

**RPW**

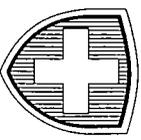
**Recht und Politik des Wettbewerbs**

**DPC**

**Droit et politique de la concurrence**

**DPC**

**Diritto e politica della concorrenza**



Schweizerische Wettbewerbsbehörden  
Autorités suisses de la concurrence  
Autorità svizzere della concorrenza

**1997/4**

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by

© Copyright by

© Copyright by

Wettbewerbskommission

Commission de la con-

Commissione della con-

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

currence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

correnza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Vertrieb

Vente.

Vendita

Eidgenössische Druck-  
sachen- und Material-  
zentrale  
CH-3000 Bern

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

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

Preis Einzelnummer.

Prix au numéro

Prezzo per esemplare

Fr 25 --

Fr. 25 --

Fr 25 --

Preis Jahresabonnement.

Prix de l'abonnement annuel

Prezzo dell'abbonamento

Fr 80.--

Fr 80.--

Fr 80.--

(Form. 701 000 97/4)

**RPW**

**Recht und Politik des Wettbewerbs**

**DPC**

**Droit et politique de la concurrence**

**DPC**

**Diritto e politica della concorrenza**

**1997/4**

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

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

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

Dezember / décembre / dicembre 1997

<b>Systematik</b>	<p><b>A Tätigkeitsberichte</b>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B Verwaltungsrechtliche Praxis</b>  B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission  B 2 Wettbewerbskommission  B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  B 4 Bundesgericht  B 5 Bundesrat  B 6 Preisüberwacher</p> <p><b>C Zivilrechtliche Praxis</b>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D Entwicklungen</b>  D 1 Erlasse  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Diverses</b></p>
<b>Systématique</b>	<p><b>A Rapports d'activité</b>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B Pratique administrative</b>  B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence  B 2 Commission de la concurrence  B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence  B 4 Tribunal fédéral  B 5 Conseil fédéral  B 6 Surveillant des prix</p> <p><b>C Pratique des tribunaux civils</b>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D Développements</b>  D 1 Actes législatifs  D 2 Publications / Bibliographie</p> <p><b>E Divers</b></p>
<b>Sistematica</b>	<p><b>A Rapporti d'attività</b>  A 1 Commissione della concorrenza  A 2 Sorveglianza dei prezzi</p> <p><b>B Prassi amministrativa</b>  B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza  B 2 Commissione della concorrenza  B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza  B 4 Tribunale federale  B 5 Consiglio federale  B 6 Sorvegliante dei prezzi</p> <p><b>C Prassi dei tribunali civili</b>  C 1 Tribunali cantonali  C 2 Tribunale federale</p> <p><b>D Sviluppi</b>  D 1 Atti legislativi  D 2 Pubblicazioni / Bibliografia</p> <p><b>E Diversi</b></p>

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****1997 / 4**

Seite

**A Tätigkeitsberichte  
Rapports d'activité  
Rapporti d'attività****A 1 Wettbewerbskommission  
Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza**

- |                          |     |
|--------------------------|-----|
| 1. Jahresbericht 1997    | 411 |
| 2. Rapport annuel 1997   | 426 |
| 3. Rapporto annuale 1997 | 439 |

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

- |   |     |
|---|-----|
| 1.1 Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs            | 452 |
| 1.2 Kodex zwischen Krankenversicherern                  | 460 |
| 1.3 Schiffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees     | 465 |
| 1.4 Auto Assistance Schweiz (AAS)                       | 469 |
| 1.5 Kaminfegerwesen im Kanton Zug                       | 472 |
| 1.6 Chambre fiduciaire                                  | 479 |
| 1.7 Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern | 481 |
| 1.8 Marché suisse de la certification                   | 487 |

**B 2 Wettbewerbskommission  
Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza****1. Untersuchungen / Enquêtes / Inchieste**

- |                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 2.1 Recymet SA                      | 490 |
| 2.2 Telecom PTT-Fachhändlerverträge | 506 |

**2. Unternehmenszusammenschlüsse / Concentrations  
d'entreprises / Concentrazioni di imprese**

2.1 Valiant Holding / Bank in Langnau	515
2.2 Anzeiger von Uster AG / Druckerei Wetzikon AG	519
2.3 Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen	524
2.4 Adtranz CH / Schindler Waggon AG	532
2.5 Siemens / Elektrowatt	540
2.6 Watt AG	558
2.7 Fastbox Ticketservice AG	572

**3. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi**

3.1 Revision des Luzerner Beurkundungsgesetzes	576
3.2 Projet de Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (pLLCA) - Résultats de la procédure de consultation et suite des travaux	579
3.3 Projet de loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administra tives du canton du Valais	582
3.4 Teilrevision der IKS-Richtlinien	584
3.5 Submissionentwürfe der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt	591

**4. Diverses / Divers / Diversi**

4.1 Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission	593
4.2 Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence	598

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

1. Recymet SA (vorsorgliche Massnahmen)	602
2. Telecom PTT / Blue Window (Abschreibungsverfügung)	615

**B 4 Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale**

1. Künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen)	618
--	-----

<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 1</b>	<b>Kantonale Gerichte</b>	
	<b>Tribunaux cantonaux</b>	
	<b>Tribunali cantonali</b>	
	1. Teilnahme an einer Fachmesse (Handelsgericht des Kt. Aargau)	626
	2. Fluggesellschaften (Handelsgericht des Kt. Zürich)	635
<b>C 2</b>	<b>Bundesgericht</b>	
	<b>Tribunal fédéral</b>	
	<b>Tribunale federale</b>	
	1. Heures de fermeture des magasins	640
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
	<b>Développements</b>	
	<b>Sviluppi</b>	
<b>D 2</b>	<b>Bibliographie / Publications / Pubblicazioni</b>	649
	<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	
	<b>Registre des abréviations</b>	650
	<b>Indice delle abbreviazioni</b>	

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

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

#### **A 1      1. Jahresbericht 1997**

##### **1.1 Einleitung**

Das neue Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG) ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. Die Ereignisse der neuen Rechtsanwendung gilt es übersichtlich und transparent darzustellen, damit in der Praxis rasch eine präventive Wirkung erzielt werden kann. Die Wettbewerbskommission hat sich deshalb entschlossen, die Verfügungen und Entscheide aller Wettbewerbsbehörden möglichst umfassend im neugeschaffenen Publikationsorgan «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) zu publizieren. Die neue Publikation ersetzt die «Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers» (VKKP).

##### **1.2 Organisation der Wettbewerbsbehörden**

###### **1.2.1 Die Wettbewerbskommission**

Sie hat im ersten Jahr ihrer Tätigkeit zweimal pro Monat getagt und damit ihren Arbeitsrhythmus gefunden. In den drei Kammern (Produktmärkte, Dienstleistungsmärkte und Infrastrukturmärkte) wurden die Geschäfte für die Plenarsitzungen vorbereitet. Gemäss Kartellgesetz kann die Kommission ihre Kompetenzen weitgehend an die Kammern delegieren (Art. 19 Abs. 1 2. Satz KG). In der Startphase wurden jedoch sämtliche Verfügungen und Entscheide im Plenum getroffen, um eine einheitliche und kohärente Praxis sicherstellen zu können (Art. 26 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 30. September 1996, Wettbewerbskommission.R). Ab Januar 1998 werden die Kompetenzen jedoch sukzessive an die Kammern übertragen (Art. 26 Wettbewerbskommission.R). Auf Antrag von mindestens drei Kommissionsmitgliedern oder der zuständigen Kammer sind die Geschäfte weiterhin im Plenum zu entscheiden (Art. 4 Abs. 4 Wettbewerbskommission.R).

Die Zahl der Fälle wird mit Sicherheit zunehmen. Durch die Verlagerung der Kompetenzen an die drei Kammern sowie durch die zunehmende Praxis und Erfahrung sollten die Verfahren jedoch eher kürzer werden.

Dem Präsidium kommt bei der Behandlung von Kommissionsgeschäften sowie bei der Zusammenarbeit mit dem Sekretariat eine zentrale Rolle zu. Es ist deshalb zu bedauern, dass die Rekurskommission dem Präsidium die Kompetenz zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen - mit Ausnahme von äusserst dringlichen Fällen - abgesprochen hat. Durch diesen Entscheid, der vom Bundesgericht bestätigt wurde, ist grundsätzlich die Plenarkommission für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zuständig. Das Verfahren wird damit schwerfällig und ist gerade für vorsorgliche Massnahmen, die rasch entschieden werden sollten, wenig geeignet. Es drängt sich - in diesem Punkt - möglicherweise eine weitere Teilrevision des Gesetzes auf.

### **1.2.2 Das Sekretariat**

Der Personalbestand konnte - wie vorgesehen - massiv erhöht werden. Diese Massnahme war notwendig, um die mit der Inkraftsetzung des neuen Gesetzes anfallenden zusätzlichen Arbeiten bewältigen zu können.

Das neue Gesetz weist dem Sekretariat umfassendere Aufgaben bei der Erledigung von Vorabklärungen (die neu in die alleinige Kompetenz des Sekretariats fallen) sowie bei der Vorbereitung und Instruktion von Untersuchungen (die der Kommission zum Entscheid vorgelegt werden) zu.

### **1.2.3 Die Zusammenarbeit mit Zivilgerichten**

Art. 15 KG verpflichtet die Richter dazu, Dossiers in zivilrechtlichen Verfahren der Wettbewerbskommission zu unterbreiten, sobald die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Um die Bedeutung dieser Regelung klarzustellen und die Kompetenzen in diesem Verfahren zu regeln, hat die Wettbewerbskommission mit Vertretern des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte ein Gespräch geführt. Die Schlussfolgerungen aus diesem Gedankenaustausch wurden in einem informellen Papier festgehalten (s. infra S. 593 ff.).

### **1.2.4 Die Zusammenarbeit mit dem Preisüberwacher**

Der Preisüberwacher nimmt mit beratender Stimme an den Sitzungen der Wettbewerbskommission teil. Sein Stellvertreter trifft sich monatlich mit dem Direktor des Sekretariats zu einem Koordinationsgespräch. Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden funktioniert ausgezeichnet.

## **1.3 Die Anwendung des Gesetzes**

Auch wenn ein endgültiges Urteil über die Wirkungen des neuen Gesetzes noch verfrüht ist, können doch bereits einige Schlüsse aus seiner bisherigen Anwendung gezogen werden. Den Kompetenzen der Kommission entsprechend, gingen die Interventionen in folgende vier Hauptrichtungen:

### **1.3.1 Unzulässige Wettbewerbsabreden**

Die Kommission konnte sich gemäss den Übergangsbestimmungen des Kartellgesetzes (Art. 62 Abs. 2 KG) während einer Übergangsfrist von sechs Monaten nicht mit Wettbewerbsabreden befassen. Faktisch bewirkte dies eine Inkraftsetzung des Gesetzes für Abreden auf den 1. Januar 1997. Der Zeitbedarf für das ganze Untersuchungsverfahren hat dazu geführt, dass in diesem Jahr erst wenige Entscheide gefällt werden konnten. Aufgrund von Art. 5 KG wurden acht Untersuchungen eröffnet und fünf abgeschlossen.

Dazu folgende zwei Bemerkungen: Die Kommission hat die Untersuchung «Sammelrevers Musiknoten» abgeschlossen, die weniger wegen ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung, sondern mehr wegen ihrer wettbewerbsrechtlichen Problemstellung bedeutsam ist. Sie hat dabei festgestellt, dass die Bündelung von Verträgen zwischen Verlegern und Händlern den horizontalen Wettbewerb einschränkt, und dass diese Einschränkung, weil sie den Preis betrifft, unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Diese Vermutung wurde von den Beteiligten nicht umgestossen. Die Verfügungsadressaten haben den Entscheid an den Bundesrat weitergezogen, um eine ausnahmsweise Zulassung aus überwiegend öffentlichen Interessen zu erwirken.

Die Kommission und ihr Sekretariat haben bei mehreren Berufsverbänden interveniert, um eine Änderung der aktuellen Wettbewerbsstrukturen zu erwirken. Mit dem neuen Gesetz wurde bereits eine spürbare Sensibilisierung der angesprochenen Kreise für Wettbewerbsfragen erreicht. Wichtige Reformen wurden bereits eingeleitet, andere sind noch in Diskussion. Gespräche wurden mit den Anwälten, den Ärzten, den Apothekern und der gesamten Medikamentenverteilbranche, den Notaren und dem SIA geführt. Bei den Sportverbänden hat die Kommission eine erste Bekanntmachung (Art. 6 KG) über Homologisierung und Sponsoring im Bereich Sportartikel erlassen.

### **1.3.2 Der Kampf gegen den Missbrauch von marktmächtigen Stellungen**

Die jüngsten Entwicklungen in der Schweiz und im Ausland haben dazu geführt, dass weniger die Absprachen als die marktbeherrschenden Stellungen zu wettbewerblichen Problemen führen. Die Kommission sah sich veranlasst, mehrere Untersuchungen zu eröffnen, die teilweise noch hängig sind.

Im Zentrum stehen hier die Untersuchungen gegen PTT Telecom (heute Swisscom): Der Übergang von einem reglementierten System in ein offenes ist aus wettbewerblicher Sicht immer heikel, da die Versuchung für die (ehemalige) Monopolunternehmung gross ist, in der

Übergangsphase von ihrer Vormachtsstellung zu profitieren, um ihre Position auf dem sich neu formierenden Markt zu festigen.

### **1.3.3 Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen**

Die Zusammenschlusskontrolle ist die auffallendste Neuerung im Kartellrecht. Es ist aber heute noch zu früh, ein Urteil über deren Effektivität zu bilden.

Wurde 1996 bloss ein Unternehmenszusammenschluss gemeldet, so waren es 1997 bereits 23. In vier Fällen eröffnete die Kommission das Prüfungsverfahren. Somit wurde in ca. 18% der gemeldeten Fälle eine Prüfung durchgeführt. Dieser Schnitt ist ca. dreimal so hoch wie jener in der EU.

Materiell gab insbesondere die Nichteinleitung des Prüfungsverfahrens im Fall Migros/Globus zu Kritik Anlass. Auch endeten die Prüfungen immer mit Zulassungen ohne Bedingungen und Auflagen. Hierzu ist festzuhalten, dass erstens die Schwellen, ab welchen eine Zulassung mit Bedingungen und Auflagen oder gar eine Untersagung möglich ist, vom Gesetzgeber bewusst höher als z.B. in der EU angesetzt wurde. Zweitens ist Grösse an und für sich nichts Verwerfliches, sie darf aber nicht zur Beseitigung des Wettbewerbs führen. Migros ist zwar gross; Coop, Denner, die Nordmann-Mauss-Läden, Volg, die Primo- und Vis-à-vis-Ketten sind aber zweifellos sehr ernstzunehmende Wettbewerber. Es zeigten sich deshalb keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Bei den Prüfungen hat sich die Wettbewerbskommission im Fall Gasser/Tschudi vor dem Schlussentscheid mit den Parteien auf die notwendigen Bedingungen zur Zulassung des Zusammenschlusses geeinigt. Im Fall Siemens/Elektrowatt vereinbarten die Parteien mit der EU-Kommission, dass der Bereich Payphones (Landis & Gyr Communications) abgestossen würde. Diese Zusage hat für die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz wenig Einfluss, da Siemens in diesem Bereich bisher nicht tätig war. Im Fall «Le Temps» stellte die Kommission fest, dass der Wettbewerb durch den Zusammenschluss zwar beseitigt würde, dass der Zusammenschluss aber nicht Ursache für die Beseitigung des Wettbewerbs sei, da in der Romandie nur für eine derartige Zeitung Platz ist.

Die Zusammenschlussverfahren haben einen grossen Teil der Arbeitskapazitäten des Sekretariates absorbiert. 1998 kann aber davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsaufwand mit zunehmender Praxis geringer ausfallen wird.

### **1.3.4 Empfehlungen an Behörden**

Ein wichtiger Aufgabenbereich der Kommission ist die Überprüfung der Gesetzgebung (des Bundes, der Kantone und der Gemeinden) im Hinblick auf deren Wettbewerbswirkung.

Die Kommission und ihr Sekretariat äusserten sich in etlichen Vernehmlassungsverfahren und Ämterkonsultationen. Generell ist festzustellen, dass heute in der Verwaltung und im Parlament ein besseres Verständnis für Wettbewerbsfragen vorhanden ist, auch wenn protektionistische Reflexe nach wie vor tief verankert sind.

Eine wichtige Empfehlung betraf den Markt für Telekommunikation und die Beteiligung der Swisscom an der Cablecom. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Liberalisierung, insbesondere die Pflicht zur Interkonnektion, nicht genügt, um ab 1998 wirksamen Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten herzustellen. Nur eine organisatorische Trennung der Telefonnetze und der Kabelnetze ist geeignet, die faktische Monopolstellung der Swisscom in diesen Märkten angreifbar zu machen. Der Bundesrat hat entschieden, der Empfehlung nicht zu folgen.

Mit der Übertragung der Umsetzung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM) wurden die Kompetenzen der Kommission erweitert. Insbesondere aufgrund der Bestimmung über die öffentlichen Beschaffungen hat die Kommission und ihr Sekretariat in mehreren laufenden Gesetzgebungsverfahren Stellungnahmen abgegeben. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die Kommission die Konferenz der kantonalen Bau- und Planungsdirektoren kontaktiert hat, um auf die Verankerung von wettbewerbskonformen Bestimmungen in der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und in den kantonalen Submissionsgesetzen und -verordnungen hinzuwirken. Um die laufenden Verfahren nicht zu stören, hat die Kommission jedoch weitgehend auf die Abgabe von Empfehlungen verzichtet.

## **1.4 Tätigkeiten des Sekretariats**

### **1.4.1 Allgemeines**

In den Marktdiensten standen vorläufige Prüfungen und Prüfungen von Unternehmenszusammenschlüssen im Vordergrund der Tätigkeit. Da diese Dienste ihren Personal-Sollbestand erst gegen Ende Jahr erreichten, konnten nicht alle Pendenzen, vor allem im Bereich Absprachen und Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, nach Plan erledigt werden.

Der Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» unterstützte die Marktdienste, indem er deren Berichtsentwürfe auf einheitliche Rechtsanwendung überprüfte, Grundsatzfragen zu den

Bestimmungen des KG bearbeitete und zwei Ausbildungsprogramme für neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durchführte.

#### 1.4.2 Dienst «Produktmärkte»

a) **Unternehmenszusammenschlüsse:** Als besonders anspruchsvoll und arbeitsintensiv erwiesen sich die vorläufigen Prüfungen der Zusammenschlüsse von Migros und Globus, von Siemens und Elektrowatt sowie von Roche und Corange (Boehringer Mannheim und De Puy). In diesen wie in fünf weiteren Zusammenschlüssen, die vom Dienst «Produktmärkte» bearbeitet wurden, fanden sich jedoch keine Anhaltspunkte für die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Im Fall Siemens / Elektrowatt konnte dieser Schluss erst nach eingehender Prüfung gezogen werden, während bei den anderen Zusammenschlüssen die Voraussetzung zur Einleitung dieser Prüfung nicht gegeben waren. Bei der Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens von Rhône Poulenc und Merck erfolgte möglicherweise eine verspätete Meldung, weshalb ein Sanktionsverfahren in die Wege geleitet werden musste.

b) **Landwirtschaft:** Die Untersuchung gegen Migros und Coop wegen Abreden betreffend Auflagen an die Zulieferanten zur artgerechten Fütterung sowie Auflagen an Unternehmen der Schlachtabfall-Entsorgung wurde durch die Wettbewerbskommission ohne Folgen eingestellt, nachdem Migros und Coop das beanstandete Verhalten aufgegeben hatten.

Die Untersuchung gegen den Schweizerischen Verband für Künstliche Besamung (SVKB) hat sich demgegenüber verzögert. Sie erweist sich als überaus komplex, da die marktbeherrschende Stellung des SVKB auf die Zeit vor der Liberalisierung der künstlichen Besamung zurückzuführen ist und sein Verhalten von den anerkannten Zuchtverbänden, die im Bereich der Rindviehzucht zugleich kommerzielle und hoheitsrechtliche Aufgaben wahrnehmen, mitbestimmt wird.

c) **Metall- und Maschinenindustrie:** Gemäss einem Entscheid der Wettbewerbskommission vom 20. Januar 1997 werden Automobil-Händlerverträge als wettbewerbsrechtlich unbedenklich betrachtet, sofern sie mit den «Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Händlerverträge im Automobilhandel», welche die Kartellkommission Anfang 1996 erlassen hatte (vgl. VKKP 3/1996), oder mit der entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnung der EU (GVO Nr. 1475/95) übereinstimmen. Im Verlauf des Jahres 1997 hat der Dienst «Produktmärkte» die Muster-Händlerverträge praktisch sämtlicher Marken auf dem schweizerischen Markt geprüft und als mit diesen Kriterien übereinstimmend befunden. Die Händler wurden gegen Ende Jahr dazu aufgerufen, Abweichungen von den Musterverträgen beim Se-

ekretariat der Wettbewerbskommission anzuzeigen. Zur Zeit werden aufgrund entsprechender Eingaben von Händlern Nachprüfungen vorgenommen. Gegen Hersteller/Importeure, die den «Rahmenbedingungen» oder der GVO zuwiderhandeln, könnten direkt Untersuchungen eingeleitet werden.

- d) **Bauwirtschaft:** Eine Vorabklärung über die Verwendung von Kalkulationshilfen im Bodenleger-Gewerbe konnte ohne Folgen abgeschlossen werden. Eine eingehende Nachkontrolle der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Zementmarkt und auf den Märkten für Sand und Kies musste dagegen auf das kommende Jahr verschoben werden.
- e) **Konsumgüter:** Ausgehend von Vorarbeiten der Kartellkommission und des Sekretariats der Wettbewerbskommission wurde eine Untersuchung über die Nachfragemacht im Detailhandel eingeleitet. Dabei wird geprüft, ob Abreden über die Beschaffung zwischen Unternehmen/Unternehmensgruppen des Detailhandels bestehen und ob diese mit Art. 5 KG vereinbar sind.

Wettbewerbliche Probleme ergeben sich im Bereich der Sportartikel, indem bei vielen Verbänden ein Zusammenhang zwischen der Homologation von Sportgeräten und dem Sponsoring durch Sportgerätelieferanten besteht. Der Dienst «Produktmärkte» hat zuhanden der Wettbewerbskommission eine allgemeine Bekanntmachung zu dieser Problematik vorbereitet, in der unter anderem die Regel aufgestellt wird, dass Homologation und Sponsoring getrennt werden müssen.

Eine Vorabklärung betreffend Imkereibedarf und eine solche betreffend den selektiven Vertrieb von Yamaha-Musikinstrumenten konnten im Berichtsjahr ohne weitere Folgen abgeschlossen werden. Dagegen wurde gegen Minolta eine Untersuchung wegen Nicht-Belieferung von Reparaturbetrieben mit Original-Ersatzteilen eröffnet.

- f) **Investitionsgüter:** Im Investitionsgüterbereich wurden unter anderem Vorabklärungen im Bereich Wartung von Heizsystemen sowie im Bereich reine Gase und Mischgase abgeschlossen und in Untersuchungen überführt. Eine weitere Vorabklärung gegen die Interessengemeinschaft der Wellpappenhersteller konnte ohne Folgen geschlossen werden.
- g) **Verschiedenes:** Im Dienst «Produktmärkte» wird eine weitere allgemeine Bekanntmachung über die Zulässigkeit von Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen vorbereitet.

### 1.4.3 Dienst «Dienstleistungen»

- a) **Gesundheitswesen:** Das schweizerische Gesundheitswesen steht in einem ausgeprägten Wandel. Das neue Krankenversiche-

rungsgesetz (KVG) setzt auf Wettbewerb unter Leistungserbringern und unter Versicherungsunternehmen. Unter dem Druck hoher Kosten und steigender Versicherungsprämien werden neue Versicherungsprodukte entwickelt, die auch das Verhältnis zwischen Versicherungen und Leistungserbringern beeinflussen. Das Bestreben, das Prämienwachstum zu begrenzen, schlägt sich denn auch in vielen Märkten in Form einer Selektionierung der Leistungserbringer und damit in einem Abbau überhöhter Kapazitäten nieder. Entsprechend verändern sich die Kräfteverhältnisse auf den Gesundheitsmärkten, was beispielsweise eine Aufweichung der kartellistischen Ordnung von Leistungserbringern bewirkt.

Dieser Veränderungsprozess zeigt sich denn auch in der hohen Zahl von Fällen in diesem Bereich. Im Arzneimittelmarkt bildet die privatrechtliche Ordnung Gegenstand einer kartellrechtlichen Beurteilung. In diesem Zusammenhang wird auch das neue Abgeltungsmodell für Leistungen der Apotheker geprüft. Ferner war das Sekretariat im Bereich der Heilmittelgesetzgebung und insbesondere in der Frage der Parallelimporte von Arzneimitteln und medizinischen Geräten aktiv. Behandelt werden weiter Abreden über die Honorare für die privatarztliche Tätigkeit (einseitige Verbandstarife der bernischen Ärztesgesellschaft). Darüberhinaus befasste sich das Sekretariat mit neuen Hausarztmodellen. Auf Seiten der Ärzteschaft stossen diese etwa im Falle Swica gegen Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich auf starken Widerstand, da sich diese einer Selektionierung durch die Versicherten entgegenstellt. In diversen zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren steht andererseits das Verhalten der Versicherer bei der stationären halbprivaten Versorgung zur Beurteilung (Berner Privatspitäler gegen Visana und CSS, Genfer Privatspitäler gegen COSAMA). Versicherungsprodukte mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit bzw. die Erstellung von Spitalerlisten werden von den (Privat-) Spitälern als missbräuchliche Ausübung von marktbeherrschenden Stellungen oder als unzulässige Wettbewerbsabreden qualifiziert.

Das Ziel der Tätigkeit besteht vor allem darin, sicherzustellen, dass der Wandel in den Gesundheitsmärkten und damit die erstarkende Funktion des Wettbewerbs nicht in Frage gestellt wird.

- b) **Banken / Versicherungen:** Im Zentrum der Aktivitäten haben eine Vielzahl von Unternehmenszusammenschlüssen gestanden (insbesondere GECC/Aufina, Bank in Langnau/Valiant, CS/Winterthur). In den bis zum Berichtszeitpunkt abgeschlossenen Vorprüfungen erwiesen sich die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung als nicht erfüllt. Wesentlich waren ferner diverse Stel-

lungnahmen zu Gesetzgebungsprojekten des Bundes (Bankengesetz, insbesondere Status der Kantonalbanken, Börsengesetzgebung, Ausführungsverordnungen). In diesem Bereich zielte die Aktivität des Sekretariates vor allem darauf, Wettbewerbsverzerrungen zwischen Geschäfts- und Kantonalbanken zu beseitigen. In drei erst teilweise abgeschlossenen Fällen hat sich das Sekretariat mit Marktstellung und -verhalten von Kreditkartenunternehmen befasst.

- c) **Freie Berufe / Werbung / Beratung:** Die Tätigkeit der freien Berufe ist einerseits durch verbandliche, andererseits oft auch durch staatlich gesetzte Wettbewerbsbeschränkungen geprägt. Gegenstand zahlreicher Vorabklärungen in den verschiedensten Berufsrichtungen bildeten im Berichtsjahr v.a. privatrechtliche Regelungen betreffend Honorare und Werbung. Dies betrifft beispielsweise Anwälte, Notare, Patentanwälte, Ärzteschaft, Treuhänder, Immobilientreuhänder, Übersetzer. Ziel dieser Tätigkeit ist es, harte Kartelle (Preisabreden) aufzuspüren und diese, soweit sie noch existieren, aufzuheben. Die staatlichen Restriktionen im Bereich der freien Berufe werden demgegenüber 1998 aufgegriffen. Im Bereich der Werbung hat die Aussenwerbung viel Aufmerksamkeit beansprucht. Zur Diskussion stehen hier einerseits die Vergabepaxis von Kantonen und Gemeinden, andererseits die Marktstellung des in der Aussenwerbung bisher wichtigsten Unternehmens sowie dessen Verhältnis zu den Gemeinden (Fälle J. C. Decaux, APG/Gemeinden). Im Beratungsgeschäft war die Tätigkeit vor allem durch zwei gewichtige Unternehmenszusammenschlüsse geprägt, die im Berichtsjahr noch nicht abgeschlossen werden konnten (STG Coopers & Lybrand/Revisuisse Price Waterhouse, Atag Ernst & Young/KPMG).
- d) **New Public Management:** Im Anschluss an eine Vorabklärung über die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) befasste sich das Sekretariat mit einem Gesetzgebungsprojekt, das die Stellung der SMA im Wettbewerb betrifft (Bundesgesetz für Meteorologie und Klimatologie). Hier ist es gelungen, die notwendigen Korrekturen im Ämterkonsultationsverfahren einzubringen. Weitere Geschäfte betrafen die Akkreditierung von Ämtern als Zertifizierungsstellen (Gruppe für Rüstungsdienste, BIGA), das Verhältnis eines Zertifizierungsunternehmens mit einem Konkurrenten, in welchem die Verwaltung einen gewissen Einfluss hat (Fall SGS gegen SQS), sowie schliesslich das Verhältnis des Bundesamtes für Landestopographie mit privaten Kartenunternehmen (Kümmerli und Frey gegen Landestopographie). Ziel der Tätigkeit im Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit von Verwaltungsstellen ist es, Wettbewerbsverzerrungen

zwischen diesen und den privaten Unternehmen minimal zu halten oder zu eliminieren.

