore no longer seemed appropriate. It was abandoned in favour of a system in which major decisions are taken by the Competition Commission in plenum. The internal regulations have therefore been amended accordingly and were submitted to the Federal Council in 2008 for approval.

The members of the Competition Commission discussed and adopted the strategic orientation for the 2008-2011 term of office in the first half of 2008. Notification of the relevant principles and goals has been given in writing to the DEA.

Various indiscretions in the media led to an investigation by the Office of the Attorney General of Switzerland on suspicion that there had been a violation of official secrecy. The extensive enquiries conducted by the Office of the Attorney General of Switzerland failed to reveal any specific indications of misconduct by members of the Competition Commission or of the Secretariat. The investigation was therefore discontinued without any further proceedings.

In 2008, the Competition Commission held 17 plenary sessions. In addition to dealing with the cases discussed in the preceding chapters, the Competition Commission at various meetings also dealt with issues connected

with its organisation and the related revision of its rules of business. Members of the Competition Commission were also involved in certain matters relating to the ongoing evaluation of the Cartels Act.

### C.2 Secretariat

At the end of September 2008, Dr. Patrick Krauskopf, Deputy Director at the Secretariat of the Competition Commission, tendered his resignation. As Deputy Director, Dr. Krauskopf headed the product markets service and was also head of the Competence Centre for International Affairs. The Competition Commission would like to take this opportunity to thank him for his invaluable commitment, in particular in developing and consolidating relations with other competition authorities and with international organisations. The planning for the appointment of his successor has been started.

At the end of 2008, the Secretariat employed 64 staff (full-time and part-time), of whom 45 per cent are women. This corresponds to a total of 57.9 full-time positions. The staff was made up as follows: 43 specialist officers (including the management board: 39.7 full-time positions), 11 specialist trainees (10.5 full-time positions), and 10 employees in resources and logistics service (7.7 full-time positions).

### C.3 Evaluation in accordance with Art. 59a ACart

In terms of Art. 59a of the revised Cartels Act of 2003, the Federal Council must arrange for an **evaluation** of the effectiveness of competition law measures and of the enforcement of the Cartels Act, submit a report on this to Parliament by the spring of 2009 and make proposals for what further action is required. The **Cartels Act Evaluation Group** was made responsible for the conduct of the evaluation. It was made up of a **steering** and a **core group**. In setting up the steering group and the selecting its members, care was taken to ensure that the evaluation was carried out on the basis of extensive knowledge and experience as well as with the required independence from the political and administrative authorities.<sup>1</sup>

The Federal Council was notified of the content of the consolidated report of the Evaluation Group on 14 January 2009. The FDEA will consider the recommendations and submit proposals on the further action required to the Federal Council by the spring. On the basis of these proposals, the Federal Council will report to Parliament by April 2009.

<sup>1</sup> The Steering Group comprised the following persons: Dr. R. Corazza (ComCo Secretariat, Director, Project Manager for the ACart Evaluation and Chairman of the Steering Group), Dr. U. Böge (former President of the German Federal Cartel Office and of the International Competition Network ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Head of the Economic Policy Directorate), Dr. W. Bussmann (FOJ, Specialist on Legislation Evaluation und Federalism Issues), Prof. Dr. D. Herren (University of Bern, Institute for Business Law) and Prof. Dr. V. Martenet (University of Lausanne, Vice-President of ComCo). The Core Group comprises F. Stüssi (ComCo Secretariat, Head of Section, Project Manager for the ACart Evaluation), Dr. B. Zirlick (ComCo Secretariat, Head of the Competence Centre for Law), S. Michal (SECO, Deputy Head of the Growth and Competition Policy Unit) and Dr. S. Rutz (ComCo Secretariat, Head of the Competence Centre for Economics)

#### C.4 Statistics

Investigations	2007	2008
Carried out during the year	18	17
Carried over from the previous year	15	13
Opened	3	4
Final decisions	7	4
Modification of conduct	3	1
Amicable settlement	1	1
Administrative ruling	3	1
Sanctions under art. 49a para. 1 ACart	2	1
Precautionary measures	2	2
Sanctions proceedings under art. 50 ff. ACart	0	0
Preliminary investigations		
Carried out during the year	28	19
Carried over from previous year	21	11
Opened	7	8
Concluded	18	12
Investigations opened	1	2
Modification of conduct	6	2
...No consequences	11	8
Other activities		
Reports under Art. 49a para. 3 let. a ACart	26	31
Advice	28	23
Market monitoring	62	36
Other enquiries	212	246
Mergers		
Reports	45	40
No objection after preliminary examination	39	39
Investigations	5	3
Decisions of the Competition Commission	3	2
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total of appeal proceeding	n.a.	12
Concluded in 2008	n.a.	8
Success for the Competition Authority	n.a.	7
Partial success	n.a.	1
Pending at end of year	n.a.	4
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 ACart)	1	2
Recommendations (Art. 45 ACart)	0	4
Expert opinions (Art. 47 ACart or 11 TCA)	4	3
Follow-up checks	1	1
Notices (Art. 6 ACart)	1	0
Opinions (Art. 46 para.. 1 ACart)	84	71
IMA		
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	0	0
Expert opinions (Art. 10 I IMA)	0	0
Explanatory reports (Secretariat)	25	31
Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	3	3

## D Case law on the revised IMA

In 2008, ground-breaking judgements were issued by the Federal Supreme Court and the cantonal courts in application of the revised Internal Markets Act (IMA). They clear up certain fundamental issues relating to the application and the scope of the IMA, with the result that their significance goes beyond their importance as individual cases. In the following remarks, the three most important judgements and the key legal issues that they involve are presented in brief. However, the decisions also confirm the importance of the power that allows the Competition Commission itself to appeal against cantonal decisions with restrictions on market access. The Competition Commission is willing to make use of this option in the future in order to be able to resolve fundamental issues.

*Decision of the Federal Supreme Court of 24 September 2008 in the case of Lawyer X / Competition Commission against the Administrative Court of the Canton of Vaud relating to the appointment of a legal trainee (BGE 2C\_85/2008)*

The case in dispute related to a lawyer who moved to the Canton of Vaud after working for several years in the Canton of Geneva. He was however prohibited from employing a trainee, as the legislation in the Canton of Vaud stipulated that lawyers wishing to employ trainees had to have practised in the Canton of Vaud for a minimum of five years. An appeal filed by the lawyer concerned against this prohibition was dismissed by the Administrative Court of the Canton of Vaud. The lawyer and the Competition Commission successfully appealed against this decision in the Federal Supreme Court. The Supreme Court held that the regulation in the Canton of Vaud constituted an unreasonable restriction of market access (a violation of Art. 3 para. 1 let. c IMA) and the lawyer had to be allowed to employ a trainee.

The decision is of fundamental significance for the following reasons:

Right to free access to the market for the purpose of establishing a permanent place of business and carrying out the relevant gainful economic activity in accordance with the regulations in the first place of permanent establishment (Art. 2 para. 4 IMA): Anyone who establishes themselves permanently in another place in order to carry out a gainful economic activity may do so on the basis of the regulations on the organisation of that gainful economic activity that apply at the first place of permanent establishment (in the present case, the Geneva legislation, which permitted the appellant lawyer to employ a trainee). The extent of the right under Art. 2 para. 4 IMA is therefore based on the concept of economic freedom, which includes freedom of organisation. The orientation towards economic freedom is as correct as it is logical, given the aim of the IMA.

Right to have access to the market free of charge (Art. 3 para. 4 IMA): This right relates, as it already did under the previous law (Art. 4 para. 2 previous IMA), "merely" to the undisputed administrative procedure and not to the appeal proceedings. Accordingly, anyone who appeals against a restriction of market access ordered by a public authority must (also) expect to be required to pay

procedural costs in accordance with relevant procedural regulations.

*Decision of the Federal Supreme Court of 13 October 2008 in the case of the Canton of Zurich against Ms X / Competition Commission relating to the self-employed practice of the profession of a psychotherapist (2C\_15/2008)*

The judgement of the Federal Supreme Court was based on the following factual circumstances: Ms X, who was authorised in the Canton of Graubünden to work on a self-employed basis as a psychotherapist, applied to the Public Health Directorate of the Canton of Zurich for licence to practise her profession in Zurich. This was granted to her on the condition that she successfully completed the (theoretical) basic education in accordance with the Zurich legislation (a university course of studies in psychology). The Public Health Directorate claimed that although Ms X had the special training and the experience of practising as a psychotherapist that was required for the licence, she did not have the required basic education in the form of university qualification in psychology. Ms X's basic education, which consisted of a degree in theology and an Austrian postgraduate MSc in psychology, was regarded as insufficient. Ms X and the Competition Commission filed an appeal in the Zurich Administrative Court claiming there had been a violation of the right to free access to the market under the IMA. The Administrative Court upheld both appeals and instructed the Public Health Directorate to grant Ms X her licence. In response, the Canton of Zurich filed an appeal with the Federal Supreme Court. This rejected the appeal, insofar as it considered it at all, and confirmed the decision of the Zurich Administrative Court.

The decision is of fundamental significance for the following reasons:

Right of appeal of a public authority on behalf of the general public: Under Art. 89 para. 1 of the Federal Supreme Court Act (BGG), a public authority is entitled to appeal if its own sovereign interests that are worthy of protection are affected by the contested decision. The sovereign cantonal interests requiring protection are not normally affected to the relevant extent by an individual licensing decision. The relevant level of effect is achieved where it is expected that an individual decision of this type will prejudice the granting of a considerable number of further licences. The sovereign cantonal interests requiring protection are then affected by the risk of such a development to a considerable extent if the licences to be granted are contrary to the relevant cantonal legislation and at the same time significant health and political interests are at stake. On this basis, the Federal Supreme Court approved the right of the Canton of Zurich to appeal, insofar as the case related to a general appraisal of the right of access claimed under internal market law that underlay the contested licence procedure, but not as far as specific aspects of the individual case were concerned.

Presumption of the equivalence of different market access regulations and permissibility of restrictions on market access (Art. 2 para. 5 and Art. 3 para. 1 IMA): If the market access regulations of the places of origin and destination are to be regarded as being equivalent, there

is basically no place for restrictions on free access to the market in the form of conditions or requirements. The question as to equivalence is answered by making a comparison of the market access regulations on each side, as result from the applicable general-abstract provisions of cantonal and/or communal law as well as the practices based thereon, taking account of the public interests that must be protected. The authority of the place of destination that is envisaging restrictions on market access is therefore required first of all to verify whether the regulations are equivalent. In the present case, the Federal Supreme Court confirmed the view of the Zurich Administrative Court, which was of the opinion that with regard to the public interests that had to be protected (the protection of the health of the patient), despite divergent regulations on the basic education required, it had to be assumed that the market access regulations were equivalent.

*Decision of the Administrative Court of the Canton of Ticino of 10 October 2008 in the case of Ms X / Competition Commission against the Cantonal Council of the Canton of Ticino relating to a licence to practise as a self-employed complementary medicine therapist*

The decision of the Ticino Administrative Court was based on the following circumstances: Ms X, who had practised in the Canton of Zug as a self-employed complementary medicine therapist for a good 15 years without a licence, applied for a professional practising licence to the Public Health Directorate of the Canton of Ticino, which turned down her application. In response, Ms X appealed to the Cantonal Council of the Canton of Ticino, which rejected her appeal and confirmed the decision of the Public Health Directorate. Ms X and the Competition Commission filed appeals against the decision of the Cantonal Council with the Administrative Court of the Canton of Ticino. The court upheld both appeals and instructed the Public Health Directorate to grant Ms X the licence to practise her profession. An appeal filed by the Ticino Cantonal Council against the decision of the Administrative Court is currently pending before the Federal Supreme Court.

The decision is of fundamental significance for the following reasons:

Right to free access to the market for the purpose of establishing a permanent place of business and carrying out the relevant gainful economic activity in accordance with the regulations the first place of permanent establishment (Art. 2 para. 4 IMA): There is also a right to free market access even if practising the profession in question does not require a licence at the place of origin, but does at the place of destination. The right is established by practising the profession lawfully at the place of origin.

Equivalence of market access regulations and permissibility of restrictions on market access (Art. 2 para. 5 and Art. 3 para. 1 IMA): The authority at the place of destination may envisage restrictions on market access only if verification of equivalence of the market access regulations applicable in each place shows that the regulations at the place of origin are not equivalent. In the present case, the administrative court regarded the (liberal) market access regulations of the Canton of Zug as not equivalent.

Unreasonableness of restrictions on market access as a result of professional experience (Art. 3 para. 2 IMA): An unblemished practising record over several years of activity is sufficient to guarantee the protection of overriding public interests, and any restrictions on market access – as in the present case – must be regarded as unreasonable and therefore contrary to the IMA. Accordingly, the administrative court confirmed the requirements for the permissibility of restrictions of the access to the market, which are now stricter following the reform of the legislation and which oblige the authority at the place of destination to take account inter alia of professional experience acquired at the place of origin.

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

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

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. TransGourmet Holding SE</b>

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Dezember 2008*

1. Am 24. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach die REWE Zentral AG (nachfolgend: Rewe) und die Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop) beabsichtigen, ihre Aktivitäten im Bereich Grossverbraucherservices und Cash&Carry-Märkte in ein paritätisch gehaltenes Gemeinschaftsunternehmen, die transGourmet Holding SE (nachfolgend: transGourmet) einzubringen. Nach der Transaktion werden die Grossverbraucherservices und Cash&Carry-Aktivitäten der beteiligten Parteien in Deutschland, Frankreich, Polen, Rumänien, der Schweiz und der Russischen Föderation in der transGourmet gebündelt sein.

2. Coop, mit Sitz in Basel, ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher eine Vielzahl von Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Kerngeschäft der Coop-Gruppe sind die Verbraucher- und Supermärkte. Coop ist einer der führenden Detailhändler für Food-Produkte in der Schweiz und vertreibt Non-Food-Produkte insbesondere über ihre Warenhäuser und ihr zugehörige spezialisierte Detailhandelsketten. Zudem ist Coop in den Bereichen Gastronomie und Tankstellen tätig.

3. Rewe, mit Sitz in Köln, Deutschland, ist im Handel und Tourismusgeschäft tätig. Die Geschäftsfelder im

Handel umfassen insbesondere den Betrieb von Supermärkten, Fachmärkten und Drogeriemärkten sowie den Grosshandel. Hauptgeschäftsfeld ist Deutschland, daneben ist das Unternehmen in Polen, Rumänien, Österreich sowie ausserhalb der EU in der Schweiz und der Russischen Föderation tätig; in der Schweiz und Frankreich einzig gemeinsam mit Coop im Rahmen der transGourmet Schweiz.

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Grossverbrauchermarkt. Nicht betroffen ist der Detailhandelsmarkt. Bereits heute halten die beiden Parteien mit transGourmet Schweiz ein Gemeinschaftsunternehmen, das die Lebensmittelgrosshandelstätigkeiten der Unternehmen in der Schweiz und Frankreich bündeln. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmen transGourmet Schweiz im Jahr 2005 wurde von der Wettbewerbskommission geprüft (RPW 2005/2, S. 342 ff.), Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gab es keine.

5. Mit Ausnahme der gemeinsamen transGourmet Schweiz bestehen zwischen Coop und REWE keine Überschneidungen im Bereich Grossverbraucher- und Cash&Carry-Märkte. Bezüglich transGourmet Schweiz gehen mit dem vorliegenden Zusammenschluss keine Veränderungen der Kontrollverhältnisse einher. Das Unternehmen wird in die gemeinsam kontrollierte transGourmet integriert.

6. Durch den Zusammenschluss wird keine marktbeherrschende Stellung von Coop und Rewe begründet oder verstärkt. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

**2. EN+ Group Limited/OJSC NK Russneft**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Dezember 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2008*

Am 28. November 2008 ging beim Sekretariat die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach EN+ Group Limited (nachfolgend EN+) beabsichtigt, die alleinige Kontrolle über OJSC NK Russneft (nachfolgend Russneft) und seine Tochtergesellschaften zu erwerben.

EN+ mit Sitz in Jersey hält Beteiligungsrechte in den Sektoren Energie, Aluminium, Kohle und Magnesium. EN+ wird durch Herrn Oleg Deripaska kontrolliert, dessen wesentliche Beteiligungsrechte in der Basic Element Gruppe gehalten werden. Die Basic Element Gruppe ist – neben Energie, Aluminium, Kohle und Magnesium (EN+) – in unterschiedlichen Gebieten tätig, darunter: Fahrzeugherstellung und -entwicklung, Bergbau/Rohstoffförderung, Finanzdienstleistungen, Baugeswerke, Zellstoff und Papier sowie Immobilien.

In der Erdölindustrie ist EN+ über ihre Tochtergesellschaft United Oil Group (nachfolgend UOG) in einem geringfügigem Umfang tätig. UOG-Aktivitäten umfassen die Förderung, Produktion, Raffinierung und den Handel von Rohöl.

Russneft mit Sitz in Moskau ist eine vertikal integrierte Gas- und Ölgesellschaft mit verschiedenen Produktionsgesellschaften, Ölraffinerien und einem eigenen Vertriebsnetz. Ihre Niederlassungen befinden sich in Russland und CIS-Staaten.

Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 18. November 2008 bei der EU Kommission gemeldet (Fall-Nr. COMP/M.5396). Mit Entscheid vom 18. Dezember 2008 wurde das Zusammenschlussvorhaben freigegeben. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markterherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

**3. Migros/Gries**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. November 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. November 2008*

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Migros/Gries auf eine Prüfung nach Art. 10 KG zu verzichten.

Dieser Antrag wird wie folgt begründet:

**A SACHVERHALT**

1. Am 5. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) sich mit 49 % an der Gries Deco Holding GmbH (nachfolgend: GDH) zu beteiligen und zusammen mit dem bisherigen Eigentümer, [...], die gemeinsame Kontrolle über die GDH zu erlangen.

2. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (u.a. Migros-Supermärkte, Fachmärkte und avec-Läden), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (u.a. Micarna SA und Jowa AG), die Migros-Restaurants, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Ex Libris, Hotelplan, Le Shop und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe (inkl. Interio und Office World) und Denner. Dem MGB kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

3. Die GDH mit Sitz in Niedernberg, Deutschland, hält zu 100 % die Gries Deco Company GmbH. Sie betreibt unter der Marke „DEPOT“ in Deutschland Verkaufsstellen für Wohnungseinrichtungen und Wohnbedarf. In der Schweiz betreibt die Demosa AG (nachfolgend: Demosa), mit Sitz in Unteriberg, als Franchisenehmerin neun kleine DEPOT-Verkaufsstellen.

4. Migros beabsichtigt mit der Übernahme u.a., sich mit der Beteiligung an der GDH im deutschen Markt zu etablieren und das Konzept der Marke „DEPOT“ in der Schweiz auszubauen.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Meldepflicht**

5. Gemäss Auflage 4 der Verfügung vom 3. September 2007 i.S. Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207) muss Migros bis am 4. September 2010 sämtliche Zusammen-

schlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG melden. Als relevanter Markt gilt der Lebensmittelhandel.

6. Nach Massgabe von Art. 9 Abs. 4 KG muss Migros – unabhängig vom Umsatz des Übernahmeobjekts – nicht nur sämtliche Übernahmen auf dem Lebensmittelhandelmarkt melden, sondern auch Übernahmen auf Märkten, die dem Lebensmittelhandelmarkt vor- oder nachgelagert oder benachbart sind.

7. Da die zu übernehmende GDH im Bereich der Wohnungseinrichtung tätig ist und dieser ein vorgelagerter Markt des Detailhandels ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

**B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens**

8. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

9. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

**B.2.1 Relevante Märkte**

10. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Vorliegend werden nur die sachlich relevanten Märkte definiert, in welchen die zu übernehmende GDH tätig ist. Es sind dies die sachlich relevanten Märkte, welche die Wohneinrichtung betreffen. Im vorliegenden Fall kann von einem Markt für Wohnungseinrichtungen ausgegangen werden. Letztlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da sich am Resultat dieser Analyse weder bei einer engeren noch bei einer weiteren Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes etwas ändern würde.

11. 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). Ob der geografische Markt als internationaler oder schweizerischer Markt zu betrachten ist, kann an dieser Stelle offen gelassen werden, da selbst bei der engsten räumlichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

**B.2.2 Beurteilung der Marktstellung**

12. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist aus folgenden Gründen unbedenklich:

- Im Lebensmittelhandel hat Migros gesamtschweizerisch einen Marktanteil von > 30 %, womit

dieser einen betroffenen Markt darstellt. Allerdings führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition.

- Migros verfügt auf dem Markt für Wohnungseinrichtungen in der Schweiz über einen Marktanteil von lediglich [0–10] % (für das Jahr 2007) bei einem geschätzten Gesamtmarkt von CHF 6953 Mio.<sup>1</sup> Verwendet man für die Gesamtmarktschätzung die kumulierten Umsätze der grössten Anbieter in diesem Markt (publiziert von der IHA-GfK AG), so beträgt der Marktanteil von Migros rund [10–20] % bei einem Gesamtmarkt von CHF 3533 Mio. In dieser Berechnung sind die Umsätze kleinerer und mittlerer Möbel-/Einrichtungsgeschäfte nicht enthalten. Die von der Demosa betriebenen DEPOT-Verkaufsstellen erzielten einen Umsatz von CHF [...] Mio., was einem Marktanteil von [0–10] % (Basis: CHF 6953 Mio.) resp. [0–10] % (Basis CHF 3533 Mio.) entspricht. In beiden Fällen werden die Schwellen gemäss Art. 11 Abs.1 Bst.d VKU nicht erreicht, d.h. beim Markt für Wohnungseinrichtungen handelt es sich nicht um einen betroffenen Markt. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Wie aus den errechneten Marktanteilen hervorgeht, ist die durch den Zusammenschluss entstehende Marktanteilsaddition im Markt für Wohnungseinrichtungen sehr gering. Eine Marktstrukturänderung aufgrund des Zusammenschlusses ist nicht zu erwarten. Zudem sind auf diesem Markt zahlreiche wichtige Konkurrenten tätig. IKEA ist der klare Marktführer in der Schweiz. Der zweitgrösste Marktteilnehmer ist die Pfister-Gruppe. Neben IKEA, Pfister und Micasa/Interio gibt es viele mittlere und kleinere Wettbewerber (z.B. Conforama und TopTip/Lumimart).

13. Während das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden kann, könnte allerdings ein sukzessiver Aufkauf kleinerer im Wohnungseinrichtungsmarkt tätiger Unternehmen durch die Migros aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Migros im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

### **B.2.3 Ergebnis**

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

---

<sup>1</sup> Diese Schätzung basiert auf den gesamtwirtschaftlichen Ausgaben der Haushalte für Möbel, Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände, sowie laufende Haushaltsführung für das Jahr 2006 in der Höhe von CHF 12'461 Mio., wovon gemäss den Gewichtungen im Warenkorb des Landesindex der Konsumentenpreise für das Jahr 2007 rund 56 % auf den Bereich Wohnungseinrichtung/Wohnbedarf entfallen (sämtliche Daten: Bundesamt für Statistik).

B 2.3

**4. Micarna SA/Natura Fleischrocknerei, P. Peduzzi**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. November 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. November 2008*

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Micarna SA / Natura Fleischrocknerei, P. Peduzzi auf eine Prüfung nach Art. 10 KG zu verzichten.

Der Antrag wird wie folgt begründet:

**A SACHVERHALT**

1. Am 2. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Micarna SA (nachfolgend: Micarna) einen Grossteil der Aktiven der Natura Fleischrocknerei, P. Peduzzi (nachfolgend: Natura) in Tinizong-Rona zu übernehmen.

2. Das meldende Unternehmen, Micarna, ist Teil der Migros-Gruppe. Sie beschafft, verarbeitet und konfektionierte überwiegend für die Migros Fleisch und Fleischwaren (inkl. Geflügel und Fisch).

3. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (Migros, Denner), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (Jowa, Micarna, Mifroma, Estavayer Lait, Bischofszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey, Midor, Optigal, Mifa, Mibelle, Seba Aproz), den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Hotelplan und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe. Dem Migros-Genossenschafts-Bund kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

4. Die Zielgesellschaft des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens, Natura, ist ein Einzelunternehmen von Pietro Peduzzi. Es produziert v.a. Trockenfleischspezialitäten und Wurstwaren und vertreibt zudem in geringem Ausmass Trockenfleischspezialitäten des italienischen Herstellers Puzzi.

5. Migros beabsichtigt mit der Übernahme, Impulse für ihre künftige Exportstrategie im Bereich Trockenfleischspezialitäten zu gewinnen.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Geltungsbereich**

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden

treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

7. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

8. Am 25. September 2008 schlossen Pietro Peduzzi und Micarna einen Kaufvertrag bezüglich den Verkauf der Aktiven der Fleischrocknerei von Natura an Micarna ab, [...]. Die weiteren Aktiven Naturas, z.B. bezüglich die Produktion von Wurstwaren, verbleiben bei Pietro Peduzzi.<sup>1</sup> Micarna erlangt somit die vollständige Kontrolle über die Aktiven von Natura, welche die Fleischrocknerei betreffen. Folglich stellt die vorliegende Akquisition einen Kontrollerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

**B.2 Meldepflicht**

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

a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

10. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erzielten die Migros-Gruppe und Natura weltweit einen kumulierten Umsatz von über CHF 2 Mrd., einen in der Schweiz anfallenden Umsatz von über CHF 100 Mio. erreichte aber lediglich die Migros-Gruppe.

<sup>1</sup> Zudem wird der Vertrieb der Spezialitäten Puzzi neu durch die Mazlaria Peduzzi in Savognin getätigt (vgl. Rz. 4).

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen 2007, in Mio. CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	22'697	> 100
Natura	< 100	< 100
Kumuliert	[...]	

11. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

12. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Da die zu übernehmende Natura in der Fleischtrocknerei tätig ist und diese ein vorgelagerter Markt des Detailhandels ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

13. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

14. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

#### B.3.1 Relevante Märkte

15. Vorliegend werden nur die sachlich relevanten Märkte definiert, welche die zu übernehmenden Aktiven von Natura betreffen oder die diesen Märkten vor- oder nachgelagert sind, sofern Migros in diesen agiert. Es sind dies die sachlich relevanten Märkte, welche die Fleischverarbeitung, den Fleischgrosshandel sowie den Detailhandel betreffen.

##### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

17. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses Carnavi-Holding AG/Ernst Sutter AG (RPW 2004/1, S. 136 ff.) unterteilt die Wettbewerbskommission die Wertschöpfungskette bei der Herstellung von Fleischprodukten (ohne Geflügel) in die folgenden vier Stufen: Schlachtviehproduktion, Schlachtviehhandel, Fleischverarbeitung und Fleischgrosshandel<sup>2</sup> sowie Verteilung. Offen gelassen wird, ob bei der Beschaffung nach Schlachtviehgattungen und zwischen Frischfleisch und Fleischwaren zu unterscheiden ist.

18. In Ihren Entscheiden Danish Crown/Flagship Foods (COMP/M.3401; Rz. 12 ff.) und Best Agrifund Nordfleisch (COMP/M.3337, Rz. 39 ff.) weist die EU einen Markt für verarbeitete Fleischerzeugnisse (processed meat) aus, wobei sie offen lässt, ob dieser weiter zu unterteilen ist z.B. hinsichtlich der verwendeten Tiergattung und der Art der hergestellten Produkte (Rohpökelfleisch, Brühwürste, Pasteten etc.).

19. Die Parteien machen geltend, dass der konzerninterne Absatz von Trockenfleisch nicht als Handel mit Trockenfleisch bezeichnet werden kann. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission wird allerdings das konzerninterne Beschaffungsvolumen bei der Analyse der relevanten Märkte berücksichtigt.<sup>4</sup> So sind Produkte von integrierten und nicht integrierten Produzenten aus Sicht des Detailhändlers Substitute. Damit einher geht, dass z.B. eine Preiserhöhung des Produkts des externen Produzenten dazu führen kann, dass der Detailhändler einen grösseren Anteil beim internen Produzenten bezieht und umgekehrt.

<sup>2</sup> Diese präzisiert sie weiter in die Schritte Schlachtung, Zerlegung, Verarbeitung, Lagerung, Grosshandel und Import. Als Marktgegenseite der Fleischverarbeitungsbetriebe nennt sie beschaffungsseitig die Schlachtviehlieferanten, absatzseitig den Grosshandel, Detailhandel, Horeka-Kanal (Hotel, Restaurants, Kantinen etc.) und allenfalls die Endverbraucher.

<sup>3</sup> Rohpökelfleisch sind gemäss der Forschungsanstalt Agroscope Liebefeld-Posieux u.a. Trockenfleisch (Bündnerfleisch, Walliser Trockenfleisch, Carne secca), Bresaola, Mostbröckli, Coppa, Rohessspeck und Rohschinken (<http://www.alp.admin.ch/themen/00602/00603/00672/01007/index.html?lang=de>, 12.11.2008).

<sup>4</sup> Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 605, Rz. 98 ff., Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 154-156, Rz. 224 ff., CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.

20. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion und den Grosshandel mit Rohpökelwaren ausgegangen. Ob dieser sachlich relevante Markt allenfalls weiter zu fassen ist, z.B. als die Produktion und den Grosshandel mit Charcuterieprodukten und Wurstwaren, oder gar weiter eingegrenzt werden sollte beispielsweise hinsichtlich der verwendeten Tiergattung, kann an dieser Stelle offen gelassen werden, da bei keiner dieser möglichen Marktabgrenzungen – wie nachfolgend dargelegt – Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte.

21. Dem Fleischmarkt nachgelagert ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, „welcher aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55). Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.<sup>5</sup>

### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

22. 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).

23. Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (Carnavi-Holding AG/Ernst Sutter AG, RPW 2004/1, S. 138 f.) werden die Fleischmärkte nachfolgend national abgegrenzt, wobei nicht ausgeschlossen wird, dass diese auch regional sein könnten. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann aber letztlich aufgrund der gesamtschweizerisch homogenen Wettbewerbssituation offen gelassen werden (RPW 2004/1, S. 139).

24. Aus Sicht der Konsumenten ist der Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minu-

ten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.<sup>6</sup> Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112).

### B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. Es 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, 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.

26. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegt mit dem Detailhandel, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat, ein betroffener Markt vor. Allerdings kommt es in diesem Markt zu keinerlei Marktanteilsaddition, da Natura in diesem Markt nicht tätig ist. Bei der Produktion und dem Grosshandel mit Rohpökelwaren hat Migros für das Jahr 2007 einen geschätzten Marktanteil von [0–10] %, Natura einen solchen von [0–10] %.<sup>7</sup> Somit ist die Produktion und der Grosshandel von Rohpökelwaren kein betroffener Markt. Selbst bei einer Fokussierung auf die Produktion und damit einer Ausklammerung der Importe läge kein betroffener Markt vor.<sup>8</sup> Auch ein weiter gefasster Markt, welcher die Produktion von Charcuterie und Wurstwaren umfassen würde, führt zu keinem betroffenen Markt, wenngleich der kumulierte, geschätzte Marktanteil mit rund [10–20] % deutlich höher ausfallen würde (Migros: [10–20] %, Natura [0–10] %), allerdings bei einer sehr geringen Marktanteilsaddition.