- e) **Persönliche, gewerbliche und Reparaturdienstleistungen:** Anhand diverser Fälle aus diesem Bereich konnten interessante Grundsatzfragen bearbeitet werden, namentlich die Anforderungen an Vereinbarungen, die Gebiets- und Preisabreden im Sinne des Kartellgesetzes sind. Solche Vereinbarungen bezwecken oder bewirken mitunter keine Wettbewerbsbeschränkung; im Gegenteil kann der Wettbewerb durch den gemeinsamen Auftritt von regional tätigen, gewerblichen Unternehmen verstärkt werden (Fall Auto Assistance Schweiz). Andere Fälle betrafen das Verhältnis zwischen dem im öffentlichen Interesse handelnden Staat und den von ihm beauftragten Unternehmen sowie dessen Auswirkungen auf Drittunternehmen (TCS/Kantone). In vielen dieser Fälle ging es nicht zuletzt um die Abgrenzung von unternehmerischer und hoheitlicher Tätigkeit sowie verschiedentlich um Fragen der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes (kantonale Regelungen über das Kaminfegergewerbe).

#### 1.4.4 Dienst «Infrastruktur»

- a) **Telekommunikation:** Im Zentrum standen die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Erlass der neuen Fernmeldegesetzgebung. Das Sekretariat und die Kommission nahmen in den Vernehmlassungen und verwaltungsinternen Konsultationen ausführlich Stellung zu den Entwürfen zum FMG und den diesbezüglichen Ausführungsverordnungen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht waren die Bestimmungen über die Interkonnektion, die Preisregulierung bei der Grundversorgung, die Nummernportabilität und die freie Wahl des Diensteanbieters von grösster Bedeutung. Sowohl in diesen Fragen als auch im Bereich der Mobiltelefonie (Vergabe von zusätzlichen Konzessionen im Jahr 1998) wurde ein reger Informationsaustausch mit dem BAKOM gepflegt.

Im Zusammenhang mit der Empfehlung der Wettbewerbskommission an den Bundesrat betreffend die Beteiligung der Swisscom an der Cablecom hat das Sekretariat ausführliche Stellungnahmen im Rahmen der Vorbereitung des bundesrätlichen Entscheids abgegeben.

Schliesslich hat das Sekretariat in zwei Vorabklärungen (Telecom PTT - Telefonbuchdaten und Telecom PTT - Flexnet) keine Anhaltspunkte unzulässiger Verhaltensweisen der Swisscom festgestellt. Das Verhalten anderer Unternehmen auf den Telekommunikationsmärkten wurde ebenfalls überprüft, ohne dass aber Missbräuche festzustellen waren.

- b) **Post:** Das Verhalten der Post PTT auf Märkten, welche dem Monopolbereich nachgelagert sind, gab zu zwei Vorabklärungen Anlass. Im Zusammenhang mit der exklusiven Belieferung einer Tochtergesellschaft der Post mit personenbezogenen Daten zum Zweck der Adressaktualisierung stellte das Sekretariat fest, dass eine Verfälschung des Marktes möglich sei. Weil die exklusive Belieferung auf einer Verordnungsbestimmung beruht und diese Bestimmung nach der Revision des Postgesetzes entfallen wird, muss die Post PTT die Daten über Adressmutationen künftig allen Abnehmern zu gleichen Bedingungen anbieten. Im Bereich der Postsendungen ohne Adresse wurde eine marktbeherrschende Stellung der Post PTT verneint, so dass sich die Frage eines allfälligen Missbrauchs dieser Stellung nicht stellte.
- c) **Energie:** Im Vordergrund standen die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Erlass eines Elektrizitätsmarktgesetzes. Das Sekretariat war in Kontakt mit dem zuständigen Bundesamt für Energiewirtschaft, Vertretern ausländischer Energiebehörden und verschiedenen schweizerischen Interessenvereinigungen (VSE, Energiestiftung Schweiz, etc.). Hauptanliegen des Sekretariats ist eine möglichst rasche und vollständige Marktöffnung für alle Bezüger von elektrischer Energie sowie eine effiziente Regulierung des Zugangs zu den Netzen.

Daneben hat sich das Sekretariat in drei Vorabklärungen mit regionalen und kommunalen Gasversorgungen befasst. In keinem der drei Verfahren konnten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt werden. Nicht von der Hand zu weisen ist indessen die Möglichkeit von Wettbewerbsverzerrungen, wenn die Gemeinden in einer Doppelfunktion als Bewilligungsbehörde für Um- und Neubauten bzw. für Heizungsanlagen und gleichzeitig als Betreiberin einer eigenen Gasversorgung stehen. Konkrete Wettbewerbsverzerrungen könnten nach Meinung des Sekretariats nur mit der Trennung der beiden Funktionen wirksam beseitigt werden.

- d) **Medien:** In diesem Bereich nahmen die Arbeiten im Rahmen der Prüfung der Unternehmenszusammenschlüsse Gasser/Tschudi Druck und Le Temps relativ viel Zeit in Anspruch. Als problematisch erwies sich in beiden Fällen insbesondere die Abgrenzung der relevanten Märkte, weil die in der Presse bzw. den Tageszeitungen vermittelten Informationen heterogener Natur sind und zusätzliche Parameter wie die Erscheinungsweise, das Zielpublikum, etc. zu berücksichtigen sind.

Daneben hat sich das Sekretariat mit Beschwerden aus den Bereichen Kioske und Anzeigenvermittlung beschäftigt. Das Sekretariat wurde schliesslich vom BAKOM zu Konzessionsgesuchen im Bereich Radio/Fernsehen konsultiert.

- e) **Umwelt/Entsorgung:** In diversen Stellungnahmen zu Entwürfen von Ausführungsverordnungen zum Umweltschutzgesetz (Getränkeverpackungen, Elektroschrott, Batterien) und auch Vorabklärungen (Swico-Recycling) nahm das Sekretariat Stellung zur Frage der wettbewerbsgerechten Entsorgung von Altstoffen. Es musste immer wieder darauf hingewiesen werden, dass in der Regel wettbewerbskonformere Lösungen als die Einführung einer einheitlichen und branchenweit vorgezogenen Entsorgungsgebühr bestehen. Eine solche sollte nur im Ausnahmefall realisiert werden, da sie die Auswahlfreiheit der Nachfrager nach Entsorgungsleistungen in bezug auf die Finanzierung der Entsorgung beschränkt. In der Regel genügt es, die Entsorgungspflichtigen zu bezeichnen und die anschließende Entsorgung dem Markt zu überlassen.
- f) **Verkehr:** Zu verschiedenen Deregulierungsvorhaben (Schienenverkehr, Luftverkehr) nahm das Sekretariat ausführlich Stellung. Insbesondere im Luftverkehr plädierte es für eine möglichst kurze Beibehaltung des Monopols der Swissair aufgrund bereits erteilter Konzessionen. Eine Vorabklärung über die Wettbewerbsverhältnisse bei der Schifffahrt auf dem Vierwaldstättersee ergab, dass gesetzliche Bestimmungen und nicht das Verhalten der konzessionierten Schifffahrtsgesellschaft Ursache der beanstandeten Wettbewerbsverzerrungen sind.

#### 1.4.5 Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination»

- a) **Koordination:** Durch seine Koordinationsarbeit stellt der Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» eine einheitliche Rechtspraxis sicher. Er ist zu einem grossen Teil durch diese Tätigkeit ausgelastet, da ihm alle Schriftstücke im Entwurf vorgelegt werden, welche die Kommission und/oder das Sekretariat gegenüber Dritten in irgendeiner Form verpflichten können. So kommentiert er insbesondere alle Berichtsentwürfe, die anlässlich von Vorabklärungen, Untersuchungen, Vorprüfungen und Prüfungen erstellt werden und überprüft diese Schriftstücke auf korrekte Rechtsanwendung, richtige materielle Beurteilungen und auch in formeller Hinsicht.
- b) **Juristische und ökonomische Grundsatzfragen:** Der Dienst hat Leitfäden zur Abgrenzung des relevanten Marktes, zur Analyse der potentiellen Konkurrenz, aber auch zur Problematik der vorsorglichen Massnahmen in Kartellverwaltungsverfahren und zur Beurteilung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in Verbindung mit horizontalen Kartellabsprachen entworfen. Zurzeit ist ebenfalls eine Studie zum Thema «Parallelimporte und Immaterialgüterrecht» in Arbeit.

Um die Verfahrensabläufe und den Aufbau der Berichte zu vereinheitlichen, hat der Dienst Checklisten ausgearbeitet, wel-

che die einzelnen Verfahrensschritte beschreiben, und Dokumentvorlagen geschaffen, welche die Struktur der Berichte vorgeben. Ferner entwarf der Dienst eine Verordnung über die Gebühren in kartellgesetzlichen Verfahren.

- c) **Binnenmarktgesetz (BGBM):** Die Arbeiten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Binnenmarktgesetzes konzentrieren sich zurzeit beim Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination». Insbesondere das Verhältnis der Bestimmungen über die öffentlichen Beschaffungen zu den entsprechenden Bundes- und kantonalen, zum Teil auch kommunalen Erlassen galt und gilt es zu prüfen. Der Dienst arbeitete in diesem Zusammenhang eine Empfehlung der Kommission an die Kantone BL und BS sowie Erläuterungen zu den Submissionsgesetzesentwürfen der Kantone BL, BS, JU, LU und TI aus. In verschiedenen Schreiben wurde zudem Stellung zu Einzelfragen des öffentlichen Beschaffungswesens zuhanden von Kantonen und Gemeinden genommen. Zur Problematik der Geltung von Vorschriften über Arbeitsbedingungen verfasste der Dienst einen Bericht, welcher der Wettbewerbskommission zur Meinungsbildung dienen wird. Neben dem öffentlichen Beschaffungswesen nahm der Dienst auch Stellung zu Fragen der gesamtschweizerischen Geltung von kantonalen Fähigkeitsausweisen (im Kt. AG betraf dies Anwaltpatente, im Kt. BL Wirtepatente) sowie zur Anwendung und Wirkung des BGBM im allgemeinen (Kt. SG).
- d) **Ausbildung:** Der Dienst zeichnet verantwortlich für die Ausbildung des Sekretariatspersonals. Begleitend zum «learning-on-the-job» wurde zweimal ein Ausbildungskurs für neueintretende Sekretariatsmitarbeiter und -mitarbeiterinnen durchgeführt, in welchem die Grundlagen und die Anwendung der Kartell- und Binnenmarktgesetze erläutert und diskutiert wurden. In einem kürzeren, gerafften Lehrgang wurden auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche mit administrativen Aufgaben betraut sind, mit den Erlassen vertraut gemacht, die das Sekretariat zu vollziehen hat.
- e) **Anderes:** Bis Mitte Jahr war der Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» federführend mit der Vorprüfung und Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen und hat diese Tätigkeit im zweiten Halbjahr schrittweise an die Marktdienste abgegeben. Im Rahmen seiner Koordinationstätigkeit kontrolliert er aber nach wie vor alle Berichtsentwürfe.

In einem Fall - Untersuchung gegen die Volkswagen-Gruppe - obliegt dem Dienst auch die Federführung bei einer Untersuchung. Die Durchführung dieses Verfahrens durch den Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» hat sich im konkreten Fall aufgedrängt, da die vermuteten Wettbewerbs-

beschränkungen vom Ausland ausgehen und damit eine internationale Dimension aufweisen.

### **1.5 Internationale Beziehungen**

Es gehört zu den Aufgaben des Dienstes «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination», die Entwicklung des ausländischen Wettbewerbsrechts zu verfolgen. Da sich zumindest einige Bestimmungen des Kartellgesetzes an das EU-Recht anlehnen, werden die Entwicklungen des EU-Rechts mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgt und für die Arbeit des Sekretariates zugänglich gemacht.

Der Dienst war ebenfalls an mehreren Anlässen der OECD vertreten und hat den Bericht über die schweizerische Wettbewerbspolitik verfasst, welcher vom Präsidenten im «Comité du droit et de la politique de la concurrence» (Wettbewerbsausschuss) der OECD vorgestellt wurde. Er nahm ferner an Tagungen der WTO teil und unterstützte die Schweizer Delegation. Daneben wurden Fragenkataloge internationaler Organisationen wie IWF und UNCTAD zur Wettbewerbssituation in der Schweiz beantwortet.

**1.6 Statistik der Tätigkeiten 1997**  
**Statistique des activités 1997**  
**Statistica delle attività 1997**

<b>Untersuchungen</b>	<b>Enquêtes</b>	<b>Inchieste</b>	
Übernahmen von 1996	Procédures reprises de 1996	Procedure riprese di 1996	4
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	8
Entscheide	Décisions	Decisioni	5
Vorsorgliche Massnahmen	Mesures provisionnelles	Misure cautelari	4
Einvernehmliche Regelungen	Accords amiables	Conciliazioni	0
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	0
<b>Unternehmens- zusammenschlüsse</b>	<b>Concentrations d'entreprises</b>	<b>Concentrazioni di imprese</b>	
Meldungen	Notifications	Comunicazioni	22
Abschluss nach 1. Phase	Fin de la 1 <sup>ère</sup> phase	Fine della 1 <sup>a</sup> fase	19
Abschluss nach 2. Phase	Fin de la 2 <sup>ème</sup> phase	Fine della 2 <sup>a</sup> fase	2
Entscheid in der 2. Phase	Décision dans la 2 <sup>ème</sup> phase	Decisione durante la 2 <sup>a</sup> fase	1
Vorzeitiger Vollzug	Réalisation provisoire	Esecuzione anticipata	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	2
<b>Vorabklärungen</b>	<b>Enquêtes préalables</b>	<b>Inchieste preliminari</b>	
Übernahme von 1996	Cas repris de 1996	Casi ripresi di 1996	19
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	44
Abschlüsse	Conclusions	Conclusioni	43
- wovon Abschluss mit Untersuchungseröffnung	- dont conclusions avec ouverture d'enquête	- di cui conclusione con l'apertura di un'inchiesta	5
<b>Diverses</b>	<b>Divers</b>	<b>Diversi</b>	
Umstellbegleitungen	Adaptation au nouveau droit	Adeguamento al nuovo diritto	5
Nachkontrollen	Suivi des affaires	Verifiche	8
Empfehlungen KG 45	Recommandations 45 LCart	Raccomandazioni 45 LCart	4
Stellungnahmen KG 46	Prises de position 46 LCart	Preavvisi secondo 46 LCart	30
Gutachten KG 47	Avis 47 LCart	Pareri 47 LCart	0
BGBM (Empfehlungen)	LMI (recommandations)	LMI (raccomandazioni)	1

## A 1      **2. Rapport annuel 1997**

### **1.1 Introduction**

La nouvelle Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions de concurrence (= LCart) est entrée en vigueur au premier juillet 1996. Il est important de présenter l'ensemble de son application pratique de manière transparente, pour que les entreprises puissent réagir rapidement et de manière préventive. La Commission de la concurrence a donc décidé de publier la plupart des décisions prises et des déterminations faites par toutes les autorités, dans le nouvel organe intitulé «Droit et politique de la concurrence» (RPW/DPC), qui a pris la succession des «Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix» (Publ. CCSPR).

### **1.2 Organisation des autorités de la concurrence**

#### **1.2.1 Commission de la concurrence**

Elle a siégé régulièrement deux fois par mois et semble avoir trouvé son rythme de croisière. Les trois chambres qui ont été formées (Produits, Services et Infrastructures) ont elles aussi tenu une série de séances préparatoires. On rappelle que la loi autorise la Commission à déléguer largement ses compétences aux Chambres (art. 19 al. 1 phr. 2 LCart), mais qu'il a été décidé de prendre dans un premier temps toutes les décisions en plenum de manière à garantir dans cette phase initiale une pratique cohérente (art. 26 R-CConc). Les chambres se sont donc jusqu'ici bornées à préparer les dossiers. La situation devrait toutefois progressivement se modifier à partir du 1er janvier 1998 (art. 26 R-CConc) et les Chambres recevront des compétences propres, sous réserve d'un appel au plenum (art. 4 al. 4 R-CConc).

Le nombre des affaires à traiter ira certes croissant, mais il est vraisemblable aussi que, l'expérience aidant, il sera possible de les traiter plus rapidement.

La Présidence occupe un rôle important dans la gestion des dossiers soumis à la Commission et concernant la collaboration avec le secrétariat. Tout au plus peut-on regretter que la Commission de recours a refusé de donner à la Présidence la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles, en dehors des cas d'extrême urgence. Par cette décision, confirmée par le Tribunal fédéral, la Commission en plenum est, en principe, compétente pour ordonner des mesures provisionnelles. Ainsi, la procédure est lourde et peu apte à la prise de décision de mesures provisionnelles qui nécessitent une réaction rapide. Sur ce point, une révision partielle de la loi pourrait s'imposer.

### **1.2.2 Secrétariat de la Commission de la concurrence**

Comme prévu, l'effectif de son personnel a fortement augmenté. Cette mesure était nécessaire pour pouvoir faire face aux travaux supplémentaires liés à la mise en vigueur de la nouvelle loi.

La nouvelle loi donne au secrétariat des tâches accrues, notamment dans la liquidation des enquêtes préalables (qui sont de sa seule compétence) ainsi que dans l'instruction et la préparation des enquêtes (soumises à la Commission pour décision).

### **1.2.3 La collaboration avec les tribunaux civils**

Selon l'art. 15 LCart, les juges sont tenus de soumettre à la Commission les dossiers dans lesquels «la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause». Afin de clarifier la portée de cette règle et de fixer les procédures, la Commission a organisé une rencontre avec des représentants du tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux, rencontre dont les conclusions ont été reproduites dans une communication informelle de la Commission (cf. infra, p. 598 ss).

### **1.2.4 La collaboration avec le Surveillant des prix**

Le Surveillant des prix participe avec voix consultative aux séances de la Commission de la concurrence. Son suppléant et le directeur du secrétariat se rencontrent tous les mois pour un entretien de coordination. Les relations avec la Commission de la concurrence et son secrétariat se poursuivent dans le meilleur esprit.

## **1.3 L'application de la Loi sur les cartels (LCart)**

Même s'il est prématuré de vouloir porter un jugement définitif sur ses effets, on peut déjà tirer quelques enseignements de la mise en oeuvre de la LCart durant les quelques mois écoulés. Les compétences de la Commission l'ont amenée à intervenir principalement dans les quatre domaines suivants:

### **1.3.1 La lutte contre les ententes**

Selon les dispositions transitoires de la loi (cf. art. 62 al. 2 LCart), la Commission n'a pas pu intervenir à l'encontre des ententes avant l'expiration d'un délai de six mois; cela signifie qu'en pratique la loi n'est entrée en vigueur pour les «cartels» qu'au premier janvier 1997. Etant donné le temps nécessaire à une procédure d'examen, peu de décisions ont pu être prises cette année: huit enquêtes basées sur l'art. 5 LCart ont néanmoins été ouvertes et cinq closes.

On peut faire à ce sujet deux remarques:

Premièrement, la Commission a achevé une enquête importante, moins par le poids économique de la branche concernée que par sa problématique en matière du droit de la concurrence. Il s'agissait de l'enquête concernant les partitions de musique. La Commission a constaté que l'ensemble des accords liant les éditeurs aux distribu-

teurs constituait des restrictions horizontales à la concurrence, que celles-ci, parce qu'elles fixaient les prix, étaient présumées illicites (cf. art. 5 al. 3 LCart) et que ces présomptions n'ont pas pu être renversées. Les entreprises concernées ont fait appel au Conseil fédéral pour qu'il autorise ces accords à titre exceptionnel pour des raisons essentiellement d'intérêt public.

Deuxièmement, la Commission et le secrétariat sont intervenus auprès de certaines associations professionnelles afin de provoquer et d'accompagner une réforme des structures concurrentielles en place. L'un des effets principaux de la nouvelle loi est certainement d'avoir suscité une prise de conscience dans les milieux concernés. D'importantes réformes ont été décidées, d'autres sont en discussion: parmi les avocats, les médecins, les pharmaciens et toute la branche de la distribution des médicaments, les notaires, les ingénieurs et architectes. On signalera que la Commission a adopté sa première communication (art. 6 LCart) à propos de la réglementation du matériel sportif (homologation et sponsoring).

### **1.3.2 La lutte contre les abus des positions dominantes**

L'évolution récente, en Suisse comme à l'étranger, établit que ce sont moins les ententes qui paraissent poser des problèmes de concurrence, que les positions dominantes. La Commission a été amenée à ouvrir plusieurs enquêtes, qui ne sont pas encore closes.

On signalera en particulier les enquêtes ouvertes à l'encontre des PTT Telecom (aujourd'hui Swisscom); la période de transition d'un système réglementé à un marché ouvert est toujours délicate du point de vue de la concurrence, tant sont grandes les tentations, pour (l'ancienne) entreprise monopolistique de profiter encore de sa situation de force pendant la période transitoire pour asseoir son emprise sur le marché.

### **1.3.3 Le contrôle des concentrations**

C'est la nouveauté la plus remarquable de la nouvelle loi et il est évidemment trop tôt pour porter un jugement sur son efficacité.

Alors qu'en 1996, seule une opération de concentration a été annoncée, l'année 1997 en a compté 23. Dans quatre cas, la Commission a introduit une procédure d'examen. Dans l'hypothèse où l'on ne tient compte que des procédures ouvertes jusqu'à présent, on peut dire que dans 18% des cas, une procédure d'examen a été ouverte. Ce pourcentage est trois fois plus élevé que celui de l'UE.

Des critiques ont été formulées en particulier à l'encontre de la non-ouverture d'une procédure d'examen dans le cas Migros/Globus et du fait que les procédures d'examen n'aboutissaient qu'à des autorisations sans conditions ni charges. D'une part, il convient de relever à cet égard que le législateur a volontairement placé les seuils, à partir desquels une autorisation avec conditions et charges ou une interdic-

tion est possible, plus haut que ceux en vigueur p. ex. dans l'UE. D'autre part, la taille d'une entreprise en tant que telle n'a rien de condamnable aussi longtemps que l'entreprise ne l'utilise pas pour supprimer la concurrence. Certes, Migros est une entreprise très importante, mais Coop, Denner, les magasins Nordmann-Mauss, Volg et la chaîne Primo-Vis-à-vis sont certainement des concurrents qui comptent sur le marché. On a donc pas constaté d'indices que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur le marché.

En ce qui concerne les procédures d'examen, la Commission de la concurrence a, dans le cas Gasser/Tschudi, conclu avec les parties avant la décision finale un accord comportant des conditions et des charges pour les parties, grâce auquel l'opération a pu être autorisée sans autre. Dans l'affaire Siemens/Elektrowatt, les parties ont conclu un accord avec la Commission européenne selon lequel les parties devaient abandonner le secteur des téléphones payants «Payphones» (Landis & Gyr Communications). Cette décision a naturellement déployé peu d'effets sur la concurrence en Suisse, Siemens ne travaillant pas dans ce domaine jusqu'alors. Dans le cas «Le Temps», la Commission a constaté que la concurrence efficace était supprimée, mais que l'opération de concentration n'en était pas la cause, étant donné que le marché en Suisse romande est trop restreint pour que deux journaux de ce type coexistent.

Le traitement des notifications de concentrations d'entreprises a mobilisé une grande partie des ressources du secrétariat. Mais avec la pratique, on peut s'attendre à ce que le temps consacré aux cas de concentrations s'amenuisera en 1998.

#### **1.3.4 Recommandations aux autorités**

Une partie essentielle de l'activité de la Commission concerne la surveillance - du point de vue de la concurrence - des réglementations (fédérales, cantonales et communales) qui apportent des restrictions à la concurrence.

La Commission et le secrétariat ont fait connaître leurs déterminations dans des procédures de consultation. De manière générale, l'administration et le Parlement font preuve d'une meilleure compréhension des questions de concurrence, même si les réflexes protectionnistes restent souvent fortement ancrés.

L'une des recommandations les plus importantes concernait le marché des télécommunications et la participation de Swisscom dans la société Cablecom. La Commission considère que la libéralisation, notamment l'obligation à l'interconnexion, ne suffit pas à rétablir dès 1998 une concurrence efficace sur les marchés des télécommunications. Seule une séparation de l'organisation des réseaux téléphoniques et câblés est en mesure de supprimer la position monopolistique de fait

de Swisscom sur ces marchés. Le Conseil fédéral a décidé de ne pas la suivre.

La Commission a vu ses compétences élargies au fonctionnement des marchés publics par la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) qui la désigne comme autorité chargée de sa mise en oeuvre. Se basant sur l'article relatif aux marchés publics (art. 5 LMI), la Commission et son secrétariat ont rendu à plusieurs reprises des préavis à l'égard de procédures en cours. Dans ce contexte, il faut mentionner l'intervention de la Commission auprès de la Conférence des Directeurs de travaux publics afin de provoquer une réforme de l'accord intercantonal sur les marchés publics et des lois et ordonnances cantonales sur les marchés publics. Soucieuse de ne pas troubler les procédures législatives en cours, elle a pour l'heure renoncé à rendre une recommandation dans ce domaine.

#### **1.4 Activités du secrétariat**

##### **1.4.1 En général**

Les examens liés au contrôle des concentrations d'entreprises ont occupé une place de choix dans l'activité des services «des marchés». Etant donné que leur effectif n'a été complet qu'en fin d'année, tous les dossiers en suspens, notamment dans le domaine des accords et des comportements d'entreprises dominantes, n'ont pas pu être finalisés.

Le service «Questions générales de concurrence et coordination» s'est concentré sur le support aux autres services en examinant tous leurs projets, a traité des questions matérielles et de procédure liées à la nouvelle loi et a conduit deux programmes de formation destinés aux nouveaux membres du secrétariat.

##### **1.4.2 Service «industrie et production»**

- a) **Concentrations d'entreprises:** les examens préalables des opérations de concentration d'entreprises Migros/Globus, Siemens/Elektrowatt, ainsi que Roche/Corange (Boehringer Mannheim et De Puy) ont été particulièrement exigeants et intensifs en travail. Ces cas, ainsi que cinq autres traités par le service «industrie et production», n'ont fait apparaître aucun indice de création ou de renforcement d'une position dominante sur les marchés affectés. Dans l'affaire Siemens/Elektrowatt, cette conclusion n'a été possible qu'après un examen approfondi, alors que dans les autres cas, les conditions pour l'introduction d'un tel examen n'étaient pas réunies. En outre, la notification de la création de l'entreprise commune Merial par Rhône-Poulenc et Merck a été notifiée avec retard ce qui a engendré l'ouverture d'une procédure de sanction administrative.

- b) **Agriculture:** l'enquête visant Migros et Coop concernant des accords fixant des conditions aux fournisseurs pour l'alimentation des animaux de boucherie, ainsi que ceux déterminant des conditions auxquelles les entreprises traitant les déchets d'abattoirs devaient se conformer, a été close sans suite par la Commission de la concurrence après que Migros et Coop ont abandonné le comportement incriminé.

Par contre, l'enquête visant la Fédération suisse pour l'insémination artificielle (FSIA) a été retardée vu son extrême complexité. La position dominante de la FSIA sur le marché s'est en effet constituée lors de la période précédant la libéralisation du marché de l'insémination artificielle. Son comportement est par ailleurs fortement influencé par les associations d'élevage reconnues, qui accomplissent dans le domaine de l'élevage des bovins à la fois des tâches commerciales et de droit public.

- c) **Métallurgie et industrie des machines:** selon une décision de la Commission de la concurrence du 20 janvier 1997, les contrats de distribution dans la branche automobile n'ont pas de répercussions négatives pour la concurrence à condition qu'ils soient conformes aux «Conditions-cadres pour les règles de la concurrence applicables aux contrats de distribution dans la branche automobile» émises par la Commission des cartels début 1996 (cf. Publ. CCSPr 3/1996) ou au règlement no 1475/95 de la Commission européenne du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles. Le service «industrie et production» a examiné les contrats-types de distribution de pratiquement toutes les marques présentes sur le marché suisse et les a jugés conformes aux critères fixés par la Commission des cartels. Par ailleurs, les distributeurs ont été invités à communiquer au secrétariat de la Commission de la concurrence jusqu'à la fin de l'année toutes les dérogations par rapport aux contrats-types. Le secrétariat effectue actuellement le contrôle de la bonne application des critères sur la base des informations fournies par les importateurs. A cet égard, il n'est pas exclu que des enquêtes soient ouvertes sans enquête préalable contre les producteurs/importateurs qui contreviendraient aux conditions-cadre ou au règlement 1475/95.

- d) **Construction:** une enquête préalable portant sur l'utilisation d'une aide de calcul par les poseurs de revêtement de sol a par ailleurs pu être close sans suite. Enfin, un contrôle approfondi de la situation de la concurrence sur le marché du ciment ainsi que sur celui du sable et du gravier a dû être reporté à l'année prochaine.

- e) **Biens de consommation:** au vu des travaux de la Commission des cartels et du secrétariat de la Commission de la concurrence, une enquête a été ouverte sur la puissance d'achat du commerce de détail. Cette procédure vise plus particulièrement à mettre en lumière l'existence d'accords entre entreprises/groupes d'entreprises à l'échelon des fournisseurs et, le cas échéant, examiner si ces accords sont conformes à l'art. 5 LCart.

En ce qui concerne les articles de sport, il a été constaté que de nombreux problèmes de concurrence se posaient au vu des liens qui existent entre l'homologation d'articles de sport par des associations sportives et le sponsoring effectué par les fabricants desdits articles. Le service «industrie et production» a préparé pour la Commission de la concurrence un projet de communication portant sur cette problématique, dans laquelle figure entre autre la règle selon laquelle l'homologation doit être séparée du sponsoring.

L'enquête préalable concernant le matériel d'apiculture ainsi que celle portant sur le système de distribution sélective des instruments de musique Yamaha ont pu être closes sans suite. En revanche, le refus de Minolta de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants fait actuellement l'objet d'une enquête.

- f) **Biens d'investissement:** des enquêtes préalables ont été closes dans le domaine du service de garantie pour les systèmes de chauffage ainsi dans celui des gaz et des gaz complexes. Suite à ces procédures, deux enquêtes ont été ouvertes. Par ailleurs, une enquête préalable sur une communauté d'intérêts des producteurs de carton ondulé a pu être close sans suite.
- g) **Divers:** Le service «industrie et production» prépare actuellement une communication sur l'admissibilité des accords portant sur l'utilisation d'aides de calcul.