Tabelle 2: Marktanteile der Parteien im Jahr 2007

Produktmärkte	Migros	Natura
Produktion und Grosshandel mit Rohpökelwaren	[0–10] %	[0–10] %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien, eigene Berechnungen.

<sup>5</sup> Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU COMP/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>6</sup> Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

<sup>7</sup> Diese Marktanteile basieren auf einer Gesamtmarktschätzung der Parteien, welche sich auf Detailhandelsdaten der IHA-GfK AG zu diesem Bereich stützen.

<sup>8</sup> Bei einem geschätzten Importanteil von 35 % beträgt der Marktanteil von Migros [0–10] %, derjenige von Natura [0–10] %. Daten zu Importen sind zu finden in „Der Fleischmarkt im Überblick 2007“ von Proviande, S. 9.

27. Um mögliche vertikale Effekte zu analysieren, wird nachfolgend kurz die Wettbewerbssituation im Markt für die Produktion und den Grosshandel von Rohpökelwaren aufgezeigt.

28. Gemäss den Angaben der Parteien sind die beiden wichtigsten schweizerischen Hersteller von Rohpökelwaren die Albert Spiess AG (Teil der Orior-Gruppe) und die Gustav Spiess AG. (Die Parteien schätzen die Produktion dieser beiden auf rund die Hälfte der in der Schweiz produzierten Rohpökelwaren.) Daneben gibt es eine Reihe weiterer mittlerer und kleinerer Wettbewerber auf diesem Markt, so u.a. die Ernst Sutter AG (zur Fenaco-Gruppe gehörend) und die Bell AG (Coop-Gruppe). Zu diesen mittleren und kleineren Wettbewerbern gehören auch die Migros und die Natura.

29. Aufgrund der relativ geringen Bedeutung von Natura im Markt für die Herstellung und den Grosshandel mit Rohpökelwaren in der Schweiz und einer grösseren

Anzahl Wettbewerber in diesem Markt ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben die Marktstruktur nur unwesentlich verändert zu keinen bedeutenden vertikalen Effekten führt. Während das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden kann, könnte allerdings ein sukzessiver Aufkauf kleinerer in diesem Markt tätiger Unternehmen durch die Migros aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Migros im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

### **B.3.3 Ergebnis**

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

B 2.3	<b>5. Thesaurus II -Barclays Private Equity (Schweiz) AG/New Schild Holding SA</b>
-------	--

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

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

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

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 10 décembre 2008*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 10 décembre 2008*

1. Le 17 novembre 2008, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Thesaurus II (ci-après Thesaurus) –Barclays Private Equity (Schweiz) AG (ci après: BPE) a décidé d'acquérir le contrôle de l'entreprise New Schild Holding SA (ci-après: NSH).

2. L'entreprise notifiante, Thesaurus, a été créée en Suisse et elle est entièrement contrôlée par des fonds conseillés par BPE et des entreprises détenues par BPE, dont notamment Barclays Private Equity Suisse SA. Le but de Thesaurus est l'acquisition de l'intégralité des actions de NSH et de ses sociétés affiliées. BPE est l'un des premiers investisseurs de *private equity* en Europe et il est présent dans cinq pays (Grande-Bretagne, Italie, France, Allemagne et Suisse).

3. La société cible de l'opération de concentration, le groupe Schild, consiste en trois sociétés : NSH, qui est la société mère de Schild SA (ci-après : Schild) et de HPTV Retail SA. Les deux sociétés filles sont actives dans le commerce de vêtements en Suisse.

4. 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

**6. BNP Paribas/Entités Fortis SA**

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

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

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

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 5 novembre 2008*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 1<sup>er</sup> décembre 2008*

**A. EN FAIT**

1. Le 5 novembre 2008, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant l'acquisition d'une participation majoritaire de BNP Paribas dans Fortis Bank SA/NV, Fortis Banque Luxembourg SA ainsi que dans Fortis Insurance Belgium SA/NV ci-après désignées les „entités Fortis“.

**A.1 BNP Paribas**

2. BNP Paribas („BNP“) est un groupe bancaire qui est coté en France et qui est présent dans plus de 85 pays en Europe, Amérique de Sud et du Nord, Afrique, Moyen Orient et Asie. BNP a développé trois domaines d'activités: banque de détail, corporate et investment banking, asset management et services. Cette société est présente en Suisse par l'intermédiaire des filiales et succursales suivantes:

3. *BNP Paribas (Suisse) SA* a son siège à Genève et des succursales à Zurich, Bâle et Lugano. Cette société est entièrement détenue par BNP Paribas SA, Paris. BNP Paribas (Suisse) SA est active dans le corporate and investment banking et l'asset management.

4. *BNP Paribas Trust Company SA* a son siège à Genève. Il s'agit d'une filiale détenue à 100 % par TFS Trust and Fiduciary Services SA (Genève), laquelle est détenue à 100 % par BNP Paribas SA, Paris. L'objectif de BNP Paribas Trust Company SA est la création et l'administration de trusts, ainsi que de fonctionner en qualité de trustee dans des trusts de droits étrangers. La société effectue aussi toute sorte d'actes à titre fiduciaire, comme des investissements et des placements ou la détention de titres et participations.

5. *BNP Paribas Asset Management* a son siège à Paris et une succursale à Genève. Les objectifs de BNP Pari-

bas Asset Management sont l'exécution d'opérations liées à la gestion de capitaux pour le compte de clients institutionnels, la fourniture de conseils en investissements, la représentation commerciale en Suisse de BNP Paribas Asset Management et toutes activités complémentaires liées.

6. *BNP Paribas Securities Services SA* a son siège à Paris et une succursale à Zurich. BNP Paribas Securities Services effectue, entre autres, toutes les prestations de placement, à l'exception de la gestion de fortune pour le compte de tiers, toutes les prestations d'une banque de dépôt pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières et autres fonds de placements, toutes les opérations bancaires et les opérations qui y sont liées ainsi que toutes les opérations en rapport avec les prestations de placement. Les activités de BNP Paribas Securities Services SA sont du „global custody“, l'exécution d'opérations avec la bourse pour le compte de clients institutionnels et la représentation commerciale en Suisse de BNP Paribas Asset Management.

7. *Union de Crédit pour le Bâtiment (UCB) Suisse SA* a son siège à Genève. Il s'agit d'une filiale à 100 % de la société du même nom ayant son siège à Paris, laquelle est à son tour dé-tenu par BNP Paribas SA, Paris. L'objectif de l'Union de Crédit pour le Bâtiment (UCB) Suisse SA est l'octroi en Suisse de financements garantis par des biens immobiliers principalement à usage d'habitation dans toute l'Europe. L'Union de Crédit pour le Bâtiment (UCB) Suisse SA est active dans le secteur des hypothèques.

8. *Arval (Schweiz) AG* a son siège à Cham et est une filiale du groupe BNP Paribas SA, Paris. L'activité principale d'Arval est le financement d'opérations de leasing de flottes de voitures principalement en Suisse.

9. Finalement, BNP a deux succursales à Zurich, des groupes français d'assurances *Cardif Assurance Vie* et *Cardif-Assurances Risques Divers* qui ont leur siège à Paris. Ces sociétés offrent des prestations d'assurances de toutes sortes dans leur domaine respectif (vie et non-vie).

10. La figure suivante indique les sociétés détenues par BNP Paribas SA qui sont présentes en Suisse. Celles-ci sont mentionnées en gris.

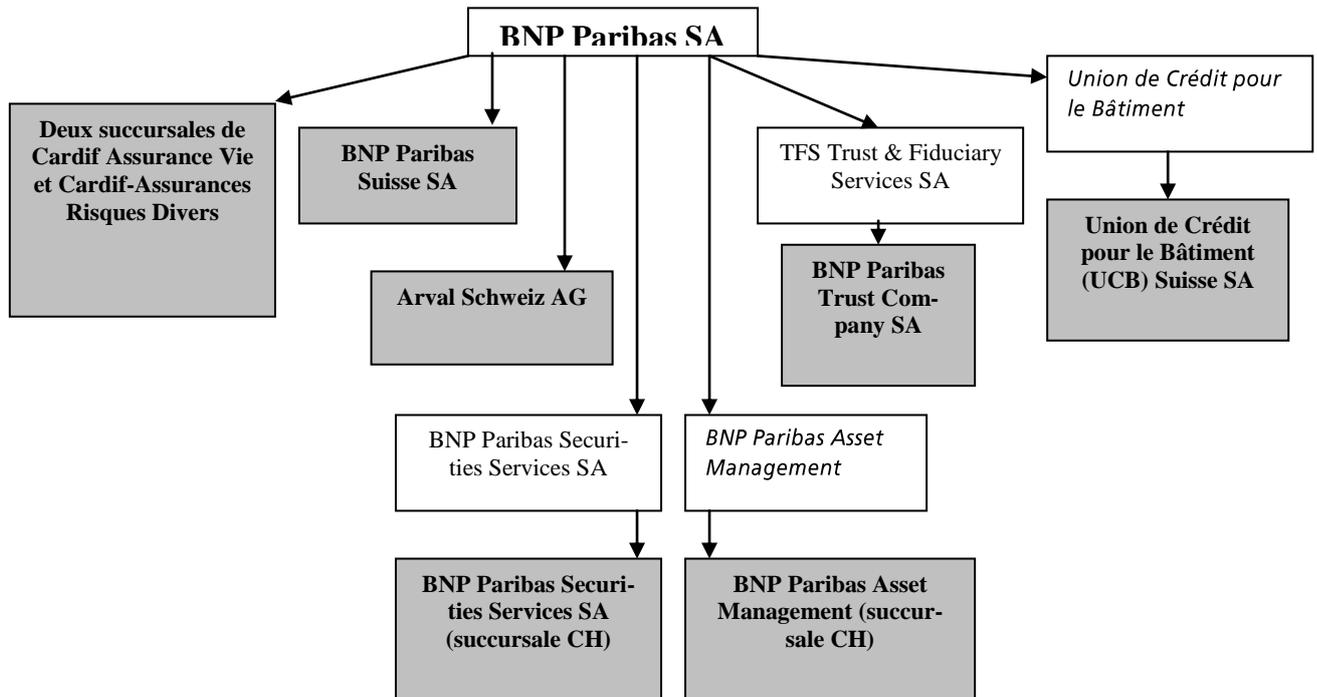


Figure 1 : sociétés de BNP Paribas SA présentes en Suisse

## A.2 Fortis

11. Les entités Fortis sont les suivantes:

Fortis Bank SA/NV („Fortis Bank Belgium“)  
Montagne du parc 3  
1000 Bruxelles

Fortis Banque Luxembourg SA  
50, av. J.F. Kennedy  
L-2951 Luxembourg

Fortis Insurance Belgium SA/NV  
Boulevard Emile Jacquain 53  
B-1000 Bruxelles

12. Les entités Fortis fournissent des services bancaires à une clientèle privée, commerciale et institutionnelle dans de nombreux pays (excepté aux Pays-Bas). Les opérations bancaires sont concentrées en Belgique et au Luxembourg. Les principaux secteurs bancaires de Fortis sont: banque de détail, banque privée, gestion d'actifs et banque d'affaires. Fortis est également active dans le secteur de l'assurance en Belgique.

13. Fortis Banque Luxembourg SA est une filiale de Fortis Bank SA/NV qui appartient à Fortis SA/NV. Fortis Insurance Belgium SA/NV est une filiale de Fortis Insurance NV qui appartient à Fortis NV. Fortis SA/NV et Fortis NV constituent le groupe Fortis.

14. Parmi les entités Fortis, seules Fortis Bank SA/NV et Fortis Banque Luxembourg SA sont actives en Suisse par l'intermédiaire de leurs filiales et succursales. Fortis Insurance Belgium SA/NV, dont l'activité principale est l'assurance, n'est pas présente en Suisse. Fortis est présente en Suisse par l'intermédiaire des filiales et succursales suivantes:

15. *Fortis Banque (Suisse) SA* a son siège à Genève et des succursales à Zurich, Sion et Lugano. Cette société

est détenue à 100 % par Fortis Banque Luxembourg. Fortis Banque (Suisse) SA est active dans le private banking ainsi que dans la gestion de fortune pour des clients privés, des entreprises et des investisseurs institutionnels. Les activités de Fortis Banque (Suisse) SA relèvent de l'asset management.

16. *Fortis Bank SA/NV* a son siège à Bruxelles et détient une succursale suisse localisée à Zurich qui est active dans le commercial banking.

17. *Fortis Foreign Fund Services AG* est une filiale détenue à 100 % par Fortis Banque (Suisse) SA. Fortis Foreign Fund Services AG fournit toutes sortes de services financiers en particulier dans le domaine de la représentation et de l'exploitation de fonds de placements. Fortis Foreign Fund Services AG est aussi active dans la gestion de fortune pour des clients privés, des entreprises et des investisseurs institutionnels. Les activités de Fortis Foreign Fund Services AG relèvent de l'asset management.

18. *Fortis Investment Management (Schweiz) SA* a son siège à Zurich. Il s'agit d'une filiale à 100 % de la société Fortis Investment NL Holding qui est détenue par Fortis Investment Management „FIM“ SA, laquelle appartient à 75 % à Fortis Bank SA/NV et à 25 % à Fortis Bank Luxembourg SA. Fortis Investment Management (Schweiz) SA offre toutes sortes de services financiers, en particulier la gestion de fortune pour son propre compte et pour le compte de tiers, le conseil en capital et des placements pour des personnes privées et morales incluant des investisseurs institutionnels, des fonds de placements et des sociétés d'investissements, la distribution de placements monétaires de toutes sortes, l'exploitation et la représentation de fonds de placements en Suisse et à l'étranger, le conseil et les opérations de financement de toutes sortes, ainsi que toutes

prestations qui s'y rapportent. La société Fortis Investment Management (Schweiz) SA n'est pas active dans le secteur de l'émission et du négoce de titres. Par contre, les activités de la société Fortis Investment Management (Schweiz) SA relèvent de l'asset management.

19. *Fortis Lease (Suisse) SA* a son siège à Lausanne et des succursales à Agno et Wettingen ainsi qu'une filiale détenue à 100 %, *Fortis Lease Immobilier (Suisse) SA*, qui a également son siège à Lausanne. *Fortis Lease*

(Suisse) SA appartient au groupe Fortis Lease qui a son siège principal au Luxembourg et qui est détenu à 100% par Fortis Banque SA/NV à Bruxelles. Le but de *Fortis Lease Suisse SA* est l'acquisition et la location de biens d'équipement (leasing) ainsi que toutes sortes d'opérations de financement.

20. La figure suivante indique les sociétés détenues par Fortis qui sont présentes en Suisse. Celles-ci sont mentionnées en gris.

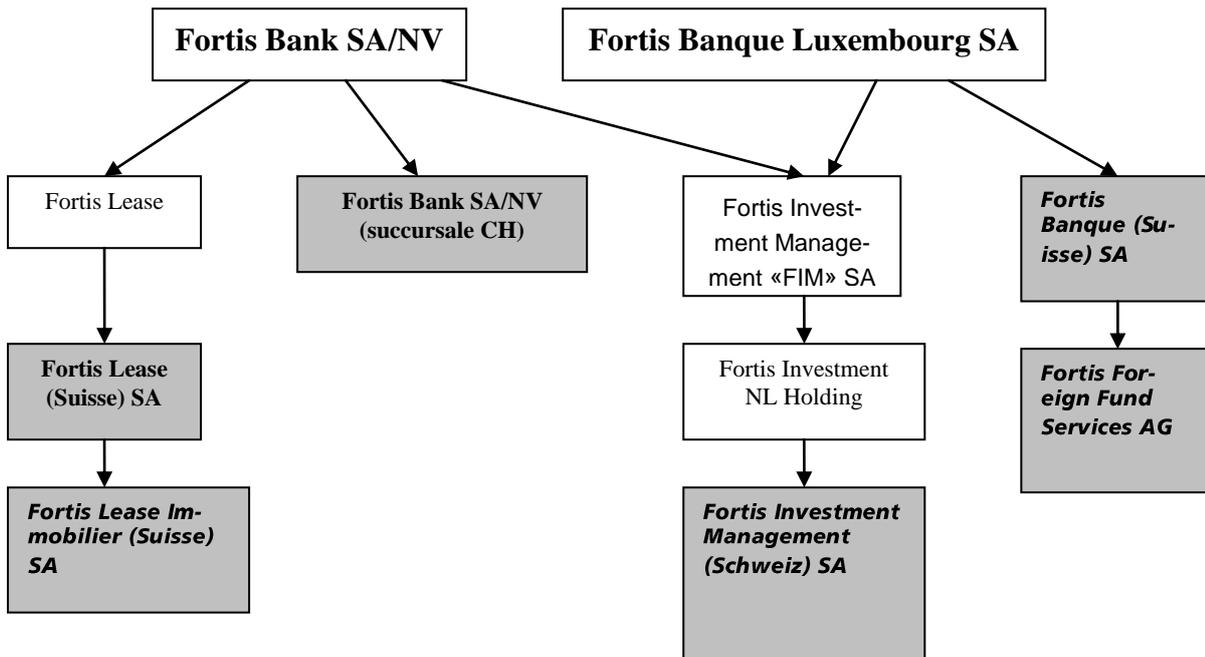


Figure 2 : sociétés de Fortis présentes en Suisse

### A.3 Lien avec l'Union européenne

21. La Commission européenne a reçu la notification annonçant l'acquisition d'une participation majoritaire de BNP Paribas dans Fortis Bank SA/NV, Fortis Banque Luxembourg SA ainsi que dans Fortis Insurance Belgium SA/NV. BNP Paribas SA s'est engagée vis-à-vis de la Commission européenne à se séparer de la société BNP Personal Finance Belgium SA/NV. Cet engagement est également valable pour la Suisse. La Commission européenne a décidé le 3 décembre 2008 d'accepter cette concentration moyennant l'engagement de BNP Paribas SA.

## B. EN DROIT

### B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

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

#### B.1.1 Entreprise

23. Selon le Message concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23

novembre 1994 (Message), la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

#### B.1.2. Concentration d'entreprises

24. Il s'agit d'une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 LCart et de l'art. 1 OCCE car BNP Paribas va acquérir le contrôle des entités Fortis par prise de participations du capital et des droits de vote et sera donc en mesure d'exercer une influence sur les activités des entités Fortis. En effet, au terme de l'opération de concentration, BNP Paribas détiendra [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Bank SA/NV, [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Insurance Belgium et [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Banque Luxembourg.

##### B.1.2.1 Déroulement de la concentration

25. La Société Fédérale de Participations et d'Investissement („SFPI“), une société belge détenue entièrement par l'Etat belge, possède, depuis le 10 oc-

tobre 2008, [...] % des droits de vote et du capital de Fortis Bank SA/NV (Fortis Banque Belgique). Les [...] % restant sont détenus par des actionnaires minoritaires. SFPI vendra à BNP une participation représentant [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Bank SA/NV (Fortis Banque Belgique). Toutefois, SFPI détiendra [...] % de BNP. Dans un second temps, SFPI vendra encore [...] % de Fortis Bank SA/NV à BNP. Au terme de la transaction, BNP détiendra [...] % de Fortis Bank SA/NV et SFPI détiendra également [...] % de BNP.

26. Fortis Insurance NV est propriétaire de Fortis Insurance Belgium. BNP achètera à Fortis Insurance NV [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Insurance Belgium. Au terme de cette transaction BNP détiendra [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Insurance Belgium.

27. L'Etat du Luxembourg s'est engagé à demander la conversion de l'intégralité du prêt remboursable en actions de Fortis Banque Luxembourg qu'il a octroyé à Fortis Banque Luxembourg en vue de disposer d'un nombre d'actions représentant [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Banque Luxembourg. L'Etat du Luxembourg vendra ensuite une participation représentant [...] % du capital et des droits de vote de Fortis Banque Luxembourg à BNP. L'Etat du Luxembourg détiendra également [...] % de BNP. Compte tenu de ce que Fortis Bank Belgium détient [...] % de Fortis Banque Luxembourg, BNP détiendra au terme de cette transaction [...] % de Fortis Banque Luxembourg ([...] % directement et [...] % par l'intermédiaire de Fortis Bank Belgium) (selon la notification). En réalité, BNP détiendra au terme de cette transaction [...] % de Fortis Banque Luxembourg ([...] % directement et [...] % ([...] % de [...] %) par l'intermédiaire de Fortis Bank Belgium).

#### **B.1.2.2 Circonstances qui ont conduit à l'opération de concentration**

33. Les entreprises participantes ont obtenu ensemble, durant l'exercice 2007, un rendement brut mondial de plus de CHF 2 mrd et, en Suisse, un rendement brut de plus de CHF 500 mio. Les valeurs seuils de l'art. 9 al. 1 let. a LCart sont donc atteintes. Les entreprises participantes ont atteint individuellement, durant l'exercice 2007, en Suisse, un rendement brut de plus de CHF 100 mio. Les valeurs seuils de l'art. 9 al. 1 let. b LCart sont donc également dépassées. La concentration d'entreprises planifiée doit ainsi être notifiée.

28. Le Groupe Fortis (Fortis SA/NV et Fortis NV), a été confronté à la crise financière. La position financière du Groupe Fortis a donc été remise en question par la crise, avec pour conséquence une détérioration rapide de la solvabilité et des liquidités du Groupe Fortis.

29. Face à cette crise, les Etats belge, hollandais et luxembourgeois ont annoncé le 29 septembre 2008 qu'ils investiraient EUR 11.1 milliards dans le Groupe Fortis afin de garantir le maintien opérationnel des activités bancaires et d'assurance de Fortis (apport de l'Etat belge de EUR 4.7 milliards dans Fortis Bank SA/NV, de l'Etat néerlandais de EUR 4 milliards dans Fortis Bank Netherland et du Luxembourg de EUR 2.4 milliards dans Fortis Bank Luxembourg).

30. Le 9 octobre 2008, l'Etat belge, BNP Paribas et le Groupe Fortis ont signé un protocole d'accord, en vertu duquel BNP Paribas prendra principalement le contrôle des activités bancaires et d'assurance du Groupe Fortis en Belgique et au Luxembourg pour une contrepartie d'environ EUR [...] milliards. De plus, le 23 octobre 2008, l'Etat du Luxembourg et BNP Paribas ont également signé un protocole d'accord relatif à l'application de cette transaction.

#### **B.1.3 Prescriptions réservées**

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

#### **B.1.4 Obligation de notifier**

32. Cette concentration doit être notifiée à la Comco car les chiffres d'affaires dépassent les seuils indiqués à l'article 9 alinéas 1 et 3 LCart et aux articles 3-8 OCCE en dessus desquels la notification est obligatoire. Comme la société acquéreuse et les sociétés qui seront reprises sont des banques, les valeurs seuils seront calculées selon l'art. 8 OCCE. La table suivante indique les rendements bruts réalisés durant l'année 2007:

<i>Rendements bruts 2007 (en mio CHF)</i>	Mondial:	En Suisse:
BNP	[...]	[...]
Entités Fortis	[...]	[...]
Ensemble	[...]	[...]

#### **B.1.5 Compétence de la commission fédérale des banques**

34. Par courrier du 17 novembre 2008, la Commission fédérale des banques (CFB) a déclaré que cette concentration n'est pas nécessaire à la protection des créanciers. La Comco est donc compétente pour l'appréciation de cette fusion (art. 10 al. 3 LCart).

## B.2 Examen préalable

### B.2.1 Marchés de produits et marchés géographiques

35. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés de produits comprennent 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.

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

37. La part de marché totale en Suisse des entreprises concernées par l'acquisition est inférieure à 20 % sur tous les marchés définis de la manière la plus étroite possible. La part de marché individuelle en Suisse des entreprises concernées par l'acquisition est également inférieure à 30 % sur tous les marchés définis de la manière la plus étroite possible. Il est ainsi possible de renoncer à une délimitation précise des marchés de produits (art. 11 al. 1 let. d OCCE). Le Secrétariat décrira uniquement l'avis des parties ainsi que la pratique de la Comco au sujet des marchés de produits concernés par la concentration.

38. Il n'est également pas nécessaire d'effectuer une délimitation géographique précise des marchés de produits car dans les marchés définis de la manière la plus étroite possible il n'y a pas d'établissement ou de renforcement d'une position dominante. Le Secrétariat effectuera uniquement une brève description de l'avis des parties ainsi que de la pratique de la Comco au sujet des marchés géographiques. Une délimitation géographique précise de ces marchés est laissée ouverte.

39. Les filiales et succursales de Fortis et BNP sont actives en Suisse dans plusieurs secteurs, à savoir, les services bancaires, le leasing et l'assurance.

#### B.2.1.1 Services bancaires

40. Les parties sont actives sur plusieurs marchés concernant les services bancaires:

##### 1) Asset management au sens large:

41. *Marché de produits:* selon les parties, l'asset management au sens large comprend la gestion de fortune, le conseil en placement, les placements fiduciaires, la garde de titres, ainsi que les fonds de placement et les produits analogues aux fonds. Il est ensuite possible de distinguer les éléments de l'asset management au sens large selon les partenaires à l'échange: il s'agit du private banking qui s'adresse à des clients privés et de l'asset management au sens étroit qui s'adresse uniquement aux investisseurs institutionnels (p.ex.: caisses de pension), aux entreprises et aux organismes étatiques. Dans le marché de l'Asset Management au sens large, Fortis est active à travers Fortis Banque Suisse SA, Fortis Investment Management (Schweiz) SA ainsi que Fortis Foreign Fund Services SA. Quant à BNP, elle est active dans le marché de l'asset management au sens large à travers BNP Paribas (Suisse) SA, la succursale de BNP Paribas Asset Management, Union de Crédit

pour le Bâtiment (UCB) Suisse SA ainsi que BNP Paribas Trust Company SA. Il est possible de renoncer à une description plus précise de l'asset management au sens large car les parts de marché de Fortis et de BNP sont chacune inférieures à [...] % dans le domaine du private banking et sont également chacune inférieures à [...] % dans le domaine de l'asset management au sens étroit et sont donc marginales.

42. *Marché géographique:* la Comco a délimité le marché de l'asset management au sens large comme étant **international**. Les parties considèrent également ce marché comme étant **international** car il existe une clientèle internationale qui place sa fortune dans des établissements financiers suisses et étrangers.

##### 2) Corporate et commercial banking:

43. Selon les parties, ces marchés contiennent également des activités d'investment banking qui correspondent à l'émission de titres. Selon Fortis, le commercial banking inclut les activités suivantes: investment et working capital financing, en particulier trade, inventory et receivables financing, émission de garanties etc. ainsi que tous les besoins du service bancaire tels que les produits bancaires transactionnels incluant les comptes internationaux, encaissements et paiements, structures de cash management, electronic banking etc. Selon BNP, le commercial et investment banking comprend les activités suivantes: structured finance, capital market et fixed income (bonds issus en CHF et ventes OTC), corporate finance (prêts aux sociétés ayant une somme du bilan supérieure à CHF [...]) et cash management. Selon les parties, le corporate et commercial banking peut être subdivisé en plusieurs secteurs d'activités, sans que ceux-ci puissent être qualifiés de marchés indépendants. Ceux-ci doivent plutôt être considérés comme une partie d'un bouquet de services. Il s'agit du:

##### Fixed Income:

44. *Marché de produits:* selon les parties, ce secteur désigne tout type d'investissement qui produit un bénéfice régulier ou fixe. La grande majorité de l'activité fixed income se compose d'émissions d'obligations en francs suisses. Une banque établie en Suisse peut également émettre des obligations en monnaie étrangère. Ce pourcentage est cependant nettement plus faible que celui des émissions d'obligations en francs suisses. L'émission d'obligations n'est pas exclusivement mais principalement liée à la monnaie locale de la banque émettrice. BNP et Fortis sont actives dans ce secteur.

45. *Marché géographique:* l'émission d'obligations est principalement liée à la monnaie locale de la banque émettrice. En matière d'activités Fixed Income, les parties sont donc essentiellement en concurrence avec des banques établies en Suisse, mais également avec des instituts financiers étrangers car les banques situés à l'étranger peuvent également émettre des obligations en francs suisses. Les parties considèrent dès lors l'activité de Fixed Income comme **internationale**, même si la grande majorité des émissions d'obligations a lieu dans la monnaie locale et que dans ce sens la concurrence se limite essentiellement à la Suisse.

### Corporate Finance:

46. *Marché de produits*: il s'agit du financement de crédits et d'investissements pour des entreprises. Fortis offre des services de financement pour des entreprises non cotées, avec un chiffre d'affaires entre CHF [...]. Sous la Corporate Finance, BNP comprend des crédits pour des entreprises avec un bilan de plus de CHF [...]. BNP est active dans ce secteur à travers BNP Paribas (Suisse) SA. Fortis est active dans ce secteur à travers la succursale de Fortis Bank SA/NV.

47. *Marché géographique*: le domaine de la Corporate Finance consiste en l'octroi de crédits aux entreprises. En règle générale, les entreprises établies en Suisse obtiennent des crédits de banques qui sont établies en Suisse. La banque doit en effet examiner la solvabilité de l'entreprise. Les prêts sont donc normalement accordés à des débiteurs locaux. Les parties considèrent donc que la dimension géographique de ce secteur est **nationale**.

### Specialised Financing:

48. *Marché de produits*: selon les parties, il s'agit du financement de différents projets et investissements. Plus précisément, il s'agit du financement de marchandises et de navires. Uniquement BNP est active dans ce domaine à travers BNP Paribas (Suisse) SA pour les navires de fret et les pétroliers.

49. *Marché géographique*: dans ce domaine, BNP est en concurrence avec des instituts financiers actifs au plan mondial. Dès lors, la dimension géographique de ce secteur est considérée par les parties comme **internationale**.

### Structured Finance:

50. *Marché de produits*: pour les parties, ce secteur comprend des activités de financement court terme („CF“ Commodity Finance) avec une approche transactionnelle. Le secteur commodity finance consiste en du financement de la production ou du négoce de matières premières, produits semi-finis et autres biens. Les activités de financement à long terme („Structured Debt“) concernent des opérations, généralement syndiquées, de financement impliquant un risque de crédit/performance sur un producteur/exportateur étranger ou un financement en blanc. Uniquement BNP est active dans ce domaine à travers BNP Paribas (Suisse) SA.

51. *Marché géographique*: selon les parties, le secteur de la structured finance est constitué de services offerts à des clients nationaux et internationaux. Le secteur commodity finance s'adresse à des entreprises de négoce et aux producteurs de matières premières sur la scène internationale. Le secteur structured debt s'adresse à une clientèle internationale ayant des projets ou des activités d'exportation à l'étranger. Les parties considèrent donc possible de considérer le secteur de la structured finance comme **international**.

### Cash Management Business:

52. *Marché de produits*: selon les parties, le secteur du cash management business comprend toutes les pratiques de mise à disposition à court terme de moyens financiers ou d'actifs, la distribution de liquidités avec

pour but la garantie et le maintien de la solvabilité d'une entreprise. Fortis est active dans ce secteur par l'intermédiaire de la succursale de Fortis Bank SA/NV. BNP offre des prestations de cash management par l'intermédiaire de BNP Paribas (Suisse) SA.

53. *Marché géographique*: selon les parties, la prestation de cash management est rattachée à l'activité d'une entreprise en Suisse. Les entreprises sises en Suisse entretiennent dans ce but une relation bancaire et un compte auprès d'une banque en Suisse. Les parties définissent donc la dimension géographique du secteur Cash Management comme **nationale**.

### 3) Négoce de titres:

54. *Marché de produits*: ce marché inclut le négoce d'actions, d'obligations, de dérivés (futures, swaps, options, warrants), d'indices et de fonds.

55. *Marché géographique*: le négoce de titres est couramment pratiqué en Suisse ainsi qu'à l'étranger (DPC 2007/4, pp. 546-47). C'est pourquoi, la Comco a déterminé une dimension internationale au marché du négoce de titres.

### 4) Négoce de devises et marché monétaire:

56. *Marché de produits*: concernant le **négoce de devises**, une opération de change est constituée de l'achat et de la vente simultanée de monnaies différentes sur le marché interbancaire à une date et à un cours déterminés. Concernant les **marchés monétaires**, il s'agit de marchés financiers pour le financement à court terme des banques entre elles et des sociétés. BNP est active dans le secteur des opérations sur devises ainsi que dans le secteur du marché monétaire par l'intermédiaire de BNP Paribas (Suisse) SA. Fortis est active dans le secteur des opérations sur devises par l'intermédiaire de Fortis Banque (Suisse) SA ainsi que la succursale de Fortis Bank SA/NV. Fortis n'est pas active dans le secteur du marché monétaire.

57. *Marché géographique*: le **négoce de devises** et le **marché monétaire** peuvent être considérés comme étant des marchés **internationaux** selon la pratique de la Comco (DPC 2007/4, pp. 546-47). En effet, les opérations sur devises ainsi que la fourniture de crédits interbancaires (marché monétaire) interviennent entre des instituts financiers actifs dans le monde entier.

#### B.2.1.2 Activités de leasing

58. Les activités des parties se regroupent sur trois marchés concernant les activités de leasing:

##### Le leasing automobile:

59. *Marché de produits*: selon l'Association Suisse des Sociétés de Leasing (ASSL), le leasing automobile comprend aussi bien le leasing de voitures à des privés qu'à des entreprises. Le leasing de flottes de voitures est également compris dans ce marché. Par contre, concernant cette concentration, il s'agit de locations de véhicules uniquement à des entreprises et non à des privés. Fortis est active sur ce marché à travers Fortis Lease (Suisse) SA (comme partie du leasing d'investissement). BNP est active sur ce marché (uniquement concernant le leasing de flottes) à travers Arval (Schweiz) AG. Fortis n'est pas active dans le domaine du leasing de flottes.

60. *Marché géographique*: la Comco a eu une position variable au sujet de sa délimitation géographique. Dernièrement, elle a opté pour une délimitation **nationale** du leasing automobile (DPC 2007/1, p. 85). Dans le cadre de la présente opération de concentration, le leasing de flottes est inclus dans le secteur du leasing automobile. Il semble qu'il existe un marché national pour le leasing automobile ainsi que pour l'éventuel sous-segment du leasing de flottes de véhicules.

#### **Le leasing d'investissement:**

61. *Marché de produits*: selon les parties, il s'agit du leasing pour le secteur industriel et des professionnels comprenant par exemple le leasing de machines et de véhicules industriels, matériel d'impression, camions, voitures, machines de construction, ainsi qu'équipement médical et leasing pour le secteur IT. Selon l'ASSL, le leasing d'investissement inclut les biens mobiliers à destination des secteurs de l'agriculture, de l'industrie, des services, etc. Le leasing de jets privés et d'hélicoptères pour des entreprises et des personnes privées est également compris dans ce marché. Le leasing d'investissement concerne des entreprises et non des particuliers. Fortis est active sur ce marché à travers Fortis Lease (Suisse) SA. Selon les parties, BNP n'est pas active sur le marché du leasing d'investissement. Cependant, il est possible de considérer que BNP, par l'intermédiaire de Arval (Schweiz) AG, est active sur le marché du leasing d'investissement via le leasing de flottes qui est inclus dans le leasing automobile qui concerne la location de voitures. Fortis est présente dans le domaine du leasing d'avions privés et d'hélicoptères. BNP n'est pas active dans ce domaine.

62. *Marché géographique*: les parties considèrent que le leasing de biens d'investissement est un marché national. Il n'y a normalement pas de leasing de biens d'investissement au-delà des frontières. Toutefois, dans le secteur des avions privés et des hélicoptères, Fortis est en concurrence avec des sociétés de leasing internationales. La clientèle est internationale et comprend des privés et des entreprises du monde entier. Le leasing d'avions privés et d'hélicoptères semble donc être un secteur **international**.

#### **Le leasing immobilier:**

63. *Marché de produits*: pour les parties, le leasing immobilier comprend le leasing à usage commercial de surface de bureaux, d'infrastructures hôtelières, etc. Fortis est active sur ce marché par l'intermédiaire de Fortis Lease (Suisse) SA. BNP n'est pas active sur ce marché.

64. *Marché géographique*: selon les parties, il s'agit d'un marché **national**. En effet, l'objet du leasing et sa construction doivent être surveillés par le donneur de leasing. Le leasing immobilier au-delà des frontières est en règle générale évité. De ce fait, les sociétés de leasing étrangères désirant avoir une activité en Suisse dans le leasing de l'immobilier créent normalement une filiale en Suisse.

#### **B.2.1.3 Assurances**

65. BNP est active en Suisse dans le secteur des services d'assurances par l'intermédiaire des succursales

Cardif Assurance Vie ainsi que Cardif-Assurances Risques Divers, entités des sociétés mères de même nom ayant leur siège à Paris. Cardif Assurance Vie est une société d'assurance vie, alors que Cardif-Assurances Risques Divers offre l'ensemble des assurances de personnes à l'exception de celles relevant de l'assurance vie, incluant les assurances de perte de gain, les assurances de choses et la réassurance.

66. Les marchés pertinents concernant le domaine de l'assurance sont les suivants:

#### **Assurance vie:**

67. *Marché de produits*: selon la pratique de la Comco (DPC 2008/2, pp. 261-62, DPC 2005/2, p. 387 et DPC 2006/3, p. 494), ce marché peut être encore divisé en **assurance vie individuelle** (clients privés), **assurance vie collective** (clients institutionnels) et **assurance vie liée à des fonds**. BNP est active sur ce marché à travers Cardif Assurance Vie. Fortis n'est pas active sur ce marché en Suisse.

68. *Marché géographique*: la Comco a présupposé l'existence d'un marché **national** dans sa pratique actuelle dans l'assurance vie (DPC 2006/3, p. 496 et DPC 2005/2, p. 387). Les parties estiment également que ce marché est national. En effet, les produits proposés par Cardif sont offerts dans toute la Suisse et également demandés par des clients de toute la Suisse. Le client n'exige pas une présence locale pour la conclusion d'une assurance car il n'est pas constamment en contact avec son assurance.

#### **Assurance non-vie:**

69. *Marché de produits*: BNP est active sur ce marché à travers Cardif-Assurances Risques Divers. Fortis n'est pas active sur ce marché en Suisse.

70. *Marché géographique*: la Comco a également présupposé l'existence d'un marché **national** concernant l'assurance non-vie (DPC 2005/2, p. 387).

71. Cependant, au sein de l'assurance vie et non-vie, il est possible d'avoir autant de marchés de produits que de risques à couvrir, puisque les couvertures d'assurance sont très peu substituables. Il est toutefois possible de renoncer à une délimitation des marchés de produits selon chaque couverture d'assurance et de conserver les marchés pertinents tels que décrits ci-dessus car Fortis n'offre aucun service d'assurance en Suisse. Il en résulte donc aucune addition de parts de marché ni dans le marché de l'assurance vie (assurance vie individuelle, assurance vie collective et assurance vie liée à des fonds), ni dans le marché de l'assurance non-vie.

#### **B.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés**

72. Il n'y a aucun marché pertinent concerné par la concentration sur lesquels la part de marché totale en Suisse des entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus (art. 11 al. 1 let. d OCCE). Le tableau suivant indique les parts de marché des entreprises sur les marchés perti-

nents mentionnés ci-dessus ainsi que la position future des entreprises participantes sur ces marchés.

**Tableau 1 : parts de marché de BNP et Fortis**

	<b>BNP</b>	<b>Fortis</b>	<b>Ensemble</b>
<b>Asset Management au sens large</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Fixed Income</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Corporate Finance</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Specialised Financing</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Structured Finance</b>	[5-15%]	[0-10%]	[5-15%]
<b>Cash Management Business</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Négoce de titres<sup>1</sup></b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Négoce de devises et marché monétaire</b>	[0-10%] / [0-10%]	[0-10%] / [0-10%]	[0-10%] / [0-10%]
<b>Leasing automobile</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Leasing d'investissement</b>	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]
<b>Leasing immobilier</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Assurance vie</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
<b>Assurance non-vie</b>	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]

### B.2.2.1 Concurrence actuelle

73. Il y a beaucoup d'entreprises concurrentes sur chaque marché pertinent concerné par la concentration et les parts de marché sont peu élevées.

### B.2.2.2 Concurrence potentielle

74. La concurrence potentielle dans les **services bancaires** est difficile à estimer à cause de la crise financière actuelle. A condition que les marchés financiers se redressent, il y aura vraisemblablement de nouvelles entrées sur le marché car les barrières à l'entrée ne sont pas particulièrement élevées.

75. Il est difficile de prévoir l'évolution des marchés du **leasing automobile**, du **leasing de biens d'investissement** et du **leasing immobilier** pour les années à venir à cause de la crise financière actuelle. Toutefois, la concurrence potentielle ne joue pas de rôle important pour le moment car il y a beaucoup de concurrence actuelle (Leaseplan (Schweiz) AG, Amag Leasing AG, GE Capital Solutions AG, Crédit Suisse Leasing, etc.). Il ne faut pas escompter d'importants changements sur ces marchés.

76. Concernant les marchés de **l'assurance vie** et de **l'assurance non-vie**, il y a eu, selon des données de l'Office fédéral des assurances privées, un certain nom-

bre d'entrées et de sorties d'entreprises surtout sur le marché de l'assurance non-vie. Ceci n'indique pas qu'il y ait une grande concurrence potentielle mais montre que ces marchés sont relativement dynamiques.

### B.2.2.3 Conclusion

77. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. De plus, BNP Paribas SA s'est engagée vis-à-vis de la Comco à ce que les engagements pris par rapport à la Commission européenne, à savoir se séparer de la société BNP Personal Finance Belgium SA/NV, soient valables en Suisse. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

<sup>1</sup> Ces chiffres sont repris du marché de l'asset management au sens g car bien que le négoce de titres soit un marché distinct de l'asset management au sens général, il y a des recoupements. Comme le Secrétariat ne disposait pas de chiffres pour le négoce de titres, il a repris les chiffres de l'asset management au sens général tout en sachant que ces chiffres sont probablement inférieurs concernant le négoce de titres.

B 2.3

**7. Salzgitter/Norddeutsche Affinerie**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Dezember 2008*

Am 27. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach hat die Salzgitter AG (nachfolgend: Salzgitter) über ihre Tochtergesellschaft, die Salzgitter Mannesmann GmbH (nachfolgend: SMG), Beteiligungen in Höhe von [rund 22 %] an der Norddeutschen Affinerie AG (nachfolgend: NA) erworben.<sup>1</sup>[...].

Salzgitter ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Salzgitter, Deutschland. Salzgitter ist vor allem im Stahlbereich (Stahlerzeugung sowie Herstellung und Handel mit verschiedenen Stahlprodukten) und durch ihre Tochtergesellschaft, die Klöckner-Werke AG (nachfolgend: Klöckner), im Maschinenbau tätig. In der Schweiz verfügt die Salzgitter über zwei Tochtergesellschaften, die KHS GmbH mit Sitz in Wolfwil (SO) und die KHS Management AG mit Sitz in Neuhausen am Rheinfall (SH). Weiter verfügt die Salzgitter Mannesmann Stahlhandel GmbH Düsseldorf – eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Salzgitter – über eine Zweigniederlassung mit Sitz in Dietikon (ZH).

NA ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Hamburg, Deutschland, und Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe der Kupferindustrie.<sup>2</sup> Anfang 2008 hat NA das belgische, in der Kupferindustrie tätige Unternehmen Cumerio übernommen. Der Zusammenschluss wurde sowohl von der EU-Kommission als auch von der WEKO nach einer vertieften Prüfung vorbehaltlos genehmigt (vgl. COMP/M.4781 und RPW 2008/1, S. 113). In der Schweiz verfügt die NA über eine Tochtergesellschaft, die Swiss Advanced Material SA in Yverdon-les-Bains, welche Kupferprofile für die elektrotechnische Industrie anfertigt und diese direkt an Kunden sowie an Händler verkauft.

Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markterherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

<sup>1</sup> Die Salzgitter hat die Aktien der NA teilweise im „Paket“ und teilweise über die Börse mittelbar über eine 100-prozentige Tochtergesellschaft erworben.

<sup>2</sup> Produktion und Vertrieb von Kupferkathoden, Giesswalz-/Giessdraht, Kupferformate sowie Kupferhalbzeug.

## B 2.3

## 8. Valora AG/cenanova AG

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 12. Dezember 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2008*

## A SACHVERHALT

1. Am 11. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Valora AG (nachfolgend: Valora) die gemeinsam mit dem Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) gehaltene cevanova AG (nachfolgend: cevanova) aufzulösen und deren Standorte je hälftig aufzuteilen.

2. Valora mit Sitz in Muttenz betreibt über 1000 Kioske (inkl. Bahnhofsbuchhandlungen) insbesondere in der Schweiz aber auch in Deutschland und Luxemburg.<sup>1</sup> Zudem führt sie rund [...] Convenience-Shops und über [...] Gastronomiebetriebe.<sup>2</sup> Nebst der Retail-Ebene ist sie auf der Grosshandelsstufe im Vertrieb von Presseerzeugnissen und Büchern und im Convenience-Grosshandel (Food, Non-Food, Tabak) tätig.

3. Cevanova gehört zu gleichen Teilen Valora und Migros. Sie betreibt 34 Convenience-Shops unter der Marke avec an Bahnhöfen, Tankstellen und gut frequentierten innerstädtischen Standorten. Weitere 14 Läden sind in Planung resp. Bau. Cevanova wurde im Jahr 2000 von Migros, Valora, und der SBB gegründet (vgl. RPW 2000/1, S. 36 ff.). Letztere stieg 2004 aus diesem Joint-Venture aus, daraufhin wurde das Unternehmen paritätisch von Migros und Valora kontrolliert (vgl. RPW 2005/3, S. 476 ff.). Beide Zusammenschlüsse wurden der Weko gemeldet und von ihr genehmigt.

4. Die Auflösung der gemeinsamen Kontrolle cevanovas durch Migros und Valora erfolgt mittels [verschiedener Verträge]. In einem ersten Schritt werden von den [...] Standorten cevanovas ([...]) die Hälfte ([...]) sowie die Marke „avec“ und weitere Aktiven an die Spiwag AG, eine Tochtergesellschaft von Valora, übertragen. In einem zweiten Schritt verkauft Valora sämtliche ihrer cevanova-Aktien (50 % der Aktien cevanovas) an Migros. Somit erlangen Migros und Valora jeweils die alleinige Kontrolle über [die Hälfte der] ehemaligen Standorte cevanovas.

5. Valora beabsichtigt mit der Auflösung der cevanova und der Übernahme der Marke avec, einen von Migros unabhängigen Weg einzuschlagen. Sie plant dabei eine Expansion des avec-Konzepts [...].

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

7. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

8. Mit der Auflösung cevanovas (vgl. Rz. 4) erhält die Valora die alleinige Kontrolle über einen Teil von cevanova. Als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 KG gelten Änderungen in der Qualität der Kontrolle, beispielsweise ein Übergang von gemeinsamer Kontrolle zu alleiniger Kontrolle.<sup>3</sup> Im vorliegenden Fall führt die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens zu einer Neuaufteilung der Vermögenswerte dieses Unternehmens zwischen den beiden Eigentümern.<sup>4</sup> Die Auflösung cevanovas kann deshalb als Übergang von gemeinsamer Kontrolle über das Gesamtvermögen des Gemeinschaftsunternehmens zur alleinigen Kontrolle über die beiden Teile cevanovas angesehen werden.

9. Somit stellt die vorliegende Transaktion einen Kontrollenerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

### B.2 Meldepflicht

10. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erzielten Valora und cevanova weltweit einen kumulierten Umsatz von über CHF 2 Mrd., einen in der Schweiz anfallenden Umsatz von über CHF 100 Mio. erreichte aber lediglich die Valora-Gruppe.

<sup>1</sup> In ihrem Heimmarkt sind diese unter der Marke „k kiosk“ zusammengefasst. Vgl. [www.kkiosk.ch](http://www.kkiosk.ch), Stand Dezember 2008.

<sup>2</sup> Zu den von Valora geführten Convenience-Betrieben gehören k kiosk „bistro“, avec und Tamoil-Shops, zu den Gastronomiebetrieben das Kaffeebar-Konzept Caffè Spettacolo.

<sup>3</sup> Vgl. BORER JÜRIG, Kommentar Kartellgesetz, Zürich 2005, ad. Art. 4, Rz. 48.

<sup>4</sup> Vgl. Rz. 47 der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Abl. C 66, vom 2/3/1998, S. 14 ff.) mit Verweis auf IV/M.197, Solvay-Laporte/Interox vom 30. April 1997.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen 2007, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Valora	2'822 Mio.	> 100 Mio.
von Valora zu übernehmender Teil von cevanova	< 100 Mio.	< 100 Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

11. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

12. In der Verfügung Bahnhofskioske wurde festgestellt, dass die Kiosk AG im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat (RPW, 1999/3, S. 414, Rz. 83). Die Kiosk AG wurde 2007 im Rahmen einer internen Reorganisation der Valora-Gruppe mit Valora fusioniert. Da cevanova im Markt für Convenience-Shops und somit einem dem Grosshandel von Presseerzeugnissen nachgelagerten Markt tätig ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

13. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

14. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

#### B.3.1 Relevante Märkte

15. Vorliegend wird der sachlich relevante Markt definiert, in welchen cevanova tätig ist. Es ist dies der sachlich relevante Markt, welche die Convenience-Shops betrifft. Zudem wird von den Aktivitäten Valoras nur der sachlich relevante Markt betreffend den Grosshandel von Presseerzeugnissen definiert. Dieser ist den Aktivitäten cevanovas vorgelagert.

##### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

17. Gemäss Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 477, Rz. 12) ist der Convenience-Shop „eine Verkaufsstelle im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich durch längere Öffnungszeiten sowie durch die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit, mit der ein Einkauf ermöglicht wird, vom klassischen Detailhandelsgeschäft abhebt.“ Dabei wurde ein eigenständiger Markt für Convenience-Produkte angenommen, die genaue sachliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen gelassen (RPW 2005/3, S. 478, Rz. 21).<sup>5</sup> Im Entscheid Migros/Denner (RPW 2008/1, Rz. 168, Rz. 204) wurde insbesondere vor dem Hintergrund, dass Convenience-Shops lediglich ein Teilsortiment führen und an Standorten ohne liberalisierte Ladenöffnungszeiten höhere Preise als der klassische Detailhandel setzen können, festgelegt, dass Convenience-Shops nicht zum Detailhandel gehören.

18. Die Parteien machen geltend, dass der Convenience-Bereich Teil des Detailhandels ist. So weisen sie darauf hin, dass zumindest eine einseitige Substituierbarkeit dahingehend besteht, dass ein Einkauf in einem Convenience-Shop durch einen solchen im Detailhandelsgeschäft substituiert werden kann und die unterschiedlichen Öffnungszeiten nicht ins Gewicht fallen.

19. Nachfolgend wird in Übereinstimmung mit dem Entscheid Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 476 ff.) davon ausgegangen, dass Convenience-Shops aus Sicht der Abnehmer einen eigenständigen Markt darstellen. Letztlich kann aber offen gelassen werden, ob dieser Markt weiter zu fassen wäre, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung – wie weiter unten aufgezeigt – keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

20. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten der Convenience-Shops die Marktgegenseite. Diese Lieferanten nützen oft auch weitere Absatzkanäle für ihre Produkte wie den Detailhandel, den Grosshandel und den Export. Sie stellen dabei oft nur Produkte einzelner Produktgruppen her und haben zumeist eine geringe Umstellungsflexibilität bezüglich anderer Produktgruppen.

<sup>5</sup> So wurde bemerkt, dass für Kantone mit weitgehend oder vollständig liberalisierten Ladenöffnungszeiten davon ausgegangen werden kann, dass ein Einkauf in einem Convenience-Shop durch einen solchen in einem Supermarkt substituiert werden kann (RPW 2005/3, S. 477 f.).

So wurde bei Migros/Denner beschaffungsseitig für den Detailhandelsmarkt in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung für jede Produktgruppe ein eigener sachlich relevanter Markt gebildet (RPW, 2008/1, S. 150–151).<sup>6</sup> Die Beschaffungsseite der Convenience-Shops unterscheidet sich insofern vom Detailhandel, als dass sie andere Produktschwerpunkte anbieten und weniger Produkte führen. Allerdings können sämtliche Produktgruppen des Convenience-Kanals auch durch den klassischen Detailhandel vertrieben werden. Somit stellt letzterer für die Lieferanten von Convenience-Shops im Allgemeinen ein gutes Substitut dar.<sup>7</sup> Dagegen wird nur ein Teil der im Detailhandel abgesetzten Produkte auch in Convenience-Shops vertrieben, so dass letzterer nur sehr beschränkt als Substitut dienen kann. Auch weitere Absatzkanäle wie z.B. die Gastronomie sind nur für Lieferanten gewisser Produkte oder Produktgruppen eine valable Alternative.

21. Vorliegend wird gestützt auf Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 478, Rz. 25) davon ausgegangen, dass zumindest der Detailhandelskanal zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten (Produktgruppen) der Convenience-Shops hinzuzurechnen ist.<sup>8</sup> Letztendlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben, wie nachfolgend aufgezeigt, selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung nicht zu Wettbewerbsbedenken führt.

22. Ein dem Markt für Convenience-Shops vorgelagerter Markt ist derjenige des Grosshandels mit Presseerzeugnissen. Letzterer beliefert nebst Convenience-Shops insbesondere Kioskbetreiber. In Übereinstimmung mit dem Entscheid Bahnhofskioske (RPW 1999/3, S. 406 ff., Rz. 37–50) soll in der nachfolgenden Analyse von einem Markt für den Grosshandel mit Presseerzeugnissen ausgegangen werden. Die genaue sachliche Marktabgrenzung kann aber letztlich offen gelassen werden, da sich die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens durch keine engere oder weitere Marktabgrenzung ändern würde.

### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

23. 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).

24. Aus Sicht der Konsumenten ist der Markt für Convenience-Shops lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien für den Detailhandel gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.<sup>9</sup> Convenience-Shops sind insbesondere an stark frequentierten Lagen im Stadtzentrum, Bahnhöfen und an Tankstellen anzutreffen. Die Marktradien dürften dabei im Bereich derjenigen kleiner Supermärkte liegen.

25. Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112). Die nachfolgende Analyse basiert deshalb für den Markt für Convenience-

Shops auf einem nationalen Markt, ohne eine abschliessende räumliche Abgrenzung vorzunehmen.

26. Gemäss Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 479, Rz. 33) sind die Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops mindestens schweizweit abzugrenzen. Vorliegend kann aber offen gelassen werden, ob diese allenfalls weiter zu fassen wären, da selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung der einzelnen Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

27. Der Markt für den Grosshandel mit Presseerzeugnissen kann gemäss dem Entscheid Bahnhofskioske (RPW 1999/3, S. 411, Rz. 68–70) auf die deutschsprachige Schweiz beschränkt werden.

### B.3.2 Beurteilung der Marktstellung

28. Es 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, 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.

29. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegt mit dem Grosshandel mit Presseerzeugnissen, in welchem Valora einen Marktanteil von > 30 % hat, ein betroffener Markt vor. Auf dem Markt für Convenience-Shops hat Valora mit insgesamt [über 100] Standorten (k-bistro, avec-Shops) einen geschätzten Marktanteil von rund [0–10] %, die von Valora zu übernehmenden Läden von cevanova einen solchen von rund [0–10] %.<sup>10</sup> Bei einem kumulierten Marktanteil von rund [0–10] % liegt somit beim Markt für Convenience-Shops kein betroffener Markt vor.

<sup>6</sup> Siehe ebenso Coop/Carrefour (voraussichtlich RPW 2008/4, S. 601, Rz. 80–83).

<sup>7</sup> Vgl. Migros/Valora RPW 2005/3, S. 478, Rz. 22–25.

<sup>8</sup> Bei Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156, Rz. 233–234) wurde offen gelassen, ob den Lieferanten des Detailhandels weitere gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen.

<sup>9</sup> Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

<sup>10</sup> Der Gesamtmarktschätzung für Convenience-Shops liegen Daten der IHA-GfK AG zum kleinflächigen Detailhandel (Tankstellenshops ohne Treibstoffumsätze, Kioske und tankstellenunabhängige Convenience-Shops) zugrunde (Detailhandel Schweiz 2008, S. 370), von welchem das Segment Kioske abgezogen wird (IHA-GfK AG, Detailhandel Schweiz 2008, S. 373).

Tabelle 2: Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien im Jahr 2007

Produktmärkte	Valora	von Valora zu übernehmender Teil von cevanova
Convenience-Shops	< 10 %	< 10 %
Grosshandel mit Presseerzeugnissen	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien und Berechnungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission

30. Beim einzigen betroffenen Markt, dem Grosshandel mit Presseerzeugnissen, kommt es nicht zu einer Marktanteilsaddition. Eine solche ist lediglich im Markt für Convenience-Shops zu verzeichnen, welcher ein dem Grosshandel mit Presseerzeugnissen nachgelagerter Markt ist. Deshalb wird der Markt für Convenience-Shops nachfolgend kurz analysiert.

31. Einer der grössten Wettbewerber im Markt für Convenience-Shops ist Coop Pronto, welcher 2007 189 Verkaufsstellen betrieb und mit diesen einen Umsatz von CHF 470 Mio. erzielte, was einem geschätzten Marktanteil von 16.5 % entspricht.<sup>11</sup> Zu den grössten Wettbewerbern gehören zudem Shell mit 234 und BP mit 172 Tankstellenshops im Jahr 2007. Weitere Betreiber von Tankstellenshops sind Tamoil, Esso, Agip, Migros mit ihren Migrol- und avec-Shops und Avia.

32. Von den insgesamt 123 Tamoil-Shops<sup>12</sup> werden deren [...] durch Mitarbeiter von Valora betrieben. Letztere erzielten 2007 einen Umsatz von ca. CHF [...] Mio. Zudem hat Valora Interesse an weiteren Kooperationen mit Mineralölgesellschaften, [...].

33. Selbst wenn [die Tankstellenshops, welche durch Mitarbeiter von Valora betrieben werden,] Valora zurechnet würden und Valora somit einen Marktanteil von rund [10–20] % hätte, würde dies nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Convenience-Shops führen. Wie in Rz. 31 aufgezeigt, sind nebst Valora und Tamoil ausreichend weitere Wettbewerber vorhanden. Bestehenden Lieferanten der von der Valora zu übernehmenden cevanova-Standorte stehen – sollten sie diese Standorte nicht mehr beliefern können – mit den anderen im Markt tätigen Convenience-Shops ausreichend alternative Absatzkanäle zur Verfügung. Zudem ist davon auszugehen, dass sie überwiegend auch den Detailhandel als Absatzkanal nutzen können. Auch auf den Grosshandel mit Presseerzeugnissen hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen.

34. Deshalb kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden.

### B.3.3 Ergebnis

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

<sup>11</sup> Vgl. „Detailhandel Schweiz 2008“, IHA-GfK AG, S. 368–373.

<sup>12</sup> Stand 2007 (vgl. „Detailhandel Schweiz 2008“, IHA-GfK AG, S. 370).

## B 2.3

**9. Migros-Genossenschafts-Bund/cevanova AG**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 12. Dezember 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Dezember 2008*

**A SACHVERHALT**

1. Am 11. November 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) die gemeinsam mit der Valora AG (nachfolgend: Valora) gehaltene cevanova AG (nachfolgend: cevanova) aufzulösen und deren Standorte je hälftig aufzuteilen.

2. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (u.a. Migros-Supermärkte, Fachmärkte und avec-Läden), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (u.a. Micarna SA und Jowa AG), die Migros-Restaurants, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Ex Libris, Hotelplan, Le Shop und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe (inkl. Interio und Office World) und Denner. Der Migros kommt innerhalb der Gruppe die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

3. Cevanova gehört zu gleichen Teilen Migros und Valora. Sie betreibt 34 Convenience-Shops unter der Marke avec an Bahnhöfen, Tankstellen und gut frequentierten innerstädtischen Standorten. Weitere 14 Läden sind in Planung resp. Bau. Cevanova wurde im Jahr 2000 von Migros, Valora, und der SBB gegründet (vgl. RPW 2000/1, S. 36 ff.). Letztere stieg 2004 aus diesem Joint-Venture aus, daraufhin wurde das Unternehmen paritätisch von Migros und Valora kontrolliert (vgl. RPW 2005/3, S. 476 ff.). Beide Zusammenschlüsse wurden der Weko gemeldet und von ihr genehmigt.

4. Die Auflösung der gemeinsamen Kontrolle cevanovas durch Migros und Valora erfolgt mittels [verschiedener Verträge]. In einem ersten Schritt werden von den [...] Standorten cevanovas ([...]) die Hälfte ([...]) sowie die Marke „avec“ und weitere Aktiven an die Spiwag AG, eine Tochtergesellschaft von Valora, übertragen. In einem zweiten Schritt verkauft Valora sämtliche ihrer cevanova-Aktien (50 % der Aktien cevanovas) an Migros. Somit erlangen Migros und Valora jeweils die alleinige Kontrolle über [die Hälfte der] ehemaligen Standorte cevanovas.

5. Migros beabsichtigt mit der Auflösung der cevanova, einen von der Valora unabhängigen Weg im Bereich der

Convenience-Shops einzuschlagen. Ihr neues Konzept beinhaltet dabei die neu eingeführte Marke „Migrolino“ und eine Zusammenarbeit mit Shell.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Geltungsbereich**

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

7. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

8. Mit der Auflösung cevanovas (vgl. Rz. 4) erhält die Migros die alleinige Kontrolle über einen Teil von cevanova. Als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 KG gelten Änderungen in der Qualität der Kontrolle, beispielsweise ein Übergang von gemeinsamer Kontrolle zu alleiniger Kontrolle.<sup>1</sup> Im vorliegenden Fall führt die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens zu einer Neuaufteilung der Vermögenswerte dieses Unternehmens zwischen den beiden Eigentümern.<sup>2</sup> Die Auflösung cevanovas kann deshalb als Übergang von gemeinsamer Kontrolle über das Gesamtvermögen des Gemeinschaftsunternehmens zur alleinigen Kontrolle über die beiden Teile cevanovas angesehen werden.