### 1.4.3 Services

- a) **Politique de la santé:** la Suisse connaît d'importantes modifications dans le domaine de la santé. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie (LAMal), établit un système concurrentiel qui modifie les relations entre fournisseurs de prestations et assureurs. L'augmentation des primes d'assurances et les coûts élevés de la santé engendrent de nouveaux produits d'assurance. L'effort entrepris pour limiter l'accroissement des primes aboutit, dans de nombreux marchés, à une sélection des fournisseurs de prestations ainsi qu'à une réduction de leurs surcapacités. Les rapports de force sur les marchés de la santé se sont modifiés, ce qui se traduit, p.ex., par un affaiblissement des arrangements

cartellaires qui existaient auparavant au niveau des fournisseurs de prestations.

Dans ce domaine, le processus de transformation est mis en lumière par le nombre élevé de cas à traiter. Ainsi, au niveau du marché des médicaments, les accords privés sont examinés sous l'angle du droit de la concurrence. Le nouveau modèle de remboursement des pharmaciens est également à l'étude. En outre, le secrétariat est actif en matière de législation sur les agents thérapeutiques et plus particulièrement en ce qui concerne l'importation parallèle de médicaments et de dispositifs médicaux. Il s'occupe aussi du problème des honoraires relatifs à l'activité des médecins déployée à titre privé (tarifs de la société des médecins du canton de Berne). Ensuite, le secrétariat est chargé d'examiner les nouveaux modèles de médecins de famille (Hausarztmodellen). En outre, il doit se prononcer au sujet de la sélection des médecins opérée par Swica, à laquelle s'opposent avec véhémence l'association des médecins zurichois.

Enfin, dans différentes procédures civiles et administratives, il appartient au secrétariat d'apprécier le comportement des assureurs qui limitent le nombre de fournisseurs de prestations dans l'assurance privée et semi-privée pour les soins hospitaliers (hôpitaux privés bernois contre Visana et CSS, cliniques privées genevoises contre Cosama). Les hôpitaux privés considèrent le fait de restreindre la liberté de choisir l'hôpital, respectivement l'élaboration de listes par les assureurs, comme étant l'exercice abusif d'une position dominante, ou la preuve d'un accord illicite en matière de concurrence.

L'activité du secrétariat a pour but avant tout d'assurer que les changements intervenus dans le marché de la santé et par conséquent, le renforcement de la concurrence, ne soient pas remis en question.

- b) **Banques et assurances:** dans ce domaine, l'activité du secrétariat s'est focalisée sur une multitude de concentrations d'entreprises (notamment GECC/Aufina, Banque de Langnau/Valiant, CS/Winterthur,). Dans les cas achevés jusqu'au moment de la rédaction de ce rapport, les examens préalables effectués ont démontré que les conditions justifiant l'ouverture d'un examen approfondi n'étaient pas réunies. Par ailleurs, d'importants préavis ont été donnés sur des projets de lois fédérales (loi sur les banques, notamment les dispositions sur le statut des banques cantonales, loi sur les bourses et ses ordonnances d'application). Dans ce domaine, l'activité du secrétariat visait avant tout à éliminer les distorsions à la concurrence entre les banques commerciales et banques cantonales. Dans trois cas

partiellement clos, le secrétariat a analysé la position et le comportement d'entreprises de cartes de crédit sur le marché suisse.

- c) **Professions libérales/publicité/conseils:** l'activité des professions libérales est influencée par des limitations de la concurrence provenant non seulement des associations professionnelles mais aussi de restrictions étatiques. Les limitations privées à la concurrence, tout particulièrement celles qui touchent aux honoraires et à la publicité, ont donné lieu à l'ouverture de nombreuses enquêtes préalables. Ces procédures ont concerné notamment les avocats, les notaires, les conseils en propriété intellectuelle, les médecins, les fiduciaires et les traducteurs. Le but du secrétariat est de parvenir à détecter tous les cartels rigides (accords sur les prix) et, dans la mesure où ils subsistent, de les supprimer. Le secrétariat s'occupera des restrictions étatiques en 1998.

En matière de publicité, l'affichage public a retenu toute l'attention du secrétariat. La discussion a porté d'une part sur la pratique des cantons et communes en matière d'adjudication et d'autre part, sur la répartition du marché entre les importantes entreprises d'affichage et leurs rapports avec les autorités cantonales et communales (cas J.-C. Decaux, SGA/communes).

En matière de sociétés de conseils, il convient de signaler principalement deux importantes concentrations d'entreprises. Etant donné que les procédures y relatives sont pendantes, le rapport annuel ne mentionne que les entreprises concernées (STG Coopers & Lybrand/Revisuisse Price Waterhouse; Atag Ernst & Young/KPMG).

- d) **New Public Management (nouvelle gestion publique):** suite à une enquête préalable sur l'Institut suisse de météorologie (ISM), le secrétariat a étudié un projet de loi concernant la position concurrentielle de l'ISM (Loi fédérale sur la météorologie et la climatologie). Les modifications nécessaires ont été apportées à ce projet de loi lors de la procédure de consultation des offices. En matière de certification (normes ISO), deux autres dossiers ont occupé le secrétariat: le premier concernait l'accréditation d'offices fédéraux (Groupement de l'armement, OFIAMT) en tant qu'organismes de certification; le second touchait aux relations concurrentielles entre deux organismes de certification (cas SGS vs. SQS). Enfin, le secrétariat s'est penché sur les relations entre l'Office fédéral de la topographie et une entreprise privée active dans le domaine de la fabrication de cartes topographiques (Kümmerli & Frey). Lorsqu'un office fédéral agit comme une entreprise, le travail du secrétariat consiste à supprimer les risques de distorsions de la concurrence, ou à tout le moins, à les minimaliser.

- e) **Divers prestations de services** : Plusieurs affaires ont soulevé d'importantes questions de principe, notamment en relation avec la notion d'accord en matière de concurrence. Dans deux cas, il a été constaté que des accords de prix et de répartition géographique des marchés ne visaient ni n'entraînaient de restrictions à la concurrence. Au contraire, la concurrence a été renforcée dans les deux cas grâce aux accords en question qui permettaient aux entreprises régionales d'entrer sur un marché nouveau (cas «Auto Assistance Schweiz»). D'autres affaires ont traité des relations entre l'Etat et les entreprises chargées de l'accomplissement de tâches d'intérêts publics ainsi que leurs effets sur les tiers (TCS/Cantons). Dans la plupart des cas, il s'agissait d'une part de définir les limites entre l'activité entrepreneuriale et/ou de puissance publique, et d'autre part de régler différentes questions relatives à l'application de la loi sur le marché intérieur (réglementations cantonales sur les services de ramonage).

#### 1.4.4 Service «Infrastructures»

- a) **Télécommunications**: les travaux relatifs au lancement de la nouvelle législation sur les télécommunications ont prédominé. Le secrétariat et la Commission ont pris position de façon détaillée sur les projets de la Loi sur les télécommunications (LTC) et les ordonnances d'application y relatives lors des procédures de consultations. Du point de vue de la politique de la concurrence, les dispositions concernant l'interconnexion, la régulation du service universel, la portabilité des numéros et le libre choix de l'opérateur étaient de la plus grande importance. Ces questions, ainsi que d'autres relevant du domaine de la téléphonie mobile (attribution de concessions supplémentaires en 1998), ont fait l'objet d'un échange d'informations intense avec l'Office fédéral de la communication (OFCOM).

En relation avec la recommandation de la Commission de la concurrence au Conseil fédéral concernant la participation de Swisscom dans Cablecom, le secrétariat a soumis des prises de position détaillées dans le cadre des travaux préparatoires de la décision du Conseil fédéral.

Enfin, dans deux enquêtes préalables menées contre Swisscom, le secrétariat a constaté l'absence de pratiques illicites (Télécom PTT - données des annuaires téléphoniques, et Télécom PTT - Flexnet). Le comportement d'autres entreprises sur le marché des télécommunications a également été examiné sans que des pratiques illicites n'aient été décelées.

- b) **Poste**: le comportement des PTT sur des marchés se situant à la périphérie de leur monopole a été à l'origine de deux enquêtes préalables. En relation avec l'approvisionnement exclusif d'une

filiale des PTT avec des données se rapportant à des personnes et servant à actualiser des adresses, le secrétariat a constaté qu'un dysfonctionnement du marché était possible. Etant donné que l'approvisionnement exclusif est basé sur une disposition d'une ordonnance et que celle-ci deviendra caduque avec la révision de la Loi sur la poste, les PTT doivent dorénavant offrir les données concernant les mutations d'adresses à tous les clients aux mêmes conditions. Pour le cas des envois postaux sans adresse, il y avait absence de position dominante des PTT sur le marché; la question d'un abus de cette position ne s'est donc pas posée.

- c) **Energie:** au premier plan, il faut mentionner les travaux relatifs à l'élaboration d'une Loi sur le marché de l'électricité. Le secrétariat est entré en contact avec l'Office fédéral de l'énergie responsable du dossier, des représentants d'autorités étrangères de l'énergie, ainsi qu'avec divers autres associations suisses de la branche (Union des Centrales Suisses d'Electricité, Forum suisse de l'énergie, etc.). Le but principal du secrétariat consiste en l'ouverture aussi rapide et complète que possible du marché pour tous les acquéreurs d'énergie électrique, ainsi qu'en une réglementation efficace de l'accès aux réseaux.

Par ailleurs, le secrétariat a traité dans trois enquêtes préalables des cas touchant à l'approvisionnement régional et communal en gaz. Aucun indice de restrictions illicites à la concurrence n'a pu être décelé.

- d) **Médias:** dans ce domaine, les travaux de l'examen des fusions «Gasser/Tschudi Druck» et «Le Temps» ont nécessité un investissement en temps assez considérable. Dans les deux cas, la délimitation des marchés pertinents a notamment posé problème étant donné que les informations diffusées dans la presse ou les quotidiens sont de nature hétérogène et que des paramètres supplémentaires, comme le mode de parution, le public cible, etc., ont dû être pris en compte.

Par ailleurs, le secrétariat a traité des plaintes provenant du secteur des kiosques et de celui des agences d'annonces. Enfin, le secrétariat a été consulté par l'OFCOM au sujet de demandes de concessions radio/TV.

- e) **Environnement/élimination de déchets:** dans divers préavis relatifs à des projets d'ordonnances d'application de la Loi sur la protection de l'environnement (emballages de boissons, déchets électriques et électroniques, piles) et aussi dans des enquêtes préalables (Swico-Recycling), le secrétariat a pris position sur la question de l'élimination de déchets conforme au droit de la concurrence. A maintes reprises, le secrétariat a souligné qu'il existait des solutions plus conformes à la concurrence que

l'introduction d'une taxe d'élimination anticipée, uniforme et appliquée à toute une branche. Une telle taxe ne devrait être introduite qu'exceptionnellement, car ce mode de financement limite le choix du demandeur de services d'élimination. En règle générale, il suffit de désigner les responsables de l'élimination des déchets et ensuite de laisser jouer le marché.

- f) **Trafic:** le secrétariat a pris position de manière détaillée sur divers projets de dérégulation (trafic ferroviaire et aérien). En particulier dans le domaine du trafic aérien, il a plaidé en faveur d'une période aussi courte que possible de maintien du monopole de Swissair au vu des concessions déjà octroyées. Une enquête préalable sur la concurrence existant en matière de navigation sur le Lac des Quatre Cantons a montré que ce sont les dispositions légales, et non pas le comportement des sociétés de navigation concessionnées, qui sont à l'origine des distorsions de la concurrence incriminées.

#### 1.4.5 Service «Questions générales de concurrence et coordination»

- a) **Coordination:** le service a pour tâche principale d'assurer l'unité de la pratique du secrétariat. Tous les projets écrits qui engagent la Commission et/ou le secrétariat vis-à-vis de l'extérieur lui sont soumis pour examen. Le service est ainsi amené à examiner les projets de rapports qui sont rédigés à la suite d'enquêtes préalables, d'enquêtes, d'examens préalables et d'examens. Ceux-ci sont étudiés par le service sous l'angle de leur motivation matérielle et juridique et de leur présentation formelle.
- b) **Questions juridiques et économiques:** le service a élaboré des lignes directrices qui décrivent la marche à suivre et les principales étapes dans la détermination du marché pertinent, l'analyse de la concurrence potentielle, la problématique des mesures provisionnelles ou encore l'appréciation des restrictions verticales en rapport avec les ententes horizontales. Une étude sur le thème des importations parallèles en relation avec le droit de la propriété intellectuelle est en cours.

Afin d'assurer une unité dans le déroulement de la procédure et dans l'élaboration des rapports, le service a élaboré des modèles de documents et des «check-lists» qui décrivent les différentes étapes de la procédure. Le service a élaboré un projet d'ordonnance sur la perception d'émoluments pour des procédures relatives à la LCart.

- c) **Loi sur le marché intérieur (LMI):** chargé de ce dossier, le service a contribué à l'éclaircissement de dispositions sur les marchés publics de la Confédération, des cantons et de communes. Dans ce contexte, il a élaboré une recommandation de la Commission aux cantons de Bâle-ville et de Bâle-Campagne. Il a

pris position sur les projets de lois sur les marchés publics des cantons de Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Jura, Lucerne et du Tessin. A plusieurs occasions, le service a pris position sur des questions particulières du droit des marchés publics à l'intention de cantons et de communes. Il a également rédigé un rapport sur la problématique des conditions de travail à l'attention de la Commission.

A côté des marchés publics, le service a pris position sur des questions relatives à la validité en Suisse de certificats de capacité (brevet d'avocat dans le canton d'Argovie et patentes d'auberge dans le canton de Bâle-Campagne) et sur des questions générales liées au champ d'application et aux effets de la LMI (canton de Saint-Gall).

- d) **Formation:** le service est responsable de la formation interne du secrétariat. Il a assuré à deux reprises la formation de nouveaux collaborateurs et de nouvelles collaboratrices. Un cours introductif plus court a également été organisé à l'attention du personnel administratif.
- e) **Divers:** jusqu'au milieu de l'année, le service «Questions générales de concurrence et coordination» a assumé la responsabilité du contrôle préalable et de l'examen des opérations de concentration. Cette activité a depuis lors été transférée progressivement aux différents services de marché. Dans le cadre de son activité de coordination, le service apprécie et commente comme auparavant tous les projets de rapport dans ce domaine.

Dans un cas - enquête à l'encontre du groupe Volkswagen - le service est responsable de mener une enquête. La conduite de cette procédure lui a été confiée du fait de la dimension internationale du cas.

### 1.5. Affaires internationales

Le service «Questions générales de concurrence et coordination» est responsable des contacts avec les autorités de la concurrence étrangères. Du fait que plusieurs dispositions de la LCart s'inspirent du droit européen de la concurrence, les développements en Europe sont suivis attentivement.

Le service a été représenté à plusieurs séances de l'OCDE et a rédigé le rapport sur la politique suisse de la concurrence (CLP), que le Président a soumis au Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE. Il a également participé à des réunions de l'OMC et a prêté assistance à la délégation suisse. Enfin, le service a répondu à diverses questions d'organisations internationales comme le FMI et la CNUCED au sujet de la situation de concurrence en Suisse.

### 1.6 Voir page 425

## A 1      **2. Rapporto annuale 1997**

### **1.1 Introduzione**

La nuova Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (=LCart) è entrata in vigore il primo luglio 1996. E' importante presentare l'insieme della sua applicazione concreta in modo trasparente, al fine di permettere alle imprese di reagire rapidamente e preventivamente. A tale scopo, la Commissione della concorrenza ha deciso di pubblicare la maggioranza delle decisioni prese e delle determinazioni fatte dalle autorità nel nuovo organo intitolato «Diritto e politica della concorrenza» (RPW/DPC), il quale succede alle «Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix» (Publ. CCSPr).

### **1.2 Organizzazione delle autorità della concorrenza**

#### **1.2.1 Commissione della concorrenza**

La Commissione si è riunita regolarmente due volte al mese e sembra aver trovato il suo ritmo di crociera. Le tre camere formate (Industria e produzione, Servizi e Infrastrutture) si sono anch'esse riunite per una serie di sedute preparatorie. Va ricordato che la legge autorizza la Commissione a delegare buona parte delle sue competenze alle Camere (art. 19 paragrafo 1 frase 2 LCart) e che tuttavia è stato deciso che, in un primo tempo, tutte le decisioni siano prese in plenum in modo da garantire una prassi coerente durante questa fase iniziale (cf. art. 26 R-CConc). Le Camere si sono dunque fino ad ora limitate alla preparazione dei dossiers. La situazione dovrebbe tuttavia modificarsi progressivamente a partire dal primo gennaio 1998 (cf. art. 26 R-CConc), le Camere riceveranno allora delle competenze proprie con la possibilità di fare appello al plenum (cf. art. 4 paragrafo 4 R-CConc).

Il numero di casi da trattare sarà sicuramente crescente, ma verosimilmente, grazie all'esperienza acquisita, sarà possibile sbrigarli più rapidamente.

La Presidenza svolge un ruolo importante sia nella gestione dei casi sottoposti alla Commissione, sia per quanto concerne la collaborazione con la segreteria. Purtroppo la Commissione di ricorso ha rifiutato di attribuire alla Presidenza la competenza di ordinare delle misure cautelari, al di fuori dei casi estremamente urgenti. Con questa decisione, confermata dal Tribunale federale, è la Commissione riunita in plenum che è, in principio, competente per ordinare delle misure cautelari. In questo modo, la procedura risulta essere pesante e poco adatta all'adozione di misure cautelari che devono essere prese rapidamente. Su questo aspetto, una revisione parziale della legge potrebbe imporsi.

### **1.2.2 Segreteria della Commissione della concorrenza**

Come previsto, l'effettivo del personale della segreteria è notevolmente aumentato. Questa misura si è resa necessaria per poter far fronte ai lavori supplementari legati alla messa in vigore della nuova legge.

La nuova legge attribuisce alla segreteria dei compiti nuovi, in particolare nell'esecuzione delle inchieste preliminari (che sono di sua sola competenza), così come nell'istruzione e nella preparazione delle altre inchieste (sottoposte alla Commissione per decisione).

### **1.2.3 La collaborazione con i tribunali civili**

Giusta l'art. 15 LCart, i giudici sono tenuti a sottoporre alla Commissione i casi nei quali «sorge una contestazione in merito alla liceità di una limitazione della concorrenza». Al fine di chiarire la portata di questa regola e di fissare le procedure, la Commissione ha organizzato un incontro con i rappresentanti del Tribunale federale e dei tribunali cantonali. Le conclusioni di questo incontro sono state riprodotte in una comunicazione informale della Commissione (cf. infra, p. 598 ss).

### **1.2.4 La collaborazione con il Sorvegliante dei prezzi**

Il Sorvegliante dei prezzi partecipa con voce consultiva alle sedute della Commissione della concorrenza. Il suo supplente e il direttore della segreteria si incontrano tutti i mesi per un colloquio di coordinazione. Le relazioni con la Commissione della concorrenza e la sua segreteria proseguono nella migliore atmosfera.

## **1.3 Applicazione della legge sui cartelli (LCart)**

Anche se è prematuro voler giudicare in maniera definitiva gli effetti della messa in vigore della LCart, è possibile trarre già qualche insegnamento dalla sua applicazione durante i mesi trascorsi. Le competenze della Commissione l'hanno condotta ad intervenire nelle seguenti direzioni principali:

### **1.3.1 La lotta contro le intese**

Secondo le disposizioni transitorie di legge (cf. art. 62 paragrafo 2 LCart), la Commissione non ha potuto intervenire contro le intese prima della scadenza del termine di sei mesi; ciò significa che la legge per i «cartelli» è entrata in vigore solamente il primo gennaio 1997. Tuttavia, otto inchieste, basate sull'art. 5 LCart, sono state comunque aperte e cinque chiuse.

A tale proposito, due considerazioni si impongono:

Dapprima, la Commissione ha terminato un'inchiesta importante, non tanto per il peso economico del settore in questione, quanto per la sua problematica in materia di diritto della concorrenza. Si tratta in effetti dell'inchiesta concernente gli spartiti di musica. La Commissio-

ne ha constatato che l'insieme di accordi legante gli editori ai distributori costituiva delle limitazioni orizzontali della concorrenza, e che queste ultime, siccome concernono i prezzi, sono presunte illecite (cf. art. 5 paragrafo 3 LCart). Queste presunzioni non sono state confutate. Le imprese considerate si sono rivolte al Consiglio federale affinché autorizzi questi accordi a titolo eccezionale essenzialmente per motivi di interesse pubblico.

Secondariamente, la Commissione e la segreteria sono intervenute presso alcune associazioni professionali al fine di sollecitare e di accompagnare una riforma delle strutture concorrenziali esistenti. Uno dei principali effetti della nuova legge è certamente quello d'aver suscitato negli ambienti considerati una presa di coscienza. Importanti riforme sono state decise, altre sono in discussione fra gli avvocati, i medici, i farmacisti e tutto il ramo della distribuzione di medicinali, i notai, gli ingegneri e gli architetti. E' da segnalare la prima comunicazione (cf. art. 6 LCart) adottata dalla Commissione in merito alla regolamentazione del materiale sportivo (omologazione e sponsoring).

### **1.3.2 Lotta contro gli abusi di posizioni dominanti**

L'evoluzione recente, in Svizzera come all'estero, mostra che non sono tanto le intese che creano problemi di concorrenza, quanto le posizioni dominanti. La Commissione è stata condotta ad aprire diverse inchieste attualmente non ancora chiuse.

In particolare sono da segnalare le inchieste aperte contro le PTT Telecom (oggi Swisscom); il periodo di transizione da un sistema regolamentato ad un mercato aperto è sempre delicato dal punto di vista della concorrenza, tanto sono grandi le tentazioni, per l'(ex) azienda monopolistica, di approfittare ancora della sua situazione di forza durante il periodo transitorio per consolidare la sua influenza sul mercato.

### **1.3.3 Controllo delle concentrazioni**

E' la novità più notevole della nuova legge ed è evidentemente troppo presto per poter giudicare la sua efficacia.

Mentre nel 1996, un solo progetto di concentrazione è stato annunciato, l'anno 1997 ne conta 23. In quattro casi, la Commissione ha aperto una procedura d'esame. Se consideriamo solamente le procedure aperte fino ad ora, si può dire che, nel 18% dei casi, una procedura d'esame è stata aperta. Questa percentuale è tre volte più alta di quella dell'UE.

Alcune critiche sono state formulate in particolare verso la non-apertura di una procedura d'esame nel caso Migros/Globus e verso il fatto che le procedure d'esame approdavano sempre a delle autorizzazioni senza condizioni e oneri. Da un lato, conviene sottolineare il fatto che, a tale proposito, il legislatore ha volontariamente situato i

valori limite, a partire dai quali un'autorizzazione con condizioni e oneri o un divieto è possibile, più in alto di quelli in vigore per esempio nell'UE. D'altra parte, la dimensione di un'impresa non è censurabile in quanto tale, fintanto che non sopprime la concorrenza. Certamente, Migros è un'azienda molto importante, ma Coop, Denner, i magazzini Nordmann-Mauss, Volg e la catena Primo-Vis-à-vis sono senz'altro dei concorrenti che contano sul mercato. Indizi che la concentrazione creerà o rafforzerà una posizione dominante sul mercato non sono dunque stati trovati.

Per quanto concerne le procedure d'esame, la Commissione della concorrenza ha concluso, nel caso Gasser/Tschudi, prima della decisione finale, un accordo comportante condizioni e oneri per le parti. Grazie a questo accordo il progetto di concentrazione ha potuto essere autorizzato. Nel caso Siemens/Elektrowatt, le parti hanno concluso un accordo con la Commissione europea, secondo il quale esse dovevano abbandonare il settore dei telefoni a pagamento «Payphones» (Landis & Gyr Communications). Questa decisione ha comportato pochi effetti sulla concorrenza in Svizzera, dato che Siemens non operava ancora in questo campo fino ad oggi. Nel caso «Le Temps», la Commissione ha constatato che la concorrenza efficace era soppressa, ma che il progetto di concentrazione non ne era la causa, visto che il mercato nella Svizzera francese è troppo piccolo per permettere la coesistenza di due giornali di questo tipo.

L'elaborazione delle notificazioni di concentrazioni di imprese ha mobilitato gran parte delle risorse della segreteria. Con la pratica, ci si attende che il tempo dedicato ai casi di concentrazioni diminuisca nel 1998.

#### **1.3.4 Raccomandazioni alle autorità**

Una parte essenziale dell'attività della Commissione concerne la sorveglianza - dal punto di vista della concorrenza - delle regolamentazioni (federali, cantonali e comunali) che provocano delle limitazioni della concorrenza.

La Commissione e la segreteria hanno mostrato la loro determinazione nelle procedure di consultazione; in maniera generale, si può pure constatare una più grande comprensione da parte delle amministrazioni e dei parlamenti, anche se i riflessi protezionisti sono ancora sovente fortemente ancorati.

Una delle raccomandazioni più importanti riguardava il mercato delle telecomunicazioni e la partecipazione di Swisscom alla società Cablecom. La Commissione considera che la liberalizzazione, in particolare l'obbligo all'interconnessione, non è sufficiente a ristabilire già dal 1998 una concorrenza efficace sui mercati delle telecomunicazioni. Solo una separazione dell'organizzazione delle reti telefoniche e dei cavi è in misura di sopprimere la posizione monopolistica di fatto di

Swisscom su questi mercati. Il Consiglio federale ha deciso di non seguire tale raccomandazione.

Questa competenza della Commissione è stata estesa dalla Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI). Basandosi sull'articolo relativo ai mercati pubblici (art. 5 LMI), la Commissione e la sua segreteria hanno fornito a più riprese dei preavvisi in merito alle procedure in corso. In questo contesto, bisogna menzionare l'intervento della Commissione presso la Conferenza dei Direttori dei lavori pubblici, al fine di sollecitare una riforma dell'accordo intercantonale sui mercati pubblici e delle leggi e ordinanze cantonali sugli appalti. Desiderosa di non turbare le procedure legislative in corso, la Commissione ha per il momento rinunciato a redigere una raccomandazione in quest'ambito.

## **1.4 Attività della segreteria**

### **1.4.1 In generale**

Gli esami legati al controllo di concentrazioni di imprese hanno occupato un posto importante nell'attività dei servizi «di mercato». Considerando che questi servizi hanno raggiunto il loro effettivo solamente verso la fine dell'anno in questione, tutte le pratiche in sospeso, in particolare nell'ambito degli accordi e delle pratiche d'impresa dominanti il mercato, non hanno potuto essere portate a termine.

Il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» si è concentrato sul supporto agli altri servizi esaminando tutti i loro progetti, trattando le questioni materiali e di procedura legate alla nuova legge e conducendo due programmi di formazione destinati ai nuovi membri della segreteria.

### **1.4.2 Servizio «industria e produzione»**

- a) **Concentrazioni di imprese:** gli esami preliminari dei progetti di concentrazione Migros/Globus, Siemens/Elektrowatt, e Roche/Corange (Boehringer Mannheim e De Puy) si sono avverati particolarmente impegnativi. Questi casi, così come cinque altri trattati dal servizio «industria e produzione», non hanno rivelato alcun indizio di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante sui mercati rilevanti. Nel caso Siemens/ Elektrowatt, si è giunti a questa conclusione solamente dopo un esame approfondito, contrariamente agli altri casi, ove le condizioni per l'avvio di un tale esame non erano riunite. Inoltre, la creazione dell'impresa comune Merial da parte di Rhône-Poulenc e Merck è stata notificata con ritardo. Per questo motivo, è stata avviata una procedura contravvenzionale.
- b) **Agricoltura:** l'inchiesta riguardante Migros e Coop in merito ad accordi fissanti ai fornitori le condizioni per l'alimentazione degli animali da macello, così come quelli stabilenti le condi-

zioni alle quali le imprese trattanti i rifiuti da macello dovevano conformarsi, è stata chiusa senza alcun seguito da parte della Commissione della concorrenza, dopo l'abbandono da parte di Migros e Coop della pratica incriminata.

Al contrario, l'inchiesta riguardante la Federazione svizzera per l'inseminazione artificiale (FSIA) è stata ritardata a causa della sua estrema complessità. La posizione dominante della FSIA sul mercato si è in effetti creata all'epoca precedente la liberalizzazione del mercato dell'inseminazione artificiale. D'altronde, il comportamento della FSIA è notevolmente influenzato dalle associazioni d'allevamento riconosciute, che, nel campo dell'allevamento dei bovini, svolgono contemporaneamente dei compiti commerciali e di diritto pubblico.

- c) **Metallurgia e industria delle macchine:** conformemente ad una decisione della Commissione della concorrenza del 20 gennaio 1997, i contratti di distribuzione nel ramo automobilistico non hanno ripercussioni negative sulla concorrenza a condizione che siano conformi alle «Condizioni-quadro per le regole di concorrenza applicabili ai contratti di distribuzione nel ramo automobilistico» emesse dalla Commissione dei cartelli all'inizio del 1996 (cf. CCSPr 3/1996), o al regolamento no 1475/95 della Commissione europea del 28 giugno 1995 concernente l'applicazione dell'articolo 85 paragrafo 3 del trattato, a categorie di accordi di distribuzione e di servizio di vendita e di dopo-vendita di automobili. Nel corso del 1997, il servizio «industria e produzione» ha esaminato i contratti-tipo di distribuzione di quasi tutte le marche presenti sul mercato svizzero e li ha giudicati conformi ai criteri fissati dalla Commissione dei cartelli. Peraltro, i distributori sono stati invitati a comunicare alla segreteria della Commissione della concorrenza entro la fine dell'anno, tutte le deroghe ai contratti-tipo. La segreteria effettua attualmente il controllo della corretta applicazione dei criteri, sulla base delle informazioni fornite dagli importatori. A questo proposito, non è escluso che siano aperte delle inchieste preliminari contro i produttori / importatori che contravvenissero alle condizioni-quadro o al regolamento 1475/95.
- d) **Costruzione:** un'inchiesta preliminare riguardante l'utilizzazione di uno schema di calcolo da parte dei posatori di rivestimento per pavimenti è stata chiusa senza alcun seguito. Inoltre, un controllo approfondito della situazione della concorrenza sul mercato del cemento, così come su quello della sabbia e della ghiaia, ha dovuto essere rinviato all'anno prossimo.
- e) **Beni di consumo:** alla luce dei lavori della Commissione dei cartelli e della segreteria della Commissione della concorrenza, un'inchiesta è stata aperta sul potere d'acquisto del commercio

al dettaglio. Questa procedura si prefigge di evidenziare l'esistenza di accordi fra imprese/gruppi di imprese a livello dei fornitori e, all'occorrenza, di verificare se questi accordi sono conformi all'art. 5 LCart.