9. Somit stellt die vorliegende Transaktion einen Kontrollenerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

**B.2 Meldepflicht**

10. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erzielten die Migros-Gruppe und cevanova weltweit einen kumulierten Umsatz von über CHF 2 Mrd., einen in der Schweiz anfallenden Umsatz von über CHF 100 Mio. erreichte aber lediglich die Migros-Gruppe.

<sup>1</sup> Vgl. BORER JÜRIG, Kommentar Kartellgesetz, Zürich 2005, ad. Art. 4, Rz. 48.

<sup>2</sup> Vgl. Rz. 47 der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Abl. C 66, vom 2/3/1998, S. 14 ff.) mit Verweis auf IV/M.197, Solvay-Laporte/Interox vom 30. April 1997.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen 2007, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	22'697 Mio.	> 100 Mio.
von Migros zu übernehmender Teil von cevanova	< 100 Mio.	< 100 Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

11. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

12. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Da cevanova im Markt für Convenience-Shops und somit einem dem Detailhandel benachbarten Markt tätig ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

13. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

14. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

#### B.3.1 Relevante Märkte

15. Vorliegend werden nur die sachlich relevanten Märkte definiert, in welchen cevanova tätig ist oder die diesen Märkten benachbart sind, sofern Migros in diesen agiert. Es sind dies die sachlich relevanten Märkte, welche die Convenience-Shops sowie den Detailhandel betreffen.

##### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

17. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten, auf denen die

Convenience-Shops den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und den Beschaffungsmärkten, auf denen die Convenience-Shops den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

#### Absatzmärkte

18. Gemäss Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 477, Rz. 12) ist der Convenience-Shop „eine Verkaufsstelle im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich durch längere Öffnungszeiten sowie durch die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit, mit der ein Einkauf ermöglicht wird, vom klassischen Detailhandelsgeschäft abhebt.“ Dabei wurde ein eigenständiger Markt für Convenience-Produkte angenommen, die genaue sachliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen gelassen (RPW 2005/3, S. 478, Rz. 21). Im Entscheid Migros/Denner (RPW 2008/1, Rz. 168, Rz. 204) wurde insbesondere vor dem Hintergrund, dass Convenience-Shops lediglich ein Teilsortiment führen und an Standorten ohne liberalisierte Ladenöffnungszeiten höhere Preise als der klassische Detailhandel setzen können, festgelegt, dass Convenience-Shops nicht zum Detailhandel gehören.

19. Die Parteien machen geltend, dass der Convenience-Bereich Teil des Detailhandels ist. So weisen sie darauf hin, dass zumindest eine einseitige Substituierbarkeit dahingehend besteht, dass ein Einkauf in einem Convenience-Shop durch einen solchen im Detailhandelsgeschäft substituiert werden kann und die unterschiedlichen Öffnungszeiten nicht ins Gewicht fallen.

20. Nachfolgend wird in Übereinstimmung mit dem Entscheid Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 476 ff.) davon ausgegangen, dass Convenience-Shops einen eigenständigen Markt darstellen. Letztlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da das Resultat der Analyse dadurch nicht geändert wird.

21. Ein dem Convenience-Markt benachbarter Markt ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht letzterer in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, „welcher aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55). Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

## Beschaffungsmärkte

22. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten der Convenience-Shops die Marktgegenseite. Diese Lieferanten nutzen oft auch weitere Absatzkanäle für ihre Produkte wie den Detailhandel, den Grosshandel und den Export. Sie stellen dabei oft nur Produkte einzelner Produktgruppen her und haben zumeist eine geringe Umstellungsflexibilität bezüglich anderer Produktgruppen. So wurde bei Migros/Denner beschaffungsseitig für den Detailhandelsmarkt in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung für jede Produktgruppe ein eigener sachlich relevanter Markt gebildet (RPW, 2008/1, S. 150–151).<sup>4</sup> Die Beschaffungsseite der Convenience-Shops unterscheidet sich insofern vom Detailhandel, als dass sie andere Produktschwerpunkte anbieten und weniger Produkte führen. Allerdings können sämtliche Produktgruppen des Convenience-Kanals auch durch den klassischen Detailhandel vertrieben werden. Somit stellt Letzterer für die Lieferanten von Convenience-Shops im Allgemeinen ein gutes Substitut dar.<sup>5</sup> Dagegen wird nur ein Teil der im Detailhandel abgesetzten Produkte auch in Convenience-Shops vertrieben, so dass letzterer nur sehr beschränkt als Substitut dienen kann.

23. Vorliegend wird gestützt auf Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 478, Rz. 25) davon ausgegangen, dass zumindest der Detailhandelskanal zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten (Produktgruppen) der Convenience-Shops hinzuzurechnen ist.<sup>6</sup> Letztendlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben, wie nachfolgend aufgezeigt, selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung nicht zu Wettbewerbsbedenken führt.

24. Zu den Beschaffungsmärkten des Detailhandels werden vorliegend gemäss der bisherigen Praxis der Weko<sup>7</sup> die Absatzmöglichkeiten im Bereich Detailhandel gezählt, nicht aber solche in den Convenience-Kanal, die Gastronomie etc. Schliesslich kann aber offen gelassen werden, ob für einzelne Produktgruppen der sachlich relevante Markt weiter zu fassen wäre, da das Resultat der Analyse dadurch nicht verändert wird.

### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

25. 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).

26. Nachfolgend werden in einem ersten Schritt die räumlich relevanten Absatzmärkte und in einem zweiten Schritt die Beschaffungsmärkte aufgezeigt.

### Absatzmärkte

27. Aus Sicht der Konsumenten ist der Markt für Convenience-Shops als auch der Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien für den Detailhandel gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.<sup>8</sup> Convenience-Shops sind insbesondere an stark frequentierten Lagen im Stadtzentrum, in Bahnhöfen und

an Tankstellen anzutreffen. Die Marktradien dürften dabei im Bereich derjenigen kleiner Supermärkte liegen.

28. Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112). Die nachfolgende Analyse basiert deshalb für den Markt für Convenience-Shops auf einem nationalen Markt, ohne eine abschliessende räumliche Abgrenzung vorzunehmen. Für den Detailhandelsmarkt kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der Analyse nicht beeinflusst.

## Beschaffungsmärkte

29. Gemäss Migros/Valora (RPW 2005/3, S. 479, Rz. 33) sind die Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops mindestens schweizweit abzugrenzen. Vorliegend kann aber offen gelassen werden, ob diese allenfalls weiter zu fassen wären, da selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung der einzelnen Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

30. Die Beschaffungsmärkte des Detailhandels sind gemäss der bisherigen Praxis der Weko (vgl. u.a. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 607–609, Rz. 117 ff.) mindestens national abzugrenzen. Vorliegend kann offen gelassen werden, ob die Beschaffungsmärkte einzelner Produktgruppen des Detailhandels in räumlicher Sicht weiter abzugrenzen sind, da die nachfolgende Analyse des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht verändert wird.

### B.3.2 Beurteilung der Marktstellung

31. Es 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, 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.

<sup>4</sup> Siehe ebenso Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 601, Rz. 80–83).

<sup>5</sup> Vgl. Migros/Valora RPW 2005/3, S. 478, Rz. 22–25.

<sup>6</sup> Bei Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156) wurde offen gelassen, ob den Lieferanten des Detailhandels weitere gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen.

<sup>7</sup> Z.B. Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 605, Rz. 97); Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156, Rz. 233–234).

<sup>8</sup> Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14; Carrefour/Promodes EU COMP/M. 1684, Rz. 24.

32. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegt mit dem Detailhandel, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat, ein betroffener Markt vor. Auf dem Markt für Convenience-Shops hat die Migros mit 99 Migrol-Tankstellenshops<sup>9</sup> und [...] von ihr geführten avec-Shops einen geschätzten Marktanteil von rund

[0–10] %, die von der Migros zu übernehmenden Läden von cevanova einen solchen von rund [0–10] %.<sup>10</sup> Bei einem kumulierten Marktanteil von rund [0–10] % liegt somit beim Markt für Convenience-Shops kein betroffener Markt vor.

Tabelle 2: Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien im Jahr 2007

Produktmärkte	Migros	von Migros zu übernehmender Teil von cevanova
Convenience-Shops	< 10 %	< 10 %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien und Berechnungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission

33. Beim einzigen betroffenen Markt, dem Detailhandel, kommt es nicht zu einer Marktanteilsaddition. Eine solche ist lediglich im Markt für Convenience-Shops zu verzeichnen, welcher ein dem Detailhandel benachbarter Markt ist. Deshalb wird der Markt für Convenience-Shops nachfolgend kurz analysiert.

34. Einer der grössten Konkurrenten von Migros im Markt für Convenience-Shops ist Coop Pronto,<sup>11</sup> welcher 2007 189 Verkaufsstellen betrieb und mit diesen einen Umsatz von CHF 470 Mio. erzielte, was einem geschätzten Marktanteil von 16.5 % entspricht.<sup>12</sup> Zu den grössten Konkurrenten gehören zudem Shell mit 234 und BP mit 172 Tankstellenshops im Jahr 2007. Weitere Betreiber von Tankstellenshops sind Tamoil, Esso, AGIP, und Avia. Des weiteren ist Valora ein wichtiger Wettbewerber im Bereich Convenience-Shops, insbesondere an tankstellenunabhängigen Standorten.

35. Wie in Rz. 4 aufgeführt, plant Migros [...] eine Kooperation mit Shell. [In dieser Kooperation] erhält Shell das Recht, [...] im Laufe der kommenden Jahre maximal [...] ihrer Tankstellenshops nach dem Migrolino-Konzept zu betreiben, [...]. Diese [nach dem Migrolino-Konzept betriebenen] Tankstellenshops Shells entsprechen bei einem Gesamtmarkt von etwa 1500 Convenience-Shops einem Marktanteil von rund [0–10] %.<sup>13</sup>

36. Selbst wenn diese [nach dem Migrolino-Konzept betriebenen] Tankstellenshops Migros zurechnet würden und Migros somit einen Marktanteil von rund [10–20] % hätte, würde dies nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Convenience-Shops führen. Wie in Rz. 34 aufgezeigt, sind nebst Migros und Shell ausreichend weitere Wettbewerber vorhanden. Bestehenden Lieferanten der von der Migros zu übernehmenden cevanova-Standorte stehen – sollten sie diese Standorte nicht mehr beliefern können – mit den anderen im Markt tätigen Convenience-Shops ausreichend alternative Absatzkanäle zur Verfügung. Zudem ist davon auszugehen, dass sie überwiegend auch den Detailhandel als Absatzkanal nutzen können.

37. Deshalb kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden.

### B.3.3 Ergebnis

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

<sup>9</sup> Vgl. „Detailhandel Schweiz 2008“, IHA-GfK AG, S. 369.

<sup>10</sup> Der Gesamtmarktschätzung für Convenience-Shops liegen Daten der IHA-GfK AG zum kleinflächigen Detailhandel (Tankstellenshops ohne Treibstoffumsätze, Kioske und tankstellenunabhängige Convenience-Shops) zugrunde (Detailhandel Schweiz 2008, S. 370), von welchem das Segment Kioske abgezogen wird (IHA-GfK AG, Detailhandel Schweiz 2008, S. 373).

<sup>11</sup> Coop führt sowohl Tankstellenshops und Convenience-Shop an anderen Standorten.

<sup>12</sup> Vgl. „Detailhandel Schweiz 2008“, IHA-GfK AG, S. 368–373.

<sup>13</sup> Für diese Marktanteilsschätzung wurde angenommen, dass der Umsatz in einem Shell-Tankstellenshop dem durchschnittlichen Umsatz eines Convenience-Shops in der Schweiz entspricht.

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 23. Dezember 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. September 2008*

## A SACHVERHALT

1. Mit Schreiben vom 25. August 2008 informierte die Schaeffler KG (Schaeffler) das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) über ihr öffentliches Übernahmeangebot vom 30. Juli 2008 zum Erwerb aller Aktien der Continental AG (Continental). Während Continental das Übernahmeangebot der Schaeffler Gruppe noch bis am 19. August 2008 ausgeschlagen hatte, einigten sich Schaeffler und Continental am 20. August 2008 über den Einstieg Schaefflers und schlossen eine Investorenvereinbarung ab. Danach wurde der Aktienwerb Schaefflers auf eine Beteiligung von maximal 49.9 % beschränkt. Das Übernahmeangebot war demnach in der Folge nicht mehr als feindlich einzustufen. Die Annahmefrist für das Übernahmeangebot lief am 27. August 2008 ab.

2. Zusammen mit der Mitteilung vom 25. August 2008 reichte Schaeffler ein Begehren um Bewilligung zum vorzeitigen Vollzug, eventualiter unter Auflagen, ein. Dem Gesuch wurde ein Entwurf der Meldung in der EU (Entwurf des Forms CO) sowie ein Waiver-Letter, der das Sekretariat zum Informationsaustausch mit den europäischen Wettbewerbsbehörden ermächtigte, beigelegt. Das Zusammenschlussvorhaben war zu diesem Zeitpunkt weder in der Schweiz noch in der EU formell gemeldet worden.

3. Auf Ebene der EU erübrigte sich ein Gesuch um vorläufigen Vollzug, da Art. 7 Abs. 2 EG-FKVO<sup>1</sup> eine explizite Ausnahmeregelung für den Vollzug bei öffentlichen Übernahmeangeboten vorsieht. Während der Dauer des Prüfungsverfahrens steht gemäss Art. 7 Abs. 2 EG-FKVO das Vollzugsverbot u.a. Vorgängen nicht entgegen, bei denen mehrere Veräusserer im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erwerben. Allerdings setzt ein solcher Kontrollwerb voraus, dass der Zusammenschluss unverzüglich bei der EU-Kommission angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte entweder gar nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition ausübt.

4. Bereits am 26. Juni 2008 also rund zwei Monate vor dem vorliegenden Gesuch ersuchte der Anwalt der meldenden Partei das Sekretariat um eine Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG.<sup>2</sup> Im Rahmen der Beratung wurde abgeklärt, ob es notwendig sei, ein Gesuchs um

vollzeitigen Vollzug im Rahmen eines öffentlichen Angebots einzureichen, wenn der Erwerber aus seiner Beteiligung fließenden Einflussrechte (z.B. Stimm- und Wahlrechte) nicht ausübt. Die Identität der Parteien wurde nicht bekannt gegeben. Mit Schreiben vom 2. Juli 2008 teilte das Sekretariat das Ergebnis der Beratung mit.

5. Im Anschluss an ein Telefongespräch mit dem Sekretariat und dem Präsidenten der Weko reichte der Rechtsvertreter von Schaeffler am 5. September und 11. September 2008 ein Schreiben zuhanden der Weko ein, welches zusätzliche Angaben zu den Aktivitäten der Zusammenschlussparteien in der Schweiz lieferte.

6. In ihrem Gesuch vom 25. August 2008 beantragt Schaeffler folgendes:

1.1 „Der vorläufige Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Schaeffler/Continental Aktiengesellschaft sei schnellstmöglich, spätestens jedoch innerhalb von 2 Wochen zu bewilligen.

1.2 Eventualiter sei der vorläufige Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Schaeffler KG/Continental Aktiengesellschaft schnellstmöglich, spätestens jedoch innerhalb von 2 Wochen unter der Auflage zu bewilligen, dass Schaeffler die ihr zustehenden Stimm- und Wahlrechte der im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots erworbenen Aktien der Continental Aktiengesellschaft bis zum Abschluss des Vorprüfungs- bzw. Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 KG bzw. 33 KG lediglich zum Zwecke der Erhaltung des vollen Werts ihrer Investition ausübt.“

7. Die Schaeffler Gruppe mit Sitz in Herzogenaurach (Deutschland) entwickelt und produziert unter den Marken INA und FAG weltweit Wälzlager, Gleitlager, Linearführungen und Motorenelemente für den Maschinenbau, die Luft- und Raumfahrt und die Automobilindustrie. In der Schweiz verfügt Schaeffler über [...]Tochtergesellschaften, die [...] sowie schliesslich die Hydrel GmbH in Romanshorn.<sup>3</sup>

8. Die Continental Gruppe mit Sitz in Hannover (Deutschland) ist eine weltweit tätige Herstellerin von Reifen und anderen Gummi-Produkten. Continental ist ferner in den Bereichen Bremssysteme, Systeme und Komponenten für Antrieb und Fahrwerk sowie der Fahrzeugelektronik aktiv. In der Schweiz hat Continental [...] Tochtergesellschaften, die Adam Touring GmbH<sup>4</sup> und

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung; EG-FKVO).

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251).

<sup>3</sup> Die Hydrel GmbH vertreibt Wälzlager und Linearführungen, sie stellt zudem Metallteile her und vertreibt diese (insbesondere Feinschneideteile).

<sup>4</sup> Verkauf von Pneus, Felgen und sonstigem Autozubehör sowie Montagedienste und Autoservice.

die Continental Suisse SA beide in Dietikon<sup>5</sup>, die Continental Automotive Switzerland AG (vormals Siemens VDO Automotive AG) in Neuhausen<sup>6</sup> [...]

9. Gemäss Art. 19 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 des Geschäftsreglements der Weko<sup>7</sup> ordnet der Präsident auf Ermächtigung der Kommission hin in dringlichen Fällen das Nötige an. Ein solcher Fall war vorliegend gegeben, weshalb der Präsident zur Behandlung dieses Gesuches zuständig war.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

#### B.1.1 Unternehmenszusammenschluss

10. Das Übernahmeangebot von Schaeffler bezweckte den Kauf von Aktien der Continental bis zu einer Maxi-

Tabelle 1: Umsätze weltweit im Jahr 2007 in Mio. CHF

Schaeffler	[14 812]
Continental	[43 313]
Total	über 2 Milliarden

12. Wie in Tabelle 2 illustriert, erzielten die zwei beteiligten Unternehmen in der Schweiz je einen Umsatz von über CHF 100 Millionen. Somit war auch der Schwel-

Tabelle 2: Umsätze Schweiz im Jahr 2007 in Mio. CHF

Schaeffler	[...]
Continental	[...]

## B.2 Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs

### B.2.1 Antrag auf vorzeitigen Vollzug

13. Gemäss Art. 32 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 16 VKU<sup>8</sup> kann die Wettbewerbskommission auf Antrag der Parteien den Zusammenschluss aus wichtigen Gründen vorzeitig bewilligen. Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang beispielhaft Sanierungsfusionen und Zusammenschlussvorhaben in Verbindung mit einem öffentlichen Übernahmeangebot (Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November, BBl 1995 I 468 f., Separatdruck S. 141).

14. Wie bereits ausgeführt, hatte der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin im Vorfeld des Zusammenschlussvorhabens um eine Beratung nachgefragt. Ohne Kenntnis der konkreten Umstände des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gelangte das Sekretariat in seinem Beratungsschreiben vom 2. Juli 2008 zum Schluss, dass der Erwerb der Aktien nach schweizerischem Recht bereits eine Vollzugshandlung darstellen könne und zwar unabhängig davon, ob der Erwerber aus eigenem Antrieb darauf verzichtete, die aus seiner Beteiligung fließenden Einflussrechte (z.B. Stimm- und Wahlrechte) wahrzunehmen. Entsprechend können nach dieser Auffassung die meldepflichtigen Unternehmen auch im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots einen Zusammenschluss erst dann ohne Sanktionsrisiko voll-

malbeteiligung von 49.9 %. Angesichts der breiten Streuung des Aktienbesitzes und der bis anhin tiefen Stimmbeteiligung der Aktionäre an der Hauptversammlung von Continental erwirbt Schaeffler damit die Kontrolle über Continental. Der Kontrollenerwerb ist gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren, was von den Parteien nicht bestritten wurde.

### B.1.2 Meldepflicht

11. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2007 einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Milliarden. Damit waren die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten. Tabelle 1 gibt diesen Sachverhalt wieder.

lenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten. Folglich war das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

ziehen, also insbesondere Aktien erwerben, wenn die Weko bzw. deren Präsidium den vorzeitigen Vollzug „aus wichtigen Gründen“ gemäss Art. 32 Abs. 2 KG (bzw. innerhalb des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 33 Abs. 2 KG) bewilligt hat.

### B.2.2 Gesuch trotz Fehlens einer vollständigen Meldung

15. Weder in der EU noch in der Schweiz ist zum Beurteilungszeitpunkt eine vollständige Meldung eingegangen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Weko ein Gesuch um vorzeitigen Vollzug bereits vor der Einreichung der Meldung prüfen kann. In der bisherigen Praxis

<sup>5</sup> Verkauf von Reifen, Felgen, Schneeketten und technischen Elastomerprodukten.

<sup>6</sup> Entwicklung, Herstellung, Handel und Vertrieb von feinmechanischen und elektronischen Geräten sowie von Betriebsleitsystemen für den öffentlichen Nahverkehr.

<sup>7</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 [SR 251.1].

<sup>8</sup> Verordnung über die Kontrolle von Zusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

wurden die entsprechenden Gesuche jeweils zusammen mit der Meldung oder später eingereicht.<sup>9</sup>

16. Das Gesetz geht implizit davon aus, dass sich die Frage des vorzeitigen Vollzugs im Verfahrensstadium der Vorprüfung (Art. 32 KG) oder der vertieften Prüfung (Art. 33 KG) stellt. In beiden Fällen liegt zu diesem Zeitpunkt eine vollständige Meldung vor, welche es der Weko erlaubt, über den vorzeitigen Vollzug in Kenntnis des Dossiers zu entscheiden. Somit schliesst der Gesetzeswortlaut (Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 KG) einen vorzeitigen Vollzug vor der Vorprüfung nicht aus, selbst wenn er offensichtlich implizit vom Gegenteil ausgeht.

17. In der Lehre – soweit sie sich dazu äussert – wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass ein vorzeitiger Vollzug grundsätzlich schon vor Einreichung der Meldung möglich ist: ZÄCH hält u.a. mit Verweis auf TSCHÄNI<sup>10</sup> fest, dass die beteiligten Unternehmen den vorläufigen Vollzug beantragen können, „und zwar nach begründeter Meinung schon vor der Meldung des Zusammenschlusses.“<sup>11</sup> BOVET verweist insbesondere auf Art. 17 VKU, welcher bei Sanierungsfusionen von Banken den vorzeitigen Vollzug vor Einreichung der Meldung ausdrücklich vorsieht. Gemäss BOVET würde eine unterschiedliche Handhabung für andere Wirtschaftssektoren zu ungerechtfertigten Ungleichheiten führen.<sup>12</sup> DUCREY kommt zum gleichen Schluss, unterstreicht aber, dass das Gesuch der beteiligten Unternehmen Angaben betreffend die antizipierten Auswirkungen auf den betroffenen Märkten zu enthalten habe, damit die Weko in ihrem Entscheid über den vorzeitigen Vollzug diesen Punkt tatsächlich summarisch prüfen könne.<sup>13</sup> Anderer Meinung ist dagegen ZURKINDEN, welcher – aufgrund der schwierigen Prognose über die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens in einem derart frühen Stadium – die Einreichung eines Gesuchs um vorzeitigen Vollzug (ausser in Fällen nach Art. 17 VKU) frühestens gleichzeitig mit der Zusammenschlussmeldung für möglich hält und sich auf den Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 KG beruft.<sup>14</sup>

18. Das Gesetz geht, wie erwähnt, davon aus, dass eine Meldung bereits vorliegt. Dies muss auch grundsätzlich die Regel bleiben. Mit der Mehrheit der Doktrin ist jedoch davon auszugehen, dass die Bewilligung eines vorzeitigen Vollzugs ausnahmsweise auch vor der Einreichung der Meldung möglich sein kann. Allerdings sind dabei verschiedene Voraussetzungen zu beachten. Einerseits muss die Weko anderweitig genügend über das Zusammenschlussvorhaben informiert sein, damit sie die Auswirkungen ihres Entscheides rechtsgenügend beurteilen kann. Andererseits müssen besondere Gründe vorliegen, aufgrund derer die Meldung noch nicht vorgenommen werden kann. Schliesslich ist auch der Umstand von Bedeutung, ob und wie die fraglichen Vollzugshandlungen später allenfalls wieder rückgängig gemacht werden können (vgl. Rz. 27 ff).

19. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen aus folgenden Gründen erfüllt:

a) Der Wettbewerbskommission liegt ein detaillierter Entwurf des EU-Formblattes vor, welcher über die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf europäischer Ebene Auskunft gibt. Aufgrund des Waivers, welcher es der Weko erlaubt sich

mit der EU über das vorliegende Vorhaben auszutauschen, kann sich die Weko ausserdem weitere Informationen beschaffen.

- b) Das Zusammenschlussvorhaben wirkt sich vorwiegend europa- bzw. weltweit aus und betrifft zwei Unternehmen mit Sitz im Ausland. Aufgrund der zurzeit vorliegenden Informationen ist nicht zu erwarten, dass sich die Auswirkungen auf den Schweizer Markt erheblich von denjenigen auf europäischer bzw. weltweiter Ebene unterscheiden. Vielmehr ist mit keinen besonderen Auswirkungen auf den schweizerischen Markt zu rechnen. Zusammen mit den zusätzlichen Informationen, welche zum schweizerischen Markt geliefert wurden, genügen die im Entwurf des EU-Formblattes enthaltenen Angaben für die Beurteilung des vorliegenden Falles.
- c) Der Zusammenschluss findet im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots statt, das über eine ausländische, namentlich deutsche, Börse gemäss den dort geltenden Regeln und insbesondere Fristen abgewickelt wird. Das Vorhaben liegt ferner im Anwendungsbereich der EG-Fusionskontrollverordnung. Diese lässt, wie dargelegt, die Übertragung der in einem derartigen Verfahren erworbenen Aktien ohne besondere Bewilligung zu, sofern der Zusammenschluss unverzüglich bei der EU-Kommission angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte entweder gar nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition ausübt.
- d) Schaeffler legt schliesslich dar, weshalb die Meldung in der Schweiz zur Zeit nicht vorgenommen werden kann. Die Gründe dafür liegen gemäss Gesuchstellerin im ursprünglich feindlichen Charakter der Übernahme und der Tatsache, dass [...]. Ausserdem ist vor allem von Belang, dass Schaeffler zur Zeit noch Gespräche mit der EU führt, um den Inhalt der definitiven Meldung, insbesondere hinsichtlich einer allfälligen Bildung von

<sup>9</sup> Vgl. etwa Publicitas/Gasser/Tschudi Druck, RPW 1997, S. 179 ff; Schweizerische Post/BEVO, RPW 1998, S. 268 ff; UBS/SBV, RPW 1998, S. 278 ff; Ernst & Young/Arthur Andersen, RPW 2002, S. 356 ff.

<sup>10</sup> TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 454 f.

<sup>11</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 484, Rn. 1023.

<sup>12</sup> BOVET in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), Genf/Basel/München 2002, Art. 32 N 67 f.

<sup>13</sup> DUCREY, SIWR, S. 308-309.

<sup>14</sup> ZURKINDEN, Das neue Kartellgesetz Handkommentar, Art. 32 N 8, Basel/Genf 2004; Ders. in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, 2. Auflage 2007, S. , Rn. 311 in fine und Fn. 411. Zurkinder hält fest, dass die Möglichkeit, den Antrag zum vorläufigen Vollzug nach Art. 32 Abs. 2 KG, wie im EG-Wettbewerbsrecht, bereits vor der Meldung zu stellen, im KG nicht vorgesehen ist und dass der Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 KG eine derartige Auslegung sachrichtigerweise ausschliesst.

Gruppen von Produktmärkten, festzulegen. Während die ersten beiden Umstände grundsätzlich den Parteien zuzuschreiben sind, lassen es die immer noch andauernden Gespräche mit der EU als sinnvoll erscheinen, ausnahmsweise auch mit der Fusionskontrollmeldung für die Schweiz zuzuwarten.

20. Aus alledem folgt dass das Gesuch vor dem Eingang einer vollständigen Meldung geprüft werden kann.

### B.2.3 Vorliegen eines wichtigen Grundes

21. Vorliegend ist fraglich, wann ein „wichtiger Grund“ im Sinne von Art. 32 Abs. 2 KG bzw. Art. 33 Abs. 2 KG i.V.m Art. 16 VKU besteht, welcher den vorzeitigen Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens rechtfertigt. Ein solcher Grund liegt dann vor, wenn der Erfolg des Zusammenschlusses durch das Vollzugsverbot in Frage gestellt ist, wenn den beteiligten Unternehmen oder Dritten schwerer Schaden droht und wenn keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb vorliegen.<sup>15</sup>

22. Bei öffentlichen Übernahmeangeboten im Ausland können aufgrund ausländischen Börsenrechts, Konflikte zwischen den anwendbaren börsenrechtlichen Fristen im Ausland und den kartellrechtlichen Fristen in der Schweiz auftreten. Die Vermeidung derartiger Konflikte kann einen „wichtigen Grund“ im Sinne von Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 KG für einen vorzeitigen Vollzug darstellen.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall besteht ein solcher Konflikt. Nach dem auf dem Börsenplatz anwendbaren EU-Recht ist ein Erwerb der Aktien sofort möglich, sofern die erworbenen Stimmrechte durch die übernehmende Gesellschaft nur zur Werterhaltung ihrer Investitionen ausgeübt werden (vgl. Rz. 3). Dahingegen hat nach schweizerischem Recht wohl bereits der Erwerb der Aktien als Vollzugshandlung zu gelten und ein vorzeitiger Vollzug kann erst nach einer Bewilligung durch die Wettbewerbsbehörden aus wichtigen Gründen erfolgen (vgl. Rz. 14). Der dadurch entstehende Konflikt bezüglich der Fristen zwischen dem schweizerischen und europäischen Recht kann unter Auferlegung entsprechender Auflagen durch die vorläufige Genehmigung entschärft werden. Das liegt sowohl im Interesse der beteiligten Parteien als auch der betroffenen Behörden und gefährdet den Zweck des grundsätzlichen Vollzugsverbotes nicht, da die Möglichkeit bestehen bleibt, den Anteilserwerb wieder rückgängig zu machen.

23. In diesem Sinne erwähnt denn auch Art. 16 Abs. 2 VKU den Erwerb von Aktien im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebotes als einen Anwendungsfall einer vorzeitigen Bewilligung. Die Weko kann in einem solchen Fall anordnen, dass die durch die übernehmende Gesellschaft erworbenen Stimmrechte nur zur Erhaltung des Werts der getätigten Investition ausgeübt werden dürfen.

24. Schliesslich ergaben sich, aufgrund der Schwierigkeiten bei der Zusammenstellung der für die kartellrechtliche Beurteilung notwendigen Informationen, welche durch die ursprüngliche Abwehrhaltung von Continental verursacht wurden, im vorliegenden Fall Verzögerungen bei der Erstellung der Fusionskontrollmeldungen. Eine

zusätzliche Verzögerung könnte zu einer weiteren Verunsicherung der annahmewilligen Aktionäre führen.

### B.2.4 Keine grundlegenden Bedenken betreffend die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb

25. Aufgrund der im EU-Meldeentwurf enthaltenen Angaben und den ergänzenden Ausführungen zum schweizerischen Markt, die Schaeffler in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 machte, ergibt eine summarische Prüfung, dass der Zusammenschluss voraussichtlich aus den folgenden Gründen zu keinen Wettbewerbsbedenken führen wird:

- a) Es bestehen keine horizontalen Überlappungen zwischen den Aktivitäten von Schaeffler und Continental. Schaeffler und Continental verkaufen und entwickeln unterschiedliche Produkte. Schaeffler produziert hauptsächlich mechanische Komponenten, während Continental vor allem in den Bereichen elektronische Systeme und Gummi-Produkte tätig ist.<sup>17</sup>
- b) Es bestehen nur geringfügige, vertikale Beziehungen zwischen Schaeffler und Continental. Somit besteht weder die Gefahr einer Abschottung von Einsatzmitteln („input foreclosure“) noch einer Abschottung des Zugangs für Kunden („customer foreclosure“).<sup>18</sup>
- c) Es bestehen auch aller Wahrscheinlichkeit nach keine konglomerale Wettbewerbsbedenken. Schaeffler und Continental sind beide wichtige Zulieferer der Automobilindustrie und werden vor allem in der Zukunft in Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten kooperieren.
- d) Es bestehen nur geringe Auswirkungen auf den schweizerischen Markt, da [...].

26. Die Weko behält sich indessen ausdrücklich vor, die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gestützt auf die vollständige Meldung und unabhängig von der vorliegenden vorläufigen Beurteilung vorzunehmen.

### B.2.5 Bedingungen und Auflagen

27. Gemäss Art. 16 Abs. 2 VKU kann die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden. Für den Fall der vorzeitigen oder

<sup>15</sup> Vgl. Art 7 Abs. 3 EG-FKVO.

<sup>16</sup> Vgl. REICH in: Kartellgesetz, Handkommentar, Baker & McKenzie, Bern 2007, Art. 32 N 17; Hofstetter/Schiltknecht Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, SJZ 1997, 128 f., und Bovet in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (éd.), Genf/Basel/München 2002, Art. 32 N 67 f.

<sup>17</sup> Schaeffler und Continental sind beide in den Bereichen Motoren und Nebenaggregatsbetriebe (accessory drive) tätig sind. Gemäss Schaeffler stehen die hergestellten Produkte aber nicht im direkten Wettbewerb zueinander, da sie für unterschiedliche Anwendungszwecke bestimmt sind (vgl. EU-Meldeentwurf, S. 56 f.).

<sup>18</sup> [...].

vorläufigen Bewilligung des Vollzugs im Zusammenhang mit einem öffentlichen Kaufangebot sieht diese Bestimmung explizit vor, dass die Weko anordnen kann, dass die durch die übernehmende Gesellschaft erworbenen Stimmrechte nur zur Erhaltung des Werts der getätigten Investition ausgeübt werden dürfen.

28. Diese Auflage ist geeignet, eine Rückgängigmachung der erfolgten Transaktionen zu ermöglichen und komplizierte Entflechtungen zu vermeiden. Dies entspricht auch dem Eventualantrag der Gesuchstellerin (vgl. Rz. 6).

29. Vorliegend ist der vorzeitige Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens somit nur unter der Auflage zu bewilligen, dass Schaeffler die ihr zustehenden Stimm- und Wahlrechte der im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots erworbenen Aktien der Continental Aktiengesellschaft bis zum Abschluss des Vorprüfungs- bzw. Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 KG bzw. 33 KG lediglich zum Zwecke der Erhaltung des vollen Werts ihrer Investition ausübt.

30. Die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs vor Einreichung einer Meldung macht die formelle Meldung und das übliche Verfahren nicht überflüssig. Die Parteien sind daher gehalten, die vollständige Meldung ihres Vorhabens innert vernünftiger Frist vorzunehmen (vgl. Art. 7 Abs. 2 EG-FKVO, welcher den vorzeitigen Vollzug erlaubt, sofern der Zusammenschluss „unverzüglich“ angemeldet wird). Die Meldung in der Schweiz soll daher spätestens bis am 15. Oktober 2008 eingereicht werden. Die vorliegende Bewilligung erlischt, wenn bis zu diesem Zeitpunkt in der Schweiz keine Meldung gemäss Art. 9 KG und Art. 9 ff. VKU eingereicht wird.

## C KOSTEN

31. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Gebührenverordnung KG<sup>19</sup> erhebt das Sekretariat für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG statt einer Gebühr nach Zeitaufwand eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.-.

32. Gemäss Art. 5 GebV-KG sind jedoch neben dem Aufwand nach Art. 4 die Kosten, die durch Beweiserhebung, besondere Untersuchungsmassnahmen oder für die Beschaffung von Unterlagen verursacht werden, zusätzlich zu erstatten. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung sind daher dem meldenden Unternehmen zusätzlich zur Pauschale gemäss Art. 4 GebV-KG in Rechnung zu stellen.

33. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

34. Die für die vorliegende Zwischenverfügung aufgewendete Zeit beläuft sich auf 12 Stunden. Aufgrund der Dringlichkeit des Gesuches wurde ein Stundenansatz von CHF 250.- angewendet. Insgesamt resultieren somit Kosten von CHF 3'000.-.

## D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Vollzug des geplanten Vorhabens wird gemäss Art. 32 Abs. 2 KG ausnahmsweise vorzeitig unter der Auflage bewilligt, dass Schaeffler die ihr zustehenden Stimm- und Wahlrechte der im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots erworbenen Aktien der Continental Aktiengesellschaft bis zum Abschluss des Vorprüfungs- bzw. Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 KG bzw. 33 KG lediglich zum Zwecke der Erhaltung des vollen Werts ihrer Investition ausübt.
2. Die vorliegende Bewilligung erlischt, wenn bis am 15. Oktober 2008 in der Schweiz keine Meldung gemäss Art. 9 KG und Art. 9 ff. VKU eingereicht wird.
3. [Verfahrenskosten]
4. Gegen diese Zwischenverfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung derselben beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
5. Die vorliegende Zwischenverfügung ist zu eröffnen an:[...]

<sup>19</sup> Verordnung über die Gebühren im Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2).

## B 2.3

## 11. Schaeffler/Continental (Freistellungsentscheid)

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 23. Dezember 2008*

1. Am 25. November 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach die Schaeffler KG mit Sitz in Herzogenaurach, Deutschland, beabsichtigte die alleinigen Kontrolle über die Continental AG mit Sitz in Hannover, Deutschland, zu erwerben. Gemäss Investorenvereinbarung beschränkt sich der Aktienwerb auf eine Maximalbeteiligung von 49,99 %.

2. Schaeffler entwickelt und produziert unter den Marken INA, FAG und LuK weitweit Wälzlager, Gleitlager, Linearführungen, Motorenkomponenten, Applikationen für den Maschinenbau, Komponenten für die Kraftübertragung sowie Kupplungs- und Dämpfungssysteme. Diese Produkte werden in der Luft- und Raumfahrt sowie in der Automobilindustrie nachgefragt. In der Schweiz verfügt Schaeffler über [...] Tochtergesellschaften, die [...] sowie schliesslich die Hydrel GmbH in Romanshorn.<sup>1</sup>

3. Continental ist weltweite Herstellerin von Reifen und anderen Gummi-Produkten. Das Unternehmen betätigt sich aber auch in den Bereichen Bremssysteme, Systeme zur Kontrolle der Fahrdynamik sowie Komponenten für Antrieb und Fahrwerk und der Fahrzeugelektronik. In der Schweiz hat Continental [...] Tochtergesellschaften, die Adam Touring GmbH<sup>2</sup> und die Continental Suisse SA beide in Dietikon,<sup>3</sup> die Continental Automotive Switzerland AG (vormals Siemens VDO Automotive AG) in Neuhausen<sup>4</sup> [...].

4. Mit Zwischenverfügung vom 17. September 2008 bewilligte das Sekretariat unter Auflagen den vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlusses zwischen Schaeffler und Continental. Schaeffler durfte vor allem die mit dem Aktienkauf erworbenen Stimm- und Wahlrechte, bis zum Abschluss des Vorprüfungs- bzw. Prüfungsverfahrens lediglich zum Zweck der vollen Werterhaltung ausüben. Die Bewilligung wurde zudem nur unter der Bedingung erteilt, dass bis am 15. Oktober 2008 eine vollständige Meldung in der Schweiz eingereicht würde.

5. Auf Gesuch von Schaeffler vom 14. Oktober 2008 hin gewährte das Sekretariat eine Fristverlängerung zur Einreichung der Meldung gemäss Art. 9 KG und Art. 9 ff. VKU in der Schweiz bis 10 Tage nach Einreichung der Fusionskontrollmeldung bei der Europäischen Kommission (*Directorate General for Competition, DG COMP*), längstens aber bis am 17. Dezember 2008.

6. Am 25. November 2008 ging die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen Schaeffler und Continental fristgerecht beim Sekretariat ein. Zuvor war das Vorhaben am 14. November 2008 bei *DG KOMP* gemeldet worden. Nebst dem Antrag auf Verzicht auf die Einleitung des Prüfungsverfahrens im Sinne von Art. 33 KG, stellte die Gesuchstellerin ein Begehren um erleichterte Meldung. Diesem Gesuch wurde im Rahmen der Vollständigkeitserklärung mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 entsprochen.

7. Die Marktuntersuchungen ergaben, dass die Produkte von Schaeffler und Continental nicht substituierbar sind sondern lediglich komplementär. Das Zusammenschlussvorhaben führt folglich zu keinen horizontalen Überschneidungen. Während Schaeffler mehrheitlich mechanische Präzisionsprodukte herstellt, konzentriert sich Continental vorwiegend auf die Produktion elektronischer Komponenten sowie von Reifen und anderen Gummi-Produkten.

8. Auch die Analyse der vertikalen Lieferbeziehungen der Zusammenschlussparteien bestätigte die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit des Vorhabens. Die geringfügig und beschränkten Lieferbeziehungen führten weder zu einer Abschottung von Einsatzmitteln („input foreclosure“) noch zu einer Abschottung des Zugangs für Kunden („customer foreclosure“). Schliesslich vermochte auch die Gegenüberstellung der benachbarten Produktgruppen von Schaeffler und Continental keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu erwecken.

9. In räumlicher Hinsicht konnte eine genauere Abgrenzung des Marktes ausbleiben, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei Zugrundelegung eines eng gefassten räumlichen Marktes (Schweiz) auf keine wettbewerbsrechtlichen Einwände gestossen wäre. Gemäss Praxis der europäischen Kommission sind Märkte für Komponenten/Systeme für Automobilhersteller mindestens EWR-weit wenn nicht sogar weltweit abzugrenzen.<sup>5</sup>

10. Schliesslich lieferte auch die Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung oder deren Verstärkung. Insgesamt waren demnach die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses im Sinne von Art. 33 KG nicht gegeben.

<sup>1</sup> Die Hydrel GmbH vertreibt Wälzlager und Linearführungen, sie stellt zudem Metallteile her und vertreibt diese (insbesondere Feinschnidteile).

<sup>2</sup> Verkauf von Pneus, Felgen und sonstigem Autozubehör sowie Montagedienste und Autoservice.

<sup>3</sup> Verkauf von Reifen, Felgen, Schneeketten und technischen Elastomerprodukten.

<sup>4</sup> Entwicklung, Herstellung, Handel und Vertrieb von feinmechanischen und elektronischen Geräten sowie von Betriebsleitsystemen für den öffentlichen Nahverkehr.

<sup>5</sup> Continental/Siemens VDO, COMP/M.4878, Rz. 50 mit weiteren Hinweisen auf die Kommissionspraxis.

B 2.3

**12. Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.**

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 24. Juli 2008

**A SACHVERHALT**

1. Am 19. Januar 2009 hat die Wettbewerbskommission eine Meldung nach Art. 9 Abs. 1 KG über das Zusammenschlussvorhaben Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd. erhalten. Danach beabsichtigen die Aabar Investments PJSC („Aabar“)<sup>1</sup> die alleinige Kontrolle über die AIG Private Bank Ltd. („AIGPB“)<sup>2</sup> zu erwerben (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

2. Der Zusammenschluss war in keiner andern Jurisdiktion meldepflichtig.

3. Aabar mit Sitz in Abu Dhabi (Vereinigte Arabische Emirate) ist eine an der Börse von Abu Dhabi kotierte Investmentgesellschaft. Mit Ausnahme [...] dem geplanten Erwerb von AIGPB übt Aabar gegenwärtig keine Geschäftstätigkeit aus.

4. Aabar hat mit der *International Petroleum Investment Company* („IPIC“)<sup>3</sup> im September 2008 eine Vereinbarung über die Ausgabe von Obligationen von Aabar an IPIC im Umfang von AED<sup>4</sup> 6'684 Mio geschlossen („Pflichtwandelanleihe“). Diese durch die Aktionäre der Aabar gutgeheissene Pflichtwandelanleihe wird am 30. November 2009 fällig und in 2'228 Mio neu auszugebende Aktien von Aabar umgewandelt werden. Nach der vollständigen Umwandlung der Anleihe in Aktien wird IPIC 2'228 Mio neu ausgegebene Aktien an Aabar halten (entspricht in etwa 71 % des Aktienkapitals von Aabar). Aufgrund dieser Transaktion wird IPIC an dieser Stelle als ein mit Aabar im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b VKU verbundenes Unternehmen behandelt.

5. IPIC ist ein von den Vereinigten Arabischen Emiraten gehaltenes Unternehmen mit Sitz in Abu Dhabi. IPIC kontrolliert neben anderen Unternehmen [...].

6. AIGPB ist ein Finanzinstitut, welches vorrangig im Private Banking und im Asset Management tätig ist. AIGPB unterhält verschiedene Niederlassungen im Ausland und hält unter anderem auch eine Beteiligung an der bank zweiplus ag<sup>5</sup>. Die nachfolgende Darstellung zeigt die von AIGPB kontrollierten Gesellschaften<sup>6</sup>:

[...]

7. Aabar erhofft durch die Übernahme der AIGPB von deren Vermögensverwaltungs- Know-how zu profitieren. Zudem plant Aabar die Präsenz von AIGPB im Mittleren Osten auszubauen.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Geltungsbereich**

8. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

**B.1.1 Unternehmen**

9. Als Unternehmen gelten gem. Art. 2 Abs. 1bis KG alle Nachfrager und Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

11. Aabar erwirbt durch ein Share Purchase Agreement vom 30. November 2008 mit der American International Group Inc. (Veräussererin) 100% des Aktienkapitals der AIGPB. Die Aktien werden über ein von Aabar zu 100 % gehaltenes Investmentvehikel mit Sitz in Wien gehalten werden. Somit stellt das Zusammenschlussvorhaben von Aabar und AIGPB einen Erwerb alleiniger Kontrolle durch Aabar im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

**B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

<sup>1</sup> Siehe auch unter [www.aabar.com](http://www.aabar.com).

<sup>2</sup> Siehe auch unter [www.aigpb.com](http://www.aigpb.com).

<sup>3</sup> Siehe auch unter [www.ipic.ae/en/index.html](http://www.ipic.ae/en/index.html).

<sup>4</sup> AED ist das Kürzel für den VAE-Dirham, die Währung der Vereinigten Arabischen Emirate.

Kurs am 30. Januar 2009: 1CHF = 3.18677 VAE-Dirham.

<sup>5</sup> Die restlichen 57,7 % werden von der Bank Sarasin & Cie AG gehalten (siehe RPW 2008/1,

117 ff., Bank Sarasin & Cie Ltd. / AIG Private Bank AG).

<sup>6</sup> Quelle: Meldung der Parteien vom 19. Januar 2009 betreffend das Zusammenschlussvorhaben

### B.3 Meldepflicht

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

- a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

- b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

14. Die Aabar Investments PJSC und die AIG Private Bank Ltd. als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a VKU, haben die Umsätze und festgelegten Grenzbeträge für die Auf-greifkriterien in Art. 9 Abs. 1 und 3 KG nach Art. 4 f. VKU vorzunehmen.

15. Gestützt auf Angaben der beiden Unternehmen betragen die Umsätze im Geschäftsjahr 2007:

**Tabelle 1:** Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2007

Unternehmensgruppe	Umsatz resp. Bruttoertrag weltweit in CHF Mio.	Umsatz resp. Bruttoertrag weltweit in CHF Mio.
IPIC / Aabar	[...]	[...]
AIGPB	[...]	[...]
<b>Kumulierter Umsatz</b>	[...]	[...]

16. [...].

17. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich ist, sind die Schwellenwerte gemäss Art.9 Abs. 1 KG erfüllt. Der Unternehmenszusammenschluss ist somit meldepflichtig.

### B.4 Beurteilung

18. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

19. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

20. Da die am Zusammenschluss beteiligten Firmen nicht in denselben Branchen tätig sind, führt der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen. Ausserdem kontrollieren weder Aabar noch IPIC eine Portfoliogesellschaft, die in der Schweiz in einem Segment tätig ist, das zu den Segmenten, in denen AIGPB aktiv ist, in einer horizontalen oder vertikalen Beziehung steht. Aus diesem Grund werden die relevanten Märkte kurz beschrieben, auf eine genaue Marktabgrenzung wird hingegen verzichtet.

#### B.4.1 Relevante Märkte

##### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

21. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substitu-ierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

22. AIGPB ist im Private Banking und Asset Management (i.e.S.)<sup>7</sup> tätig. Die bank zweiplus ag, an der AIGPB beteiligt ist, ist ihrerseits im Retailbanking tätig.

23. [...].

##### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

24. 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).

25. In ihrer bisherigen Praxis hat die Weko innerhalb des Bereichs Private Banking<sup>8</sup> die Subsegmente Vermögensverwaltung und Anlageberatung unterteilt. Diese Segmente wurden gemäss der Praxis der Weko bisher für private Klienten als nationale Märkte und für institutionelle Klienten als internationale Märkte<sup>9</sup> abgegrenzt.<sup>10</sup>

26. Im Asset Management (i.e.S.) ist die WEKO bisher von einem internationalen Markt ausgegangen. Nur bei Pensionskassen als Klienten wird als Ausnahme von einem nationalen Markt ausgegangen.<sup>11</sup>

27. Die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte kann letztlich aber offen gelassen werden. Denn dadurch, dass es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, ist davon auszugehen, dass kaum betroffene Märkte vorliegen und das Zusammenschlussvorhaben daher unbedenklich ist (vgl. Rz. 25).

<sup>7</sup> RPW 2007/4, S. 546 Rz 20, Barclays / ABN AMRO.

<sup>8</sup> RPW 2008/2, S. 285 Rz 17 ff., BSI SA / Banca del Gottardo.

<sup>9</sup> RPW 2008/2, S. 286 Rz 24, BSI SA / Banca del Gottardo.

<sup>10</sup> RPW 2008/2, S. 286 Rz 25, BSI SA / Banca del Gottardo.

<sup>11</sup> RPW 2008/2, S. 286 Rz 25, BSI SA / Banca del Gottardo.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

28. Es 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

29. Im Bereich Vermögensverwaltung und Anlageberatung wird der Marktanteil von AIGPB gemäss Meldung als sehr klein eingeschätzt. Das Gesamtvolumen an Wertschriftenbeständen in Kundendepots der Banken betrug per Ende 2007 CHF 5'403 Mia.<sup>12</sup> Das Gesamtvolumen an Wertschriftenbeständen in Kundendepots bei AIGPB war zum selben Zeitpunkt gemäss Meldung CHF [...], was einem Anteil von [0-10] % entspricht.

30. Ähnliches gilt für das Subsegment der Treuhandanlagen. Gemäss der Statistik der Schweizerischen Nationalbank betrug das Gesamtvolumen der Treuhandanlagen per Ende 2007 CHF 483 Mia. Die entsprechende Zahl der AIGPB betrug per Ende 2007 gemäss Meldung CHF [...]. Dies ergibt einen Anteil von [0-10] %.

31. Öffentlich erhältliche Zahlen betreffend das Gesamtvolumen des Bereichs Asset Management (i.e.S.), wie es von der Weko definiert wird, gibt es nicht. AIGPB schätzt allerdings, dass ihr kumulierter Anteil in der Schweiz sicher unter 10 % liegt. AIGPB hatte per Ende 2007 ca. CHF [...]. Assets under Management (davon ca. CHF [...]. Assets von schweizerischen Anlagefonds), Credit Suisse z.B. CHF 691 Mia., der Bereich Global Asset Management der UBS AG per Ende 2007 CHF 891 Mia.<sup>13</sup>

32. Die bank zweiplus ag verwaltete per 1. Juli 2008 Vermögenswerte in der Höhe von CHF [...]. Setzt man diese Zahl in Beziehung zu Finanzvermögen privater Haushalte in der Schweiz per Ende 2007 (CHF 1'921 Mia.)<sup>14</sup>, ergibt sich ein Anteil von [0-10] % für die bank zweiplus ag.

33. Da der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führt, kann davon ausgegangen werden, dass auch im Bereich des Retailbanking keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt.

#### B.4.3 Ergebnis

34. Die Übernahme von AIGPB durch Aabar/IPIC führt zu keinen Marktanteilsadditionen, da es keine Überlappungen in den Märkten gibt, auf denen die involvierten Firmen tätig sind. Des weiteren sind weder Aabar noch IPIC in einem Bereich tätig, der zu den Märkten auf denen AIGPB tätig ist, in einer vertikalen Beziehung steht.

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

daher nicht gegeben und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

<sup>12</sup> Die Banken in der Schweiz 2007, Zürich 2008 (<http://www.snb.ch/ext/stats/banken/pdf/defr/Stat38b.pdf>), S. A140, Tabelle 38b, Kolonne 1.

<sup>13</sup> Vgl. Credit Suisse Geschäftsbericht 2007, S. 25 und UBS AG Geschäftsbericht 2007, S. 37.

<sup>14</sup> Vgl. Vgl. Pressemitteilung der SNB vom 18. November 2008, S. 7 ([http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre\\_20081118/source/pre\\_20081118.de.pdf](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20081118/source/pre_20081118.de.pdf)).

B 2.3

**13. BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH/CIBA Holding AG**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 30. Juni 2008*

1. Am 12. Februar 2009 ging beim Sekretariat die vollständige Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt die BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH, eine direkte Tochtergesellschaft der BASF SE, eine europäische Aktiengesellschaft mit Sitz in Ludwigshafen am Rhein (gemeinsam nachfolgend BASF), die Kontrolle über die CIBA Holding AG (nachfolgend Ciba) zu erwerben.

2. BASF ist weltweit in den Geschäftsbereichen Chemikalien, Kunststoffe, Veredelungsprodukte, Pflanzenschutzmittel, Feinchemikalien, sowie Öl und Gas tätig. BASF kontrolliert in der Schweiz 11 verschiedene Gruppengesellschaften. Ausserdem befindet sich in der Schweiz eine Zweigniederlassung der BASF Agro B.V. BASF beschäftigt weltweit 95'000 Mitarbeitende.

3. Die CIBA Holding AG ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel und die Muttergesellschaft

der Ciba Gruppe. Mit ihren Tochtergesellschaften ist die Ciba weltweit auf dem Gebiet der Spezialitätenchemie in über 120 Ländern tätig und beschäftigt über 13'000 Mitarbeitende. Ciba stellt insbesondere Chemikalien her, welche die Qualitäten eines Produktes im Bereich von Kunststoffen, Papier, Fahrzeugen, Gebäuden sowie Haus- und Körperpflege verbessern. In der Schweiz kontrolliert Ciba 9 Gruppengesellschaften.

4. Die Parteien haben in Form einer Erklärung zugesagt, sämtliche durch die Europäische Kommission verhängten Auflagen und Bedingungen, sofern diese die Schweiz betreffen, auch in Bezug auf die Schweiz umzusetzen.

5. Um sämtliche wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen wurde BASF in der EU-Zulassung u.a. verpflichtet, Herstellungsanlagen von Produkten, bei denen beide Unternehmen bereits vor der Fusion beträchtliche Marktanteile besaßen, zu veräussern. So insbesondere in den Bereichen DMA3, synthetische Trockenfestiger und Bismutvanadat.

6. Die vorläufige Prüfung ergab, dass folglich in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet, noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

## 14. Hapag-Lloyd AG/Kühne Holding AG/HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH/TUI AG

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 9. Februar 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Februar 2009*

1. Am 8. Januar 2009 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach hat ein Konsortium aus mehreren Unternehmen und Privatpersonen - über eine zu diesem Zweck gegründete Holdinggesellschaft Albert Ballin GmbH & Co. KG - [...] an Hapag Lloyd AG (nachfolgend: **HL**) von TUI AG (nachfolgend: **TUI**) erworben. TUI wird weiterhin indirekt [...] an HL halten. Aufgrund von Veto-, Kontroll- und Nominationsrechten haben auf Seiten des Konsortium die Gesellschaften Kühne Holding AG (nachfolgend: **Kühne**) und HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (nachfolgend: **HGV**) mit dem veräussernden Unternehmen TUI die gemeinsame Kontrolle über HL.

2. Kühne ist die Muttergesellschaft einer im Logistikbereich tätigen Unternehmensgruppe mit Sitz in Schindellegi (CH). Die Hauptaktivitäten der Unternehmensgruppe liegen im Bereich der Seefracht- und Luftfrachtspeditionsdienstleistungen sowie im Bereich der Kontraktlogistik. Kühne ist geringfügig auch im Versicherungs-Broker- und Immobilienbereich tätig.

3. HGV mit Sitz in Hamburg (D) ist die Holdinggesellschaft für die Geschäftsaktivitäten der Freien- und Han-

sestadt Hamburg (Stadt Hamburg) einschliesslich der Aktivitäten, die dem öffentlichen Interesse dienen. Durch ihre Tochtergesellschaften ist HGV unter anderem in den Bereichen Containerumschlagsdienstleistungen, Terminal-Logistik-Dienstleistungen, Hausreinigungsdienstleistungen, öffentlicher Transport, örtliche Wasserversorgung und Immobilien tätig.

4. TUI mit Sitz in Hannover (D) ist die Muttergesellschaft der TUI Gruppe, deren Haupttätigkeiten die Tourismus und die Schifffahrt sind. Der Bereich Tourismus wird von der TUI Gruppe auf allen Stufen vertreten, wie z.B. in der Reiseveranstaltung, der Reisevermittlung, der Charter- und Linienflugverkehrsleistungen sowie der Unterbringungsleistungen in gruppeneigenen Hotels. Im Schifffahrtsbereich ist die TUI Gruppe durch die zu übernehmende Gesellschaft Hapag-Lloyd AG im Bereich der Containerschifffahrt und durch andere Gesellschaften als Anbieterin von Kreuzfahrten tätig. Ausserdem ist TUI geringfügig im Bereich der Überlandtransportdienstleistung sowie der Speditionsdienstleistung aktiv.

5. HL mit Sitz in Hamburg (D) ist im internationalen Bereich der Containerschifffahrt tätig und bietet indirekt über Joint Venture und Minderheitsbeteiligungen Containerumschlagsdienstleistungen an.

6. Mit dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an HL durch das Konsortium, bestehend aus in Hamburg ansässigen Unternehmen und Privatpersonen sowie der Freien- und Hansestadt Hamburg soll HL als unabhängige und leistungsstarke Schifffahrtsgesellschaft mit Sitz in Hamburg erhalten bleiben.

7. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

## 15. Johnson Controls/Geschäftsbereich Facility Management der Swisscom Immobilien Ag

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 1. April 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. März 2009*

1. Am 24. März 2009 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt die Johnson Controls AG (JC AG) den Geschäftsbereich Facility Management (Geschäftsbereich FM) der Swisscom Immobilien AG (SIMAG) zu übernehmen.

2. Die JC AG mit Sitz in Basel gehört zur Johnson Controls Gruppe (Johnson Controls) und ist eine Tochtergesellschaft der weltweit tätigen Johnson Controls Inc. (JC Inc.) mit Sitz in Milwaukee, USA. Sie erbringt unter anderem auch Dienstleistungen im Bereich des Facility Managements (FM), des Gebäudeunterhalts und der Gebäudetechnik.

3. Die SIMAG mit Sitz in Bern ist eine Gesellschaft der Swisscom-Gruppe. SIMAG erbringt Dienstleistungen im Bereich des integralen FM, d.h. in der Bewirtschaftung von Gebäuden sowie in der Beschaffung und Bereitstellung von Immobilienressourcen. Des Weiteren besorgt die SIMAG das Liegenschaften-Portfoliomanagement sowie das Fahrzeug-Flottenmanagement für die Swisscom-Gruppe. Beide verbleiben nach Übergang des Geschäftsbereichs FM weiterhin bei der Swisscom-Gruppe.

4. SIMAG betreut in erster Linie die Geschäfts- und Betriebsliegenschaften sowie andere Objekte der Swisscom-Gruppe. Diese Objekte werden durch Gesellschaften der Swisscom-Gruppe und zum Teil von Dritten genutzt. SIMAG betreibt und vermittelt ausserdem gewerbliche Liegenschaften Dritter.

5. Nach der Übertragung des Geschäftsbereichs FM der SIMAG wird JC AG anstelle von SIMAG das FM für die Objekte der Swisscom-Gruppe bzw. für die Objekte im Eigentum von Unternehmen ausserhalb der Swisscom-Gruppe besorgen. Zudem wird JC AG das FM für die Drittkunden von SIMAG übernehmen.

6. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass der Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründen noch verstärken wird. Auf die Prüfung gemäss Art. 10 KG kann demzufolge verzichtet werden.

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> <b>Tribunal administratif fédéral</b> <b>Tribunale amministrativo federale</b>
B.3	<b>1. Urteil vom 12. Februar 2009 Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom betr. Zugang zum schnellen Bitstrom</b>

*Urteil (A-109/2008) der Abteilung I Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009 Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom. Zugang zum schnellem Bitstrom.*

## SACHVERHALT

### A.

Mit Gesuch vom 10. April 2007 stellte die TDC Switzerland AG (heute Sunrise Communications AG, nachfolgend Sunrise) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung. Sie beantragte, die Swisscom Fixnet AG (heute Swisscom [Schweiz] AG, nachfolgend Swisscom) sei zu verpflichten, ihr auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstromzugang zu gewähren. Der verlangte Zugang sei für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde zudem beantragt, es sei vorab in einem Teilentscheid festzustellen, ob Swisscom bezüglich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend sei.

Während Swisscom die Abweisung der Hauptbegehren beantragte, sprach sie sich für eine Gutheissung des Verfahrensanspruchs aus.

### B.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2007 ersuchte das BAKOM die Wettbewerbskommission (WEKO) um ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung der Swisscom hinsichtlich des schnellen Bitstromzugangs. In ihrem Gutachten vom 3. September 2007 kam die WEKO zum Schluss, dass Swisscom in Bezug auf den schnellen Bitstromzugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) zu qualifizieren sei.