Per ciò che concerne gli articoli da sport, è stato constatato che numerosi problemi di concorrenza si ponevano alla luce dei legami che esistono tra l'omologazione degli articoli da sport da parte delle associazioni sportive e lo sponsoring effettuato dai fabbricanti di tali articoli. Il servizio «industria e produzione» ha preparato per la Commissione della concorrenza un progetto di comunicazione riguardante questa problematica, nel quale figura, tra l'altro, la regola secondo la quale l'omologazione deve essere separata dallo sponsoring.

L'inchiesta preliminare concernente il materiale d'apicoltura, così come quella riguardante il sistema di distribuzione selettiva degli strumenti di musica Yamaha, hanno potuto essere chiuse senza seguito. Al contrario, il rifiuto di Minolta di fornire pezzi di ricambio a riparatori indipendenti è attualmente l'oggetto di un'inchiesta.

- f) **Beni di investimento:** alcune inchieste preliminari sono state chiuse nel campo del servizio di garanzia per i sistemi di riscaldamento, così come in quello dei gas e dei gas composti. In seguito a ciò, due inchieste sono state aperte. Peraltro, un'inchiesta preliminare su una comunità d'interessi di produttori di cartone ondulato ha potuto essere chiusa senza seguito.
- g) **Varia:** il servizio «industria e produzione» prepara attualmente una comunicazione sull'ammissibilità degli accordi concernenti l'utilizzazione di schemi di calcolo.

### 1.4.3 Servizi

- a) **Politica della salute:** la Svizzera conosce cambiamenti importanti nell'ambito della salute. La nuova legge sull'assicurazione-malattia (LAMal), instaura un sistema concorrenziale che modifica le relazioni fra fornitori di prestazioni e assicuratori. L'aumento dei premi assicurativi e i costi elevati della salute generano nuovi prodotti assicurativi. Lo sforzo sostenuto per limitare l'aumento dei premi porta, in numerosi mercati, ad una selezione dei fornitori di prestazioni, così come ad una riduzione delle loro sovracapacità. I rapporti di forza sui mercati della salute si sono modificati, ciò si traduce, per esempio, nell'indebolimento degli arrangiamenti cartellistici che esistevano precedentemente presso i fornitori di prestazioni.

In quest'ambito, il processo di trasformazione è evidenziato dal numero elevato di casi da evadere. Per questo motivo, a livello del mercato dei medicinali, gli accordi privati sono esaminati dal

punto di vista del diritto della concorrenza. Il nuovo modello di rimborso dei farmacisti è anche in fase di studio. Inoltre, la segreteria è attiva in materia di legislazione sugli agenti terapeutici e in particolare per quel che concerne la questione delle importazioni parallele di medicinali e di dispositivi medicali.

La segreteria si occupa anche del problema degli onorari relativi all'attività svolta dai medici a titolo privato (tariffe della società dei medici del Canton Berna). In seguito, la segreteria è incaricata di esaminare i nuovi modelli dei medici di famiglia (Hausarztmodellen). Inoltre, deve pronunciarsi in merito alla questione della selezione dei medici operata dalla Swica, alla quale si oppone con veemenza l'associazione dei medici zurighesi.

Infine, nell'ambito di diverse procedure civili e amministrative, è compito della segreteria valutare il comportamento degli assicuratori che limitano il numero di fornitori di prestazioni nell'assicurazione semi-privata per le cure ospedaliere (ospedali privati bernesi contro Visana e CSS, cliniche private ginevrine contro Cosama). Gli ospedali privati considerano il fatto di limitare la libertà di scelta di un ospedale, rispettivamente l'elaborazione da parte degli assicuratori di liste, un esercizio abusivo di una posizione dominante, o ancora la prova di un accordo illecito in materia di concorrenza.

Scopo dell'attività della segreteria è innanzitutto garantire che i cambiamenti intervenuti sul mercato della salute e, di conseguenza, il rafforzamento della concorrenza, non siano rimessi in questione.

- b) **Banche e assicurazioni:** in questo settore, l'attività della segreteria si è focalizzata su molteplici concentrazioni d'impresе (per l'appunto GECC / Aufina, Banca di Langnau / Valiant, CS / Winterthur). Nei casi conclusi al momento della redazione di questo rapporto, le procedure di esami preliminari effettuate hanno mostrato che le condizioni giustificanti l'apertura di una procedura di esame approfondito non erano riunite. Peraltro, importanti preavvisi sono stati redatti su progetti di leggi federali (legge sulle banche, in particolare le disposizioni sullo statuto delle banche cantonali, legge sulle borse e le sue ordinanze di applicazione). In quest'ambito, l'attività della segreteria si proponeva innanzitutto di eliminare le limitazioni della concorrenza fra le banche commerciali e le banche cantonali. In tre casi parzialmente chiusi, la segreteria ha analizzato la posizione e il comportamento d'impresе operanti nel settore delle carte di credito sul mercato svizzero.
- c) **Professioni liberali/pubblicità/consulenza:** l'attività delle professioni liberali è influenzata da limitazioni della concorrenza

provenienti, non solo da associazioni professionali, ma anche da restrizioni statali. Le limitazioni private della concorrenza, in particolare quelle che toccano gli onorari e la pubblicità, hanno dato luogo all'apertura di numerose inchieste preliminari. Queste procedure hanno interessato gli avvocati, i notai, la consulenza in materia di proprietà intellettuale, i medici, le fiduciarie e i traduttori. Lo scopo della segreteria è di rivelare tutti i cartelli rigidi (accordi sui prezzi) e, nella misura in cui essi resistono, di sopprimerli. La segreteria si occuperà delle restrizioni statali nel 1998.

In materia di pubblicità, l'affissione pubblica ha richiesto tutta l'attenzione della segreteria. La discussione ha interessato da un lato la prassi in materia di aggiudicazione dei cantoni e dei comuni e dall'altro, sulla ripartizione del mercato fra le imprese importanti nel campo dell'affissione e le loro relazioni con le autorità cantonali e comunali (caso J.-C. Decaux, SGA/comuni).

Nel campo delle società di revisione, è utile segnalare due importanti concentrazioni d'impresе; visto che le procedure relative ai due progetti sono ancora pendenti, il rapporto annuale non le menziona (STG Coopers & Lybrand/Revisuisse Price Waterhouse; Atag Ernst & Young/KPMG).

- d) **New Public Management (nuova gestione pubblica):** in seguito ad un'inchiesta preliminare sull'Istituto svizzero di meteorologia (ISM), la segreteria ha studiato un progetto di legge concernente la posizione concorrenziale dell'ISM (Legge federale sulla meteorologia e la climatologia). Le modifiche necessarie sono state apportate a questo progetto al momento della procedura di consultazione degli uffici. In materia di certificazione (norme ISO), la segreteria si è occupata di due altri casi: il primo portava sull'accreditazione degli uffici federali (Aggruppamento dell'armamento, OFIAMT) come organismi di certificazione, il secondo concerneva le relazioni concorrenziali fra due organismi di certificazione (caso SGS vs. SQS). Infine, la segreteria ha preso in esame le relazioni fra l'Ufficio federale della topografia ed un'impresa privata attiva nel campo della fabbricazione delle cartine topografiche (Kümmerli & Frey). Quando un ufficio federale agisce come un'impresa, il lavoro della segreteria consiste nel sopprimere i rischi di distorsioni della concorrenza o almeno, nel ridurli al minimo.
- e) **Diverse prestazioni di servizi :** diversi casi hanno sollevato importanti questioni di principio, soprattutto in merito al concetto di accordo in materia di concorrenza. In due casi, è stato constatato che gli accordi di prezzo e di ripartizione dei mercati per zone non miravano, né comportavano delle limitazioni della concorrenza. Al contrario, nei due casi la concorrenza si è rin-

forzata grazie agli accordi in questione, i quali hanno permesso alle imprese regionali di entrare in un nuovo mercato (caso «Auto Assistance Schweiz» e «Elektropikett»). Le relazioni fra lo Stato e l'impresa incaricata di eseguire dei compiti di interesse pubblico, così come gli effetti sui terzi (TCS/Cantoni) sono stati ugualmente analizzati. Nella maggior parte dei casi, si trattava di definire da un lato, i limiti fra l'attività imprenditoriale e l'attività d'interesse generale, e dall'altro, di risolvere diverse questioni relative all'applicazione della legge sul mercato interno (regolamentazioni cantonali concernenti gli spazzacamini).

#### 1.4.4 Servizio «Infrastruttura»

- a) **Telecomunicazioni:** i lavori relativi all'elaborazione della nuova legislazione sulle telecomunicazioni sono stati predominanti. La segreteria e la Commissione hanno preso posizione, in modo dettagliato, sui progetti della Legge sulle telecomunicazioni (LTC) e sulle relative ordinanze d'applicazione al momento delle procedure di consultazione. Dal punto di vista della politica della concorrenza, le disposizioni concernenti l'interconnessione, la regolazione del servizio universale, la portabilità dei numeri e la libera scelta dell'operatore erano di grande importanza. Queste questioni, così come altre rientranti nell'ambito della telefonia mobile (attribuzione di concessioni supplementari nel 1998), sono state l'oggetto di un intenso scambio d'informazioni con l'Ufficio federale della comunicazione (UFCOM).

In merito alla raccomandazione della Commissione della concorrenza al Consiglio federale concernente la partecipazione di Swisscom a Cablecom, la segreteria ha elaborato alcune prese di posizione dettagliate nell'ambito dei lavori preparatori della decisione del Consiglio federale.

Infine, per ciò che concerne due inchieste preliminari condotte contro Swisscom, la segreteria ha constatato l'assenza di pratiche illecite (Telecom PTT - dati degli annuari statistici e Telecom PTT - Flexnet). Il comportamento d'altre imprese sul mercato delle telecomunicazioni è stato altresì esaminato senza poter trovare alcuna pratica illecita.

- b) **Posta:** il comportamento delle PTT sui mercati che si situano ai margini del loro monopolio è stato all'origine di due inchieste preliminari. In relazione all'approvvigionamento esclusivo di una filiale delle PTT con dati che si riferiscono a persone e che servono ad aggiornare gli indirizzi, la segreteria ha constatato che una disfunzione del mercato era possibile. Visto che l'approvvigionamento esclusivo si basa su di una disposizione di un'ordinanza, e che quest'ultima non sarà più in vigore a causa

della revisione della Legge sulla posta, le PTT devono, d'ora in poi, offrire i dati concernenti i cambiamenti d'indirizzi a tutti i clienti alle stesse condizioni. Nel caso degli invii postali senza indirizzo, non c'era posizione dominante delle PTT sul mercato; la questione dell'abuso di tale posizione non si è quindi neppure posta.

- c) **Energia:** in primo piano, è necessario sottolineare i lavori relativi all'elaborazione di una Legge sul mercato dell'elettricità. La segreteria è entrata in contatto con l'Ufficio federale dell'energia responsabile del dossier, con rappresentanti di autorità estere dell'energia, così come con diverse altre associazioni svizzere del ramo (Unione delle Centrali Svizzere d'Elettricità, Forum svizzero dell'energia, ecc.). Lo scopo principale della segreteria è l'apertura più rapida e completa possibile del mercato a tutti gli acquirenti di energia elettrica, così come una regolamentazione efficace dell'accesso alle reti.

Peraltro, la segreteria si è occupata, nell'ambito di tre inchieste preliminari, dell'approvvigionamento regionale e comunale di gas. Nessuno dei tre casi ha rivelato indizi di limitazioni illecite della concorrenza.

- d) **Media:** in questo campo, i lavori relativi all'esame delle fusioni «Gasser/Tschudi Druck» e «Le Temps» hanno richiesto parecchio tempo. Nei due casi, la delimitazione dei mercati rilevanti ha causato qualche problema dato che le informazioni diffuse nella stampa o nei quotidiani sono di natura eterogenea e che dei parametri supplementari, come il modo di pubblicazione, il pubblico destinatario, ecc., hanno dovuto essere presi in considerazione.

Peraltro, la segreteria si è occupata di lamentele provenienti dal settore dei chioschi e da quello delle agenzie di annunci. Infine, la segreteria è stata consultata dall'UFCOM in merito alle richieste di concessioni radio/TV.

- e) **Ambiente/smaltimento dei rifiuti:** in diversi preavvisi relativi a progetti di ordinanze d'applicazione della Legge sulla protezione dell'ambiente (imballaggi per bibite, rifiuti elettrici e elettronici, batterie) e anche in alcune inchieste preliminari (Swico-Recycling), la segreteria ha preso posizione sulla questione dello smaltimento dei rifiuti conforme al diritto della concorrenza. A più riprese, la segreteria ha sottolineato l'esistenza di soluzioni più conformi alla concorrenza che l'introduzione di una tassa di smaltimento anticipata, uniforme e applicata ad un ramo intero. Una tale tassa non dovrebbe essere introdotta che in casi eccezionali, in quanto questo modo di finanziamento limita la scelta del richiedente dei servizi di smaltimento. In generale, è

sufficiente designare i responsabili dello smaltimento dei rifiuti e in seguito lasciare agire il mercato.

- f) **Traffico:** la segreteria ha preso posizione in modo dettagliato su diversi progetti di deregolamentazione (traffico ferroviario e aereo). Per quanto concerne il traffico aereo, la segreteria desidera che il periodo di mantenimento del monopolio Swissair sia il più corto possibile alla luce delle concessioni già attribuite. Un'inchiesta preliminare sulla concorrenza esistente in materia di navigazione sul lago dei Quattro Cantoni, ha mostrato che all'origine delle limitazioni della concorrenza incriminate si trovano le disposizioni legali, e non il comportamento delle società di navigazione concessionarie.

#### 1.4.5 Servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione»

- a) **Coordinazione:** il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» (qui di seguito : C) ha come compito principale quello di garantire l'unità della prassi della segreteria. Tutti i progetti scritti che coinvolgono la Commissione e/o la segreteria nei confronti dell'esterno, sono sottoposti ad esso. Il servizio è così invitato ad esaminare i progetti di rapporti che sono redatti in seguito ad inchieste preliminari, ad inchieste, ad esami preliminari e ad esami. Essi sono studiati dal servizio dal punto di vista della loro motivazione materiale e giuridica e della loro presentazione formale.
- b) **Questioni giuridiche ed economiche:** il servizio ha elaborato delle linee direttrici che descrivono il procedimento da seguire e le principali tappe nella determinazione del mercato rilevante, nell'analisi della concorrenza potenziale, nella problematica delle misure cautelari o ancora nella valutazione delle restrizioni verticali in relazione con le intese orizzontali. Uno studio sul tema delle importazioni parallele in relazione con il diritto della proprietà intellettuale è in corso.

Al fine di garantire un'unità nello svolgimento della procedura e nell'elaborazione di rapporti, il servizio ha creato dei modelli di documenti e delle «Check-lists» che descrivono le diverse tappe della procedura. Il servizio ha elaborato un progetto di ordinanza sulla percezione di emolumenti nella LCart.

- c) **Legge sul mercato interno (LMI):** incaricato di questo dossier, il servizio ha contribuito al chiarimento delle disposizioni sui mercati pubblici della Confederazione, dei cantoni e dei comuni. In questo contesto, esso ha sottoposto una raccomandazione della Commissione ai cantoni di Basilea-città e di Basilea-Campagna. Il servizio ha preso posizione sui progetti di legge sui mercati pubblici dei cantoni di Basilea-città, Basilea-campagna, Jura, Lucerna e Ticino. In più occasioni, il servizio ha preso posizione su

questioni particolari del diritto degli appalti pubblici all'intenzione di cantoni e di comuni. Esso ha ugualmente redatto un rapporto sulla problematica delle condizioni di lavoro all'intenzione della Commissione.

Oltre agli appalti pubblici, il servizio ha preso posizione su questioni relative alla validità in Svizzera dei certificati di capacità (brevetti d'avvocato nel cantone di Argovia e licenza d'albergo nel cantone di Basilea-campagna) e su questioni generali legate al campo d'applicazione ed agli effetti della LMI (Cantone di San Gallo).

- d) **Formazione:** il servizio è responsabile della formazione interna della segreteria. Già a due riprese, esso ha garantito la formazione dei nuovi collaboratori e collaboratrici. Un corso introduttivo più corto è stato ugualmente organizzato per il personale amministrativo.
- e) **Varia:** fino alla metà dell'anno, il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» ha assunto la responsabilità del controllo preliminare e dell'esame dei progetti di concentrazione. Quest'attività è stata da allora trasferita progressivamente ai diversi servizi di mercato. Nell'ambito della sua attività di coordinazione, il servizio valuta e commenta come prima tutti i progetti di rapporti in questo campo.

Il servizio è responsabile dell'inchiesta contro il gruppo Volkswagen. La conduzione di questa procedura gli è stata affidata in ragione della dimensione internazionale del caso.

### 1.5. Aspetti internazionali

Il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» è responsabile dei contatti con le autorità estere della concorrenza. Siccome diverse disposizioni della LCart si sono ispirate al modello di diritto europeo della concorrenza, gli sviluppi in Europa sono seguiti attentamente. Essi sono analizzati per essere poi messi a disposizione della segreteria.

Il servizio è stato rappresentato a diverse sedute dell'OCSE, e ha redatto il rapporto sulla politica svizzera della concorrenza che il Presidente ha sottoposto al Comitato del diritto e della politica della concorrenza dell'OCSE. Il servizio ha anche partecipato ad alcune riunioni dell'OMC e ha prestato assistenza alla delegazione svizzera. Infine, il servizio ha risposto a diverse domande provenienti da organizzazioni internazionali come l'FMI e la CNUCED in merito alla situazione della concorrenza in Svizzera.

### 1.6 Vedi pagina 425

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

**B Verwaltungsverfahrenliche Praxis**  
**Pratique administrative**  
**Prassi amministrativa**

**B 1 1. Vorabklärungen**  
 Enquêtes préalables  
 Inchieste preliminari

**B 1.1 1. Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden; Art. 5 KG.*

*Accords illicites; art. 5 LCart.*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart.*

*Schlussbericht vom 10. Oktober 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs*

**A. Sachverhalt**

1. Fünf Fachhandelsunternehmen, die in der Schweiz unter anderem mit Produkten des Ärztebedarfs handeln, unterzeichneten zusammen am 11. Oktober 1996 ein Schreiben (vgl. RZ 6). Bei den Fachhändlern handelt es sich um folgende Unternehmen:

- Marcel Blanc & Cie SA, Le Mont/Lausanne (nachfolgend: M. Blanc)
- PHARMAP De Toledo & Cie SA, Genève (nachfolgend: Pharmap)
- Polymed GmbH, Glattbrugg (nachfolgend: Polymed)
- Quickmed-Mediorama AG, Gümligen (nachfolgend: Mediorama)
- T.+R. Tüscher AG, Bern (nachfolgend: Tüscher)

Sie vertreiben Medizinalprodukte an niedergelassene Ärzte, Spitäler, Kliniken, Spitex und zum Teil auch an Zahnärzte und Heime. Einige Händler sind auch selbst in geringem Masse als Hersteller tätig oder verfügen über Exklusivverträge für den Import und den Vertrieb einzelner Produkte in der Schweiz.

2. Sie stellten das Schreiben drei Herstellern von Produkten des Ärztebedarfs zu. Es sind dies:

- 3M (Schweiz) AG, Rüschlikon (nachfolgend: 3M)
- B. Braun Medical AG, Sempach-Station (nachfolgend: B. Braun)
- Seca AG, Reinach/BL (nachfolgend: Seca)

3M und B. Braun bieten vorwiegend Verbrauchsgüter wie Verbandsmaterialien, Nahtmaterial, Spritzen usw. an. Seca ist unter anderem auf die Produktion von Waagen spezialisiert.

3. Alle drei Hersteller sowie die genannten fünf Fachhändler sind Mitglieder des Verbands Schweizerischer Firmen für Arzt und Spitalbedarf, Bern (FAS).

4. Das Schreiben richtete sich mittelbar gegen die Allgemeine Einkaufszentrale der Schweizer Ärzte AG, Zug/Genève (nachfolgend: AESA), ein Unternehmen, das ebenfalls mit Produkten des Ärztebedarfs handelt und das seit 1995 auf diesem Markt tätig ist. Die AESA bezog gemäss eigenen Angaben Ende 1996 zwischen 40 und 50% der durch sie vertriebenen Produkte über die unter RZ 2 genannten Hersteller.

5. Die Verbindung der Schweizer Ärzte, Bern (nachfolgend: FMH) ist mit einer Beteiligung von ca. 22% am Aktienkapital eine Minderheitsaktionärin der AESA und stellt ein Mitglied des Verwaltungsrates. In Inseraten und im Katalog der AESA bezeichnete die FMH die AESA als «standeseigene» Einkaufszentrale der FMH (die FMH und die AESA haben in der Zwischenzeit angekündigt, auf die Verwendung dieser Bezeichnung verzichten zu wollen). Die fünf Fachhändler halten diese Darstellung für unlauter, da die Aktienmehrheit an der AESA eine unabhängige, private Gesellschaft (Compagnie médicale de commerce et de gestion SA [Centrale d'achats] Genève) innehat und diese auch mit der Geschäftsführung betraut ist.

6. Im Schreiben vom 11. Oktober 1996 werfen die fünf Fachhändler der AESA unter anderem vor, kein Lager zu unterhalten und keine Serviceleistungen (Montage, Reparaturen) anzubieten. Indem die drei Hersteller der AESA erlauben, mit erheblichen Rabatten am Markt aufzutreten, würden sie denjenigen Fachhändlern, die mit ihrer Geschäftspolitik dazu beitragen, den guten Ruf und die Qualität der Produkte aufrecht zu erhalten (aktive Förderung der Produkte, Lager, Montage, Instandhaltung, Ausbildung der Benutzer, usw.), ein unmittelbares Unrecht zufügen. Sie drohen gegenüber 3M, B. Braun und Seca mit «unangenehmen Massnahmen» («des mesures désagréables pour tous»), sollten diese nicht rasch für eine «angemessene Lösung» («une solution raisonnable») sorgen. Gemäss Angaben der fünf Fachhändler stellte dieses Schreiben eine direkte Reaktion auf das angeblich unlautere Verhalten der AESA und der FMH (vgl. RZ 5) dar.

7. Die fünf Fachhändler bestreiten, über wesentlichen Einfluss auf den schweizerischen Markt für Produkte des Ärztebedarfs zu verfügen. Mit dem erwähnten Schreiben hätten sie nur das Ziel verfolgt, die drei Adressaten zur Gewährung nichtdiskriminierender Rabatte zu bewegen und sich gleichzeitig gegen das angeblich unlautere Verhalten des FMH und der AESA zur Wehr zu setzen.

8. Die AESA wiederum sieht im Ausgangsschreiben Anzeichen dafür, dass die fünf Fachhändler sie im Wettbewerb behindern wollen. Durch das genannte Schreiben würden die Fachhändler versuchen, Druck auf die Hersteller auszuüben, um damit mittelbar die AESA im Wettbewerb zu behindern.

9. Gemäss Auskünften der drei Hersteller wie auch der AESA haben die fünf Fachhändler auf das Schreiben vom 11. Oktober 1996 jedoch keine erkennbaren Massnahmen folgen lassen.

## **B. Formelles**

10. Mit Brief vom 6. Februar 1997 hat die FMH dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Kopie des fraglichen Schreibens vom 11. Oktober 1996 (nachfolgend: Ausgangsschreiben) der fünf Fachhändler zugestellt und um Erlass geeigneter Massnahmen ersucht.

11. Der FAS reagierte darauf mit Brief vom 18. Februar 1997, mit dem er sich an die FMH und die AESA wandte und ihnen vorwarf, mit unlauteren Mitteln am Markt aufzutreten. Der FAS liess dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ebenfalls eine Kopie dieses Schreibens zukommen.

12. Am 19. März 1997 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung gemäss Art. 26 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) betreffend den Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs.

13. Gegenstand der Vorabklärung bildete die Frage, ob die im Ausgangsschreiben enthaltene Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellt und geeignet ist, die AESA in unzulässiger Weise im Wettbewerb zu behindern.

14. Der Vorwurf des FAS sowie der fünf Fachhändler, die AESA suggeriere den Nachfragern (Ärzte) mit ihrem Marktauftreten als «standeseigene» Einkaufsorganisation der FMH unwahre Tatsachen, ist aus kartellrechtlicher Optik unerheblich. Für diese Frage muss auf die Zivilgerichte verwiesen werden, die zur Beurteilung allfälliger Verstösse gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) zuständig sind.

15. Gleichzeitig mit der Eröffnung der Vorabklärung wurde der FAS im Rahmen der Abklärung des Sachverhalts ersucht, über seine Rolle im schweizerischen Handel mit Produkten des Ärztebedarfs Auskunft zu erteilen. Die FMH wurde über Ihre Zusammenarbeit mit der AESA befragt.

16. Mit Schreiben vom 30. Juni 1997 wurden die fünf Unterzeichner des fraglichen Schreibens vom 10. Oktober 1996 in die Vorabklärung miteinbezogen und über ihre Geschäftstätigkeit befragt.

17. Die AESA wurde mit Schreiben gleichen Datums ebenfalls über ihre Geschäftstätigkeit und den schweizerischen Markt für Produkte des Ärztebedarfs befragt.

### **C. Erwägungen**

18. Mittels der Vorabklärung wird festgestellt, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Ist dies der Fall, hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, in welcher darüber entschieden wird, ob tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, und welche Massnahmen zu treffen sind. Im Rahmen der Vorabklärung genügt daher eine pauschale Beurteilung des Sachverhalts.

#### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

##### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

19. Laut Botschaft zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des KG (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66).

20. Die Fachhändler AESA, M. Blanc SA, Pharmap SA, Polymed AG, Medicorama AG und Tüscher AG sowie die drei betroffenen Hersteller 3M, B. Braun und Seca sind als Unternehmen im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren.

##### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

21. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften vorhanden, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG) und die Wettbewerb nicht zulassen würden.

##### **1.3 Die Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

## **2 Beurteilung der Abrede über ein koordiniertes Auftreten gegenüber den Herstellern nach Art. 5 KG**

23. Mit dem Ausgangsschreiben drohen die fünf Fachhändler den drei Adressaten, Massnahmen zu ergreifen, falls sie die AESA weiterhin zu denselben («ungerechten») Konditionen beliefern. Mit dieser Drohung gegenüber den Herstellern und der darin enthaltenen Aufforderung, die Geschäftspolitik gegenüber der AESA entsprechend anzupassen («... vous vous devez de trouver rapidement une solution raisonnable à cette situation ...»), bezwecken die fünf Fachhändler mittelbar die Verhinderung einer Geschäftspolitik, wie sie die AESA betreibt (angeblich weniger umfangreiche Dienstleistungen verbunden mit hohen Rabatten). Es ist zumindest fraglich, ob solche Formen mittelbarer Wettbewerbsbeschränkungen Abreden im Sinne des Gesetzes darstellen. Die Beantwortung dieser Frage kann im vorliegenden Verfahren jedoch offen gelassen werden, da die behauptete Wettbewerbsbeschränkung auch bei Annahme einer Abrede keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bewirkt (vgl. unten RZ 32 ff.). Nachfolgend wird dennoch vom Bestehen einer Abrede ausgegangen.

24. Die Abrede hat weder horizontal (d.h. unter den fünf Fachhändlern) noch vertikal (d.h. zwischen den Fachhändlern einerseits und den Herstellern andererseits) eine Festsetzung der Preise, eine Einschränkung der Mengen oder eine Aufteilung der Märkte bezweckt oder bewirkt. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird nicht vermutet (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG).

25. Da die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG im vorliegenden Sachverhalt nicht greift, ist zu untersuchen, ob die Abrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hat. Dazu ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **2.1 Der relevante Markt**

a) Sachlich relevanter Markt

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

27. Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Wettbewerbsabrede oder das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird. Im vorliegenden Fall sind Marktgegenseite daher die drei Adressaten des Ausgangsschreibens (3M, B. Braun, Seca).

28. Die Hersteller sind auf Vertriebskanäle für ihre Produkte des Ärztebedarfs (Medizintechnik, Verbrauchsmaterial, Rehabilitation, Hilfsmittel, Einrichtungen, und Pflege) angewiesen. Dabei bietet sich ne-

ben dem Direktvertrieb durch die Hersteller vor allem der Vertrieb mittels Fachhändlern an. Der Direktvertrieb von Produkten des Ärztebedarfs ist denkbar, wird aber zur Zeit - im Gegensatz zu Produkten des Spitalbedarfs, bei denen verhältnismässig grosse Mengen nachgefragt werden - nur in geringem Umfang praktiziert: Im Falle der niedergelassenen Ärzte verzichten die Hersteller auf den Direktvertrieb ihrer Produkte, da die niedergelassenen Ärzte zur Minimierung ihrer Beschaffungskosten Fachhändler bevorzugen, über die sie alle oder wenigstens eine Vielzahl der benötigten Produkte beschaffen können.

29. Als sachlich relevanter Markt gilt deshalb der Markt für Vertriebsdienstleistungen für Produkte des Ärztebedarfs.

#### b) Räumlich relevanter Markt

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

31. Die Hersteller von Produkten des Ärztebedarfs vertreiben ihre Produkte vorwiegend über Fachhändler, die über die gesamte Schweiz verstreut sind. Der räumlich relevante Markt erstreckt sich daher auf das Gebiet der Schweiz.

### **2.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

32. Unter dem Blickwinkel der Wirkungen auf den Wettbewerb lassen sich drei verschiedene Arten von Wettbewerbsbeeinträchtigungen unterscheiden: die unerheblichen und die erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sowie die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 86). Unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen sind zulässig (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 87).

33. Unerheblich ist eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die marktbezogene Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen bloss geringfügig eingeschränkt wird (vgl. Baldi, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes. In: Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, S. 11). Massgeblich ist, ob die Behinderung wettbewerbspolitisch relevante Gesichtspunkte des geschäftlichen Handelns berührt und ob sie fühlbare Auswirkungen - etwa im Sinne eines Zwangs, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen - auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des betroffenen Unternehmens hat (vgl. BGE 112 II 268 ff., 276). Dazu ist insbesondere auf den verbleibenden Innenwettbewerb (zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen), den verbleibenden Aussenwettbewerb (Substitutionsmöglichkeiten der Nachfrager) und die Marktstellung der Marktgegenseite zu achten und ein Vergleich zur Situation vor der Abrede vorzunehmen.

34. Der Innenwettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Fachhändlern wird durch die Abrede - soweit ersichtlich - nicht beschränkt. Das Ausgangsschreiben enthält neben dem sehr allgemein formulierten Aufruf an die drei Hersteller, ihre Geschäftspolitik gegenüber der AESA zu überdenken und der Drohung, notfalls Massnahmen zur Durchsetzung zu ergreifen («nous serons dans l'obligation de prendre des mesures désagréables pour tous»), keine Abreden, mit denen die beteiligten Fachhändler eine über die Drohung hinausgehende Kooperation vereinbaren. Durch das Schreiben wird kein Wettbewerbsparameter, der für den Innenwettbewerb massgeblich ist, unmittelbar beschränkt. Dieser Umstand spricht gegen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

35. Die fünf Fachhändler verfügen über verhältnismässig grosse Marktanteile. Die Polymed GmbH gilt als Marktführerin. Seit Oktober 1996 hat sie ihre Marktstellung durch die Akquisition mehrerer Fachhändler, darunter auch die Medicorama AG, weiter verstärkt. 3M und B. Braun vertreiben gemäss eigenen Schätzungen gegenwärtig einen Anteil von ca. 60% ihrer Produkte für den Ärztebedarf über die genannten fünf Fachhändler. Seca beziffert den Anteil mit ca. 20%.

36. Nach Ansicht des Sekretariats verbleiben den Herstellern dennoch genügend Substitutionsmöglichkeiten neben dem Vertrieb über die genannten fünf Fachhändler, da der Markt für Vertriebsdienstleistungen trotz der starken Stellung von Polymed und M. Blanc stark fragmentiert ist und eine Vielzahl kleiner Fachhändler mit unterschiedlicher Spezialisierung am Markt für Vertriebsdienstleistungen teilnehmen. Dazu kommt, dass die Hersteller zum Direktvertrieb an die Ärzte übergehen könnten (potentieller Wettbewerb).

37. Die gegenwärtig vorherrschenden Vertriebssysteme (Fachhändler) könnten aber durch künftige Entwicklungen zumindest teilweise abgelöst werden. Denkbar sind neue Formen von Vertriebstechniken (z.B. Internet-Kataloge der Hersteller für den Direktvertrieb), Veränderungen der Marktstruktur auf Herstellerstufe (z.B. Zusammenarbeit einiger Hersteller beim Vertrieb) sowie auf Stufe der Ärzte (z.B. zunehmende Spezialisierung der Ärzte und entsprechend Nachfrage einer kleineren Anzahl unterschiedlicher Produkte in grösseren Mengen je Arzt).

38. Zudem lässt die Stellung der Marktgegenseite (hier: die Hersteller 3M, B. Braun und Seca) darauf schliessen, dass die fünf Fachhändler ohnehin von der Umsetzung der Drohung (z.B. einer Weigerung, die Produkte der drei Hersteller zu vertreiben) absehen würden: Die Hersteller verfügen ebenfalls über eine starke Marktstellung. Für einzelne ihrer Produkte sind kaum Substitutionsgüter verfügbar, weshalb sie im Angebot der meisten Fachhändler vorhanden sind (respektive sein müssen). Die Ärzte bevorzugen zur Minimierung ihrer Beschaffungskosten solche Fachhändler, bei denen sie alle, oder wenigstens eine

Grosszahl, der benötigten Produkte erhalten. Würden die genannten fünf Fachhändler gemeinsam den drei Herstellern den Vertrieb ihrer Produkte verweigern, so würden sie ihre Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu den nicht an der Abrede beteiligten Mitbewerbern vermindern. Es wäre zu erwarten, dass Händler wie beispielsweise die AESA von einem solchen Vorgehen profitieren würden, so dass es unwahrscheinlich erscheint, dass die fünf Fachhändler ihre Drohung tatsächlich umsetzen werden.

39. Im Vergleich zur Situation vor der Abrede sind keine Veränderungen feststellbar. Gemäss Aussagen der Hersteller haben die fünf Fachhändler ihre Drohung, notfalls Massnahmen zu ergreifen, nicht umgesetzt. Dies bestreitet auch die AESA nicht.

40. Durch die Vereinbarung (das Schreiben vom 11. Oktober 1996) wird demzufolge der Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für Vertriebsdienstleistungen für Produkte des Ärztebedarfs nicht erheblich beschränkt. Die Vereinbarung ist keine unzulässige Abrede im Sinne des KG, sofern sie überhaupt eine Abrede im Sinne des Gesetzes darstellt (vgl. RZ 23).

#### **D. Schlussfolgerungen**

- Die Abrede (soweit überhaupt von einer Abrede im Sinne des Gesetzes ausgegangen werden kann) zwischen M. Blanc, Pharmap, Polymed, Medicrama und Tüscher beschränkt den Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für Vertriebsdienstleistungen für Produkte des Ärztebedarfs nicht erheblich. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, die auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung schliessen lassen.
- Die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG über den Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs ist hiermit abgeschlossen.
- Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sieht aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen keinen Anlass, die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu beantragen.
- Die Wettbewerbskommission oder eine ihrer Kammern können unabhängig vom Ausgang der Vorabklärung dennoch eine Untersuchung eröffnen (Art. 17 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission, SR 251.1). Sollte die Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung erwägen, würde das Sekretariat jedoch die im vorliegenden Schlussbericht vertretene Auffassung vor der Kommission vertreten.

## B1.1 2. Kodex zwischen Krankenversicherern

*Unzulässige Wettbewerbsabreden; Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG.*

*Accords illicites; art. 2 al. 1, art. 4 al. 1 et art. 5 LCart.*

*Accordi illeciti; art. 2 cpv. 1, art. 4 cpv. 1 e art. 5 LCart.*

*Schlussbericht vom 2. November 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Kodex zwischen den Krankenversicherern Visana, Helsana, CSS und Konkordia*

### A. Sachverhalt

1. Die Krankenkassen Visana, Helsana, CSS und Konkordia haben im November 1996 in Zürich einen vertraulichen Zusammenarbeits-Kodex (im folgenden «Kodex») unterschrieben, dessen Inhalt «nicht kommuniziert» werden sollte.
2. Der Kodex stellt «eine Absichtserklärung der unterzeichnenden Krankenversicherungen (Mitglieder) dar, in grundsätzlichen Fragen für die Krankenversicherung zusammenzuarbeiten. In diesem Kodex sollen die Rahmenbedingungen und die Leitplanken für die Abstimmung und die Zusammenarbeit festgelegt werden», mit dem Ziel, «massgebliche und nachhaltige Veränderungen im Gesundheitswesen herbeizuführen».
3. Der Kodex ist in drei Abschnitte gegliedert:
  - Ausgangslage
  - Vision
  - Gemeinsames Vorgehen
4. Der letztgenannte Abschnitt listet folgende Elemente des Vorgehens auf:
  - «Regelmässige Sitzungen und offene Diskussion sowie regelmässiger, informeller Informationsaustausch unter den Mitgliedern;
  - Klare Priorisierung der Themen, welche kurz-, mittel- und langfristig verfolgt und bearbeitet werden sollen;
  - Definition der Leitplanken zu diesen Themen und einheitliche Vertretung der gemeinsam definierten Positionen nach aussen;
  - Koordination wichtiger Fragen wie Stellungnahmen bei Behörden, Fragen der Prämieingaben etc. auf kantonaler und gesamtschweizerischer Ebene;
  - Möglichkeit der Definition einer Ansprechperson innerhalb der Spitzengruppe nach aussen für bestimmte Fragen; diese stellt

die Information und die Diskussion unter den Mitgliedern sicher;

- Möglichkeit der Mandatierung einzelner Mitglieder für Verhandlungen und Diskussionen;
- Unterstützung der Arbeiten der Mitglieder durch Vorarbeiten einer Kerngruppe;
- Möglichkeit der Bildung und der gemeinsamen Finanzierung von Arbeitsteams für bestimmte Fragen.»

Im selben Abschnitt des Kodex wird schliesslich festgehalten, auf die Bildung einer rechtlichen Struktur werde einstweilen verzichtet. Als Anlaufstelle für Fragen und Koordination wird das Sekretariat der Spitzengruppe, geführt durch Helsana Managed Care, Talacker 42, 8001 Zürich, genannt.

5. Zunächst ist abzuklären, ob die Vereinbarungen gemäss Kodex Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Gegebenenfalls ist ferner zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass solche Abreden unzulässig sein könnten.

## **B. Verfahren**

6. Der Kodex wurde dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Juli 1997 durch einen anonymen Absender zugestellt.

7. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 15. August 1997 von Amtes wegen eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet.

8. Den vier am Kodex beteiligten Krankenkassen wurde ein Fragebogen zugestellt, mit dem Ziel, Inhalt und Tragweite der Vereinbarung zu klären. Auf die Befragung weiterer Unternehmen (Krankenversicherer, Leistungserbringer) wurde verzichtet.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

9. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

10. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes auf diejenigen Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und

Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533).

11. Die Krankenversicherungen treten als Anbieter von Versicherungsverhältnissen (Grund- und Zusatzversicherung) und - in ihrer Eigenschaft als Intermediäre - als Nachfrager von Gesundheitsdienstleistungen und -produkten (bzw. als Anbieter von Vertriebswegen für diese Waren und Leistungen) auf. Sie sind daher als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

12. Von der Anwendbarkeit des KG sind Vorschriften ausgenommen, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

13. Der Gesundheitsbereich ist generell durch ein enges Geflecht von staatlichen Vorschriften geprägt. Indessen bestehen weder im Krankenversicherungsmarkt noch im Markt für Gesundheitsdienstleistungen bzw. für Vertriebswege für solche Leistungen Vorschriften, die einer kartellrechtlichen Überprüfung des Kodex entgegenstehen.

### **1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

15. Damit von einer Wettbewerbsabrede gesprochen werden kann, muss erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen vorliegen.

16. Die vier Krankenkassen umschreiben als Ziel des Kodex die Zusammenarbeit zwecks Herbeiführung nachhaltiger Veränderungen im Gesundheitswesen (vgl. RZ 2). Das Vorgehen mit Blick auf dieses Ziel ergibt sich aus der oben angeführten Liste (vgl. RZ 4).

17. Laut Angaben der unterzeichnenden Krankenversicherer soll es der Kodex ermöglichen, die Interessen der grossen Krankenkassen besser zu vertreten. Er soll eine Plattform zur Diskussion der vom neuen Krankenversicherungsgesetz aufgeworfenen Probleme schaffen. Weiter soll er die Bildung eines Gegengewichts zum Konkordat der schweizerischen Krankenversicherer (KSK) ermöglichen, da jenes - wie auch das 1996 aufgelöste Forum Schweizerischer Krankenversicherer (FSK) - den Interessen der grossen Krankenkassen nicht immer genügend Rechnung trage.

18. Die Formel «Herbeiführung von massgeblichen und nachhaltigen Veränderungen im Gesundheitswesen» (vgl. RZ 2) bringt nach den Angaben der vier Krankenkassen zum Ausdruck, dass Einfluss genommen werden soll auf gesetzliche Vorhaben, die die Spitalplanung beeinflussen. Weiter wollen sie ihren Einfluss für eine rasche und konsequente Einführung der Kostenstellenrechnungen der Spitäler geltend machen.

19. Die offen deklarierte Absicht der gemeinsamen Einflussnahme gemäss den RZ 16 bis 18 zeigt, dass das «Tatbestandsmerkmal» des bewussten und gewollten Zusammenwirkens (vgl. RZ 15) erfüllt ist.

20. Damit von einer Abrede im Sinne des KG gesprochen werden kann, muss das Zusammenwirken zweitens eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Wettbewerb spielt sich in Märkten ab und lässt sich daher nur in solchen beschränken. Die Abrede im Sinne des KG setzt somit voraus, dass das Zusammenwirken der Unternehmen einen Marktbezug hat. Dies ist dann der Fall, wenn es sich auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Gebiet, Produktpolitik (Sortiment, Qualität, Service, Entwicklung) und Marketing bezieht (vgl. im übrigen Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Schmidhauser, Art. 4 KG, RZ 21 ff.).

21. Die meisten in RZ 4 aufgelisteten Massnahmen, namentlich die Abhaltung von Sitzungen und Diskussionen, die Priorisierung von Themen, die Definition von Leitplanken zu diesen Themen, die einheitliche Vertretung gemeinsamer Positionen nach aussen, die Koordination bei Stellungnahmen, die Definition von Ansprechpersonen, die Mandatierung von Mitgliedern für Diskussionen, die Unterstützung durch eine Kerngruppe sowie die gemeinsame Bildung und Finanzierung von Arbeitsteams, betreffen als solche in klar ersichtlicher Weise keine Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Gebiete, Produktpolitik und Marketing.

22. Bei anderen Massnahmen wie namentlich dem Informationsaustausch, der Festlegung von Arbeitsthemen, der Koordination in Fragen der Prämieingaben und der Mandatierung von Mitgliedern für Verhandlungen kann der Marktbezug bzw. der Bezug auf einen Wettbewerbsparameter nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

23. Die Sachverhaltsabklärungen haben jedoch ergeben, dass sich die Unterzeichnerkassen an den bisher vier Sitzungen lediglich zu den Zielen und dem Sinn der konstituierten Spitzengruppe ausgesprochen haben. Eine Priorisierung der kurz-, mittel- oder langfristigen Themen ist nicht erfolgt. Im übrigen ist kein solches Thema konkret diskutiert worden. Auch wurden weder Ansprechpersonen oder Arbeitsgruppen bestimmt noch andere Entscheidungen organisatorischer oder materieller Art getroffen.

24. Die Sachverhaltsermittlung hat ferner ergeben, dass in Anwendung des Kodex bisher keine Absprachen über konkrete Märkte getroffen und dass gegenüber den Behörden keine gemeinsamen Stellungnahmen abgegeben worden sind. Insbesondere

- haben keine Verhandlungen bezüglich Abschluss von Vereinbarungen mit den Leistungserbringern stattgefunden;
- geht es den Unterzeichnerkassen unter dem Stichwort «Koordination von Fragen der Prämieingaben» um Meinungsverschiedenheiten technischer Art zwischen dem BSV und den Krankenkassen bezüglich der Form, in welcher die Dokumente vorzulegen sind, und nicht um die Höhe der Prämien (welche im übrigen entsprechend den unterschiedlichen Risikostrukturen und anderen Faktoren relativ stark voneinander abweichen).

25. Die Massnahmen gemäss RZ 22 könnten somit allenfalls künftig die Grundlage für Wettbewerbsabreden in bestimmten Märkten bilden, sind jedoch mangels aktuellen Marktbezugs, mangels direkter Beeinflussung von Wettbewerbsparametern in bestimmten Märkten bzw. mangels konkreter Umsetzung selber nicht als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren, die Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken.

26. Im übrigen ist der Kodex offenbar weitgehend «toter Buchstabe» geblieben, weil die Unterzeichnerkassen in vielen Punkten rasch feststellen mussten, dass ihre Ansichten stark divergierten.

### **Schlussfolgerungen**

27. Die im Kodex festgehaltenen Vereinbarungen gemäss RZ 4 dieses Berichts stellen keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, weil sie Wettbewerbsbeschränkungen weder bezwecken noch bewirken.

28. Die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG sind daher nicht anwendbar. Die Prüfung, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestehen, erübrigt sich somit im konkreten Fall, ebenso wie die Frage, ob allenfalls eine Untersuchung zu eröffnen sei.

29. Die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG wird abgeschlossen.

**B.1.1 3. Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees**

*Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens; Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.*

*Comportement illicite d'une entreprise en position dominante; art. 7 al. 2 let. a LCart.*

*Comportamento illecito di un'impresa che domina il mercato; art. 7 cpv. 2 let. a LCart.*

*Schlussbericht vom 3. November 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees*

**A. Sachverhalt**

1. Die Mitglieder des Schweizerischen Motorbootunternehmer-Verbandes (SMBV) bieten als private Unternehmen auf dem Vierwaldstättersee Extrafahrten für kleinere Gruppen an. Die Verbandsmitglieder sehen sich im Wettbewerb mit der Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees (SGV) in zweierlei Hinsicht benachteiligt:

- Die Anlegemöglichkeiten für die privaten Motorbootunternehmen seien stark eingeschränkt. Die SGV erschwere oder verbiete den privaten Motorbootunternehmen den Zugang zu ihren Landestegen - vor allem an touristisch attraktiven Orten wie «Verkehrshaus» oder «Meggerhorn».
- Die Erteilung einer Konzession für die regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung habe das Bundesamt für Verkehr (BAV) bisher verweigert. Zudem würde die Möglichkeit, Einwegfahrten mit angeworbenen Gruppen zu unternehmen, vom BAV stark eingeschränkt.

**1 Zugang zu den Landestegen der SGV**

2. Die SGV verfügt über eine Konzession für die Schifffahrt auf dem Vierwaldstättersee für die Zeitspanne vom 1. Januar 1980 bis 31. Dezember 1999. Die SGV bedient zurzeit 33 Stationen mit 47 Landungsstegen. 44 Stege sind im Eigentum der SGV und werden auch von ihr unterhalten.

3. Zwischen dem SMBV und der SGV haben in der Vergangenheit verschiedene Gespräche und Briefwechsel stattgefunden. Anlässlich dieser Kontakte hat der SMBV jeweils einen Anspruch auf Benutzung der Landeanlagen der SGV geltend gemacht.

4. Mit Schreiben vom 15. Mai 1996 hat die SGV dem SMBV mitgeteilt, dass ihr Verwaltungsrat grundsätzlich daran festhalte, «dass an den in ihrem Eigentum stehenden Landeanlagen nur Schiffe der SGV anlegen dürfen». Im Sinne eines «besonderen Entgegenkommens»

bestehe aber die Bereitschaft, «Zu widerhandlungen durch einzelne private Motorbootunternehmen nicht zu verzeihen».

5. Der SGV nannte gleichzeitig folgende Voraussetzungen, damit dieses «Entgegenkommen» auf Gesuch privater Motorbootunternehmen «auf Zusehen hin» erbracht werde:

«1. Am betreffenden Ort steht keine Landeanlage für private Motorboote zur Verfügung.

2. Durch die Benützung von Landeanlagen der SGV darf der Schiffsbetrieb der SGV nicht behindert werden. Dies gilt für Schiffe an und Schiffsgäste auf den Landeanlagen.

3. Die private Motorbootunternehmung erklärt gegenüber der SGV schriftlich, dass sie die Landeanlagen auf eigenes Risiko benützt und die Werkhaftung der SGV im Sinne von Art. 58 OR wegbedungen ist.

4. Die private Motorbootunternehmung führt ihren Betrieb strikte im Rahmen der einschlägigen gesetzlichen Erlasse und der erteilten Bewilligungen.»

6. Weiter teilte die SGV dem SMBV mit, dass sie bei Verstoss einer privaten Motorbootunternehmung gegen die genannten Bedingungen «das dargelegte Entgegenkommen widerrufen und Verstösse gegen das Anlegeverbot verzeihen» werde.

7. Mit Brief vom 3. Oktober 1996 hat der SMBV die SGV darüber informiert, dass er an seinem Anspruch auf Mitbenutzung der Bootsteganlagen grundsätzlich festhalte. Aufgrund seiner «lösungsorientierten Haltung» begrüsse der SMBV jedoch die vorgeschlagene Lösung, sofern die SGV Ziffer 4 der genannten Voraussetzungen wie folgt ergänze:

«4. Die private Motorbootunternehmung führt ihren Betrieb im Rahmen der einschlägigen gesetzlichen Erlasse und der erteilten Bewilligungen, wobei ausgewiesene Verstösse nach erfolgter zweimaliger Abmahnung zum Entzug des Benutzungsrechtes führen können.»

8. Die SGV hat im Schreiben vom 28. November 1996 zu dem vom SBMV gemachten Ergänzungsvorschlag Stellung genommen. Dabei betonte die SGV erneut, dass der Anspruch des SMBV auf Mitbenutzung der Landeanlagen abgelehnt werde und daher von einem Benutzungsrecht, wie dies der SMBV in seinem Ergänzungsvorschlag erwähnt hatte, nicht die Rede sein könne. Weiter bemerkte die SGV, dass sie zu einer einvernehmlichen Lösung Hand biete und unter Einhaltung der von ihr genannten Bedingungen Zu widerhandlungen gegen die Benutzung von Landeanlagen der SGV nicht verzeige.

9. Seither sind bei der SGV keine Gesuche von SMBV-Mitgliedern um Benutzung von Steganlagen eingegangen. Gemäss Aussage der SGV sei an jenen Orten, an denen kein Steg für private Fahrgastschiffe vorhanden sei, auf Anfrage jeweils eine Benutzung durch die privaten Motorbootunternehmen toleriert worden. Bedingung dafür sei, dass die eigenen Schiffs-kurse nicht behindert würden.

## **2 Bewilligungspraxis des BAV**

10. Das BAV nahm zu den Vorwürfen des SMBV wie folgt Stellung:

- Dem BAV seien seit 1959 keine Gesuche von privaten Motorbootunternehmen um Erteilung von Konzessionen für die Schifffahrt auf dem Vierwaldstättersee eingereicht worden. Bewilligungsgesuche indessen seien keine abgelehnt worden. Das BAV hat auf die Verschiedenheit von Konzessionen und Bewilligungen hingewiesen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die konzessions- und bewilligungspflichtige Schifffahrt (Verordnung; SR 747.211.1) bedarf die regelmässige gewerbsmässige Beförderung von Personen mit Schiffen einer eidgenössischen Konzession. Fehlt das Bedürfnis für die Übertragung der mit einer Konzession verbundenen Grundpflichten (z.B. Fahrplanpflicht), können gemäss Art. 2 Abs. 2 der Verordnung regelmässige gewerbsmässige Personentransporte durch Bewilligungen zugelassen werden.
- Im übrigen sei die Erteilung weiterer Konzessionen für den Vierwaldstättersee nicht notwendig. Obwohl die Schifffahrt heute vor allem dem Ausflugsverkehr diene, stelle sie nach wie vor eine Grundversorgung mit öffentlichem Verkehr (service public) sicher. Eine solche könne von einem einzigen Unternehmen erbracht werden.

## **B. Verfahren**

11. Der SMBV gelangte mit Brief vom 19. Februar 1997 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) und bat um Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse für die Schifffahrt auf dem Vierwaldstättersee.

12. Auf Anregung des Sekretariats hat der SMBV am 16. April 1997 seine Anliegen präzisiert.

13. Daraufhin hat das Sekretariat am 21. Mai 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen die SGV eröffnet aufgrund angeblich unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG.

14. Das Sekretariat hat in der Folge der SGV einen Fragebogen zugestellt. Zudem bat es das Bundesamt für Verkehr (BAV) um Auskunft

bezüglich dem Erteilen von Konzessionen resp. Bewilligungen für die Schifffahrt auf dem Vierwaldstättersee.

### **C. Erwägungen**

15. Die Klage des SMBV betrifft zwei Bereiche, die getrennt zu behandeln sind. Einerseits beklagt sich der Verband darüber, dass die SGV den Zugang zu Landestegen erschwere oder verbiete. Andererseits wirft der SMBV dem BAV eine zu restriktive Bewilligungspraxis vor.

#### **1 Zugang zu den Landestegen**

16. Bei Vorliegen eines konkreten Falles, wonach die SGV auf ein konkretes Gesuch hin das Anlegen an einem eigenen Schiffssteg verweigert oder nur auf diskriminierende Weise erlaubt habe, wäre zu prüfen, ob die SGV aufgrund der Art. 2 KG (Geltungsbereich) und Art. 3 KG (Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften) unter die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG fällt. Falls ja, wäre abzuklären, ob die SGV auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hätte. Falls dem so wäre, müsste untersucht werden, ob das Verhalten der SGV Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG und insbesondere Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) liefern würde.

17. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass die SGV die privaten Motorbootunternehmen gemäss den in RZ 5 beschriebenen Voraussetzungen an ihren Stegen anlegen lässt. Zudem hat die SGV von den Mitgliedern des SMBV bisher noch kein konkretes Landegesuch erhalten und folglich auch noch keines abgelehnt. Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung liegen nicht vor.

18. Im laufenden Verfahren kann daher auf die Klärung der in RZ 16 genannten Fragen verzichtet werden. Folglich ist die Vorabklärung gegen die SGV einzustellen.

#### **2 Bewilligungspraxis des BAV**

19. Die Bewilligungspraxis des BAV beruht auf der Verordnung über die konzessions- und bewilligungspflichtige Schifffahrt. Diese ermöglicht das Erteilen von Bewilligungen für regelmässige und gewerbmässige Fahrten nur dann, wenn dafür ein Bedürfnis besteht und dadurch öffentliche Schifffahrtsunternehmen nicht wesentlich konkurrenziert werden.

20. Diese Verordnung ist gegenwärtig in Revision. Vorgesehen ist, die Schifffahrt künftig zusammen mit den anderen Verkehrsmitteln in einer «Verordnung über die Konzessionierung der Personenbeförderung» zu regeln.

21. Im Rahmen dieser Ordnungsrevision werden das Sekretariat und die Wettbewerbskommission Gelegenheit erhalten, sich insbesondere zu den Bedürfnis- und «Nicht-Konkurrenzierungs-»Klauseln zu äussern und allenfalls Änderungs- oder Streichungsanträge zu stellen. Der Vernehmlassung zu dieser Ordnungsrevision vorangehende Aktivitäten der Wettbewerbskommission wären wohl ohne Wirkung.

#### **D. Schlussfolgerungen**

22. Es liegt bislang kein konkreter Fall vor, wonach die SGV einem privaten Motorbootunternehmen auf Gesuch hin das Anlegen an einem eigenen Schiffssteg verweigert oder nur auf diskriminierende Weise erlaubt hätte.

23. Für eine Überprüfung des Verhaltens der SGV im Zusammenhang mit der Zulassung Dritter zu ihren Landestegen besteht folglich zurzeit kein Anlass.

24. Die Praxis des BAV zur Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen für die Schifffahrt stützt sich auf die «Verordnung über die konzessions- und bewilligungspflichtige Schifffahrt». Diese Verordnung wird gegenwärtig revidiert. Das Sekretariat resp. die Wettbewerbskommission werden im Rahmen dieser Revision Gelegenheit erhalten, sich zu den Bedürfnis- und «Nicht-Konkurrenzierungs-»Klauseln zu äussern.

25. Die vorliegende Vorabklärung wird mangels Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ohne Folgen eingestellt.

#### **B.1.1 4. Auto Assistance Schweiz (AAS)**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden; Art. 4 Abs. 1 KG.*

*Accords illicites; art. 4 al. 1 LCart.*

*Accordi illeciti; art. 4 cpv. 1 LCart.*

*Schlussbericht vom 5. November 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Auto Assistance Schweiz (AAS)*

#### **A. Sachverhalt**

1. Um eine nationale Strassenhilfe (Pannen- und Abschleppdienst sowie Unfallhilfe) zu organisieren, haben zwei Unternehmen dieser Branche und die Notrufzentrale «medicall AG» (im folgenden «medicall») am 1.6.1996 den Verein «Auto-Assistance-Schweiz» (im folgenden «AAS») gegründet. Mittlerweile haben sich gemäss den Informationen, die dem Sekretariat vorliegen, 38 Dépanneure diesem Verein angeschlossen.

2. Diese Strassenhilfe wird folgendermassen organisiert: In der Zentrale der medicall werden die Daten der einzelnen Mitglieder mittels einer speziellen Software erfasst (v.a. die Einsatzgebiete mit entsprechend detaillierten Kartenausschnitten, Adresse, Tel./Fax Nr., Fahrzeugpark). Bei eingehenden Notrufen wird der Standort des Anrufers erfasst, worauf der nächstgelegene AAS-Hilfesteller eruiert wird. Diesem wird per Fax der Auftrag sowie der genaue Standort übermittelt. Der jeweilige Hilfesteller verrechnet seine Leistung selbständig. Pro erteiltem Auftrag haben die Mitglieder dem AAS und der medicall eine Vergütung zu leisten, wobei diese monatlich abgerechnet wird.
3. Für Aufträge, die via die Notrufzentrale der medicall eingehen, wurde ein gemeinsamer Tarif festgesetzt. Laut dem Protokoll der 1. AAS-Mitgliederversammlung wurde dies beschlossen, weil aus einem einheitlichen Gemeinschaftstarif etliche Vorteile resultieren. Beispielsweise könne so einfacher und effizienter mit Motorfahrzeugversicherungen verhandelt werden, die als Verteter einer grossen Zahl von Automobilisten einen national einheitlichen Tarif fordern. Dieser Tarif bezieht sich konkret auf Pannenhilfe und Abschleppen sowie auf Unfallhilfe.
4. Gemäss dem obengenannten Protokoll sind die Mitglieder in der Festsetzung der Preise frei, wenn sie unabhängig von der AAS (bzw. über medicall) einen Auftrag erhalten.
5. Im Rahmen der Vorabklärung ist zu prüfen, ob sich aus den Vereinbarungen im Rahmen der AAS Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

## **B. Verfahren**

6. Ein nicht der AAS angeschlossener Anbieter eines Entspannungsdienstes hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission ersucht, die im Rahmen der AAS offerierten Dienstleistungen zu prüfen. Er machte geltend, es lägen unzulässige Preisabreden im Sinne des KG vor.
7. Aufgrund der Anzeige eröffnete das Sekretariat am 7. Juli eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.
8. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurde die AAS zum Sachverhalt befragt.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

9. Der Geltungsbereich des KG spricht diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Markt-

teilnehmer sind Unternehmen im Sinne des KG (vgl. BBl 1995 I 533). Die der AAS angeschlossenen Garagisten und die medicalll sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

## **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

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

11. In den hier zu beurteilenden Märkten existieren keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## **1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

13. Erstens muss ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen vorliegen, damit von einer Wettbewerbsabrede gesprochen werden kann.