### C.

Die ComCom (Vorinstanz) entschied mit Teilverfügung vom 21. November 2007, Swisscom sei im Bereich des schnellen Bitstroms marktbeherrschend und habe folglich während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu gewähren. Die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 124'500.- wurden der Swisscom auferlegt. Zur Begründung ihrer Verfügung stützte sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf das Gutachten der WEKO.

### D.

Gegen diesen Entscheid gelangt Swisscom (Beschwerdeführerin) mit Beschwerde vom 7. Januar 2008 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Teilverfügung vom 21. November 2007 sei aufzuheben und das Gesuch der Sunrise vom 10. April 2007 sei abzuweisen. Eventualiter sei die Teilverfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führt sie aus, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) habe der WEKO als Vorinstanz eines vormaligen Verfahrens mit rechtskräftigem Entscheid klare und unmissverständliche Anweisungen gegeben, welche Abklärungen durchgeführt werden müssten, damit beurteilt werden könne, ob ein Unternehmen auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste marktbeherrschend sei. Insbesondere sei es unerlässlich, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt genau zu untersuchen. Die Weigerung der Vorinstanz, diesen Anweisungen nachzukommen, führe daher schon für sich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Ausserdem hätten die Vorinstanz bzw. die WEKO den Markt in verschiedener Hinsicht zu eng abgegrenzt. Dadurch werde naturgemäss die Wahrscheinlichkeit grösser, dass ein auf diesem Markt tätiges Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, es lasse sich insgesamt festhalten, dass auf dem Endkundenmarkt wirksamer Wettbewerb herrsche und die Ziele des FMG ohne ihre Verpflichtung zur Gewährung des schnellen Bitstromzugangs vollumfänglich erreicht würden. Wenn auf dem Endkundenmarkt wirksamer Wettbewerb bestehe, erübrige es sich, den Zugang zum Wholesalemarkt zu regulieren. Indem die Vorinstanz bzw. die WEKO die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Wholesalemarkt falsch eingeschätzt und die Einflüsse des nachgelagerten Marktes quasi ausgeblendet hätten, würden sie weder den Vollbeweis noch den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin erbringen. Schliesslich wird eine mehrfache Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz geltend gemacht.

### E.

Sunrise (Beschwerdegegnerin) beantragt in ihrer Stellungnahme vom 3. April 2008 die Abweisung der Beschwerde. Sie macht zusammengefasst geltend, als sachlich relevanter Markt stehe der Wholesalemarkt für drahtgebundene Breitbanddienste im Zentrum der Analyse. Die verschiedenen drahtlosen Anschluss-technologien

gien, aber auch der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL) könnten nicht als Substitute zum schnellen Bitstromzugang gewertet werden. Als ehemalige Fernmeldemonopolistin sei die Beschwerdeführerin die einzige Anbieterin, welche auch nur annähernd in der Lage sei, flächendeckend entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten. Die Kabelnetze erwiesen sich als zu zersplittert, als dass von ihnen disziplinierender Wettbewerbsdruck ausgehen würde. Auch die Wettbewerbssituation auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt erweise sich für den relevanten Vorleistungsmarkt nicht als in genügendem Masse disziplinierend. Die Vorinstanz und die WEKO seien daher zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass sich die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt unabhängig verhalten könne und damit marktbeherrschend sei.

#### F.

In ihrer Stellungnahme vom 9. April 2008 hält die Vorinstanz an den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung vom 21. November 2007 fest. Ergänzend fügt sie einige Bemerkungen an. So habe sie als verfügende Behörde ihre Entscheide zu begründen und nicht, wie die Beschwerdeführerin behaupte, deren Rechtmässigkeit zu beweisen. Dem Vorwurf der Beschwerdeführerin, sie habe einen rechtskräftigen Entscheid der REKOWEF missachtet, hält sie entgegen, dass jenes Rechtsverhältnis nicht im Rahmen eines fernmelderechtlichen Zugangsverfahrens geregelt worden sei, weshalb sie auch nie mit dieser konkreten Sache befasst gewesen sei. Zudem sei die REKOWEF zu keiner Zeit ihre Rechtsmittelinstanz gewesen. Der dem fraglichen Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt stimme weder in inhaltlicher, örtlicher noch zeitlicher Hinsicht mit dem des vorliegenden Verfahrens überein. Im Übrigen könne sie, die Vorinstanz, gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sogar von einer anlässlich eines Zugangsverfahrens eingeholten Stellungnahme der WEKO abweichen, wenn sie dafür überzeugende Gründe habe. Die Marktstellung der Beschwerdeführerin habe festgestellt werden können, ohne dass eine Befragung des Endkundenmarktes durchgeführt werden müssen, da die dazu benötigten Informationen bereits vorgelegen hätten. Die von der Beschwerdeführerin verlangte Sachverhaltsabklärung sei somit nicht notwendig gewesen. Die Vorwürfe der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wie auch der zu engen Abgrenzung der relevanten Märkte seien unbegründet. Zudem bestehe zurzeit auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste kein wirksamer Wettbewerb. Auch hinsichtlich der Marktstellung auf dem Wholesalemarkt vertritt die Vorinstanz die Ansicht, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde keine neuen Tatsachen hervorbringe. Die von dieser angesprochenen Kriterien seien in der angefochtenen Verfügung behandelt und es sei einlässlich begründet worden, weshalb diese nicht geeignet seien, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem entsprechenden Markt in Frage zu stellen. Schliesslich sei klarzustellen, dass der Verfahrensgegenstand nicht die Frage der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin auf dem Grosskundenmarkt für Breitbanddienste, sondern im Bereich des schnellen Bitstromzugangs bilde.

#### G.

Die Beschwerdeführerin verzichtet in ihrer Replik vom 13. Juni 2008, auf sämtliche Kritikpunkte einzugehen. Sie beschränkt sich auf punktuelle Ausführungen zu verfahrensrechtlichen Aspekten, Fragen im Zusammenhang mit der Analyse der Marktstellung und bringt neue Sachverhaltselemente vor, in dem sie auf neue, seit dem Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretene Marktentwicklungen eingeht. Insgesamt herrsche im Breitbandmarkt der Schweiz aktuell Wettbewerb. Da zudem der potentielle Wettbewerb stark sei, könne in den nächsten Jahren mit einer weiteren Verstärkung der Dynamik gerechnet werden.

#### H.

Mit Dupliken vom 24. Juli 2008 und 28. Juli 2008 halten die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz an ihren bisherigen Ausführungen fest.

#### I.

Mit Eingabe vom 28. August 2008 reicht die Beschwerdeführerin Schlussbemerkungen zur Duplik der Beschwerdegegnerin ein.

#### J.

Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

#### 1.

**1.1** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom ist eine eidgenössische Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG und gehört damit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

**1.2** Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und wird durch diese beschwert. Sie ist damit gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

#### 2.

Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren.

Grundsätzlich werden die Bedingungen des Zugangs zwischen den beteiligten Anbieterinnen direkt vereinbart. Eine behördliche Regelung ist gesetzlich nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können (Verhandlungsprimat; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni

1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, in Bundesblatt [BBl] 1996 1405, 1419, 1427; Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7951, 7963; BGE 131 II 13 E. 1.2, BGE 125 II 613 E. 1c mit Hinweisen). Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG verfügt die ComCom auf Antrag des BAKOM die Zugangsbedingungen, wenn sich die Fernmeldediensteanbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten einigen. Art. 51 ff. der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) konkretisieren den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen. Art. 64 ff. FDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Zugangsvereinbarungen, Art. 70 ff. FDV dasjenige zum Erlass einer Zugangsverfügung. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert das BAKOM die WEKO (Art. 11a Abs. 2 FMG; vgl. PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 133 ff., 175 ff.).

### 3.

**3.1** Der angefochtene Entscheid enthält nicht die definitive Zugangsverpflichtung zum schnellen Bitstrom und bestimmt auch nicht die von der Beschwerdeführerin zu gewährenden Zugangsbedingungen. Er ist in diesem Sinne nicht rechtsgestaltend, sondern stellt lediglich fest, dass die Beschwerdeführerin der Zugangspflicht unterliegt. Mit anderen Worten prüfte die Vorinstanz bisher nur einen Teil der gesetzlichen Voraussetzungen und fällte diesbezüglich einen Entscheid. Ob es sich hierbei um einen feststellenden Teilentscheid in der Hauptsache, der grundsätzlich gleich wie ein Endentscheid selbständig angefochten werden kann (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.4), oder um einen Zwischenentscheid handelt (vgl. in diesem Zusammenhang auch HANS PETER WALTER, Das Teilurteil vor Bundesgericht, in: Michael Leupold/David Rüetschi/Damian Stauber/Meinrad Vetter [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 241 ff., insbes. S. 246 f.), kann offen bleiben. Denn nach Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG ist die Beschwerde auch gegen eine Zwischenverfügung zulässig, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Diese Voraussetzungen wären vorliegend ohne Zweifel erfüllt, denn im Falle des Obsiegens der Beschwerdeführerin müsste diese der Gesuchstellerin den beantragten schnellen Bitstromzugang nicht gewähren.

**3.2** Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

### 4.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition, das heisst auch auf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Unabhängig davon kommt der Vorinstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Zunächst gilt dies, soweit sie

unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden hat. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe der Gerichte, derartige unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken. Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei - wie anderen Behördenkommissionen auch - ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. Im Rahmen dieses "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; André Moser/Michael Beusch/ Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.155).

### 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, der Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 enthalte verbindliche und rechtskräftige Anweisungen, an die sich die Vorinstanz hätte halten müssen. In jenem Verfahren habe die WEKO mittels Verfügung entschieden, dass sie, die Beschwerdeführerin, im Wholesalemarkt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und das von ihr verwendete Mengen-Rabattmodell im Zusammenhang mit Broadband Connectivity Service (BBCS) die eigene Geschäftseinheit Bluewin bevorzuge resp. die Konkurrenten behindere. Die REKO/WEF habe in ihrem Entscheid die Verfügung der WEKO aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen. Dabei habe die REKO/WEF klare Anweisungen erteilt, welche Abklärungen - namentlich auch in Bezug auf den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt - durchgeführt werden müssten, um die Frage der Marktbeherrschung zu klären. Indes hätten sich sowohl die WEKO wie auch die Vorinstanz geweigert, dem rechtskräftigen Entscheid ihrer Rechtsmittelinstanz Folge zu leisten. Diese Weigerung führe schon für sich dazu, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben werden müsse.

**5.2** Die Vorinstanz hält fest, es treffe nicht zu, dass die REKO/WEF jemals ihre Rechtsmittelinstanz gewesen sei. Zwar habe das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995

über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) vor Geltung des VGG die REKO/WEF als Rechtsmittelbehörde für Entscheide der WEKO vorgesehen, nicht aber für die ihrigen. Eine Missachtung eines Entscheides liege zudem nicht vor, da jenes von der REKO/WEF beurteilte Rechtsverhältnis nicht im Rahmen eines fernmelderechtlichen Zugangsverfahrens geregelt worden sei, sie, die Vorinstanz, sich daher auch nie mit der Sache befasst habe. Ausserdem stimme der dem fraglichen Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt weder in inhaltlicher, örtlicher noch in zeitlicher Hinsicht mit dem des vorliegenden Verfahrens überein. Schliesslich könne die Vorinstanz gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sogar von einer anlässlich eines Zugangsverfahrens eingeholten Stellungnahme der WEKO abweichen, wenn sie dafür überzeugende Gründe habe. Letztlich gehe es der Beschwerdeführerin um nichts anderes als die Rüge der nicht vollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts.

**5.3** Die Beschwerdegegnerin betont, die REKO/WEF habe in jenem Kartellrechtsentscheid keineswegs verlangt, es sei eine Befragung der Endkunden durchzuführen. Sie habe bloss festgelegt, was zu untersuchen sei (Aspekte des Endkundenmarktes); wie die Untersuchungen zu erfolgen hätten, habe das Urteil dagegen nicht vorgegeben. Die Beschwerdegegnerin anerkenne grundsätzlich, dass ein kartellrechtlicher Entscheid auch im Bereich des Fernmelderechts präjudizielle Wirkung entfalten könne, weise aber darauf hin, dass es im vorliegenden Verfahren in erster Linie um die Überprüfung der materiellen Richtigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2007 gehe. Im Übrigen habe die WEKO die Frage der Einflüsse des nachgelagerten Endkundenmarktes sorgfältig untersucht.

**5.4** Im von der Beschwerdeführerin angeführten Urteil vom 30. Juni 2005 war die REKO/WEF zum Schluss gekommen, dass die WEKO im konkreten Fall die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt effektiv hätte untersuchen müssen, um deren Einfluss auf den Wholesalemarkt sachgerecht einschätzen und begründen zu können. Die Sache wurde daher - und aus anderen Gründen - an die WEKO zurückgewiesen.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, handelte es sich bei der bis Ende 2006 bestehenden REKO/WEF, einer Vorgängerorganisationen des heutigen Bundesverwaltungsgerichts, nicht um eine Rechtsmittelbehörde der Vorinstanz. Vielmehr war die REKO/WEF Rechtsmittelinstanz der WEKO (vgl. Art. 44 KG in der Fassung vor dem 1. Januar 2007, AS 1996 546, AS 2004 1385). Gegen Verfügungen der Vorinstanz im Bereich der Interkonexion stand die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 11 Abs. 4 FMG in der Fassung vor dem 1. Januar 2007, AS 1997 2187).

Demnach stand es der REKO/WEF nicht zu, der Vorinstanz konkrete Anweisungen in einem Beschwerdefall zu erteilen - was von ihr im Übrigen auch nicht getan worden ist. Die Anweisungen erfolgten vielmehr gegenüber der WEKO und betrafen die Abklärungen zum Endkundenmarkt resp. die Frage der Marktbeherrschung in einem anderen Fall. Wenn sich nun die WEKO im vorliegend zu beurteilenden Fall im Rahmen eines Gutachtens erneut mit der Frage der Marktbeherrschung jedoch

in anderem Zusammenhang auseinandersetzt, die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt und dabei von den Vorgaben der REKO/WEF betreffend einen früheren Entscheid abweicht, ist der Vorinstanz keine Missachtung eines rechtskräftigen Entscheides vorzuwerfen. Dies umso weniger, als sie sich, worauf noch einzugehen sein wird, eingehend mit der Frage der Abklärung des nachgelagerten Endkundenmarkts und dem betreffenden Entscheid der REKO/WEF auseinandergesetzt hat. Der Einwand der Beschwerdeführerin hinsichtlich Missachtung eines rechtskräftigen Entscheids geht somit fehl.

## 6.

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. So habe die Vorinstanz den klaren Anweisungen der REKO/WEF, die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt eingehend zu untersuchen, überhaupt keine Folge geleistet. Zudem habe sie eine Befragung der Endkunden nicht nur als überflüssig und unnötig aufwendig erachtet, sondern sich nicht einmal mit den von ihr, der Beschwerdeführerin, selbst erhobenen Kundenbefragungen näher auseinandergesetzt. Die Vorinstanz gehe ausserdem von hohen Wechselkosten aus, die einen Hinderungsgrund für einen Anbieterwechsel darstellen würden. Dies sei indessen nachweislich falsch. Schliesslich berufe sich die Vorinstanz zu Unrecht auf die Verfahrensfrist von Art. 11a Abs. 3 FMG, um notwendige Sachverhaltsabklärungen nicht durchführen zu müssen.

**6.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht schon darin liegen könne, dass die verfügende Behörde einen Antrag auf eine Beweismassnahme ablehne. Der Gehörsanspruch würde erst dann verletzt, wenn die verfügende Behörde sich mit einem Antrag gar nicht auseinandersetze, indem sie ihn ignoriere oder ohne Begründung ablehne. Deshalb sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Rüge der Nichtbeachtung des Entscheids der REKO/WEF betreffend Sachverhaltsabklärungen unter den Anspruch auf rechtliches Gehör subsumiert werden könne. Schliesslich stelle der Vorwurf, die Vorinstanz sei nachweislich falsch von hohen Wechselkosten ausgegangen, allenfalls eine inhaltlich unrichtige Entscheidung, einen materiellen Mangel, nicht aber eine mangelhafte Begründung (formeller Mangel) dar.

**6.3** Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass es im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht um den Vollzug des von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheids der REKO/WEF gehe, sondern um die Überprüfung der angefochtenen Verfügung vom 21. November 2007. Die Vorinstanz habe mit guten Gründen davon ausgehen dürfen, dass auch ohne Endkundenbefragung genügend Indizien für die Beurteilung der Wechselkosten vorlägen. Ausserdem liege es im Ermessen der Vorinstanz, ihren Entscheid auf eine Endkundenbefragung, andere geeignete Beweismittel oder auf eigene Sachkenntnisse abzustellen.

## 6.4

**6.4.1** Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999

(BV, SR 101) garantierte und in den Art. 26 - 33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Umfasst ist auch das Recht auf Vertretung und Verbeiständung und auf Begründung von Verfügungen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 127 I 54 E. 2b, BGE 124 I 241 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2006, Rz. 1672 ff.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.80 ff.).

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und Entscheide zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen müsste. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheides diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b; vgl. auch LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschlägt an sich nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht aber dessen rechtliche Würdigung (MOSE/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.89).

**6.4.2** Wie bereits dargelegt (siehe oben E. 5), bestand im konkreten Fall für die Vorinstanz keine Verpflichtung, sich an die Anweisungen im Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 zu halten. Zu diesem Schluss ist auch die Vorinstanz gelangt. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, dass sie sich gar nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin befasst hätte. Wenn sie in ihrer rechtlichen Würdigung zu einem anderen Ergebnis kommt als die Beschwerdeführerin beantragt, stellt dies keine Frage des rechtlichen Gehörs dar.

Dasselbe gilt für den Vorwurf, die Vorinstanz habe zwecks Abklärung der Verhältnisse auf dem Retailmarkt weder Endkunden befragt noch sich mit den von der Beschwerdeführerin selbst erhobenen Kundenbefragungen näher auseinandergesetzt. Damit macht die Beschwerdeführerin wiederum eine unvollständige Sachverhaltsabklärung geltend. Die Vorinstanz hat, wie schon die WEKO, einlässlich begründet, weshalb keine End-

kundenbefragung erforderlich sei, und damit die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Die Anrufung einer Gehörsverletzung geht daher fehl. Ob die Sachverhaltsabklärung bei der Abklärung der Verhältnisse auf dem Retailmarkt vollständig gewesen ist oder ob Endkunden hätten befragt werden müssen, stellt dagegen eine materielle Frage dar, die an dieser Stelle nicht zu prüfen ist.

Die Rüge, die Vorinstanz gehe von nachweislich falschen hohen Wechselkosten aus, betrifft ebenfalls nicht das rechtliche Gehör, sondern ist Frage der rechtlichen Würdigung und im Folgenden zu behandeln.

Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz gestützt auf die Frist von Art. 11a Abs. 3 FMG von notwendigen Sachverhaltsabklärungen abgesehen hätte. Wenn die Vorinstanz in ihren Erwägungen zu einer anderen Auffassung gelangt als die Beschwerdeführerin, hat dies nichts mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs zu tun. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher insgesamt abzuweisen.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, im Verwaltungsverfahren gelte die Untersuchungsmaxime. Die Behörde stelle den Sachverhalt von Amtes wegen fest und trage die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) sowie die objektive Beweislast. Weil die Vorinstanz die von der REKO/WEF geforderten Abklärungen zum Endkundenmarkt unterlassen habe, sei die Sachverhaltsabklärung unvollständig erfolgt, und der Schluss auf die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sei willkürlich und verstosse gegen die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit. Im Verwaltungsrecht gelte grundsätzlich das Beweismass des strikten Beweises (Vollbeweis). Herrsche keine Gewissheit, dass die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sei, bedeute die Verpflichtung gemäss Art. 11 FMG nicht nur einen massiven Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit, sondern auch eine Verletzung des verfassungsmässigen Gebots der Wettbewerbsneutralität.

**7.2** Die Vorinstanz hält dagegen fest, sie müsse als verfügende Behörde ihre Entscheide begründen und nicht deren Rechtmässigkeit beweisen. Beim Begriff der Marktbeherrschung handle es sich nicht um eine Tatsache, die einem Beweis zugänglich wäre, sondern um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Konkretisierung dieses Begriffs sei eine Frage der Rechtsanwendung.

**7.3** Der Beschwerdegegnerin zufolge ist es der Vorinstanz in ihrer Verfügung zweifellos gelungen, den Nachweis der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG zu erbringen. Der rechtlichen Würdigung liege eine vollständige Sachverhaltsabklärung zugrunde. Die Vorinstanz stütze sich im Wesentlichen auf das ausführliche Gutachten der WEKO, dem eine breit angelegte Marktbefragung auf Wholesalestufe vorausgegangen sei. In beweisrechtlicher Hinsicht könnten der Vorinstanz keine Vorwürfe gemacht werden.

**7.4** Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Er ist der Auslegung durch die Verwaltungsbehörden zugänglich (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O.,

Rz. 445 ff.). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, handelt es sich beim Begriff des "marktbeherrschenden Unternehmens" um einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 304).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz indessen nicht den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen. Vielmehr hat sie im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid genügend zu begründen, wobei an die Begründungspflicht und -dichte hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1998/4, S. 672 f.; Bilger, a.a.O., S. 304 f.). Die Auslegung, ob eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 11 FMG vorliegt, bildet eine Rechtsfrage. Beweis zu erbringen ist aber ausschliesslich über Sachfragen, wie etwa darüber, wie gross der Marktanteil der Beschwerdeführerin in einem bestimmten Bereich ist.

Dass die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist, geht aus vorstehenden Erwägungen hervor. Die WEKO, auf deren Gutachten sich die angefochtene Verfügung im Wesentlichen stützt, nahm eine ausführliche Sachverhaltsabklärung vor. Diese bildete die Grundlage für die anschliessende rechtliche Würdigung der Frage der Marktbeherrschung. Der Vorinstanz, die zur Abklärung des Sachverhalts weitgehend auf die Erwägungen eines vollständigen und ausführlichen Gutachtens einer Fachbehörde abstellte, kann mit Bezug auf das Beweisrecht kein Vorwurf gemacht werden. Im Übrigen ist anzufügen, dass im ordentlichen Verwaltungsverfahren zwar grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin der Gewissheit, gilt. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, Bemerkungen zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1999, S. 844; BILGER, a.a.O., S. 305 f.).

## 8.

**8.1** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht, die Vorinstanz habe die relevanten Märkte in verschiedener Hinsicht zu eng abgegrenzt. Für die Beurteilung der Marktstellung müssten in einem ersten Schritt ausgehend von den Endkunden als Marktgegenseite der Breitbanddiensteanbieter alle Dienstleistungen dem relevanten Markt zugeordnet werden, welche bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar seien. Bei der Abgrenzung des Endkundenmarktes sei unbestritten, dass alle drahtgebundenen Technologien, welche die Erbringung von Breitbanddiensten ermöglichen, dem relevanten Markt angehörten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der WEKO würden aber aus Sicht der Endkunden auch drahtlose Technologien zum

relevanten Markt gehören. Die im Gutachten der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung berücksichtige den raschen Technologiewandel und die zunehmende Konvergenz zwischen Mobil- und Festnetzkommunikation nicht. Ausserdem würden die Vorinstanz und die WEKO den relevanten Markt zusätzlich aus Sicht der Nachfrager von Wholesalediensten, das heisst den Fernmeldediensteanbietern, abgrenzen. Dieser zweite Schritt sei jedoch nur dann notwendig, wenn auf dem Endkundenmarkt kein ausreichender Wettbewerb herrsche (Art. 1 FMG) und deshalb überhaupt erst ein regulierter Zugang zum Wholesalemarkt gewährt resp. verfügt werden müsse. Bei der Abgrenzung des Wholesalemarktes hätten die Vorinstanz und die WEKO zudem nicht in Betracht gezogen, dass einerseits intern erbrachte Leistungen (Eigenleistungen) von vertikal integrierten Unternehmen (wie z.B. Cablecom) bei der Analyse berücksichtigt werden müssen. Kabelinternetanbieter müssten zur Erbringung von Endkundendiensten ebenfalls eine Breitbandplattform bereit stellen. Diese würden sie zurzeit aber nur eigenen Verkaufseinheiten anbieten. Andererseits müsse der Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) berücksichtigt werden. Von diesem würde zweifellos ein Wettbewerbsdruck ausgehen, der ein unabhängiges Verhalten verunmögliche oder zumindest erschwere. Daher sei er mit dem Bitstromzugang substituierbar und würde zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören. Die Vorinstanz bzw. die WEKO hätten den Markt somit in verschiedener Hinsicht zu eng abgegrenzt. Dadurch werde naturgemäss die Wahrscheinlichkeit grösser, dass ein auf diesem Markt tätiges Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme.

**8.2** Die Vorinstanz hält fest, aus Art. 1 FMG könne nicht geschlossen werden, dass der Markt für Grosskunden, die Vorleistungsprodukte nachfragen, im Rahmen der Untersuchung einer bestrittenen Marktbeherrschung anlässlich eines Zugangsverfahrens nicht relevant sein sollte, wenn auf dem Endkundenmarkt ein dem Kriterium der Wirksamkeit genügender Wettbewerb herrsche. Bei der vorliegend zur Diskussion stehenden Beurteilung der Marktbeherrschung gehe es primär um die Teilnehmer auf dem Wholesalemarkt, welche den schnellen Bitstromzugang bei der Beschwerdeführerin nachfragen würden. Auch eine Auslegung von Art. 11 FMG liesse nicht darauf schliessen, dass das Zugangsregime weichen müsste, wenn auf dem Endkundenmarkt ein dem Kriterium der Wirksamkeit genügender Wettbewerb herrschen würde. In Bezug auf die Berücksichtigung der Kabelinternet-Angebote sei es eine Tatsache, dass aufgrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine Kabelnetzbetreiberin selbst beim Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht zur Zugangsgewährung nach Art. 11 FMG verpflichtet werden könne. Auch könne zurzeit nicht davon gesprochen werden, dass die Zugangsform der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auf einen wirksamen Wettbewerb im Wholesalemarkt schliessen lasse. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG der Zugang zum schnellen Bitstrom während einer Zeit von vier Jahren zu gewähren sei, während für TAL keine zeitliche Befristung vorgesehen sei. Der Gesetzgeber habe mithin bezüglich der beiden Zugangsformen eine

gewichtige Unterscheidung getroffen, weshalb es auch nicht sein Wille gewesen sein könne, dass sie bei Inkrafttreten des Gesetzes im Rahmen einer Klärung der Wettbewerbsverhältnisse als gegenseitig substituierbar betrachtet werden könnten.

**8.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, Breitbanddienste nachfragende Anbieter hätten weder einen rechtlichen Anspruch auf Zugang zu Kabelnetzen noch könne ihnen ernsthaft zugemutet werden, solche Netze selber zu errichten. Damit sei es völlig verfehlt, in diesem Zusammenhang überhaupt von "Eigenleistungen" zu sprechen. Das gesetzesinhärente Konzept schliesse zudem aus, dass sich der schnelle Bitstromzugang und der vollständig entbundene Zugang TAL konkurrenzierten und im Ergebnis die Gewährung der einen Zugangsform die Pflicht zur Gewährung der anderen aufhebe.

## 8.4

**8.4.1** Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition im KG abzustellen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (zur Begriffserweiterung durch die Kartellgesetzrevision 2003 vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 277 ff.). Um diese Frage zu klären ist einerseits der sachlich relevante, andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist dagegen von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Thomas Geiser/ Patrick Krauskopf/Peter Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 179 ff., 277 f., 750). Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 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. 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). Der relevante Markt ist somit aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189).

**8.4.2** Mit dem Begriff der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, die angeblich marktbeherrschend sind (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 280). Marktgegenseite bilden vorliegend daher die Fernmeldediensteanbieterinnen, die Nachfrager des schnellen Bitstromzugangs. Die WEKO differenziert praxisgemäss zwischen Retail- und Wholesalemärkten,

wenn sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2, S. 428; Heizmann, a.a.O., Rz. 283). Auf der Wholesale-Ebene fragen die Fernmeldediensteanbieter beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte wie den schnellen Bitstromzugang nach. Basierend auf dem schnellen Bitstromzugang bieten die Fernmeldediensteanbieter sodann auf der Retail-Ebene den Endkunden Breitbanddienste an. Die WEKO unterscheidet somit im vorliegenden Fall den Wholesale- vom Retailmarkt und grenzt daher zu Recht den sachlich relevanten Markt als Wholesalemarkt für Breitbanddienste ab, der die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge umfasst.

**8.4.3** Zur Bestimmung des sachlich relevanten Markts ist grundsätzlich zu beurteilen, ob die Nachfrager auf andere, bereits angebotene (substituierbare) Güter ausweichen können und ob andere Anbieter ohne grössere Umstände und in kurzer Zeit die in Frage stehenden Güter oder substituierbare Güter anbieten können (Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005, RPW 2005/3, S. 520; Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, RPW 2004/4, S. 1265 ff.; Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005, RPW 2005/3, S. 589 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 35; ZÄCH, a.a.O., S. 291 f.). Die WEKO ist dabei in ihrem Gutachten zum Schluss gekommen, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen. So würden die drahtlosen Zugangstechnologien wie Universal Mobile Telecommunications System (UMTS), Wireless Local Area Networks (WLAN), Wireless Local Loop (WLL), Broadband Wireless Access (BWA) und Satellitenzugang im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränke die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Die Vorinstanz gelangt in ihren Erwägungen ebenfalls zum Ergebnis, dass drahtlose Technologien sich aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung in aller Regel nicht dafür eignen, eine mit den drahtgebundenen Technologien auch nur annähernd vergleichbare breitbandige Bedienung einer grossen Anzahl Teilnehmer auf engem Raum und vor allem auch in geschlossenen Gebäuden sicherzustellen. Selbst wenn der von der WEKO üblicherweise herangezogene Betrachtungshorizont von ein bis zwei Jahren ausgeweitet würde, würden nach heutigem Kenntnisstand die zu ziehenden Schlussfolgerungen nicht anders ausfallen. Daher kämen lediglich drahtgebundene Breitbandzugänge als Substitute in Frage.

**8.4.4** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich, insbesondere bei Fragen technischer Natur, eine gewisse Zurückhaltung und belässt der Vorinstanz einen Beurteilungsspielraum. Vorliegend sieht es keinen Anlass, von den Schlussfolgerungen der beiden Fachbehörden, der WEKO wie auch der Vorinstanz, abzuweichen. Beide Behörden haben sich ausführlich mit möglichen drahtlosen Technologien als Substitute für Dienstleistungen

basierend auf dem schnellen Bitstromzugang auseinandergesetzt. Sie hielten dabei übereinstimmend fest, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt, aber auch über einen Betrachtungszeitraum von über zwei Jahren hinweg, nicht als Substitute angesehen werden können. Die Beschwerdeführerin vermag dagegen nichts vorzubringen, das diese Beurteilung ernsthaft in Frage stellen könnte.