14. Die im Verein AAS zusammengeschlossenen Unternehmen wirken zweifellos bewusst und gewollt zusammen, da sie unter einer gesamtschweizerisch einheitlichen Telefonnummer auftreten, um so ihre Marktchancen bei den offerierten Dienstleistungen zu verbessern.

15. Zweitens muss das Zusammenwirken eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, damit von einer Abrede im Sinne des KG gesprochen werden kann. In der Regel wird angenommen, dass dieses Tatbestandselement erfüllt ist, wenn das Zusammenwirken einen Marktbezug hat bzw. einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Gebiet, Produktpolitik (Sortiment, Qualität, Service, Entwicklung) und Marketing betrifft.

16. Die im Rahmen der AAS von diversen regional tätigen Garagisten vereinbarten Regelungen betreffen einerseits Gebiete, andererseits Preise. Gebiete und Preise stellen zwar Wettbewerbsparameter dar. Die im Sachverhalt beschriebene Dienstleistung (gemeinsames Angebot von Entspannungsdienstleistungen unter einer einheitlichen Telefonnummer zwecks Erschliessung neuer Tätigkeitsgebiete bzw. zusätzlicher Klientel im Interesse von ansonsten regional tätigen Unternehmen) setzt Vereinbarungen über Gebiete und Preise jedoch vor-

aus. Die gemeinsame Erreichbarkeit unter einer einzigen Nummer und die Zuteilung von Aufträgen an die jeweils nächstgelegene Garage macht die im Verein AAS organisierten Unternehmen für bestimmte Nachfrager attraktiver als den einzelnen Entpanner.

17. Die Vereinbarungen über Gebiete und Preise im Rahmen des Vereins AAS berühren die angestammte Tätigkeit der Mitgliedunternehmen in den Regionen bzw. die nicht über AAS bzw. medially vermittelten Aufträge in keiner Weise. Trifft ein Auftrag via medially ein, tritt das jeweilige AAS-Mitglied als AAS-Entpanner auf; bei allen übrigen Aufträgen ist er in territorialer und preislicher Hinsicht frei und bleibt in seinem angestammten Tätigkeitsfeld somit Konkurrent. Folglich treten die im Verein AAS organisierten Garagisten als neuer Wettbewerber auf, ohne dass andere Wettbewerber verschwinden würden.

18. Die Zusammenarbeit der regional tätigen Garagisten für einen Teil der Aufträge bezweckt oder bewirkt aus diesen Gründen keine Wettbewerbsbeschränkung. Im Gegenteil wird der Wettbewerb durch den Marktzutritt der im Verein AAS organisierten Unternehmen sogar verstärkt. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt daher nicht vor.

### **C. Schlussfolgerungen**

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die summarischen Erwägungen,

19. stellt fest, dass

- die Vereinbarungen betreffend Gebiete und Preise im Rahmen des Vereins AAS keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, und dass daher
- die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG nicht zur Anwendung gelangen.

20. teilt den Parteien mit, dass die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG ohne Folgen abgeschlossen wird.

#### **B1.1 5. Kaminfegerwesen im Kanton Zug**

*Geltungsbereich, Art. 2 KG; vorbehaltene Vorschriften, Art. 3 Abs. 1 KG; Preisabreden, Art. 5 Abs. 3 KG.*

*Champ d'application, art. 2 LCart; prescriptions réservées, art. 3 al. 1 LCart; accord sur les prix, art. 5 al. 3 LCart.*

*Campo d'applicazione, art. 2 LCart; prescrizioni riservate, art. 3 cpv. 1 LCart; accordo sui prezzi, art. 5 cpv. 3 LCart.*

*Schlussbericht vom 1. Dezember 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG über das Kaminfegerwesen im Kanton Zug*

### **A. Sachverhalt**

1. Per 1. Januar 1996 wurde das Kaminfegerwesen im Kanton Zug insofern liberalisiert, als einerseits die feste Kreis-zuteilung an jeweils einen (Kreis-)Kaminfeger aufgehoben und andererseits der kantonale Kaminfegertarif abgeschafft wurde. Jeder, der das Kaminfegermeisterdiplom besitzt, kann nun im Kanton Zug eine Bewilligung des kantonalen Amtes für Feuerschutz erlangen, als Kaminfeger tätig zu sein. Bei ausserkantonalen Bewerbern verlangt Art. 25 Abs. 2 des Gesetzes über den Feuerschutz ausserdem, dass der entsprechende Kanton Gegenrecht hält.

2. In einem Brief vom 24. Juli 1996 beklagte sich ein Zuger Hausbesitzer bei der Wettbewerbskommission darüber, dass die Preise der Kaminfeger auch nach der Liberalisierung im Kanton einheitlich geblieben und sogar noch erhöht worden seien. Er wies auch auf die wettbewerbsbehindernden Gesetzesbestimmungen (Gegenrechtserfordernis für die Zulassung ausserkantonomaler Konkurrenten, Festhalten am Erfordernis des Meisterdiploms) hin.

3. Im Kanton Zug sind zur Zeit zehn Kaminfegerbetriebe im Besitz einer kantonalen Bewilligung; zwei davon sind im Kanton Schwyz domiziliert. Diese Betriebe sind im Kaminfegermeister-Verband des Kantons Zug zusammengeschlossen. Dieser Verband hat per 1. Januar 1996 eine 'Preisgrundlage' für Kaminfegerarbeiten herausgegeben, welche die Gliederung und die Preise des unter altem Recht von der Gebäudeversicherung des Kantons Zug erlassenen (zwingenden) Kaminfeger-Tarifs weitestgehend übernimmt. Neu eingeführt wurde jedoch ein Mindestansatz von CHF 82.- pro Auftrag.

4. Der Kaminfegermeister-Verband hat auf die Frage, ob dieser Tarif von den Zuger Kaminfegermeistern eingehalten werde, angegeben, dass dieser als Basis verwendet werde. Bezüglich Praktiken wie Gewährung von Rabatten oder Nichteinhaltung des Tarifs hat der Verband geltend gemacht, dass er nicht wisse, ob solche Preiserlasse allenfalls gewährt würden. Auch das kantonale Amt für Feuerschutz verfügt diesbezüglich zur Zeit über keine gesicherten Informationen: Herr Armin Roth vom Amt für Feuerschutz vermutet gemäss telefonischer Auskunft vom 28. Juli 1997 allerdings, dass höchstens von den neu zugelassenen, ausserkantonomalen Betrieben ein gewisser Konkurrenzdruck ausgehe.

5. Auch bezüglich Gebietszuständigkeit wurde der Wettbewerb bisher offenbar nur in beschränktem Umfang aufgenommen, indem sich die eingesessenen Kaminfegerbetriebe weitgehend an ihr unter dem alten Recht zugewiesenes Gebiet halten. Einer Intensivierung des

Wettbewerbs wirken neben der Beschränkung der ausserkantonalen Konkurrenz (Gegenrechtserfordernis) offenbar das Bewilligungserfordernis des Meisterdiploms entgegen. Letzteres hindert nach Aussagen eines mit dem Kaminfegerwesen im Kanton Zug vertrauten Informanten des Sekretariats verschiedene seit Jahren im Angestelltenverhältnis tätige Kaminfeger ohne Meisterdiplom an der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit.

## **B. Verfahren**

6. Das Sekretariat eröffnete am 4. September 1996 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. In diesem Verfahren wurde die Stellungnahme des Kaminfegermeister-Verbandes des Kantons Zug eingeholt; auch ein Vertreter des kantonalen Amtes für Feuerschutz brachte nützliche Hinweise und Informationen bei.

7. Parallel zur auf den Kanton Zug beschränkten Vorabklärung führt das Sekretariat auch eine gesamtschweizerische Vorabklärung zur Wettbewerbssituation im Kaminfegerwesen durch.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

8. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die Kaminfegerbetriebe sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

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

10. Das Kaminfegerwesen ist im Prinzip durch das kantonale Recht geregelt. Die Tätigkeit als Kaminfeger fällt jedoch gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der kantonalen Regelung grundsätzlich in den Geltungsbereich der Handels- und Gewer-

befreiheit. Die Beschränkung der Ausübung der Tätigkeit ist somit nur unter den Voraussetzungen, die für die Einschränkung der HGF gelten, zulässig. Sie muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein.

11. Bei Einhaltung dieser Randbedingungen hat jedoch das Bundesgericht Einschränkungen der HGF bezüglich der Ausübung der Kaminfegertätigkeit durch die Kantone aufgrund höherer Interessen (Brandverhütung, Bekämpfung der Luftverschmutzung) wiederholt gerechtfertigt (zuletzt in BGE 109 Ia 200, 202).

12. Wenn allerdings ein Kanton von einer staatlichen Zuteilung der Gebiete und Festlegung der Preise absieht und das Kaminfegerwesen somit nach wettbewerblichen Grundsätzen reglementiert, wie dies für den Kanton Zug seit dem 1. Januar 1996 zutrifft, entfällt der Vorbehalt des Art. 3 Abs. 1 KG. Die Regelung der unternehmerischen Tätigkeit der Kaminfeger hat somit insbesondere den im Kartellgesetz formulierten Schranken bezüglich Gebiets-, Preis- und anderen Absprachen zu genügen (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG).

13. Eine staatliche Regelung des Kaminfegerwesens hat ferner die im Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) festgelegten Bestimmungen über den Zugang ausserkantonaler Konkurrenten einzuhalten, worauf anschliessend (vgl. RZ 28 ff.) noch eingegangen wird.

### **1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

15. Problematisch ist im vorliegenden Fall die vom Kaminfegermeister-Verband des Kantons Zug erlassene 'Preisgrundlage für Kaminfegerarbeiten'. Diese nennt sehr detailliert für alle vom Kaminfeger zu erbringenden Leistungen einen (Grund-)Preis und legt alle Arten von Zuschlägen fest. Nachdem festgestellt wurde, dass diese Preisgrundlage weitestgehend eingehalten wird, ist davon auszugehen, dass die 'Preisgrundlage' eine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 darstellt, und zwar eine Preisabrede i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG.

## **2 Beurteilung der Preisgrundlage nach Artikel 5 KG**

16. Um festzustellen, ob die Preisabrede den wirksamen Wettbewerb tatsächlich gemäss der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **2.1 Der relevante Markt**

17. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

a) Sachlich relevanter Markt

18. 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 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

19. Es wird hier davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt der Markt für die von Kaminfeuern angebotenen Dienstleistungen ist, wie diese Dienstleistungen in § 27 des kantonalen Feuerschutzgesetzes umschrieben sind: Kontrolle und Reinigung von Feuerungsanlagen, inkl. Meldung von festgestellten Mängeln an die zuständige Gemeindebehörde. Da eine Pflicht der Hauseigentümer besteht, Kaminfegerarbeiten periodisch durchführen zu lassen, und andererseits diese Dienstleistungen nur von zugelassenen Kaminfeuern erbracht werden dürfen, bestehen keine Substitutionsmöglichkeiten.

b) Räumlich relevanter Markt

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

21. Für die Definition des räumlich relevanten Marktes wird aufgrund der kantonalen gesetzlichen Reglementierung des Kaminfegerwesens und der gegenwärtig noch bestehenden Abschottung der Kantone davon ausgegangen, dass dieser mit dem Gebiet des Kantons Zug plus angrenzende Regionen des Kantons Schwyz zusammenfällt. Dies gilt allerdings nur solange, als das Bundesgesetz über den Binnenmarkt nicht umgesetzt ist bzw. noch nicht zu einer Öffnung der kantonalen Märkte geführt hat.

## 2.2 Keine Widerlegung der Vermutung

22. Wie vorne (RZ 15) festgehalten wurde, hat die Sachverhaltsabklärung ergeben, dass die Preisgrundlage der Zuger Kaminfegermeister-Verbandes als Abrede zu qualifizieren ist. Da sie offensichtlich die Preise der Kaminfegerdienstleistungen betrifft, fällt sie sogar unter die Vermutung des Art. 5 Abs. 3 KG.

23. Preisabreden beseitigen gemäss der gesetzlichen Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG den wirksamen Wettbewerb; Anhaltspunkte für eine Beseitigung dieser Vermutung bestehen keine. Die beschriebene Preisabrede ist zwar nicht ausdrücklich als verbindlich deklariert worden, doch scheinen die vorgegebenen Preise von allen im relevanten Markt (Kaminfegerdienstleistungen für den Kanton Zug) tätigen Unternehmen weitestgehend eingehalten zu werden. Die dem Sekretariat verfügbaren Informationen deuten darauf hin, dass bezüglich der Preise im Zuger Kaminfegergewerbe kaum Wettbewerb herrscht.

24. Auch eine disziplinierende Wirkung durch potentielle Wettbewerber ist nicht oder kaum vorhanden, da das Erfordernis des Meisterdiploms viele im Angestelltenverhältnis arbeitende Kaminfeger an der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit hindert (RZ 5). Es ist weiter anzunehmen, dass allfällige neue Anbieter ebenfalls dem Kaminfegermeister-Verband und der Abrede beitreten würden. Bei dieser Beurteilung gilt allerdings zu berücksichtigen, dass die Liberalisierung erst vor rund zwei Jahren erfolgt ist. Deren Wirkungen könnten deshalb erst im Verlaufe der nächsten Jahre richtig spürbar werden, wenn unternehmerische (Preis-)Entscheide von den einzelnen Unternehmen ohne helfenden Rückgriff auf eine bis vor kurzem gültige Preisliste getroffen werden müssen.

### **2.3 Beurteilung und Anregungen**

25. Zusammenfassend bestehen somit Anhaltspunkte dafür, dass die oben unter RZ 3 beschriebene 'Preisgrundlage' eine Preisabrede und somit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

26. Das Sekretariat regte deshalb in seinem Brief vom 18. August 1997 gegenüber dem Kaminfegermeister-Verband des Kantons Zug gemäss Art. 26 Abs. 2 KG folgende Massnahmen an:

- erstens: die 'Preisgrundlage für Kaminfegerarbeiten' bis 31. Dezember 1997 ersatzlos aufzuheben und die Verbandsmitglieder dahingehend zu informieren, dass sie ihre Preise frei kalkulieren können; und
- zweitens: die ersatzlose Streichung des Art. 2, 5. Lemma der geltenden Statuten des Kaminfegermeister-Verbandes des Kantons Zug (bezüglich Beobachtung und Durchführung einer Tarifordnung) bis 31. Dezember 1997.

27. Der Kaminfegermeister-Verband des Kantons Zug hat diesen Anregungen entsprochen und das Sekretariat mit Brief vom 26. September darüber informiert, dass die Preisgrundlage ebenso wie die beanstandete Statutenbestimmung an seiner Herbstversammlung vom 25. September 1997 ersatzlos aufgehoben worden sind.

### **Das Verhältnis zum BGBM**

28. Art. 52 Abs. 2 des Zuger Gesetzes über den Feuerschutz setzt für die Erteilung einer Betriebsbewilligung an einen ausserkantonalen Bewerber wie erwähnt voraus, dass dieser seinen (Wohn-)Sitz in einem Kanton hat, welcher Gegenrecht hält. Dieses Erfordernis hat in einem Umfeld, in welchem die meisten Kantone noch eine staatliche Lösung mit Kreiskaminfeuern als Monopolisten getroffen haben, praktisch zur Folge, dass die Zuger Kaminfeger mangels Gegenrechten kaum mit ausserkantonomer Konkurrenz rechnen müssen. (Zur Zeit sind im Kanton Zug aus den umliegenden Kantonen nur zwei Kamin-

fegerbetriebe aus dem Kanton Schwyz zur Berufsausübung zugelassen.)

29. Diese Lösung steht im Widerspruch zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, welches verlangt, dass «Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben» (Art. 1 BGBM) und «das Recht [haben], Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist» (Art. 2 Abs. 1 BGBM).

30. Der Marktzugang darf nur beschränkt werden, wenn die der Beschränkung dienenden Massnahmen gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sind (Art. 3 BGBM). Die Anknüpfung des Marktzugangs allein an das Erfordernis der Gewährung des Gegenrechts durch den Wohnsitzkanton dient keinem öffentlichen Interesse.

31. Diese Rüge ist aber an den kantonalen Gesetzgeber zu adressieren und trifft nicht den kantonalen Kaminfegermeister-Verband. Das Sekretariat wird der Wettbewerbskommission im Rahmen seines Schlussberichts zur Lage des Kaminfegerwesens in der Schweiz Antrag auf Erlass einer entsprechenden Empfehlung i.S. von Art. 8 Abs. 3 BGBM stellen.

#### **D. Schlussfolgerungen**

32. Gestützt auf den Sachverhalt und die obigen summarischen Erwägungen gelangt das Sekretariat zu folgenden Schlussfolgerungen:

- Nach Umsetzung der in RZ 26 formulierten Anregungen durch den Kaminfegermeister-Verband des Kantons Zug bestehen keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsabreden mehr.
- Die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG wird hiermit abgeschlossen.
- Das Sekretariat behält sich vor, mittels einer Nachkontrolle zu überprüfen, ob die vom funktionierenden Wettbewerb erwartete Differenzierung bei den Preisen für Kaminfegerdienstleistungen im Kanton Zug eingetreten sei.
- Der Abschluss der Vorabklärung wird den Parteien mitgeteilt.

**B1.1 6. Chambre fiduciaire**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden; Art. 5 KG.*

*Accords illicites; art. 5 LCart.*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart.*

*Rapport final du 12 décembre 1997 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Chambre fiduciaire*

**A. En fait**

1. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après secrétariat) a décidé le 7 juillet 1997 d'examiner l'état de la concurrence dans le domaine des entreprises fiduciaires conformément à son devoir d'observation de la concurrence (art. 45 al. 1 LCart).
2. Le 10 juillet 1997, le secrétariat a reçu les statuts, les normes tarifaires, les règles professionnelles, les directives concernant la publicité et le règlement d'admission des membres de la Chambre fiduciaire (ci-après la Chambre).
3. La Chambre est une association professionnelle au sens des art. 60 ss du Code civil suisse, de durée illimitée, avec siège à Zurich. Elle regroupe les domaines suivants: révision, révisions interne et externe, conseil fiscal, fiduciaire, conseil général. Quelques 700 entreprises et 3'300 personnes physiques sont membres de la Chambre.
4. Il a été constaté que la Chambre fixe des tarifs à caractère obligatoire et que la publicité est soumise à des directives strictes avec en plus une interdiction du démarchage.
5. Ces prescriptions pouvant tomber sous le coup de l'art. 5 LCart, le secrétariat a décidé d'ouvrir une enquête préalable.
6. La Chambre a toutefois mentionné que des changements statutaires et réglementaires seront soumis à votation dans le cadre de son assemblée générale annuelle. Le secrétariat a reçu copie de ces nouveaux textes avant la réunion de l'assemblée générale de la Chambre et a observé que les différentes prescriptions à caractère anticoncurrentiel ont été supprimées ou modifiées.

**B. Procédure**

7. Le 6 août 1997, le secrétariat informe la Chambre qu'une enquête préalable est ouverte conformément à l'art. 26 LCart afin de déterminer s'il existe des indices d'une restriction illicite de la concurrence sur le marché des entreprises fiduciaires.
8. Le 20 août 1997, la Chambre a fait parvenir au secrétariat les nouveaux statuts, règlement d'admission des membres, règlement du Tribunal d'honneur et règles professionnelles. Les directives concer-

nant la publicité ont été supprimées. Les normes tarifaires ont été remplacées par des recommandations. Toutes ces nouveautés, hormis la suppression des directives concernant la publicité déjà définitive, doivent encore être acceptées par l'assemblée générale du 6 novembre 1997.

9. Le secrétariat ne trouvant pas opportun de mener une procédure sur un état des faits pouvant radicalement changer dans les semaines à venir, a décidé le 26 août 1997 de suspendre l'enquête préalable jusqu'à la décision de l'assemblée générale de la Chambre.

10. Le 23 novembre 1997, la Chambre a communiqué au secrétariat la décision de l'assemblée générale d'approuver sans modification l'ensemble des révisions.

11. Suite à cette décision, le secrétariat a pu terminer la présente enquête préalable sur des bases plus concrètes.

### **C. En droit**

#### **1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart**

##### **1.1 Entreprise (art. 2 LCart)**

12. 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 fiduciaires tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

##### **1.2 Prescriptions réservées (art. 3 LCart)**

13. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

##### **1.3 Accords en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)**

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

15. La Chambre émet des directives, règlements et décisions. Ceux-ci ont pour origine des décisions de ses membres et, de ce fait, représentent des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Il convient de mentionner que les recommandations sont également des accords si elles sont effectivement suivies et entraînent une restriction de la concurrence.

16. Il existait jusqu'alors les accords à caractère obligatoire suivants:
- (1) les normes tarifaires; et
  - (2) les directives concernant la publicité.
17. Ces accords seront supprimés le 31 décembre 1997. Il est donc devenu sans intérêt d'examiner l'illicéité de ces accords.
18. Les normes tarifaires, qui ont un caractère obligatoire, seront remplacées le premier janvier 1998 par des tarifs recommandés.
19. Les directives concernant la publicité ne seront pas remplacées par un autre type de réglementation.
20. Les recommandations n'étant pas encore entrées en vigueur, il n'est pas possible d'en apprécier les effets.
21. De plus, le secrétariat a constaté que de nombreux mandats sont mis en concours et qu'une concurrence par les prix existe même sous le régime des tarifs obligatoires.
22. Une appréciation correcte de la situation de concurrence nécessite une définition des marchés de référence. Le secrétariat renonce à ce travail en raison de son inadéquation avec un état de faits qui n'existe pas encore (régime des tarifs recommandés).

#### **D. Conclusions**

23. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et le développement qui précède:
- constate qu'il n'est pas possible de juger s'il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 26 LCart,
  - décide de clore la procédure d'enquête préalable,
  - examinera dans le cadre de son devoir d'observation des marchés (art. 45 al. 1 LCart) si les tarifs recommandés tombent sous le coup de l'art. 5 al. 3 lit. a LCart.

#### **B 1.1 7. Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden; Art. 5 Abs. 3 lit. a KG.*

*Accords illicites; art. 5 al. 3 let. a LCart.*

*Accordi illeciti; art. 5 cpv. 3 let. a LCart.*

*Schlussbericht vom 7. Januar 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend den Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

## A. Sachverhalt

1. Im Rahmen der Untersuchung VPSB vs. Arcovita, Visana und CSS hat der Vertreter der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern (KAG) der Wettbewerbsbehörde zur Kenntnis gebracht, dass die Mitglieder der KAG einen Rahmentarif für Leistungen im Privatversicherungsbereich vereinbart haben (Privattarif). Er hat die Wettbewerbsbehörde ersucht, sich zur Frage zu äussern, ob es wettbewerbsrechtlich zulässig sei, fixe Einzelleistungsansätze vorzuschreiben, bzw. solche alsdann vereinsintern mittels Entscheidungen der Honorarprüfungskommission gegenüber den Mitgliedern der Ärztesgesellschaft durchzusetzen.

2. Im Kanton Bern ist die Vergütung der ärztlichen Leistungen in einem Privattarif geregelt. Dieser wurde durch die KAG am 6. März 1986 verabschiedet. Er gilt für alle Mitglieder der Ärztesgesellschaft (Art. 1 des Privattarifs). Der Tarif bestimmt den Rahmen für die Vergütung der ärztlichen Leistungen in der ambulanten Praxis und im Spital. Gemäss Art. 2 ist er insbesondere anwendbar bei Patienten, die sich als Privatpatienten zu erkennen geben, bei Patienten in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen gemäss Krankenversicherungsrecht und bei Patienten einer privaten Spitalabteilung. Er ist nicht anwendbar, 1) wenn ein Sozialversicherungstarif gesetzlich vorgeschrieben ist, 2) für die Rechnungstellung gegenüber Fürsorgestellen und -behörden, 3) gegenüber Patienten in wirtschaftlich einfachen Verhältnissen, die der Krankenversicherungspflicht unterstellt werden können und keinen zusätzlichen Versicherungsschutz geniessen, 4) ausnahmsweise bei ausdrücklicher anderweitiger Vereinbarung mit dem Patienten gemäss Art. 4 des Privattarifs.

3. Der Privattarif der KAG stützt sich auf Art. 37 der Standesordnung der KAG, der die ärztlichen Honorare regelt.

4. Bei Missbräuchen haben die Patienten die Möglichkeit, die Honorarprüfungskommission der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern (HPK) anzurufen. Die HPK überprüft im Rahmen ihrer eingeschränkten Möglichkeiten (keine Parteiverhandlungen), ob die behaupteten Leistungen effektiv erbracht wurden und ob sich die Rechnungstellung im Rahmen des Privattarifs hält. Bei Ablehnung der Empfehlung der HPK durch den Honorarschuldner werden die Parteien auf den ordentlichen Gerichtsweg verwiesen.

5. Der Privattarif wurde zwei Mal der Teuerung angepasst (letztmals per 01.01.1993). Sämtliche Tarifansätze können deshalb um 23,9% erhöht werden.

6. Der Tarif der KAG lehnt sich bezüglich Tariffhöhe und Systematik eng an den Privattarif des Kantons Zürich an. Er wurde einseitig festgelegt und ist somit nicht das Ergebnis von Verhandlungen mit Krankenkassen oder mit der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kan-

tons Bern. Er basiert weder auf betriebswirtschaftlicher Grundlage, noch ist er mit einem bestehenden Sozialtarif gekoppelt.

## **B. Verfahren**

7. Weil das Gesuch der KAG nicht Gegenstand der Untersuchung VPSB vs. Arcovita, Visana und CSS ist, hat das Sekretariat am 3. Februar 1997 beschlossen, die Frage der Zulässigkeit des Privattarifs der KAG in einem getrennten Verfahren zu analysieren.

8. Zu diesem Zweck hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 3. Februar 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend den Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern eröffnet. Es stellte der KAG Fragebogen zu.

9. Am 15. September 1997 hat das Sekretariat Anregungen im Rahmen der Vorabklärung zuhanden der KAG formuliert. Die Erwägungen, die zu den Anregungen geführt haben, sind folgende.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (KG)**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

10. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die Mitglieder der KAG sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

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

12. Der Gesundheitsbereich ist generell durch ein enges Geflecht von staatlichen Vorschriften geprägt (z.B. Tarifverträge oder kantonale Tariffestlegungen gemäss Art. 43 ff. KVG). Im Bereich der privatärztlichen Tätigkeit gibt es jedoch keine Vorschriften, die den Wettbewerb unter Privatärzten nicht zulassen würden. Staatliche Tarifvorschriften oder mengenmässige Beschränkungen zur Leistungserbringung existieren in diesem Bereich nicht. Aus diesen Gründen ist das Kartellge-

setz auf die privatärztliche Tätigkeit anwendbar. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

14. Der Privattarif der KAG regelt den Preis für die privatärztlichen Dienstleistungen der Berner Ärzte. Er ist eine Vereinbarung der KAG-Mitglieder und für diese verbindlich. Er bewirkt eine Beschränkung des Preiswettbewerbs und ist somit als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren.

## **2 Beurteilung nach Artikel 5 KG**

### **2.1 Der Privattarif als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)**

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

16. Der Privattarif der KAG ist ein Rahmentarif. Er gibt eine Preisspanne vor, innerhalb welcher die Ärzte den Preis für ihre Dienstleistungen festlegen. Die im Privattarif vorgeschriebenen Preise sind Abreden über die direkte Festsetzung von Preisen von Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen. Die Ärzte der KAG werden in rechtlich erzwingbarer Weise dazu angehalten, den Privattarif einzuhalten. Zu diesem Zweck überprüft die Honorarprüfungskommission, ob sich die Rechnungstellung im Rahmen des Privattarifs hält (Art. 5 des Reglements der HPK der KAG). Deshalb ist der Privattarif eine horizontale Preisabrede.

17. Aus diesen Gründen kommt die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zum tragen, wonach der Privattarif als Preisabrede wirksamen Wettbewerb beseitigt.

18. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **2.2 Relevanter Markt**

19. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

### **2.2.1 Sachlich relevanter Markt**

20. 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 lit. a VKU).

21. Marktgegenseite sind die in Art. 2 des Privattarifs vorgesehenen Patienten. Es stellt sich nun die Frage, ob für diese Patienten ärztliche Leistungen, die im Privatversicherungsbereich erbracht werden, mit solchen im Halbprivat- und Grundversicherungsbereich austauschbar sind. Laut mündlichen Aussagen der KAG legen privatversicherte Patienten in aller Regel grossen Wert auf eine Behandlung durch anerkannte Spezialisten. Für sie ist daher die Behandlung durch solche Spezialisten nicht austauschbar mit der Behandlung durch «normale» Fachärzte. Für privatversicherte Patienten ist die Möglichkeit der freien Arztwahl daher entscheidend. Sie sind bereit, die damit verbundenen Kosten zu tragen und entsprechende Versicherungen abzuschliessen.

22. Die Aussagen der KAG deuten darauf hin, dass es einen eigenen Markt für ärztliche Gesundheitsleistungen in der stationären und ambulanten Versorgung für privatversicherte Patienten gibt.

23. Der sachlich relevante Markt bezieht sich auf die stationäre Versorgung. Was die ambulante Versorgung angeht, ist es für die betroffenen Kreise fraglich, ob auch dort der Privattarif anzuwenden ist. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung bezieht das Sekretariat die ambulante Versorgung in den relevanten Markt mit ein, ohne zu der aufgeworfenen Streitfrage Stellung zu nehmen, weil dies für die Ergebnisse der Vorabklärung unerheblich ist. Der sachlich relevante Markt umfasst somit sowohl die stationäre als auch die ambulante Versorgung von privatversicherten Patienten.

### **2.2.2 Räumlich relevanter Markt**

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 lit. b VKU).

25. Das Gebiet, auf welches sich die Wettbewerbsabrede bezieht, ergibt sich in der Regel durch die Reichweite der Abrede. Die Ärzte sind auf schweizerischer und kantonaler Ebene organisiert. Die Privattarife sind kantonal geregelt. Auch wenn die Ärzte gesamtschweizerisch tätig sein könnten, richten sich die Patienten regelmässig an die Ärzte ihrer Region (beschränkte Mobilität der Nachfrage). Die ausserkantonale Tätigkeit von Ärzten ist eher selten (beschränkte Mobilität des Angebots). Diesen Umständen zufolge bildet das Kantonsgebiet den kartellrechtlich relevanten räumlichen Markt.

## **2.3 Keine Widerlegung der Vermutung**

26. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf Stufe der Ärzte könnte etwa durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Preise nicht eingehalten werden (funktionierender Innenwettbewerb) und Aussenwettbewerb herrscht.

### **2.3.1 Zum Innenwettbewerb**

27. Der Privattarif der KAG ist ein Rahmentarif. Je grösser die Tarifspanne ist, desto grösser ist auch der Spielraum für Preiswettbewerb. Rahmentarife führen aber generell zu gleichem Preisverhalten. So haben die verschiedenen Empfehlungen der Honorarkommission gezeigt, dass nicht nur die Ärzte, sondern auch die Honorarkommission meistens auf den oberen Rahmen des Privattarifs Bezug nehmen. Somit kann nicht von einem Preiswettbewerb zwischen den Ärzten gesprochen werden.

28. Zudem übernehmen die Versicherer im gegenwärtigen System der Zusatzversicherungen die Kosten für die privatärztliche Behandlung ihrer Versicherten. Dieser Umstand führt dazu, dass sich die Versicherten nur in sehr beschränkter Masse über die Höhe der verursachten Kosten Rechenschaft geben. Ohne das entsprechende Verhalten der Versicherten und ohne dass die Versicherungen über hinreichende Kontrollinstrumente zur Begrenzung der Tarife für die privatärztliche Tätigkeit verfügen, gibt es für die Ärzte keinen Grund, sich dem Wettbewerb zu stellen. Die interne Kontrolle, die durch die Honorarkommission ausgeübt wird, ändert nichts an dieser Tatsache, weil die Kommission nur überprüft, ob die behaupteten Leistungen effektiv erbracht wurden und ob sich die Rechnungstellung im Rahmen des Privattarifs hält. Es besteht daher kein Innenwettbewerb.

### **2.3.2 Zum Aussenwettbewerb**

29. Schliesslich stellt sich die Frage, ob allenfalls wirksamer Aussenwettbewerb besteht. In der Tat erbringen die in der KAG zusammengeschlossenen Ärzte fast alle der im relevanten Markt erbrachten privatärztlichen Dienstleistungen. Aussenseiterkonkurrenz durch Unternehmen, die im Kanton Bern privatärztliche Dienstleistungen anbieten und nicht Mitglieder der KAG sind, lässt sich im relevanten Markt kaum feststellen.

## **2.4 Ergebnis**

30. Aus diesen Gründen bleibt die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb durch die Preisabrede beseitigt sei, bestehen. Damit ist diese Preisabrede nach Ansicht des Sekretariats der Wettbewerbskommission unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

## D. Schlussfolgerungen

31. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

- stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Privattarif eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist;
- regt gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG an, den Privattarif ersatzlos aufzuheben, die Verbandsmitglieder dahingehend zu informieren, dass sie ihre Preise für die im Privattarif beinhalteten Dienstleistungen frei kalkulieren können und die Standesordnung im Sinne der obigen Erwägungen anzupassen.

Am 6. Januar 1998 hat der Kantonalvorstand der KAG beschlossen, den Privattarif ab sofort ersatzlos aufzuheben und die Mitglieder der KAG in den nächsten Tagen mit einem entsprechenden Sonderrundschreiben über die Aufhebung des Privattarifs und über die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu orientieren.

Da die KAG damit die Anregungen des Sekretariates vom 15. September umgesetzt hat, stellt das Sekretariat fest, dass mit der ersatzlosen Aufhebung des Privattarifs keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen mehr vorliegen. Das Sekretariat beschliesst, die Vorabklärung ohne Folge einzustellen und teilt den Parteien diese Einstellung mit.

### B 1.1 8. **Marché suisse de la certification**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden, Art. 5 Abs. 1 KG; Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 7 KG; Beziehungen zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren.*

*Accords illicites, art. 5 al. 1 LCart; abus d'une position dominante, art. 7 LCart; relations entre les procédures civiles et administratives.*

*Accordi illeciti, art. 5 cvp. 1 LCart; abuso di una posizione dominante, art. 7 LCart; relazioni fra le procedure civili e amministrative.*

*Rapport final du 8 janvier 1998 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Marché suisse de la certification*

#### **A. En fait**

1. L'Association Suisse pour Systèmes de Qualité et de Management (ci-après SQS) et la Société générale de surveillance ICS (ci-après SGS) ont été accréditées par le Service d'accréditation suisse (ci-après SAS) en tant qu'organismes de certification, notamment dans le domaine des systèmes qualité.

2. Le 23 avril 1997, SGS s'est plainte du comportement anticoncurrentiel de SQS sur le marché suisse de la certification. Elle a demandé au secrétariat d'examiner si:

- la collusion entre SQS et le Service d'accréditation suisse (SAS) constitue un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart;
- les statuts de SQS constituent un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart dans le sens où ils limitent la liberté de choix de ses membres;
- SQS abuse de sa position dominante sur le marché suisse de la certification (art. 7 LCart).

### **B. Procédure**

3. Le 25 juin 1997, le secrétariat a ouvert une enquête préalable afin de déterminer s'il existait des indices d'une restriction illicite à la concurrence de la part de SQS sur le marché suisse de la certification. Afin de mieux définir le cadre de son enquête, le secrétariat a fait parvenir un questionnaire à SQS, SGS ainsi qu'au SAS.

4. Le 26 septembre 1997, le secrétariat a eu connaissance de l'action civile déposée le 30 mai 1997 par SGS contre SQS par devant le Tribunal de commerce du canton de Berne.

5. Le 24 novembre 1997, SGS a porté à la connaissance du secrétariat le contenu de l'action civile.

### **C. En droit**

6. Selon l'art. 26 al. 1 LCart, le secrétariat peut mener des enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers. L'enquête préalable est une procédure informelle qui permet au secrétariat de déceler des indices d'une restriction illicite à la concurrence nécessitant l'ouverture d'une enquête (art. 27 LCart). Elle est en principe soumise à la loi sur la procédure administrative (LPA, cf. art. 39 et 26 al. 3 LCart). L'ouverture d'une telle procédure ne peut pas être revendiquée (cf. aussi décision du 6 novembre 1997 de la Commission de recours pour les questions de concurrence dans l'affaire Recymet, infra p. 602 ss). La conclusion du rapport final d'une enquête préalable constatant la clôture de la procédure ne constitue cependant pas une décision au sens de l'art. 5 LPA.

7. L'objet de l'action civile ouverte par SGS qui a trait au droit des cartels est identique à celui de l'enquête préalable. Dans les deux cas, il s'agit d'examiner dans quelle mesure le comportement de SQS sur le marché suisse de la certification est conforme aux dispositions de la LCart.

8. L'intérêt de SGS à ce que l'affaire soit aussi traitée par l'autorité administrative ne se justifie pas principalement pour trois raisons. La première découle du principe de l'économie de procédure. La seconde réside dans le fait que les mêmes dispositions matérielles de la LCart sont appliquées par le juge civil et les autorités de la concurrence. La troisième tient au fait que la Commission aura l'occasion de donner ultérieurement, selon toute vraisemblance, son avis (art. 15 al. 1 LCart).

9. De plus, le 27 août 1997, la Commission de la concurrence a émis un document décrivant les relations qu'impose la LCart entre les juges civils et les autorités de la concurrence (cf. infra p. 598 ss). S'agissant du concours de procédures (civiles et administratives: art. 15 LCart), il est écrit qu'«en principe, le Secrétariat refusera d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 LCart), lorsqu'est ouverte une procédure civile». Dans le cas présent, le Secrétariat a été mis au courant du contenu de l'action civile après l'ouverture de l'enquête préalable. S'il en avait été informé plus tôt, le secrétariat n'aurait vraisemblablement pas ouvert d'enquête préalable.

10. Sur la base de ces motifs, il se justifie de clore l'enquête préalable, même si aucune disposition n'interdit aux autorités de la concurrence de mener, voire d'ouvrir une procédure administrative parallèlement à une procédure civile (cf. ég. ch. 19 s. du texte relatif aux relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence, infra p. 600).

#### **D. Conclusions**

10. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et le développement qui précède

- constate que la procédure civile ouverte par SGS a, sous l'angle du droit des cartels, le même objet que la présente enquête préalable;
- décide de clore l'enquête préalable;
- communique aux parties et au juge civil la clôture de l'enquête préalable.

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

**B 2 1. Untersuchungen**  
Enquêtes  
Inchieste

**B 2.1 1. Recymet SA**

*Unzulässige Wettbewerbsabreden, Art. 5 KG; unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG.*

*Accords illicites, art. 5 LCart; pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante, art. 7 LCart.*

*Accordi illeciti, art. 5; pratiche illecite di imprese che dominano il mercato, art. 7 LCart.*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 1997 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für die Entsorgung von Altbatterien*

**A. Sachverhalt**

1. In der Schweiz werden jährlich rund 3700 t Batterien verkauft, von denen zurzeit etwa 60%, also rund 2200 t, in den Entsorgungskreislauf gelangen.

2. Landesweit existieren zwei Recyclingbetriebe für Batterien, die Recymet SA in Aclens VD (Recymet) und die Batrec AG in Wimmis BE (Batrec). Die Gesamtkapazitäten dieser beiden Betriebe liegen bei 5750 t pro Jahr. Die Kostenstrukturen von Batrec und Recymet weisen steigende Skalenerträge auf.

3. Batrec und Recymet sind gemäss Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) weltweit die einzigen, die eine umweltverträgliche Batterienentsorgung gewährleisten. Aufgrund des schweizerischen Umweltschutzgesetzes (USG) werden daher Exportgesuche für Altbatterien nicht bewilligt. Da die inländischen Batterienhersteller und -händler gemäss Batterieanhang der Stoffverordnung entsorgungspflichtig sind, müssen sie die Leistungen von Recymet oder Batrec nachfragen. Weil im Ausland Batterien deponiert werden, können die Entsorgungsbetriebe nur in Ausnahmefällen ausländische Batterien akquirieren.

4. Das BUWAL geht davon aus, dass die geänderte Qualität der Batterien und die bessere Abtrennung der Nickel-Cadmium-Akkumulatoren in fünf bis zehn Jahren eine im Vergleich zu den Verfahren von Recymet und Batrec einfachere und billigere Entsorgung der Batterien ermöglichen wird.

## 1 Die Recymet SA

5. Recymet verfügt über ein Aktienkapital von CHF 7,5 Mio., welches zu 60% von der Recytec SA, Neuchâtel, einer Tochterfirma der französischen SARP Industries, gehalten wird. 40% der Aktien sind im Besitz der DEFI Développement-Finance Holding, die zu 40% der Banque Cantonale Vaudoise gehört.

6. Recymet wendet für die Batterienentsorgung ein thermisch-mechanisches Pyrolyse-Verfahren an, mittels welchem unterschiedliche Batterientypen entsorgt werden können. Bei diesem Verfahren fällt als Zwischenprodukt ein Zink-Mangan-Pulver an, welches als Sonderabfall exportiert wird. Die Kapazität der Recymet liegt bei 2750 Jahrestonnen.

7. Recymet fühlt sich im Wettbewerb mit Batrec in verschiedener Hinsicht benachteiligt. Sie macht im wesentlichen geltend, dass Batrec «eine ganze Reihe von Sammlern und Entsorgungsstellen mit Exklusivverträgen an sich gebunden» habe. Es sei Batrec mittels dieser Exklusivverträge und eventuell abgestimmten Verhaltensweisen gelungen, sie vom Markt zu verdrängen. Belegt werde dies dadurch, dass Recymet seit Januar 1997 kaum mehr Altbatterien erhalte, obwohl sie seit September 1996 «den meisten ihr bekannten Detaillisten, Sammlern und Entsorgungsstellen einen höheren Preis für die Sammlung und den Transport» angeboten habe als Batrec. Zudem seien diese Exklusivverträge u.a. unter Verwendung missbräuchlicher Preisunterbietungen bzw. missbräuchlicher Beschaffungspreise abgeschlossen worden.

8. Weiter beschwert sich Recymet darüber, dass Batrec eigene Sammelstellen und einen Abholdienst, den Batrec-Express, betreibt sowie angeblich Sammlern überhöhte Entschädigungen ausrichte. Dies sei eine Missachtung der gleichlautenden Vereinbarungen zwischen den Recyclingbetrieben und der «Batterieentsorgungs-Selbsthilfeorganisation» (BESO; vgl. Kapitel 1.3), da diese Verträge den Aufbau einer eigenen Sammelorganisation und das Zahlen von Entschädigungen an Sammler verbieten würden.

9. Die Tatsache, dass mehrere BESO-Mitglieder (Migros-Genossenschafts-Bund, Coop Schweiz/Konsumverein Zürich und Leclanché SA) Aktionäre der Batrec sind, beurteilt Recymet ebenfalls als wettbewerbsbeschränkend.

10. Zudem macht Recymet geltend, dass der Batrec das Firmengelände auf dem Areal der Schweizerischen Munitionsunternehmung (SM) in Wimmis unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden sei. Zudem sei nicht auszuschliessen, dass Batrec dort Zwischenprodukte lagere, über die «allgemeines Stillschweigen» gewahrt werde.

11. Weiter argumentiert Recymet, dass das BUWAL der Batrec «personell und ideell» nahe stehe, weil das BUWAL Mitinitiant der

Batrec-Anlage war und der heutige Chef Abfall des BUWAL Verwaltungsrat der Batrec war. Dies führe zusammen mit dem Umstand, dass der Vorsteher des Amtes für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft des Kantons Bern Verwaltungsrat der Batrec ist, dazu, dass Batrec einen «offiziellen Charakter» habe und gewissermassen als «öffentlicher» bzw. «behördlich sanktionierter» Entsorger auftreten könne.

12. Derselbe bernische Amtsvorsteher habe zudem die Entsorgungsstelle SOVAG AG (SOVAG) «mehrmals unter Druck gesetzt», die Lieferungen an Recymet einzustellen.

## **2 Die Batrec AG**

13. Batrec verfügt über ein Aktienkapital von CHF 11,6 Mio. welches zu 26% von der SM gehalten wird. Der Migros-Genossenschafts-Bund hält 16,6% der Aktien, das Fürstentum Liechtenstein, verschiedene Kantone sowie SBB und PTT sind ebenfalls an Batrec beteiligt.

14. Batrec entsorgt die Batterien mittels thermischem Sumitomo-Verfahren. Der einzige Reststoff aus diesem Prozess ist eine glasartige Schlacke, die in der Schweiz deponiert werden kann. Im Vergleich mit dem Pyrolyse-Verfahren von Recymet ist das Sumitomo-Verfahren energieintensiver. Die Kapazitäten der Batrec liegen bei 3000 t pro Jahr.

15. Batrec bestätigt, in den Jahren 1995 und 1996 mit fünf Sammelstellen Exklusivverträge abgeschlossen zu haben. Da dies alles langjährige Batrec-Kunden seien, hätte diese Massnahme nur marginal zur Erhöhung der Annahmemengen beigetragen. Diese Sammelstellen haben der Batrec 1996 247 t Batterien geliefert, was 11,6% der gesamthaft entsorgten Batterien entspricht.

16. Batrec sieht den Grund, weshalb sie ihren Marktanteil in den letzten Jahren massiv erhöhen konnte, in erster Linie darin, dass ihre Dienstleistung «aus einer umfassenden und bis ins letzte transparenten Entsorgung der Altbatterien in der Schweiz» bestehe. Im Gegensatz dazu exportiere Recymet «substantielle Tonnagen» von Zwischenprodukten als Sonderabfall, «was den Bedürfnissen der Kunden nicht genüge». Weiter führt Batrec aus, dass sie «angesichts der ungenügenden Tonnagen (...) substantiell in Sammel- und Logistikdienstleistungen investiert und damit auch eine ansehnliche Erhöhung der Rücklaufquote erreicht» habe. Schliesslich ist Batrec der Meinung, dass auch ihre «intensive, offene Informationspolitik» massgebend für die sukzessive Erhöhung der Anliefermengen war.

17. Weiter ist Batrec der Ansicht, dass die Entrichtung von Entschädigungen an Sammler und Entsorgungsstellen sowie die Einführung des Batrec-Express zur eigenen Sammlung mit dem BESO-Vertrag vereinbar sei.

### 3 Die BESO

18. Die BESO ist eine Genossenschaft mit Sitz in Bern. Gemäss Statuten können «natürliche oder juristische Personen und Körperschaften, die zur Batterie- und Kleinakkumulatorenentsorgung verpflichtet sind oder die beim Sammeln und Transportieren verbrauchter Batterien und Kleinakkumulatoren eine wichtige Rolle spielen», Mitglied werden. Die BESO bezweckt in erster Linie «die umweltgerechte Entsorgung von Batterien und Kleinakkumulatoren». Hierzu erheben die entsorgungspflichtigen BESO-Mitglieder beim erstmaligen Verkauf auf allen Batterien eine vorgezogene Entsorgungsgebühr (VEG), die sie an die BESO weiterleiten. Die BESO beschränkt sich auf ihre Tätigkeiten als Verwaltungs- und Clearingstelle und greift nicht in den Batterienfluss ein.

19. Zwischen der BESO und den Entsorgungsunternehmen bestehen seit 1992 gleichlautende Vereinbarungen, nach welchen sich Batrec und Recymet zum fachgerechten Recycling der angelieferten Batterien in der Schweiz verpflichten. Als Entschädigung dafür bezahlt ihnen die BESO pro Tonne entgegengenommener Batterien, die nicht nur zum Zweck der Endentsorgung in die Schweiz eingeführt werden, einen Recyclingbetrag von CHF 4'750.--.

20. Im Anhang dieser Vereinbarungen sind vier sog. «anerkannte Entsorgungsstellen» (Cridec SA, Fairtec SA, SM Recycling AG und SO-VAG) erwähnt. Diese Entsorgungsstellen sind verpflichtet, die verbrauchten Batterien und Akkus ausschliesslich bei Recymet oder Batrec zu entsorgen. Gemäss diesen Vereinbarungen hat der Endentsorger der BESO gegenüber dafür einzustehen, dass «sowohl er selbst als auch die Entsorgungsstelle dem Abgeber weder direkt noch indirekt Rückvergütungen oder Vergünstigungen zukommen lassen». Weiter sind die Endentsorger gemäss dieser Vereinbarung auch verpflichtet, «mit einer angemessenen Anzahl Entsorgungsstellen in der Schweiz zusammenzuarbeiten oder solche wenn nötig selbst zu betreiben».

21. Nach Ansicht der BESO dürfen die Recyclingbetriebe nur den vier anerkannten Entsorgungsstellen Entschädigungen für die Triage von Batterien und für den Batterientransport von diesen vier Stellen zu den Recyclingbetrieben bezahlen. Die sechs anderen Entsorgungsstellen sowie die gegen 10'000 Sammelstellen sollten für ihre Kosten selbst aufkommen. Die Bedeutung der vier anerkannten Entsorgungsstellen ist heute insofern zu relativieren, als dass diese Stellen nur etwa 730 Jahrestonnen sammeln.

22. Gemäss BESO verstösst Batrec mit ihrem Abholservice gegen die Vereinbarungen zwischen der BESO und den Recyclingbetrieben, da diese direkte und indirekte Rückvergütungen und Vergünstigungen aller Art an die Abgeber verbieten würden. Dazu zähle auch das unentgeltliche Einsammeln der Batterien. Die BESO weist jedoch darauf

hin, dass Batrec den Abholservice als Reaktion auf die Gratistransporte der SOVAG ins Leben gerufen habe. SOVAG hat vor einigen Jahren Batterien gratis bei Sammelstellen abgeholt und an Recymet geliefert. Recymet sei damals von BESO mehrfach darüber informiert worden, dass diese Gratistransporte der SOVAG Verletzungen der gleichlautenden Vereinbarungen darstellten, da Transporte zwischen Sammelstellen und anerkannten Entsorgungsstellen von den Recyclingbetrieben nicht entschädigt werden dürften.

#### **4 Die Entsorgungsstelle SOVAG AG**

23. Recymet hat 1991 mit SOVAG einen Vertrag abgeschlossen, der für die ersten zwei Jahre eine exklusive Lieferung von jährlich 1600 t Batterien und für die acht Folgejahre eine jährliche Lieferung von 800 t vorsah. SOVAG war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die wichtigste Sammlerin von Altbatterien mit einem Marktanteil von etwa 80%.

24. SOVAG erklärt, dass sie den Exklusivvertrag mit Recymet wegen substantieller Vertragsverletzungen durch Recymet gekündigt habe. Nach Aussage der SOVAG seien nach einigen Jahren positiver Zusammenarbeit, während denen SOVAG nach eigenen Angaben - obwohl sie Mitbegründerin und Aktionärin der Batrec ist - fast ausschliesslich Recymet beliefert hat, in der Zusammenarbeit mit Recymet Unstimmigkeiten und wachsende Differenzen aufgetaucht. Beispiele dafür seien Zweifel der SOVAG selbst sowie mehrerer SOVAG-Kunden bezüglich ökologischer Sicherheit und Entsorgungsgarantie des Recymet-Verfahrens sowie aggressives Verhalten und Vertragsverletzungen von Seiten der Recymet. Dies hätte die SOVAG veranlasst, den Vertrag mit Recymet im März 1997 fristlos zu kündigen. Von Seiten des Kantons Bern sei keinerlei Druck ausgeübt worden. Seither liefert SOVAG ihre Batterien an Batrec, jedoch ohne Exklusivvertrag.

#### **5 Die Entsorgungs- und Sammelstellen**

25. Die angefragten Entsorgungs- und Sammelstellen gaben als Grund für die Belieferung von Batrec an, dass Batrec aktiver in der Marktbearbeitung sei, eine hohe Entsorgungssicherheit biete, grosse Vertrauenswürdigkeit am Markt verdiene und eine reibungslose Zusammenarbeit gewährleiste.

26. Diejenigen Sammelstellen, die einen Exklusivvertrag mit Batrec haben, konnten alle glaubhaft machen, dass sie diese Verträge abgeschlossen haben, ohne von Batrec unter Druck gesetzt worden zu sein.

#### **6 Gegenstand der Untersuchung**

27. Im Rahmen dieser Untersuchung soll geklärt werden, ob die Exklusivverträge der Batrec Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4

Abs. 1 (KG) darstellen. Falls dies bejaht wird, werden diese Exklusivverträge gemäss den Bestimmungen von Art. 5 KG beurteilt.

28. Weiter soll geprüft werden, ob Batrec ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG darstellt. Sollte dem so sein, ist zu prüfen, ob die Verhaltensweisen von Batrec unzulässig im Sinne von Art. 7 KG und insbesondere im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. d sind.

29. Zudem sollen die in den RZn 8-12 erwähnten weiteren Vorbringen von Recymet auf deren kartellrechtliche Relevanz hin geprüft werden.

## **B. Verfahren**

30. Am 28. Mai 1997 hat Recymet beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Stellungnahme betreffend den Markt für Altbatterien eingereicht und folgenden Antrag gestellt:

«Es sei auf dem Markt für die Entsorgung von Altbatterien eine Vorabklärung durchzuführen und es seien Massnahmen zur Beseitigung der bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen anzuregen; gegebenenfalls sei eine Untersuchung zu eröffnen.»

31. Am 30. Mai 1997 hat Recymet ein Gesuch an die Wettbewerbskommission um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen zwei Entsorgungs- und 14 Sammelstellen eingereicht. Dieses Gesuch wurde am 9. Juni 1997 mangels Dringlichkeit abgelehnt.

32. Am 10. Juni 1997 hat Recymet ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen zwei Entsorgungsstellen und eine Sammelstelle eingereicht. Die Wettbewerbskommission hat dieses Gesuch mit Verfügung vom 7. Juli 1997 abgewiesen.

33. Das Sekretariat hat am 4. Juni 1997 eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für die Entsorgung von Altbatterien eröffnet (vgl. BBl. 1997 III 721 und SHAB Nr. 113, 4211). In diesem Zusammenhang hat das Sekretariat Recymet und Batrec in mehreren Fragebogen um Stellungnahmen gebeten. Weiter wurden die BESO, das BUWAL, die SM, die SOVAG sowie weitere Entsorgungs- und Sammelstellen befragt.

34. Am 15. August 1997 hat Recymet ein Gesuch eingereicht um Einsicht in eine vertrauliche vergleichende Studie über die Entsorgungsverfahren von Batrec und Recymet, welche die Elektrowatt Ingenieurunternehmung AG (EWI) 1995 im Auftrag der Gruppe für Rüstungsdienste erstellt hat. Beim seinerzeitigen Auftrag an die EWI wurde sowohl Recymet als auch Batrec zugesichert, dass keine Daten über die eigene Firma der Gegenpartei zugänglich gemacht werden. Aufgrund von Geheimhaltungsinteressen der Batrec wurde dieses Gesuch

abgelehnt (vgl. RPW 1997/3 S. 332 ff.). Die Resultate dieser Studie wurden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht verwendet.

### **C. Erwägungen**

#### **1 Kartellrechtlich irrelevante Vorbringen**

35. Zu RZ 8: Recymet macht geltend, dass Batrec die gleichlautenden Vereinbarungen der Recyclingbetriebe mit der BESO verletze. Die Wettbewerbskommission ist der Ansicht, dass das Verhalten von Batrec in bezug auf das Sammeln von Batterien vorliegend keinen kartellrechtlich relevanten Tatbestand erfüllt, weshalb sich eine Beurteilung dieses Sachverhalts erübrigt.

36. Zu RZ 9: Da die BESO eine reine Verwaltungs- und Clearingstelle für die Erhebung und Auszahlung der VEG ist, die weder als Sammlerin noch als Lieferantin in den Batterienfluss eingreift, ist die Tatsache, dass einige Batrec-Aktionäre BESO-Mitglieder sind, kartellrechtlich unbedeutend. Die tatsächliche Beschränkung der BESO auf ihre Verwaltungsfunktion zeigt sich bspw. auch daran, dass Batrec 1994 - als die BESO bereits seit längerem in ihrer heutigen Form existierte - lediglich rund 50% Marktanteil hatte. Zudem zeigen der Fall SOVAG sowie die Stellungnahmen weiterer Entsorgungs- und Sammelstellen, die weder BESO-Mitglieder noch Batrec-Aktionäre sind, dass diese Stellen selbst entscheiden, wem sie ihre Batterien liefern. Die BESO hat zudem erklärt, dass sie «zwecks Verhinderung einer Monopolsituation Interesse am Überleben beider Firmen» habe. Zudem beliefern Leclanché und Coop - nebst Migros die zwei bedeutendsten Batrec-Aktionäre, welche BESO-Mitglieder sind, - sowohl Batrec als auch Recymet.

37. Zu RZ 10: Nach Auskunft der SM werden die von ihr erbrachten Leistungen (Verpachtung Gelände, Vermietung Büro- und Lagergebäude sowie Abstellplätze, Lieferungen und Dienstleistungen) der Batrec vollumfänglich zu Marktpreisen in Rechnung gestellt. In den Lagern der Batrec aufbewahrt würden nebst den für das Recycling vorgesehenen Altbatterien Akkumulatoren, die periodisch an Drittfirmen zur Aufarbeitung gesandt würden, Zinkdross, der in der Batrec-Anlage verarbeitet werde sowie Aktivkohle, die als Produktionsmittel im Pyrolyseprozess zugegeben würde. Die Tatsache, dass das Batrec-Gebäude auf dem Areal der SM steht, ist folglich für die vorliegende Untersuchung unerheblich.

38. Zu RZ 11: Das BUWAL hat erklärt, dass die Sektion Abfall und Verfahrenstechnik des damaligen Bundesamtes für Umweltschutz (BUS) Mitte der achtziger Jahre eine Projektgruppe «Batterieaufbereitung» ins Leben gerufen habe, welcher der damalige Sektionschef des BUS und heutige Chef Abfall des BUWAL vorgestanden habe. Ziel dieses Projekts sei die Vermeidung der hohen Umweltbelastung ge-

wesen, die durch die Deponierung der in der Schweiz anfallenden quecksilberhaltigen Batterien im Ausland verursacht wurde. Aus dieser Gruppe, die auf die Unterstützung der Grossverteiler, Batteriehersteller und Kantone habe zählen können, sei schliesslich die Batrec mit ihrem breit abgestützten Aktionariat hervorgegangen. Der damalige Sektionschef des BUS sei ursprünglich Mitglied des Verwaltungsrates der Batrec gewesen, die 1989 zur Sicherstellung einer gesamtschweizerischen Entsorgungslösung für Batterien gegründet worden sei. Als die Konkurrenzsituation zwischen Batrec und der privat initiierten Recymet ersichtlich geworden sei, habe sich der Sektionschef Ende 1990 aus dem Batrec-Verwaltungsrat zurückgezogen.

39. Zu RZ 12: SOVAG konnte glaubhaft machen, dass sie vom Vorsteher des Amtes für Gewässerschutz und Abfall des Kantons Bern in keinerlei Art und Weise unter Druck gesetzt wurde, die Lieferungen an Recymet einzustellen.