**8.4.5** Der schnelle Bitstromzugang umfasst die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zwischen der Anschlusszentrale und dem Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung für eine andere Fernmeldeanbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten (Art. 3 Bst. dter FMG). Anders als beim TAL besteht der Anspruch auf Zugang einzig in der Anschlusszentrale. Aufgrund des niedrigeren Investitionsbedarfs seitens der Nachfrager, des geringeren Wertschöpfungspotentials und insbesondere wegen der gesetzlich vorgesehenen Bezugsbeschränkung von vier Jahren (Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG) ist der Bitstromzugang eher als "schnelle Einstiegstechnologie" konzipiert. Er ermöglicht es alternativen Anbietern, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise auf den TAL zu wechseln (MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 254 ff.). TAL und Bitstromzugang haben als Alternativen Eingang ins Gesetz gefunden. Stellte der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang dar, würde er diesen disziplinieren und eine Marktbeherrschung ausschliessen. Dies dürfte aber - wie schon die Vorinstanz festgestellt hat - nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein (vgl. etwa Votum Nationalrat Amstutz, Amtliches Bulletin [AB] 2004 N 1695). Der TAL ist somit nicht zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen.

**8.4.6** Auch die übrigen Einwendungen der Beschwerdeführerin vermögen an der Einschätzung der Vorinstanz nichts zu ändern. Der Vorinstanz ist folglich keine zu enge Abgrenzung der relevanten Märkte vorzuwerfen und die Rüge der Beschwerdeführerin daher abzuweisen.

## 9.

**9.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine wirksame aktuelle Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt bestehen würde. Die Erhöhung der angebotenen Bandbreiten in den letzten Jahren habe für die Konsumenten ein stark verbessertes Preis-Leistungs-Verhältnis zur Folge gehabt. Ausserdem sei eine Verschiebung von Kabelinternet- zu DSL-Anschlüssen erfolgt. Dies alles sei Ausdruck von Wettbewerb. Daneben werde sie, die Beschwerdeführerin, im Endkundenmarkt auch durch potentielle Konkurrenz diszipliniert, dies einerseits durch die Entwicklung bei den drahtlosen Technologien, aber auch durch die Möglichkeiten, mittels neuer regulierter Zugangsdienste eigene Endkundenangebote zu erbringen, und die Bestrebungen verschiedener Infrastrukturbetreiber, eigene Glasfasernetze zu bauen. Die von der Vorinstanz angeführten, angeblich hohen Wechselkosten (Hausverkabelung) und Unsicherheiten bei der Installation (WLAN-Router) würden nicht der Realität entsprechen. Da die Beschwerdeführerin ihre Breitbanddienste flächendeckend zu einheitlichen Konditionen anbieten müsse, werde sie auch in den Gebieten ohne

direkte Infrastrukturkonkurrenz soweit diszipliniert, dass ihr ein in wesentlichem Umfang unabhängiges Verhalten verunmöglicht werde. Schliesslich stört sich die Beschwerdeführerin an der Aussage der Vorinstanz, wonach ihre marktbeherrschende Stellung insofern nicht erstaune, als bei Vorhandensein von nur zwei relevanten Infrastrukturanbieterinnen im Sinne eines Duopols nachhaltig wirksamer Wettbewerb die Ausnahme bilde und nur gegeben sei, wenn besondere Umstände diese Ausnahme begründen würden.

**9.2** Die Vorinstanz verweist grundsätzlich auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Zudem weist sie darauf hin, dass der Gesetzgeber sich bei Erlass des FMG dafür entschieden habe, den schnellen Bitstromzugang auf die Doppelader-Metalleitung zu beschränken (Art. 3 Bst. dter i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG). Gestützt auf das Fernmelderecht könnten deshalb Kabelnetzbetreiber selbst dann nicht zur Zugangsgewährung zu ihrer Infrastruktur verpflichtet werden, wenn sie den Endkundenmarkt im Breitbandbereich beherrschen würden. Dies scheine die Beschwerdeführerin zu verkennen, wenn sie bei der Frage der Marktbeherrschung in einem fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Argumentation eines wirksamen Wettbewerbs auf Endkundenebene ins Zentrum setze. Dessen ungeachtet bestehe aus Sicht der Vorinstanz zurzeit auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste kein wirksamer Wettbewerb. Dies würden auch die von der Beschwerdeführerin anlässlich eines Investor & Analyst Meetings vom März 2008 präsentierten Zahlen belegen, wonach diese Ende 2007 über einen Anteil von 50 % auf dem Breitbandmarkt verfügte, während sie im dritten Quartal 2007 nach eigenen Angaben noch bei 48.8 % gelegen habe. Die Beschwerdeführerin habe somit als einzige der Breitbandanbieterinnen ihre Marktstellung in den letzten Monaten weiter ausbauen können.

**9.3** Der Beschwerdegegnerin zufolge verfügt die Schweiz anerkanntermassen über eine hohe Breitband-Penetration. Jedoch seien die Preise im internationalen Vergleich hoch und die Bandbreiten relativ gering. Der potentielle Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt könne daher keinesfalls überschätzt werden. Erfahrungsgemäss seien die dem Endkunden erwachsenden Kosten bei einem Anbieterwechsel beträchtlich. Neben allfälligen Anschaffungen (Modem) seien insbesondere der zeitliche Aufwand für die administrative und technische Abwicklung des Anbieterwechsels zu berücksichtigen, was von vielen Endkunden gescheut werde. Zu Recht wiesen sowohl die WEKO als auch die Vorinstanz auf die Wichtigkeit eines flächendeckenden, das heisst nationalen Angebots auf dem Wholesalemarkt hin. Ausserdem erscheine der Hinweis der Vorinstanz auf die duopolistische Marktstruktur keineswegs als unberechtigt.

## 9.4

**9.4.1** Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Beurteilung dieser Frage erfolgt aufgrund verschiedener Kriterien wie üblicherweise der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur, des Marktverhaltens sowie der Transaktionskosten (ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O.,

S. 41; ZÄCH, a.a.O., S. 284). Unter dem Gesichtspunkt der Marktstruktur werden die tatsächlichen und potentiellen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen werden Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes, Sortimentsgrösse sowie die Entwicklungsmöglichkeiten der Unternehmen untersucht (ZÄCH, a.a.O., S. 285).

Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03, nachfolgend Leitlinie) beschreiben die Grundsätze, die die nationalen Regulierungsbehörden bei der Analyse der Märkte und der Wirksamkeit des Wettbewerbs zugrunde legen sollen. Danach können der Feststellung der Marktbeherrschung neben dem Marktanteil folgende Kriterien dienen: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile oder Überlegenheit, Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen), Grössenvorteile, Verbundvorteile, vertikale Integration, hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz, Fehlen von potentiell Wettbewerbs- oder Expansionshemmnisse (Leitlinie, Rz. 72 ff., 78).

**9.4.2** Die WEKO hat gestützt auf diese Beurteilungskriterien die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin untersucht. Sie ist in ihrem Gutachten zum Schluss gekommen, auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste sei einzig die Beschwerdeführerin in der Lage, anderen Fernmeldedienstleistern Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Die Beschwerdeführerin sei das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfüge und zum jetzigen Zeitpunkt anderen Fernmeldedienstleistern insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS anbiete. Damit sei sie auf diesem Markt konkurrenzlos die alleinige Anbieterin. Bezüglich der Finanzkraft sei sie angesichts des vorgewiesenen Jahresumsatzes, des Betriebsgewinns und des Personalbestands das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Die neusten Entwicklungen würden zudem zeigen, dass die Beschwerdeführerin ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt habe. Aufgrund der staatlichen Mehrheitsbeteiligung habe sie gegenüber ihrer Konkurrenz Vorteile, unter anderem käme ihr ein Schutz vor Übernahmen zu. Hinsichtlich der Infrastruktur verfüge sie über ein flächendeckendes Anschlussnetz. Auch in absoluten Zahlen weise die Beschwerdeführerin die höchste Anzahl Anschlüsse und damit die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge auf. Mit Bezug auf die Infrastruktur seien die Kabelnetzbetreiber, die gesamthaft weniger als die Hälfte der verfügbaren Breitbandanschlüsse der Beschwerdeführerin besässen, faktisch die einzigen Konkurrenten. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass Internet über ADSL und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien

beruhten und ein allfälliger Wechsel mit erheblichen Umstellungskosten verbunden wäre.

Die Analyse des potentiellen Wettbewerbs durch die WEKO hat ergeben, dass die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage seien, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot der Beschwerdeführerin zu treten und anderen Fernmeldedienstleistern zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu eröffnen. Als mögliche Anbieter kämen insbesondere Kabelnetzbetreiber oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel in Frage. Da aber Kabelnetzbetreiber mit wenigen Ausnahmen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldedienstleister vorsähen und Cablecom als weitaus grösste Kabelnetzbetreiberin auch in naher Zukunft keine solchen unterbreiten werde, sei die Konkurrenz zum Anschlussnetz der Beschwerdeführerin in den nächsten zwei Jahren als niedrig einzustufen. Glasfaseranschlüsse seien gegenwärtig zahlenmässig noch sehr gering vertreten, so dass auch lokal und insbesondere in Ballungszentren entstehende Zugangsmöglichkeiten noch keine disziplinierende Wirkung zeigen würden.

Die WEKO schloss somit, zurzeit übe weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb einen genügend disziplinierenden Einfluss auf die Beschwerdeführerin aus.

**9.4.3** Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dem Gutachten der WEKO auseinandergesetzt und ist dabei ebenfalls zum Schluss gelangt, auf dem relevanten Markt bestehe weder aktuell noch potentiell ein alternatives Wholesaleangebot, das eine gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin zumutbare Ausweichmöglichkeit darstelle. Sie hat sich dabei einerseits auf das Gutachten der WEKO gestützt, andererseits eigene Erwägungen getätigt und diese einlässlich begründet.

Nach Ansicht der Vorinstanz ist nicht zu bestreiten, dass die Beschwerdeführerin als Einzige ein flächendeckendes Angebot bereit hält und auch bei Ausschöpfung aller verfügbaren drahtgebundenen Angebote keine lückenlose, alternative Abdeckung zu erreichen wäre. Mithin existiere aktuell kein alternatives Wholesaleangebot, das demjenigen der Beschwerdeführerin ebenbürtig wäre. Dass diese ihr Angebot zudem zu national homogenen Preisen machen könne, zeige, dass von allfälligen alternativen Angeboten kein hinreichend disziplinierender Einfluss ausgehe, der ein unabhängiges Verhalten verhindern würde. Die Vorinstanz korrigierte mit Bezug auf die Anzahl ADSL-Anschlüsse gegenüber alternativen Infrastrukturen, insbesondere Kabelnetzen, die von der WEKO angenommene zu hohe Zahl, hielt aber gleichzeitig fest, der Irrtum sei irrelevant. Selbst wenn von der Zahl, die die Beschwerdeführerin nenne, ausgegangen würde, könne ein beachtlicher Grössenunterschied - von der Beschwerdeführerin selbst mit 3:2 angegeben - nicht von der Hand gewiesen werden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände könne gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesaleangebot aufschalten, entspreche schliesslich nicht der Realität. Bei den genannten Kabelnetzverbänden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesaleanbieter. Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote beständen ebenfalls

nicht. Ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohen Koordinationsaufwand wären sie daher kaum in der Lage, ein demjenigen der Beschwerdeführerin auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzuziehen. Auch würden weitere ökonomische Gründe - notwendige Investitionen, hohe Kundenwerbekosten aufgrund eines unterschiedlich hohen Versorgungsgrades der Bevölkerung, hohe Wechselkosten sowohl auf Wholesale- als auch Endkundenebene - es als wenig wahrscheinlich erscheinen lassen, dass Kabelnetzbetreiber ein theoretisch mögliches, annähernd nationales Wholesaleangebot lancierten.

**9.4.4** Gutachten und sachkundige Auskünfte einer Amtsstelle werden von Gerichtsbehörden nur dann inhaltlich überprüft und es wird nur dann von ihnen abgewichen, wenn dafür stichhaltige Gründe, also etwa offensichtliche Mängel oder innere Widersprüche, gegeben sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2422/2008 vom 18. August 2008 E. 7.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 290, 644). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz, die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde übereinstimmt, abzuweichen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, inwiefern der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. Insbesondere geht ihr Vorwurf, die Vorinstanz habe, indem sie die Wettbewerbsverhältnisse nicht eingehend abgeklärt habe, weder den Vollbeweis noch den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der marktbeherrschenden Stellung erbracht, wie bereits gesehen, fehl (vgl. oben E. 7.4). Es kann somit festgehalten werden, dass weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb besteht, der das Verhalten der Beschwerdeführerin disziplinieren würde.

## 10.

**10.1** Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, der potentielle Wettbewerb im Wholesalemarkt habe eine starke disziplinierende Wirkung und verhindere ein unabhängiges Verhalten ihrerseits. Zwar sei sie heute die wichtigste Anbieterin von Wholesaleprodukten im Breitbandmarkt und einzige Anbieterin mit einem praktisch flächendeckenden Wholesaleangebot. Die Schlussfolgerung, dass sie deshalb über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, lasse jedoch wichtige Aspekte unberücksichtigt. So müssten bei korrekter Abgrenzung des relevanten Marktes die so genannten Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen in die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs einbezogen werden. Die Möglichkeiten der Kabelnetzbetreiber würden in der angefochtenen Verfügung sowohl in technischer als auch in logistischer und finanzieller Hinsicht unterschlagen. Potentieller Wettbewerb entstehe ausserdem auch dadurch, dass Mitbewerber mittels TAL die Möglichkeit hätten, ihre Breitbandplattformen Dritten anzubieten. Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt begrenze ihren Verhaltensspielraum auf dem Wholesalemarkt. Dies beweise die Vergangenheit in Bezug auf den BBCS. Die Begrenzung rühre daher, dass sie anderen Fernmeldediensteanbietern mit dem BBCS eine ganze Palette von Vorleistungsprodukten anbiete. Die Vorinstanz habe die Frage

des indirekten Einflusses nachgelagerter Märkte keiner ökonomisch fundierten Analyse unterzogen. Zudem wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, bei der Beurteilung der (potentiellen) Wettbewerbssituation auf dem Wholesalemarkt von hohen Wechselkosten auszugehen. Tatsächlich seien die einem Fernmeldediensteanbieter entstehenden Wechselkosten aber weitaus geringer.

**10.2** Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung und hält fest, dass die von der Beschwerdeführerin angesprochenen Kriterien in dieser behandelt worden seien und von ihr, der Vorinstanz, einlässlich begründet worden sei, warum diese Kriterien nicht geeignet seien, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in Frage zu stellen. Weiter ginge es im vorliegenden Verfahren, wie bereits aufgezeigt, primär um den Wholesalemarkt und nicht um den Endkundenmarkt. Zudem bestehe für sie kein Anlass, daran zu zweifeln, dass der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarkts selbst dann, wenn er vollumfänglich zu berücksichtigen wäre, aufgrund des insgesamt nur mangelhaft ausgeprägten Wettbewerbs nicht genügen würde, um die Beschwerdeführerin im relevanten Markt zu disziplinieren. Diese sei mit der angefochtenen Verfügung nicht zu irgendeinem Angebot, sondern zu einem Angebot nach kostenorientierten Preisen verpflichtet worden. Es sei deshalb nicht ersichtlich, inwieweit die Möglichkeit, das kommerzielle Angebot der Beschwerdeführerin - BCS - zu nutzen, vorliegend eine Rolle spielen könne. Das FMG bezwecke, den Wettbewerb mittels Schaffung gleicher Zugangsbedingungen für gewisse Fernmeldedienste voranzutreiben. Dazu gehöre die Kostenorientiertheit des Zugangs. Ein kommerzielles Angebot stelle für die Mitbewerber keine Alternative dazu dar.

**10.3** Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin eine disziplinierende Wirkung des potentiellen Wettbewerbs herzuleiten versuche - im Wesentlichen verweise sie wiederum auf den regulierten Zugang zum TAL und auf mögliche Angebote von Kabelnetzbetreibern -, seien, wie schon dargelegt, wenig überzeugend. Wesentlich erscheine insbesondere, dass kein Kabelnetzbetreiber auch nur annähernd in der Lage sei, ein flächendeckendes Wholesaleangebot zu unterbreiten. Damit habe die Beschwerdeführerin auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste den entscheidenden Wettbewerbsvorteil. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hätten sowohl die WEKO als auch die Vorinstanz den Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarkts auf den Vorleistungsmarkt für Breitbanddienste sehr wohl analysiert. Die Beschwerdeführerin blende einen wesentlichen Aspekt aus, nämlich die Tatsache, dass sie ADSL auf dem Endkundenmarkt selber vertreibe. Dabei gelte sie, die ehemalige Monopolistin, mit rund 73 % Marktanteil mit Abstand als Marktleaderin. Bezüglich der Wechselkosten auf Vorleistungsebene vernachlässige sie wesentliche Kostenelemente.

**10.4** Unter dem Einfluss des nachgelagerten Marktes ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt, das heisst dem Retailmarkt für Breitbanddienste, disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Wholesalemarkt auszuüben vermögen (Gutachten der WEKO vom 20. November 2006,

RPW 2006/4, S. 748; Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2, S. 436).

**10.4.1** Die WEKO gelangte in ihrem Gutachten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Praxis der REKO/WEF zum Schluss, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Unter diesem Blickwinkel überprüfte sie, inwiefern von Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, Wettbewerbsdruck ausgeht. Zunächst hielt die WEKO fest, dass die Beschwerdeführerin im Bereich der geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie über eine starke Stellung verfüge, die auch im Endkundenmarkt gegen eine Disziplinierung der Beschwerdeführerin im Wholesalemarkt spreche. Von anderen Internet Service Providern, die das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufen würden, könne keine disziplinierende Wirkung ausgehen. Übrig blieben die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung spreche. Selbst Cablecom, die über die stärkste Stellung unter den Kabelnetzbetreibern verfüge, entwickle angesichts ihres im Vergleich zur Beschwerdeführerin geringen Marktanteils lediglich begrenzten Wettbewerbsdruck. Aussagekräftig sei etwa ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Cablecom und der Beschwerdeführerin: Während sich der Marktanteil Ersterer in den letzten Jahren trotz erheblicher Marketinganstrengungen verringert habe, habe Letztere ihren Marktanteil kontinuierlich steigern können. Zudem wachse die ADSL-Technologie bedeutend stärker als die Kabeltechnologie. Auch ein Blick auf die Preise deute nicht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert werde. Diese Einschätzung sei durch die vom BAKOM durchgeführte Marktbefragung bestätigt worden, wonach eine Mehrheit der Befragten angab, dass aufgrund einer fehlenden schweizweiten alternativen Infrastruktur keine Marktkräfte existierten, die in der Lage seien, die Preisfestsetzung der Beschwerdeführerin beim schnellen Bitstromzugang zu disziplinieren. Notwendig hierzu sei ein behördlicher Eingriff. Im Ergebnis schloss die WEKO, es gehe von den Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck aus. Dieser sei indessen nur begrenzt zu berücksichtigen und vor allem nur beschränkt vorhanden. Deshalb könne sich die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung des Einflusses des nachgelagerten Marktes unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten.

**10.4.2** Die Vorinstanz hat sich ebenfalls mit der Frage des Einflusses nachgelagerter Märkte auseinandergesetzt und die Beurteilung insbesondere unter Berücksichtigung des von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheids der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 (RPW 2005/3, S. 505 ff.), der Vorgaben mit Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt festhält, vorgenommen. Dabei kam sie ebenfalls zum Resultat, seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere seitens von Cablecom bestehe nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf die Beschwerdeführerin. Aufgrund des aktuellen Entwicklungstrends des Marktanteils auf dem Endkundenmarkt sei künftig von einem noch stärker bedrohten Wettbewerb auszugehen. Dem Vor-

wurf der Beschwerdeführerin, die WEKO habe zu Unrecht dem indirekten Einfluss des nachgelagerten Marktes auf den Wholesalemarkt nur beschränkt Rechnung getragen, entgegnet sie, letztlich sei massgeblich, dass dieser Einfluss selbst dann, wenn er vollumfänglich zu berücksichtigen wäre, angesichts des insgesamt nur mangelhaft ausgeprägten Wettbewerbs nicht genügen würde, um die Beschwerdeführerin im relevanten Markt ausreichend zu disziplinieren. Im Ergebnis sah die Vorinstanz keinen Anlass, vom Gutachten der mit den Marktverhältnissen vertrauten und fachkompetenten WEKO abzuweichen.

**10.4.3** Die WEKO hat sich im Rahmen dieses Verfahrens eingehend mit der Frage des Einflusses des nachgelagerten Marktes auseinandergesetzt und sie in ihrem Gutachten klar und stimmig beantwortet. Die Vorinstanz ist diesen Ausführungen im Wesentlichen gefolgt, ist aber gleichzeitig auch auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente eingegangen und hat eigene Erwägungen angestellt. Im Ergebnis sah sie keinen Anlass, vom Gutachten der WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen abzuweichen. Auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt weder offensichtliche Mängel noch innere Widersprüche, die ein Abweichen vom Gutachten gebieten würden. Da die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt und begründet hat, besteht somit kein Anlass, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

## 11.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vor Bundesrecht standhält und die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin im Wholesalemarkt für Breitbanddienste ausgegangen ist. Die Beschwerdeführerin hat demnach der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG den Zugang zum schnellen Bitstrom während vier Jahren zu gewähren.

## 12.

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 - 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächter [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12). Bei Beschwerden gegen Teilentscheide bzw. gegen Zwischenentscheide richtet

sich der Streitwert nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat, bzw. nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (vgl. Rudin, a.a.O., Art. 51 N 26 und N 30). Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von deutlich über 1 Million Franken auszugehen. Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels) auf Fr. 30'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE). Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

### 13.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend ist die Beschwerdegegnerin als obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Intressenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten war, steht ihr jedoch keine Parteientschädigung zu (Art.

8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4).

### 14.

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von [...] werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von [...] verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an: [...]

B 4	<b>Bundesgericht</b> <b>Tribunal fédéral</b> <b>Tribunale federale</b>
B.4	<b>1. Urteil vom 12. Dezember 2008 Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee)</b>

*Urteil (2C\_292/2008) der II. öffentlich-rechtliche Abteilung Bundesgericht vom 12. Dezember 2008 Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee)*

## SACHVERHALT

### A.

Die Crédit Suisse AG (CS), die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank planen, für inländische Maestro-Kartentransaktionen eine multilateral ausgehandelte Domestic Interchange Fee (DMIF) einzuführen. Dabei handelt es sich um ein Entgelt pro Debitkartentransaktion, das von den mit den Vertragsbeziehungen zu den einzelnen Händlern betrauten Unternehmen ("Acquirem") an die Bankinstitute ("Issuer") zu leisten wäre. Die Karteninhaber müssen für die Dienstleistungen der Kartenherausgeber weiterhin eine Jahresgebühr entrichten. Daneben bezahlt der Händler, der die Maestro-Karte zur Zahlung annimmt, dem jeweiligen "Acquirer" (vorab zurzeit der Telekurs Multipay AG) eine (fixe) Kommission ("merchant service charge", MSC). Die neue Abgabe bezweckt - so die Beteiligten -, die von den "Issuern" (Banken) gegenüber den "Acquirem" im Rahmen der Abwicklung der Geschäftstransaktion zwischen dem Händler und dessen Kunden erbrachten Leistungen (Zahlungsgarantie usw.) abzugelten; die Netzwerkexternalitäten der "Issuer", d.h. die von ihnen ausserhalb der eigenen Vertragsbeziehungen zu den Kartenkunden bewirkten Nutzen und Kosten, sollen damit im Gesamtsystem ausgeglichen (internalisiert) und ein angeblich diesbezüglich bestehendes Defizit beseitigt werden. Das neue System wäre nach seiner Einführung für alle in der Schweiz tätigen Maestro-"Issuer" und "-Acquirer" verbindlich.

### B.

**B.a** Am 30. Juli 2004 meldeten die Crédit Suisse AG, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank im Namen aller an der DMIF beteiligten "Issuer" die vorgesehene Absprache dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Dieses beschloss am 15. September 2004, eine Vorabklärung (Art. 26 KG) einzuleiten. Die meldenden Unternehmen teilten hierauf mit, dass sie ihr Vorhaben vorläufig nicht umsetzen würden. Am 5. De-

zember 2005 bezeichnete die Wettbewerbskommission die zwischen den "Issuern" und "Acquirem" im sachlich verwandten Markt für VISA- und MasterCard-Kreditkarten getroffene Absprache als Preisabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und aus Effizienzgründen nur insoweit gerechtfertigt werden könne, als dabei ausschliesslich die funktionsnotwendigen Netzwerkkosten berücksichtigt würden; in diesem Sinn genehmigte sie für vier Jahre eine angepasste, zwischen ihrem Sekretariat, den Kreditkartenherausgebern und den "Acquiring"-Unternehmen am 29. März 2005 getroffene einvernehmliche Regelung (vgl. die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [im Weiteren: RPW] 2006/1, S. 65 ff.).

**B.b** Am 6. April 2006 forderten die meldenden Unternehmen den Präsidenten der Wettbewerbskommission bzw. deren Sekretariat auf, die Vorabklärung bezüglich der DMIF für Maestro-Transaktionen weiterzuführen und baldmöglichst mit einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei; eventuell sei das Verfahren durch eine Feststellungsverfügung der Kommission zu beenden. Am 10. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission ihnen den Schlussbericht seiner Vorabklärung (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 601 ff.); es beschloss, "für den Fall, dass eine DMIF oder die internationale Fallback Interchange Fee für inländische Transaktionen eingeführt und das Gebührenmodell von Telekurs angepasst wird", eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen und zu gegebener Zeit hierfür um das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums zu ersuchen. Das Sekretariat befand, dass es sich bei der geplanten DMIF um eine horizontale Preisabsprache handle, weshalb zu vermuten sei, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten schweizerischen "Issuing"-Markt beseitigt werde (Art. 5 Abs. 3 KG). Zwar lasse sich die gesetzliche Vermutung allenfalls umstossen, doch bestünden Indizien für einen fehlenden Intra- und Interbrandwettbewerb, so dass die Absprache den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigen könnte (Art. 5 Abs. 1 KG). Es erscheine gestützt auf die vorliegenden Unterlagen zweifelhaft, ob sich die Preisabsprache aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Für eine definitive Beurteilung bedürfe es einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG, sollte das Vorhaben in der angekündigten Form umgesetzt werden.

**B.c** Die meldenden Unternehmen ersuchten das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 8. Dezember 2006 darum, "es sei durch die Wettbewerbskommission eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % unter dem Kartellgesetz zulässig ist". Die Wettbewerbskommission trat mit Verfügung vom 7. Mai 2007 auf den Antrag nicht ein (veröffentlicht in: RPW 2007/3 S. 478 ff.): Nach Lehre und Rechtsprechung bestehe kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung, weshalb keine (anfechtbare) Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG vorliege, wenn auf den Erlass einer solchen verzichtet werde. Die Wettbewerbsbehörden könnten im Untersuchungsverfahren nicht aufgrund eines hypothetischen Sachverhalts entscheiden; solche "bedingte" Verfügungen seien dem Verwaltungsverfahren fremd, weshalb auch der Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung (Art. 25 VwVG) ausser Betracht falle.

**B.d** Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 29. Februar 2008: Zwar erweise sich das Bedürfnis der Betroffenen, von der Wettbewerbskommission über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens rechtsverbindlich aufgeklärt zu werden, wegen der empfindlichen direkten Sanktionen als "legitim und unabweisbar"; es sei ihm als Justizbehörde indessen verwehrt, sich über die Einschätzung der Wettbewerbskommission hinwegzusetzen, sie "sei aus objektiven Gründen nicht in der Lage, das von den Beschwerdeführerinnen eingeforderte unbedingte Urteil abzugeben [...]". Aufgrund der glaubwürdigen Angaben der Wettbewerbskommission liege "keine feststellungsfähige Rechtslage" vor, welche es erlaube, "die angebehrte Feststellungsverfügung einzufordern". Die allgemeine Praxis zu den Feststellungsverfügungen lasse sich nicht auf wettbewerbliche Sachverhalte übertragen, da sich diese durch eine "komplexe und dynamische Natur" auszeichneten.

### **C.**

Die Crédit Suisse AG, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank sind hiergegen mit gemeinsamer Eingabe vom 16. April 2008 an das Bundesgericht gelangt. Sie beantragen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2008 aufzuheben und die Wettbewerbskommission anzuweisen, "eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen und eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4% unter dem KG zulässig ist"; eventuell sei die Sache hierfür an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Die Crédit Suisse, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank machen geltend, sie hätten in Anbetracht des "immensen Sanktionsrisikos in dreistelliger Millionen- bis Milliardenhöhe ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Zulässigkeit der MIF Maestro (bzw. dem Nichtbestehen der Pflicht, im Falle einer Einführung der MIF Maestro direkte Sanktionen leisten zu müssen)". Das Bundesverwaltungsgericht

hat darauf verzichtet, sich zur Beschwerde zu äussern. Die Wettbewerbskommission beantragt, diese abzuweisen.

### **ERWÄGUNGEN:**

#### **1.**

Verwaltungsrechtliche Entscheide der Wettbewerbskommission können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG [SR 172.32] bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 Bst. a BGG; vgl. BGE 130 II 149 E. 1 [zum OG]). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die verfahrensrechtliche Frage, ob die Wettbewerbskommission zu Unrecht auf das Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten ist, im Anschluss an ihre Meldung eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung zu eröffnen bzw. sich im Rahmen einer Feststellungsverfügung zur materiellen Zulässigkeit der geplanten DMIF für Maestro-Transaktionen zu äussern. Der Antrag, die Wettbewerbskommission anzuweisen, die multilateral ausgehandelte Interchange Fee materiellrechtlich als zulässig zu erklären, geht hierüber hinaus und ist deshalb unzulässig (vgl. BGE 129 V 289 E. 3). Nachdem das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der Wettbewerbskommission, das Feststellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen nicht zu behandeln, geschützt hat, liegt kein materieller Entscheid vor, der hier überprüft werden könnte. Streitgegenstand bildet nur die Frage, ob die durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte Verfügung der Wettbewerbskommission, auf das (Feststellungs-)Gesuch der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten, vor Bundesrecht standhält.

#### **2.**

**2.1** Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann ein an einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten [harte Horizontalkartelle]) oder Abs. 4 KG (Preisbindungen und absoluter Gebietschutz in Vertikalverträgen) beteiligtes Unternehmen oder ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einer Busse bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn "angemessen zu berücksichtigen", den das Unternehmen dadurch erzielt hat. Der Erlass von Art. 49a KG - und damit die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden sowie alle Formen des Marktmissbrauchs - bildet eine der zentralen Neuerungen der Revision des Kartellgesetzes von 2003 (in Kraft seit 1. April 2004). Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen; erst im Wiederholungsfall bzw. bei Verletzung einer Verfügung der WEKO waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig. Diese Regelung gilt heute für alle nicht in Art. 49a Abs. 1 KG genannten Verstösse gegen das Kartellgesetz und für jene Fälle des Art. 49a Abs. 1 KG fort, bei denen die Wettbewerbsbehörden in

der Sache bereits entschieden haben (statt vieler: CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 2 f.; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, N. 4 f. zu Art. 49a KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N. 1112 - 1114; WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts; Die Tragweite des zweiten Paradigmenwechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1 ff., dort S. 3 ff., 7 f., 11).

**2.2** Die Sanktionsmöglichkeit ("Belastung") entfällt, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG). Wird ihm jedoch innert fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 KG mitgeteilt und hält es dennoch an der Wettbewerbsbeschränkung fest, kann es hierfür wiederum (direkt) sanktioniert werden (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG: "entfällt die Belastung nicht"; frz.: "...toutefois une sanction peut tout même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction", ital.: "se nei cinque mesi dall'annuncio le viene comunicata l'apertura di una procedura secondo gli articoli 26-30, la sanzione non decade qualora l'impresa mantenga la limitazione").

## 2.3

**2.3.1** Die Wettbewerbskommission und ihr nahestehende Autoren sowie das Bundesverwaltungsgericht gehen davon aus, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG nicht dazu dient, die materiellrechtliche Zulässigkeit einer wettbewerbsrelevanten Verhaltensweise definitiv zu klären; es soll - als Verfahren sui generis - vor direkten Sanktionen schützen, bis das Sekretariat der Wettbewerbskommission seine Bedenken (innert 5 Monaten seit der Meldung) durch die Eröffnung eines (ordentlichen) Kartellverfahrens (Vorabklärung [Art. 26 KG] oder Untersuchung [Art. 27 ff. KG]) kundgetan hat oder die entsprechende Frist unbenutzt verstreichen liess. Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt, falls das gemeldete Vorhaben nicht umgesetzt oder nach dem Widerspruch nicht weitergeführt wird. Setzen die Betroffenen das Vorhaben trotz Widerspruch bzw. Verfahrenseröffnung um oder fort, bleiben Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG möglich, falls sich im Untersuchungsverfahren ergibt, dass es sich tatsächlich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 49a Abs. 1 BGG handelt; das meldende Unternehmen muss das damit verbundene Risiko selber abschätzen (TAGMANN, a.a.O., S. 5 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, N. 12.42; ZÄCH, a.a.O., N. 1136; PATRIK DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 151 ff., dort S. 158 ff., 164 ff.; derselbe, Erste Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit den revidierten Bestimmungen - insbesondere mit der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, in: Jusletter 27. Sep-

tember 2004, Rz. 2 ff.). Wird innert 5 Monaten kein Verfahren eröffnet oder informiert das Sekretariat das meldende Unternehmen bereits vorher darüber, dass es hierauf verzichtet, ist der Meldende im Umfang des von ihm dargelegten Sachverhalts von der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG definitiv befreit; das schliesst indessen nicht aus, dass die Behörden zu einem späteren Zeitpunkt die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung wieder aufgreifen, überprüfen und materiell allenfalls anders beurteilen (Art. 26 ff. KG; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.43; ZÄCH, a.a.O., N. 1137; DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 166). Die entlastende Mitteilung ("Comfort-Letter") oder der unbenutzte Fristablauf befreit somit von der direkten Sanktion, sagt jedoch nichts über die definitive Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des gemeldeten Verhaltens aus (ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, N. 13 zu Art. 49a KG; DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 166 f.; OLIVIER SCHALLER, Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée [art. 49a al. 3 let. a LCart], in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 169 ff., dort S. 178 ff., S. 181).

**2.3.2** Die Beschwerdeführerinnen und ein Teil der Doktrin beanstanden diese Sicht der Dinge als verfassungs- und gesetzwidrig: Sie gehen davon aus, dass die meldenden Unternehmen einen Anspruch auf einen definitiven Entscheid der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens - zumindest hinsichtlich der direkten Sanktionsfolgen - hätten. Sie leiten diesen Anspruch aus Art. 49a Abs. 3 KG in Verbindung mit Art. 26 und Art. 27 - 30 KG bzw. Art. 25 VwVG ab. Für sie ist das bisherige verfahrensrechtliche System um ein Vorverfahren ergänzt worden, das in sämtlichen Fällen definitiv Rechtssicherheit bezüglich des Risikos direkter Sanktionen bei einer Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweise schaffen will. Der Zweck der Meldung bestehe gerade darin, dem meldenden Unternehmen Klarheit über die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens oder einer Wettbewerbsabrede zu verschaffen, ansonsten wettbewerbliche Verhaltensweisen, die sich allenfalls als gesetzlich zulässig und volkswirtschaftlich effizient erwiesen, nur verzögert oder gar nicht umgesetzt werden könnten (vgl. so PETER REINERT, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, N. 33 zu Art. 49a KG; derselbe, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch, Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 147 ff., dort S. 162 f.; CHRISTIAN BRAUCHLIN, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 33 ff.; IRENE KLAUER, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung? in: sic! 9/2004 S. 709 ff.; RETO JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter 27. September 2004, Rz. 4 ff., 34). Sie beabsichtigten - so die Beschwerdeführerinnen - nach wie vor, die Abrede bezüglich der Maestro-Interchange-Fee umzusetzen, falls sie sich als zulässig erweise, wovon sie überzeugt seien. Es könne ihnen nicht zugemutet werden, hierbei eine Busse in der Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags

zu riskieren. Es lägen somit sämtliche Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung vor und die Wettbewerbskommission sei deshalb gehalten, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einzuleiten, ohne dass sie ihr Vorhaben mit dem entsprechenden Sanktionsrisiko zuerst umsetzen müssten. Dies ergebe sich sowohl aus einer historischen als auch einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Die Einwände der Vorinstanzen, dass nur bei einer erfolgten Umsetzung der Abrede deren Auswirkungen im Markt genügend sicher festgestellt werden könnten, überzeugten nicht. Das Bundesgericht habe der erhöhten Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte insofern Rechnung getragen, als diese nicht "strikt" nachgewiesen werden müssten, wo das der Sache nach nicht möglich sei; in entsprechenden Fällen genügten Annahmen und Hypothesen. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, wie die heute erheblichen Marktanteile, Umsätze und Kosten bloss "hypothetisch" sein könnten.

### 3.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen sind wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich; der angefochtene Entscheid verletzt indessen kein Bundes(verfassungs)-recht:

#### 3.1

**3.1.1** Nach Art. 96 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Bestimmung schliesst partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ("selektive" per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu. Ausschliesslich die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Konsequenzen von wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen und Absprachen sollen bekämpft werden (vgl. Art. 1 KG; RETO JACOBS, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 13 - 22 zu Art. 96 BV mit weiteren Hinweisen; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, N. 5 f. zu Art. 96 BV; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 9 zu Art. 96 BV). Die Kartellaufsicht will die Wettbewerbsfunktionen und damit das Erreichen möglichst optimaler Marktergebnisse sichern (ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 1 KG; PATRIK DUCREY, Kartellrecht, in: von BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1238). Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten (vgl. Art. 5 Abs. 2 KG; Tagmann, a.a.O., S. 5).

**3.1.2** Der Gesetzgeber hat mit der Vorabklärung (Art. 26 KG) und der Untersuchung (Art. 27 - 30 KG) spezialgesetzlich geregelte Verfahren geschaffen, in denen dies geprüft wird. In deren Rahmen steht den Wettbewerbsbehörden - auch hinsichtlich der Opportunität der Abklä-

rungen - ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Die Vorabklärung hat "Triage"-Funktion; weder die an einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten oder an einer Absprache Beteiligten noch Dritte haben einen Anspruch darauf, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission tätig wird und eine Vorabklärung einleitet; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.11; BORER, a.a.O., N. 5 zu Art. 26 KG; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 1 zu Art. 26; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, Bern 2007, S. 557; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 154 f.). Da die Eröffnung bzw. Nichteröffnung der Vorabklärung unmittelbar keine Rechte und Pflichten begründet, sondern nur eine Vorstufe zum Entscheid der Wettbewerbskommission darstellt, bildet sie keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (Frage noch offengelassen in BGE 130 II 521 ff.). Die Vorabklärung findet ihren Abschluss (a) mit der Einstellung des Verfahrens, (b) mit einer einvernehmlichen Regelung oder (c) mit dem Schlussbericht; weder dieser noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar. Da kein Rechtsanspruch auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens besteht, weil dieses in erster Linie das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Markt und nicht private Anliegen schützt (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.9, 149 E. 2.4 S. 156), ist (auch) eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde in diesem Zusammenhang ausgeschlossen (DUCREY, in: von BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N. 1726; JOACHIM FRICK, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 27 KG; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 26 KG und N. 6 und 7 zu Art. 27 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.47; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 3 zu Art. 27 KG; BILGER, a.a.O., S. 181; BENOÎT CARRON, in: Tercier/Bovet, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, N. 14, 17 ff. zu Art. 26 KG).

**3.1.3** Ein Feststellungsverfahren über die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit einer Verhaltensweise im Sinne von Art. 5 bzw. 7 KG ausserhalb des Untersuchungsverfahrens ist diesem System fremd: Stellt der Beschluss, eine Untersuchung zu eröffnen oder nicht, keine Verfügung dar, weil damit gegenüber den Betroffenen unmittelbar keine Rechtswirkungen verbunden sind, und besteht kein Anspruch auf die Einleitung einer Untersuchung, so liegt auch kein nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor; die spezifische Ausgestaltung des kartellrechtlichen Sonderverfahrens schliesst die Anwendung von Art. 25 VwVG auf diese Frage aus (vgl. MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, a.a.O., N. 19 zu Art. 39 KG; BORER, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 39 KG; BILGER, a.a.O., S. 189 ff., S. 196). Die Vorabklärung und die Untersuchung enthalten verschiedene konsensorientierte Elemente (Art. 26 Abs. 2 bzw. Art. 29 KG; vgl. zum Kartellgesetz 1985: BGE 117 Ib 481 ff.); soweit diese nicht bzw. erst im Untersuchungsverfahren zum Tragen kommen, endet bloss das kartellrechtliche (Gesamt-)Verfahren mit einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, indem die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats "über die zu treffenden

Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung" entscheidet. Erst im Untersuchungsverfahren, das - soweit nötig - allein in der Sache selber zu einem anfechtbaren verbindlichen Hoheitsakt führt, findet das VwVG (vollumfänglich) Anwendung, soweit dem nicht spezifische kartellrechtliche Regeln entgegenstehen; diese sind im Rahmen ihres wettbewerbsrechtlichen Zwecks indessen jeweils möglichst VwVG-konform auszulegen; zuvor gelten nur (aber immerhin) die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien (vgl. BGE 117 Ib 481 E. 5 - 8; BORER, a.a.O., N. 1 ff. und N. 12 ff. zu Art. 39 KG). Art. 25 VwVG bietet nicht Grundlage für einen (anfechtbaren) Entscheid, den die Ausgestaltung des spezifischen Verfahrensrechts (zivilrechtliches neben verwaltungsrechtlichem Kartellverfahren [vgl. zum Fusionsrecht: BGE 131 II 497 E. 5.5; zum Kartellrecht: BGE 130 II 521 E. 2.9, 149 E. 2.4 S. 156]) gerade ausschliesst. Anfechtbar sind nur der Endentscheid der Wettbewerbskommission nach Art. 30 KG bzw. allfällige Zwischen- oder Teilentscheide im Untersuchungsverfahren nach den einschlägigen Verfahrensregeln, hingegen nicht die im Kartellgesetz enthaltenen spezifischen Verfahrensschritte auf dem Weg zu diesem.

### 3.2

Mit der Einführung von Art. 49a KG hat sich an dieser spezialgesetzlichen Verfahrensordnung grundsätzlich nichts geändert:

**3.2.1** Im Vernehmlassungsverfahren war zwar die Verfassungsmässigkeit der Direktsanktionen umstritten, was das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement dazu veranlasste, ein Rechtsgutachten dazu einzuholen (Rhinow/Gurovits, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, in: RPW 2001/3, S. 592 ff.). Dieses kam zum Schluss, dass die "immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung" mit Blick auf das "durch das Legalitätsprinzip gebotene Erfordernis der genügenden Bestimmtheit" durch geeignete verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu mildern sei; die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG wäre "ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage" - so die Gutachter - "verfassungsrechtlich bedenklich". Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sehe jedoch vor, dass eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfalle, wenn das Unternehmen diese freiwillig melde, bevor sie Wirkung entfalten, was bewirke, "dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen" müssten; mit diesem Instrument hätten sie es in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen (S. 612). Der Bundesrat hat diese Auffassung in seinem Entwurf weitgehend übernommen: Es sei mit seiner Gesetzesvorlage sichergestellt, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssten (BBI 2002 2039 f.).

**3.2.2** Ziel der Regelung ist es damit zwar - wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen -, die Rechtssicherheit für die Betroffenen zu erhöhen; hieran

hat die Ergänzung des Meldeverfahrens durch das Widerspruchsverfahren in den parlamentarischen Beratungen grundsätzlich nichts geändert (vgl. Protokoll der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 26./27. Februar 2003, S. 24 ff.; AB 2003 S 333 ff., 2003 N 832). Die beabsichtigte Konkretisierung der sanktionierbaren Tatbestände sollte jedoch nicht soweit gehen, dass im Melde- und Widerspruchsverfahren - allein wegen des Sanktionsrisikos - die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der umstrittenen, allenfalls nach dem Widerspruch eingestellten bzw. trotz Meldung nicht umgesetzten Massnahme in einem eigenen Verfahren definitiv festgestellt werden müsste: Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt die Belastung mit direkten Sanktionen bereits dann nicht mehr, wenn dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens gemäss den Artikeln 26-30 mitgeteilt wird und jenes an der Wettbewerbsbeschränkung dennoch "festhält". Der Bundesrat hat unterstrichen, dass die direkte Verwaltungsanktion "nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden" kann (BBI 2002 2034). Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass bereits die Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in Abweichung vom kartellrechtlichen Verfahren zu einem rechtmittelfähigen (Feststellungs-)Entscheid nach Art. 25 VwVG führen müsste, wäre in den Beratungen hierauf hingewiesen worden. Ziel der Melderegulation war es, den Unternehmen zu ermöglichen, "sofort und mit minimalem Aufwand" eine allfällige Rechtsunsicherheit beseitigen zu können (BBI 2002 2039 f., vgl. DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 154; SCHALLER, a.a.O., S. 179), nicht mit dem Melderecht ein eigenständiges, neues Verfahren zu schaffen, in dem die gleiche Frage geprüft wird, wie dies an sich erst aufgrund zusätzlicher Abklärungen im Untersuchungsverfahren definitiv möglich ist. Während die Gutachter *Rhinow/Gurovits* - ohne sich jedoch mit dem bestehenden wettbewerbsrechtlichen Verfahrenssystem und der Doktrin bzw. der Praxis dazu vertieft auseinanderzusetzen - noch davon ausgingen, dass die Wettbewerbsbehörde die Unzulässigkeit der Abrede respektive Verhaltensweise "mit Verfügung festzustellen" habe, so dass der Rechtsweg geöffnet werde (RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 613), übernahm der Bundesrat diese Formulierung (gerade) nicht; er wies vielmehr daraufhin, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf Wunsch der beteiligten Unternehmen Zusammenarbeitsvorhaben "ohne besondere Förmlichkeiten" prüfen und den Unternehmen gegebenenfalls ausdrücklich mitteilen werde, "dass es aufgrund der eingereichten Unterlagen und Angaben keinen Anlass zum Einschreiten" sehe (BBI 2002 2039 f.; vgl. auch STOFFEL, a.a.O., S. 11 ff.).

**3.2.3** Die im Gutachten *Rhinow/Gurovits* geäusserten Bedenken bezogen sich auf die hinreichende *Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage* für direkte Sanktionen, denen (auch) Strafcharakter zukommt. Leitet das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Vorabklärungsverfahren ein, das nicht eingestellt wird, sondern - wie hier - mit einem (detaillierten) Schlussbericht endet, der die Anhaltspunkte nennt, die für eine unzulässige und damit allenfalls direkt sanktionierbare Beschränkung des

Wettbewerbs sprechen, verliert dieser Einwand weitgehend seine Berechtigung. Bei der parlamentarischen Neuformulierung von Art. 49a Abs. 3 KG ging es darum, Verhaltensweisen nicht sanktionsfrei zu lassen, bei denen nach einer ersten Prüfung durch das Sekretariat nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie wettbewerbswidrig sind, sollten sie weitergeführt, d.h. nicht sofort bis zum Abschluss der eingeleiteten kartellrechtlichen Verfahren eingestellt werden. Nicht jede Meldung schliesst somit die Möglichkeit direkter Sanktionen aus. Mit Blick auf die Offenheit der gesetzlichen Formulierungen wollte der Gesetzgeber die Unternehmen lediglich das Risiko einer allfälligen Rechtsunsicherheit nicht alleine tragen lassen, sondern das Sekretariat der Wettbewerbskommission in die Beurteilung bzw. Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen einbinden. Absolute Rechtssicherheit hinsichtlich allfälliger direkter Sanktionen sah er nur für den Fall vor, dass das Sekretariat nicht fristgerecht reagiert oder vor Fristablauf einen "Comfort-Letter" ausstellt; hingegen nicht, falls der Betroffene nach der Meldung trotz des Widerspruchs der Behörde an der bereits praktizierten Beschränkung festhält oder - wie hier - in Kenntnis des Schlussberichts diese dennoch unverändert umsetzen will. Das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG konkretisiert die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können.

**3.2.4** Das Bundesgericht hat sich in drei Entscheiden betreffend die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der Direktsanktionen denn auch bereits in diesem Sinn geäußert: Die Unternehmen hätten es mit dem Instrument der Meldung in der Hand, "dem Risiko einer direkten Sanktion in Fällen zu entgehen, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit ihres Verhaltens unsicher" sei. Im Unterschied zum Sanktionsausschluss nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG beziehe sich jener nach den Schlussbestimmungen nicht auf neue Sachverhalte, sondern auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Beeinträchtigungen würden einer Ordnung unterstellt, die "günstiger" sei als jene von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, weil der Ausschluss nicht durch eine Meldung, sondern auch durch die Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und grundsätzlich nicht wieder beseitigt werden könne. Der Gesetzgeber stelle an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss damit weniger hohe Anforderungen als an jenen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Trotz kleiner Unterschiede in der Ausgestaltung liege es nahe, "der Meldung gemäss Schlussbestimmung die gleiche Funktion einzuräumen wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG": Entscheidend für die Auslegung sei in beiden Fällen, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit verbunden sei, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Entsprechend dieser Funktion sei der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts (überhaupt) zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe für Verhaltensweisen nicht, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Ge-

genstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wüssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheine und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden könne; sie befänden sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (so das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.4 u. 3.5; vgl. auch die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006).

**3.2.5** Aufgrund des Wortlauts von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, seines systematischen Zusammenhangs mit der Übergangsbestimmung und des Gesetzeszwecks ist auch im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, ob eine Unsicherheit bzw. eine verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit besteht, die nach einer Korrektur ruft. Gestützt auf den Schlussbericht des Sekretariats vom 10. Juli 2006 und den Ausgang des Parallelverfahrens betreffend die VISA- und MasterCard-Kreditkarten ist dies nicht der Fall. Wollen die Beschwerdeführerinnen ihre Abrede umsetzen, haben sie das Risiko zu tragen, dass sich die Einschätzung des Sekretariats im Untersuchungsverfahren erhärten könnte. Hierin liegt keine stossende Rechtsschutzlücke, steht es ihnen doch jederzeit frei, die Ausgestaltung der umstrittenen Abrede den Überlegungen des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission im Verfahren VISA und MasterCard anzupassen und hernach im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG - ohne ein Sanktionsrisiko - ein neues Melde- und Widerspruchsverfahren einzuleiten.

### 3.3

Nichts anderes ergibt sich aus den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln und insbesondere aus Art. 25 VwVG:

**3.3.1** Nach Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht hiervon abweicht. Art. 49a und Art. 26 - 30 KG sehen - wie dargelegt - eine eigenständige Verfahrensregelung vor, welche einen selbständigen Feststellungsentscheid über die Unzulässigkeit bzw. Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ausschliesst. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren einen Anspruch auf eine (definitive) Beurteilung durch die Weko begründet, hätte er für das Wiederaufleben der Sanktionsdrohung nicht bereits die Mitteilung der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) genügen lassen, sondern direkt die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens verlangt (Art. 27 ff. KG). Die Frage, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, kann sinnvollerweise nicht im Rahmen eines Feststellungsverfahrens ohne die entsprechenden spezifischen Untersuchungsmöglichkeiten (vgl. etwa Art. 42 KG: Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen) beantwortet werden; ein Feststellungsanspruch gestützt auf Art. 25 VwVG würde die spezialgesetzliche Verfahrensregelung umgehen bzw. ihres Sinnes entleeren. Durch die Anerkennung eines solchen hätten es die Unternehmen in der Hand - selbst ohne Umsetzung ihres Vorhabens - über die Sanktions-

problematik weitgehend auf hypothetischen Grundlagen vorweg eine definitive Beurteilung in der Sache selber zu erwirken, was dem Kartellverfahrensrecht fremd ist. Verboten sind nicht Wettbewerbsabreden schlechthin, sondern allenfalls damit verbundene konkrete volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt; deren Erhebung und Gewichtung setzt voraus, dass die Absprache - zumindest vorübergehend - umgesetzt worden ist; nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission "über die zutreffenden [den Wettbewerb wiederherstellenden] Massnahmen", was sie vernünftigerweise nur tun kann, wenn die Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt eingetreten sind, so dass über deren Schädlichkeit für die definitive kartellrechtliche Beurteilung nicht nur - mehr oder weniger begründet - spekuliert werden kann.

**3.3.2** Unter diesen Umständen muss an sich nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob das zur Begründung des Feststellungsanspruchs erforderliche schutzwürdige Interesse bei meldefähigen, aber unkomplizierten Vorhaben, wie das Bundesverwaltungsgericht annimmt, "ohne weiteres" verneint werden müsste, hingegen wegen der "wettbewerbspolitisch offenen Normierung" des Kartellgesetzes sowie der "Komplexität der geplanten DMIF" im vorliegenden Fall zu bejahen wäre. Bei klar unproblematischen Sachverhalten (etwa beim Bestehen einer Freistellungsregelung) dürfte das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zum Vornherein kein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG einleiten bzw. bereits vor Ablauf der entsprechenden Frist eine "Unbedenklichkeitserklärung" ausstellen, womit eine nachträgliche direkte Strafanktion entfällt und sich die Frage nach dem Erlass einer Feststellungsverfügung gar nicht (mehr) stellen dürfte; auch Dritte könnten mangels Parteistellung keine solche erwirken (Art. 43 KG; vgl. BGE 130 II 521 ff.). Gegenstand einer Feststellungsverfügung kann zudem nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sachverhalts als solches bilden (Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für YVO HANGARTNER, St. Gallen/Lachen 1998, S. 229 ff., dort S. 237; Beatrice Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N. 6 zu Art. 25 VwVG). Im kartellrechtlichen Verfahren sind Sachverhalt und rechtliche Konsequenz derart eng verknüpft, dass die Verfügung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Verhaltensweise gleichzeitig weitgehend (auch) die Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts beschlägt, wofür der Gesetzgeber gerade die wettbewerbsrechtlichen (Sonder-)Verfahren (Art. 26 ff. KG) geschaffen hat. Deren Eigenheiten schliessen die Anwendung von Art. 25 VwVG in Fällen aus, in denen - wie hier - über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung (definitiv) entschieden werden müsste. Diese Beurteilung kann ausschliesslich in den Verfahren nach den Art. 26 ff. KG erfolgen, was einem Feststellungsanspruch wegen dessen subsidiären Charakters entgegensteht (vgl. Weber-Dürler, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 25 VwVG).

**3.3.3** In diesem Sinn sind die Ausführungen der Vorinstanzen zu verstehen, dass keine "feststellungsfähige Einzelrechtsfrage" bzw. ein "dynamischer Prozess" vorliege, welcher dem Erlass einer Feststellungsverfügung entgegenstehe. In der Sache geht es um die Frage, ob und wieweit ein bestimmter künftiger Sachverhalt hinreichend konkretisiert ist, um darauf beruhende Rechte und Pflichten bereits verbindlich feststellen zu können (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N. 3 zu Art. 25 VwVG). Zwar lässt Art. 25 Abs. 1 VwVG auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten zu, die auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen (vgl. BGE 98 Ib 457 E. 6b S.460; 108 Ib 540 E. 3); hiervon ausgenommen sind indessen Gesuche, mit denen die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen sich - unter Umständen wiederholt - zu theoretischen Vorgehensvarianten äussern müssten, um der gesuchstellenden Person eine optimale Gestaltung ihrer Verhältnisse zu ermöglichen. Das Feststellungsinteresse ist in diesem Fall nur schutzwürdig, wenn es der Verwaltungsökonomie vorgeht (vgl. WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N. 18 zu Art. 25 VwVG; vgl. BGE 108 Ib 540 E. 3 S. 546). Dies ist hier nicht der Fall: Das kartellrechtliche (Gesamt-)Verfahren sieht die Möglichkeit des Abschlusses einvernehmlicher Regelungen vor, in deren Rahmen zwischen den Behörden und den meldenden Unternehmen verhandelt werden kann; es ist für Optimierungsmöglichkeiten deshalb in erster Linie dieses zu durchlaufen. Im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG erhält der Betroffene eine Einschätzung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission, die es ihm erlaubt, seine Verhaltensweise so anzupassen, dass er keine direkten Sanktionen zu befürchten hat; allfällige Korrekturen kann er wiederum melden, womit er sich über das Widerspruchsverfahren bezüglich des Sanktionsrisikos jederzeit Klarheit verschaffen und im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse einen definitiven, anfechtbaren Entscheid der Wettbewerbsbehörden erwirken kann, falls er - trotz Widerspruchs - an seiner Verhaltensweise festhalten und diese definitiv umsetzen will. Es besteht deshalb keine Veranlassung, neben den kartellrechtlichen Verfahren einen eigenen Feststellungsanspruch in Bezug auf Rechte und Pflichten bezüglich eines hypothetischen, zukünftigen Sachverhalts anzuerkennen, zumal die Beschwerdeführerinnen am 6. April 2006 selber beantragt haben, das Verfahren "baldmöglichst" mit einer "einvernehmlichen Regelung" abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei, und sie damit zu erkennen gaben, dass sie die Abrede unter Umständen gar nicht in der ursprünglichen Form umzusetzen beabsichtigten. Sie können im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission jederzeit wieder ein entsprechend modifiziertes Vorhaben melden.

**3.4** Zusammengefasst ergibt sich somit, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein kartellrechtliches Sonderverfahren darstellt, das nicht durch eine Verfügung abgeschlossen wird und zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt. Das Widerspruchsverfahren dient in Ergänzung zur allgemeinen Beratungstätigkeit des Sekretariats (Art. 23 Abs. 2 KG) als

Vorverfahren dazu, den Betroffenen eine erste Einschätzung der von ihnen geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen. Sie haben nach der Meldung ein Recht auf eine "angemessene Reaktion" der Wettbewerbsbehörden, andernfalls die (direkte) Sanktionsmöglichkeit entfällt; es besteht in diesem Verfahrensabschnitt indessen kein Anspruch auf eine abschliessende, abstrakte materielle Beurteilung der Abrede oder Verhaltensweise als solche (vgl. DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 164; SCHALLER, a.a.O., S. 179 f.). Das Widerspruchsverfahren führt zu keiner definitiven Beurteilung des Sachverhalts; eine solche kann auch nicht über Art. 25 VwVG erzwungen werden, da ohne Umsetzung der Abrede der (künftige) Sachverhalt nicht hinreichend bestimmt erscheint, um die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bereits genügend sicher abschätzen zu können. Es ist praktisch unmöglich, die Rechtslage vor der Umsetzung der Wettbewerbsabrede vollumfänglich zu erfassen, wenn diese nur direkt sanktionierbar sein soll, falls sie tatsächlich sozial oder wirtschaftlich schädliche Auswirkungen im Markt nach sich zieht. Der institutionelle Widerspruch zwischen der gewünschten Rechtssicherheit einerseits und der präventiven Wirkung der direkten Sanktionen andererseits wird durch die Meldemöglichkeit zwar nicht behoben (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 8), aber auf ein verfassungsrechtlich tragbares Mass reduziert. Entscheidend ist die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage. Teilt das

betroffene Unternehmen dessen Einschätzung nicht, trägt es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetzt und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran zur gleichen Beurteilung kommen wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat.

#### 4.

**4.1** Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

**4.2** Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

#### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. [...] werden den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft auferlegt.

#### 3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

D	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Tribunale federale

**SCHWEIZ**

PATRICK KRAUSKOPF, DELPHINE ROCHAT: Wirksame kartellrechtliche Compliance, in: Anwaltspraxis/Pratique du barreau 2/2009, p. 70 ss.

OLIVIER SCHALLER: Ce qu'il faut retenir des (r)évolutions cartellaires 2008, in: Anwaltspraxis/Pratique du barreau 2/2009, p. 85 ss.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	<b>H</b>	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>Q</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>R</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	<b>V</b>	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>X</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Y</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Z</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 7
  - Abrede 2, 4, 7 ff., 63, 77, 81, 91, 109 ff., 114 ff.
  - Acquiring 53, 109
  - Anhörung -
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 3 f., 87, 93, 109
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste 97 f., 102 f., 105 ff.
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 3, 109
  - Domestic Interchange Fee 109
- E**
- Effizienzgründe 109, 112
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 10, 13, 109
  - Erheblichkeit -
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-  
mitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 2, 3, 17 f., 32 f., 45 f., 109 ff.
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 6 ff., 97, 99 ff., 104 f.
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1, 7, 63, 77,  
81, 85, 103
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer 3
  - Kreditkarten 109, 114 f.
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
  - marktbeherrschende Stellung 3 ff., 59, 61 f., 64 ff., 78 ff., 82 ff.,  
92 f., 95, 97ff., 101 f., 106
  - Marktgegenseite 61, 64 f., 78 f., 83, 92, 102 f.,
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 62, 66, 104 f.
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht 61, 63, 64, 77 f., 81 f., 86, 91 f.
  - Missbrauch 2 f., 6, 8, 110, 113
- N**
- Netzwerk -
  - Netzwerkkosten 109
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb -
  - Preisabrede 2, 4, 109
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 9 f.
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 9
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 2, 11, 50, 53
  - Submissionskartell 2, 8
- T**
- Tarife 1, 4 ff.
  - Tarifvertrag -
  - Tierärzte/innen -
  - Transparenzmassnahmen -
- U**
- Umstossung der Vermutung -
  - Untersuchung 1 ff., 5 ff., 89 f., 100 ff., 109 ff.
  - unzulässige Wettbewerbsabrede 3, 9

---

<b>V</b>		<b>W</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		Wettbewerb um den Markt -
Veröffentlichung 5		<b>X</b>
Verschulden -		<b>Y</b>
Vierparteiensysteme -		<b>Z</b>
vorbehaltene Vorschriften 91		Zahlungsmittel -
vorgezogene Recyclinggebühren -		zweiseitige Märkte -

---