40. Aus den obigen beiden RZn geht hervor, dass keine Verflechtungen zwischen der Batrec und dem Amt für Gewässerschutz des Kantons Bern oder dem BUWAL festgestellt werden konnten, die für die vorliegende Untersuchung von Relevanz sind.

41. Im übrigen wird die Tatsache, dass mehrere Kantone Aktionäre der Batrec sind, nicht weiter untersucht, da diese Kantone keine Möglichkeiten haben, den Batterienfluss zu lenken.

## **2 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

### **2.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

42. Die privatwirtschaftliche Recymet und die gemischtwirtschaftliche Batrec gelten beide als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG, da sie sich als Erbringer einer Entsorgungsdienstleistung selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen.

### **2.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

43. Auf dem Markt für die Entsorgung von Altbatterien bestehen weder Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen noch Bestimmungen, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Der Vorbehalt von Art. 3 KG ist folglich nicht anwendbar und wurde im übrigen von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

44. Ende September 1997 ist die Vernehmlassungsfrist zur Änderung des Batterieanhangs der Stoffverordnung abgelaufen. Der dort vorgelegte Entwurf sah eine Bestimmung vor, welche «eine ausgewogene Verteilung der Batterien auf die Verwertungsanlagen» sicherstellen sollte. Eine solche Bestimmung würde einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG begründen. Die Änderung ist allerdings noch nicht in Kraft.

Zudem hat sich die Wettbewerbskommission im Vernehmlassungsverfahren gegen solche Bestimmungen ausgesprochen.

### **2.3 Die Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)**

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

46. Die Exklusivverträge, die Batrec seit 1995 resp. 1996 mit fünf Sammelstellen unterhält, stellen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Sie bewirken, dass die betroffenen Sammelstellen ihre Batterien ausschliesslich an Batrec übergeben. Damit ist Recymet für die von diesen Stellen gesammelten Batterien vom Markt ausgeschlossen. Dies bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für die Entsorgung von Altbatterien.

47. Die befragten Sammelstellen, die keinen Exklusivvertrag mit Batrec haben, konnten glaubhaft machen, dass sie Batrec aus betriebswirtschaftlichen Gründen beliefern, d.h. dass keine aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vorliegen.

48. Zusätzlich zu den Exklusivverträgen konnten daher keine nicht erzwingbaren Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Batrec sowie Entsorgungs- und Sammelstellen festgestellt werden.

## **3 Beurteilung der Exklusivverträge nach Art. 5 KG**

49. Unzulässig können Wettbewerbsabreden nur sein, wenn sie den Wettbewerb entweder erheblich beeinträchtigen oder gar beseitigen. Um dies abzuklären, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **3.1 Der relevante Markt**

#### **a. Sachlich relevanter Markt**

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

51. In bezug auf die Entsorgung von Altbatterien sind die entsorgungspflichtigen inländischen Batterienhersteller und -händler resp. die Entsorgungs- und Sammelstellen als Marktgegenseite von Batrec und Recymet zu betrachten. Aufgrund der gesetzlichen Vorschriften ist das Deponieren oder die thermische Verwertung von Batterien nicht erlaubt, weshalb die Marktgegenseite verpflichtet ist, die Entsorgungsleistungen von Recymet oder Batrec nachzufragen. Da sowohl Batrec als auch Recymet die relevanten Umweltvorschriften er-

füllen, kann von der technischen Substituierbarkeit der beiden Leistungen ausgegangen werden. Die Entsorgungsleistungen der Batreco und der Recymet sind für den Bereich der Batterien zum selben sachlichen Markt zu zählen.

52. Der sachlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall als Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien zu definieren.

b. Räumlich relevanter Markt

53. Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumliche Markt dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

54. Die schweizerische Umweltschutzgesetzgebung schreibt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien einen bestimmten Standard vor. Dieser Standard wird weltweit nur von Recymet oder Batreco erfüllt, so dass das BUWAL allfällige Exportgesuche nicht bewilligen würde. Der räumlich relevante Markt ist folglich auf die Schweiz zu beschränken.

### **3.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

55. In den Entsorgungskreislauf gelangen jährlich ca. 2200 t Altbatterien. Diese Menge ist als relevantes Volumen auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien anzusehen. Für die Differenzmenge zwischen verkauften und gesammelten Batterien, d.h. für die «wild» entsorgten Batterien werden die Entsorgungsleistungen von Batreco und Recymet weder nachgefragt noch erbracht, womit diese Batterien auf dem relevanten Markt nicht in Erscheinung treten.

56. Von denjenigen Sammelstellen, mit denen Batreco Exklusivverträge unterhält, hat Batreco 1996 247 t Batterien erhalten, was 11% der gesamthaft in den Entsorgungskreislauf gelangenden Batterien ausmacht.

57. 89% des Marktvolumens sind für Recymet im Prinzip akquirierbar. Die Stellungnahmen der Entsorgungs- und Sammelstellen zeigen denn auch, dass der geringe Marktanteil der Recymet von 12% nicht auf die Exklusivverträge zurückzuführen ist, sondern daher rührt, dass Batreco nach Ansicht dieser Entsorgungs- und Sammelstellen aktiver in der Marktbearbeitung ist, eine hohe Entsorgungssicherheit bietet, grösseres Vertrauen am Markt geniesst und eine reibungslose Zusammenarbeit gewährleistet. Insbesondere die SOVAG, die frühere Hauptlieferantin von Recymet, aber auch die anderen Entsorgungs- und Sammelstellen haben für die heutige Belieferung von Batreco plausible Gründe geltend gemacht, die nicht im Zusammenhang mit wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen derselben stehen.

58. Die Exklusivverträge der Batrec mit den fünf Sammelstellen sind folglich als nicht erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen und sind daher gemäss KG zulässig.

## **4 Marktbeherrschendes Unternehmen**

### **4.1 Definition (Art. 4 Abs. 2 KG)**

59. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Im vorliegenden Fall ist konkret zu prüfen, ob sich Batrec auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Batterien in wesentlichem Umfang unabhängig von Recymet verhalten kann.

#### **4.1.1 Marktstellung**

60. Batrec verfügt auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien gegenwärtig über einen Marktanteil von 88%. Dieser Marktanteil hat sich seit 1994, als er bei gut 50% lag, kontinuierlich erhöht. Einzige Konkurrentin ist Recymet, die im ersten Halbjahr 1997 12% Marktanteil hatte.

61. Potentieller Wettbewerb ist in diesem Markt faktisch nicht vorhanden, da hohe Eintrittsschranken (z.B. Bewilligungsverfahren für Anlagenbau) bestehen, die Kostenstrukturen der Entsorgungsunternehmen steigende Skalenerträge aufweisen, der Markteintritt hohe Anfangsinvestitionen verursacht und die Zukunftsaussichten schlecht sind.

62. Die Marktgegenseite besteht aus zehn grösseren Entsorgungsstellen und mehreren tausend Sammlern, die nicht vereint auftreten und zudem aufgrund der Entsorgungspflicht auf die Leistungen der Recyclingwerke angewiesen sind.

63. [Geschäftsgeheimnis].

64. [Geschäftsgeheimnis].

65. Die grossen finanziellen Schwierigkeiten führen gemäss den Ermittlungen des Sekretariats bereits heute dazu, dass die Entsorgungs- und Sammelstellen einer Zusammenarbeit mit Recymet teilweise skeptisch gegenüberstehen. Da die Sammelstellen in der Regel die Batterien zuerst sammeln und transportieren und erst im Nachhinein entschädigt werden, ist ihnen logischerweise daran gelegen, dass das belieferte Entsorgungsunternehmen über eine gewisse finanzielle Stärke verfügt, die eine zuverlässige Entschädigung der Aufwendungen sicherstellt.

66. Die Skepsis rührt auch daher, dass Recymet den meisten ihr bekannten Detaillisten, Sammlern und Entsorgungsstellen seit September 1996 einen im Vergleich zu Batrec höheren Preis für die

Sammlung und den Transport von Batterien angeboten hat. Dieses Angebot wurde von den Sammelstellen zum Teil als aggressiv oder unseriös empfunden, was nicht gerade zu einer Erhöhung des Vertrauens in Recymet führte. Weiter bezweifeln mehrere Sammelstellen, ob Recymet aufgrund der enormen finanziellen Schwierigkeiten eine längerfristige Zusammenarbeit überhaupt gewährleisten kann. Die Realität zeigt denn auch, dass Recymet gegenwärtig - unter anderem aufgrund des fehlenden Vertrauens der Sammler - nur noch wenige Batterien zur Entsorgung erhält.

67. Die oben beschriebenen gegenwärtigen Marktverhältnisse lassen den Schluss zu, dass sich Batrec auf dem Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien bereits heute in wesentlichem Umfang unabhängig von Recymet verhalten kann und damit über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

68. Batrec hat zudem selbst erklärt, dass bei Beschränkung des relevanten Marktes auf Altbatterien und bei einem durch die Rücklaufmenge bestimmten Marktvolumen «die momentane Stellung der Batrec ohne Zweifel objektiv marktbeherrschend» sei.

69. Aufgrund dieser Überlegungen rechtfertigt es sich, das Marktverhalten von Batrec seit Abschluss der Exklusivverträge unter Annahme einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG zu prüfen. Sollte sich dabei herausstellen, dass sich Batrec beim Abschluss eines Exklusivvertrages oder beim Bezahlen von Entschädigungen an Entsorgungs- und Sammelstellen unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat, wäre genauer zu prüfen, ob bereits zu jenem Zeitpunkt eine marktbeherrschende Stellung von Batrec bestanden hatte.

#### **4.1.2 Ergebnis**

70. Die gegenwärtigen Verhältnisse auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien führen zum Schluss, dass Batrec auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

#### **4.2 Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 7 KG)**

71. Als unzulässig ist das Verhalten von Batrec gemäss Art. 7 Abs. 1 KG dann zu beurteilen, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt Recymet in der Ausübung des Wettbewerbs behindert. Im vorliegenden Fall ist einerseits zu prüfen, ob Batrec Sammelstellen unter Druck setzte, Exklusivverträge abzuschliessen oder sie ohne Exklusivklausel zu beliefern. Andererseits ist im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. d KG zu beurteilen, ob Batrec den Entsorgungs- und Sammelstellen überhöhte - gegen Recymet gerichtete - Entschädigungen für deren Triage- und sonstige Leistungen bezahlt oder ob dies marktgerechte Entschädigungen für effektiv vollbrachte Leistungen sind, die Batrec sonst selbst kostenwirksam erbringen müsste.

#### 4.2.1 Abschluss der Exklusivverträge

[Die Namen der Sammelstellen sowie die Angaben zu den Exklusivverträgen sind Geschäftsgeheimnisse von Batrec.]

72. Die Sammelstelle A führte aus, dass sie vor allem aufgrund der Tatsache, dass Recymet in einem anderen Sektor ihre Konkurrentin sei, den Exklusivvertrag mit Batrec abgeschlossen habe. Von Seiten der Batrec sei keinerlei Druck zum Abschluss dieses Vertrages ausgeübt worden.

73. Die Sammelstelle B gab an, in Batrec einen bekannten, verlässlichen Partner zu haben, der ihr Standortvorteile biete und zu konkurrenzfähigen Preisen Kontinuität und die notwendige Professionalität in Aussicht stelle.

74. Die Sammelstelle C erklärte, dass sie den Exklusivvertrag aufgrund der von Batrec gebotenen Entsorgungs- und Preissicherheit sowie der Marktnähe abgeschlossen habe. Aufgrund der Vertrauenswürdigkeit der Batrec würde die Sammelstelle C nach eigenen Angaben auch ohne Exklusivvertrag alle Batterien an Batrec liefern.

75. Von der Sammelstelle D war mündlich zu erfahren, dass sie den Exklusivvertrag mit Batrec abgeschlossen habe, da für sie der Abholservice der Batrec sehr praktisch sei und da die Zusammenarbeit mit der Batrec sehr gut klappe.

76. Die Sammelstelle E schliesslich hat sich gemäss mündlichen Aussagen für die exklusive Zusammenarbeit mit Batrec entschieden, da Batrec ihr den seriöseren Eindruck mache und sie den hohen Preisofferten der Recymet misstrauisch gegenüberstehe.

77. Zusammengefasst kann gesagt werden, dass sämtliche Sammelstellen, die mit Batrec Exklusivverträge unterhalten, glaubhaft machen konnten, dass sie von Batrec in keiner Art und Weise unter Druck gesetzt wurden, diese Verträge abzuschliessen. Das Verhalten von Batrec beim Abschluss der Exklusivverträge stellt keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG dar. Die Klärung der Frage, ob Batrec zur Zeit der Vertragsabschlüsse über eine marktbeherrschende Stellung verfügt hat, erübrigt sich folglich.

#### 4.2.2 Höhe der bezahlten Entschädigungen

78. [Geschäftsgeheimnis].

79. Die SM Recycling AG hat erklärt, dass die von der Batrec bezahlte Entschädigung «bei einer korrekten Vollkostenrechnung nicht kostendeckend» sei.

80. Diese Zahlen sprechen dafür, dass die von Batrec bezahlten Entschädigungen nicht überhöht sind und daher keine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG und genauer keine gegen bestimmte Wettbewerber

gerichtete Überbietung von Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. d darstellen.

## **5 Schlussfolgerungen**

81. Die Exklusivverträge zwischen Batrec und fünf Sammelstellen sind Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

82. Diese Exklusivverträge beeinträchtigen den Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien nicht erheblich und sind daher gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zulässig.

83. Batrec verfügt auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

84. Das bisherige Verhalten der Batrec auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien stellt keine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG und insbesondere Art. 7 Abs. 2 lit. d KG dar.

85. Die Untersuchung wird eingestellt.

## **D. Kosten**

86. Das Untersuchungsverfahren über unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

87. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 4 VwVG sind in der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt. Art. 13 dieser Verordnung bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

88. Angesichts des von Recymet angestregten Verfahrens, der Komplexität der Materie und des Aufwandes für die Abklärungen sowie des Ausgangs des Verfahrens rechtfertigt es sich, der Recymet die nachfolgenden Kosten aufzuerlegen.

89. Batrec hat die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt. Eine solche kann gemäss Art. 13 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren nicht zugesprochen werden. Im übrigen sehen weder das KG selbst noch das im Verfahren grundsätzlich anwendbare VwVG im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer Parteientschädigung vor.

## **E. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Batrec verfügt auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.
2. Die Untersuchung wird eingestellt.
3. Kosten [...].
4. Das Begehren von Batrec auf Parteientschädigung wird abgewiesen.
5. [Rechtsmittel].
6. Mitteilungen an: [...].

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL)*

Folgende Aspekte der Marktordnung im Bereich der Entsorgung von Altbatterien sind aus wettbewerblicher Sicht bedenklich:

## **1 Abwesenheit des Preiswettbewerbs**

Die gegenwärtige Marktordnung enthält folgende Elemente, die den Preiswettbewerb ausser Kraft setzen:

### **1.1 Die einheitliche vorgezogene Entsorgungsgebühr**

Die entsorgungspflichtigen Mitglieder der Batterieentsorgungselbsthilfeorganisation (BESO) erheben pro Tonne verkaufter Batterien eine einheitlich hohe vorgezogene Entsorgungsgebühr (VEG). Die Höhe dieser Gebühr ist unabhängig davon, bei welchem der beiden Entsorgungsunternehmen (Batrec oder Recymet) die Batterien verarbeitet werden.

Dadurch fehlt den Entsorgungspflichtigen der Anreiz, die Leistungen der kostengünstigeren Unternehmung nachzufragen. Dies führt zu einer Verzerrung der Nachfrage zugunsten des kostspieligeren Unternehmens und vermindert damit die Effizienz dieses Marktes.

Da zudem sämtliche BESO-Mitglieder, die 90% des Umsatzes auf sich vereinen, eine einheitlich hohe VEG erheben, fehlt ihnen das grundsätzliche Interesse an einer kostengünstigen Entsorgungslösung.

### **1.2 Das Verbot der Entschädigung von Transportleistungen**

Gemäss Art. 5 der gleichlautenden Vereinbarungen zwischen der BESO und Batrec resp. Recymet haben die Endentsorger dafür einzustehen, dass sowohl sie selbst als auch die Entsorgungsstellen dem Abgeber von Batterien weder direkt noch indirekt Rückvergütungen oder Vergünstigungen aller Art zukommen lassen.

Aufgrund des einheitlichen Recyclingbetrages von CHF 4'750.-- für beide Entsorgungsunternehmen könnte das kostengünstigere Unternehmen höhere Entschädigungen für Transportleistungen bezahlen.

Dadurch könnte dieses Entsorgungsunternehmen den Entsorgungspflichtigen oder den Entsorgungs- und Sammelstellen einen finanziellen Anreiz setzen, sie zu beliefern. Somit würde zumindest im Bereich des Transportes ein gewisser Preiswettbewerb spielen, der langfristig dazu führen würde, dass sich auch bei einem einheitlich hohen Recyclingbetrag dasjenige Unternehmen mit dem kostengünstigeren Entsorgungsverfahren durchsetzen würde.

Aus diesem Grund sollte Abs. 5 der BESO-Vereinbarungen aufgehoben werden. Zudem sollte der Transportbereich, in welchem wirksamer Wettbewerb ohne weiteres spielen kann, von der Entsorgungsleistung getrennt werden. Dies würde dazu führen, dass sich im Transportbereich - auch bei einheitlicher VEG und einheitlichem Recyclingbetrag - aufgrund der Marktkräfte die effizienteste Lösung durchsetzen würde.

## **2 Hohe Kosten aufgrund der Entsorgungsautonomie**

Nebst der Abwesenheit des Preiswettbewerbs zeichnet sich die schweizerische Marktordnung für den Bereich der Altbatterien auch durch ihre hohen Kosten aus. Unter Berufung auf das Umweltschutzgesetz lehnt das BUWAL gegenwärtig Exportgesuche für diejenigen Typen von Altbatterien ab, die bei Recymet und Batrec entsorgt werden. Dies führt dazu, dass die in der Schweiz Entsorgungspflichtigen die Leistungen von Batrec und Recymet nachfragen müssen.

Da das inländische Marktvolumen im Verhältnis zu den Kostenstrukturen der Entsorgungsanlagen sehr klein ist, ist es bei einer autonomen schweizerischen Entsorgungslösung nicht möglich, Anlagen optimaler Grösse zu betreiben. Die Entsorgungsautonomie verhindert dadurch effiziente Entsorgungslösungen und führt zu hohen Kosten.

Die Entsorgungsvorschriften und die Entsorgungspraxis der uns umgebenden EU-Länder sollten daher im Regelfall als gleichwertig anerkannt werden.

Falls in den EU-Staaten das Deponieren von Batterien in Zukunft tatsächlich vermehrt verboten werden wird, werden wahrscheinlich im Ausland Entsorgungsanlagen erstellt werden. Aufgrund der geänderten Qualität der Batterien und der Grösse der ausländischen Märkte werden diese Anlagen voraussichtlich mit einem im Vergleich zu Recymet und Batrec kostengünstigeren Entsorgungsverfahren ausgerüstet sein und stärker von Grössenvorteilen profitieren können.

Sobald im Ausland Entsorgungsanlagen bestehen, welche die Forderung des Umweltschutzgesetzes nach einer umweltverträglichen Entsorgung der Abfälle erfüllen, müssen Exportgesuche für Altbatterien bewilligt werden. Dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass das Exportgesuch mit der Verordnung über den Verkehr mit Sonderabfällen und dem Basler Übereinkommen über die Kontrolle der

grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vereinbar ist.

In diesen Fällen wären Exportgesuche generell zu bewilligen - unabhängig davon, ob dadurch die Auslastung der inländischen Anlagen vermindert wird.

Zur gegenwärtigen Auslastung der beiden schweizerischen Entsorgungsanlagen sollten zudem Importe von Altbatterien grundsätzlich zugelassen werden. Ökonomisch gesehen sind diese Importe zur Auslastung der vorhandenen Kapazitäten nämlich bereits dann sinnvoll, wenn der Recyclingpreis nur wenig über den variablen Kosten liegt.

## B 2.1 2. Telecom PTT-Fachhändlerverträge

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG.*

*Enquête selon art. 27 ss LCart.*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss LCart.*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 1997 in Sachen Telecom PTT-Fachhändlerverträge gegen Schweizerische Eidgenossenschaft (PTT-Betriebe) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)*

### A. Sachverhalt

1. Die Telecom Direktion Zürich (mittlerweile: Geschäftsstelle M&P Zürich; im folgenden: TD Zürich) hat mit Elektroinstallateuren im Raum Zürich sogenannte Fachhändlerverträge («Vereinbarung zwischen der Telecom PTT Direktion Zürich und Telecom PTT-Fachhändler», Ausgabe 2.2/Mai 1996; im folgenden: «Fachhändlervertrag» oder «FHV») abgeschlossen. Diese bestehen aus einer Vereinbarung sowie aus Anhängen (Anhang 1, Ausgabe 2.2/Mai 1996; Konditionen-Matrix, Ausgabe 2.1/Mai 1996; Erläuterungen der Vertragsdokumente, Ausgabe 2.1/Mai 1996), welche integrierende Bestandteile des Fachhändlervertrages bilden (Ziff. 12.1 FHV). Gegenstand der Vereinbarung ist der Vertrieb von Produkten, Diensten und Dienstleistungen der Telecom PTT (seit 1. Oktober 1997 «Swisscom»).

2. Verschiedene Elektroinstallateure haben gleichzeitig mit der Einkaufsgesellschaft Telekommunikation AG (im folgenden: EG-Tel) einen sogenannten Partnerschaftsvertrag über den Bezug von Teilnehmeranlagen abgeschlossen. EG-Tel wurde von Installateuren als unabhängige Einkaufszentrale gegründet. Firmenzweck ist primär der Grosshandel mit Hard- und/oder Software im Telekommunikationsbereich. Ihr kommerzielles Ziel ist, eine Alternative zum Sortiment von Swisscom anzubieten.

3. Der Fachhändlervertrag sieht in der Konditionen-Matrix (S. 2) und in den Erläuterungen (S. 2) vor, Fachhändler zwecks Jahresprämien-gewährung in drei Kategorien (Typen A, B, und C) einzuteilen. Je nach Einteilung wird eine Prämie über 5%, 3% oder 2% des mit Swisscom mit Teilnehmeranlagen erzielten Umsatzes gewährt. Weitere Einteilungskriterien sind in den Erläuterungen auf S. 3 erwähnt: Loyalität, Qualität der Arbeit, regionale Integration und Verhalten zu Swisscom. Hinsichtlich des Umsatzes war den Fachhändlern zum Zeitpunkt der Beschwerde bekannt, dass für die Einteilung als Typ A-Händler ein Umsatz von CHF 250'000.- erforderlich ist.

4. Bei der Einteilung durch die TD Zürich wurden dann einige Fachhändler, die das Umsatzkriterium erfüllt, gleichzeitig aber mit EG-Tel einen Partnerschaftsvertrag abgeschlossen hatten, dennoch tiefer eingestuft. Mit Schreiben vom 5. September 1996 forderte EG-Tel Swisscom auf, die Einstufung zu begründen bzw. neu vorzunehmen. Mangels Reaktion nahm EG-Tel in der Folge telefonisch mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Kontakt auf, da sie eine «neuerliche wettbewerbsverzerrende Kartellsituation» vermutete, indem ein EG-Tel-Mitglied ungeachtet des Jahresumsatzes nicht als Typ A-Händler eingestuft werde. Swisscom begründete die Tieferstufung später damit, dass die übrigen Kriterien nicht erfüllt gewesen seien (dazu vgl. RZ 8).

5. Gegenüber zwei Fachhändlern (Hans K. Schibli AG mit Schreiben vom 26. Juli 1996 und Ernst Burkhalter Ing. AG, beide Zürich mit Schreiben vom 24. Oktober 1996) äusserte sich die TD Zürich (im Zusammenhang mit der Jahresprämie für 1995) dahingehend, dass sich in Zukunft - nach der «kompletten Liberalisierung» - weisen würde, «welcher Händler [...] loyal sein wird [...]. Wer auch nach 1998 unsere Dienstleistungen komplett anbieten wird, der kann sich loyaler Fachhändler nennen».

6. Einige Fachhändler, die in Anbetracht des mit Swisscom im Jahre 1996 erzielten Umsatzes zu tief eingestuft wurden, ersuchten diese um eine Begründung bzw. um eine Höhereinstufung. In vier Fällen ist letzteres nach «persönlichen Gesprächen» gewährt worden, sodass mittlerweile gemäss Aussage von Swisscom kein Fachhändler mehr tiefer eingestuft sei, als dies in bezug auf den Umsatz gerechtfertigt wäre. EG-Tel bestätigt diese Aussage, allerdings mit einem Vorbehalt: die Firma Ernst Burkhalter Ing. AG, Zürich, sei von Swisscom nicht kontaktiert worden, hat aber selbst auch nicht das Gespräch gesucht.

7. Ausserdem berichteten EG-Tel sowie verschiedene Fachhändler glaubhaft von Fällen, in welchen Swisscom wiederholt ihre Monopolstellung als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen dazu verwendet hätte, Elektroinstallateure auf den Wettbewerbsmärkten unter Druck zu setzen, Teilnehmeranlagen bei ihr zu beziehen. Andernfalls hätten sie riskiert, beispielsweise bei der Vergabe von

grossen Aufträgen durch Swisscom nicht berücksichtigt zu werden. So beklagten EG-Tel-Mitglieder, nur erschwerten Zugang zu Informationen betreffend den Ausbaustandard - z.B. von Amtszentralen - zu haben sowie über Neuerungen und Kursangebote verspätet orientiert zu werden. Auch würden Netzanschlussmeldungen (entgegen Ziff. 3, 2. Absatz der Bestimmungen über das Marktverhalten, S. 6 FHV) zugunsten des Wettbewerbsbereichs ausgewertet: Kunden, die eine neue Leitung bestellt hatten, teilten mit, dass ihnen Swisscom umgehend ein meist sehr günstiges Angebot für Endgeräte oder TVAs unterbreitet oder Gegengeschäfte offeriert hätte.

8. Die Parteien wurden im Rahmen der Untersuchungshandlungen zu Stellungnahmen eingeladen und befragt. In ihrer Antwort vom 4. Juli 1997 erläuterte Swisscom u.a. die für die Händlereinstufung relevanten Kriterien wie folgt:

Zur Loyalität:

Ein loyaler Fachhändler zeichne sich durch seine «aktive Zusammenarbeit mit dem Vertrieb der Telecom PTT aus [...]» und sei bestrebt, «von seinem Vertriebspartner Telecom PTT ein positives Bild als Anbieter zu vermitteln». Er vertritt Swisscom u.a. an Messen und Ausstellungen und macht bei seinen Marketing-Auftritten gleichzeitig Werbung für Swisscom und deren Produkte.

Zur Qualität der Arbeit:

Es gehe darum, «das gute Produkteimage der Telecom PTT zu fördern».

Zur lokalen Integration:

Der Fachhändler habe sich an die mit Swisscom vereinbarte Vertriebspolitik zu halten und für eine positive Präsenz von Swisscom an seinem Standort zu sorgen.

Zum Verhalten gegenüber Swisscom:

Dabei soll berücksichtigt werden können, wenn sich Fachhändler - wie dies geschehen sei - unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten treuwidrig und teilweise sogar UWG-relevant verhalten würden (z.B. ausdrücklich Werbung gegen Swisscom und deren Sortiment).

9. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 21. November 1997 wies Swisscom die Feststellungen von RZ 7 als unsubstantiiert zurück, ohne sie aber einzeln zu diskutieren und allenfalls zu bestreiten.

## B. Verfahren

10. Am 1. Oktober 1996 orientierte EG-Tel das Sekretariat der Wettbewerbskommission über die geschilderten Ereignisse. Aufgrunddessen hat das Sekretariat im Rahmen einer Nachkontrolle die Verwirklichung der von den PTT-Betrieben im Rahmen der Untersuchung über «Den Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen (Hauszentralen)» (VKKP 2/1994, S. 105 ff.) angenommenen Empfehlungen überprüft. Die in bezug auf die Fachhändlerverträge einschlägige Empfehlung lautete folgendermassen (Ziff. 9.2.1. des Untersuchungsberichts):

«Die Kartellkommission empfiehlt die Aufhebung der Verbots- und Vorzugsklauseln in Ziffer 4 der Verträge zwischen den PTT-Betrieben und den als PTT-Fachhändler bzw. PTT-Vertragspartner bezeichneten Installateuren.»

11. Die Nachkontrolle ergab einerseits, dass der in Frage stehenden Empfehlung zwar insofern Folge geleistet wurde, als eine solche oder ähnliche Klausel in den neuen Fachhändlerverträgen nirgends ausdrücklich zu finden ist, andererseits aber auch Anhaltspunkte dafür, dass die TD Zürich den Wettbewerb auf dem Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen in unzulässiger Weise einschränkt (vgl. Schlussbericht vom 25. April 1997 in Sachen Nachkontrolle der Verwirklichung von Empfehlungen im Zusammenhang mit Telecom PTT-Fachhändler-Verträgen, RPW 1997/2, S. 148 ff.). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat deshalb im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 25. April 1997 beschlossen, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen.

12. Gegenstand der Untersuchung ist die Prüfung der Frage, ob seitens von Swisscom der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Insbesondere die Jahresprämien-Einstufungskriterien und deren Wirkungen waren auf ihre kartellrechtliche Konformität zu prüfen.

13. Im Verlaufe der Untersuchung wurden Swisscom und EG-Tel zu Stellungnahmen sowie zur Beantwortung von Fragebögen betreffend die Marktverhältnisse, die Organisation der Unternehmen, die Produkte und Dienstleistungen sowie die Fachhändlerverträge eingeladen.

14. Am 11. August 1997 wurden Vertreter von EG-Tel und von 5 Elektro-Installationsfirmen auf deren Begehren hin angehört.

15. Am 21. Oktober 1997 stellte das Sekretariat Swisscom und EG-Tel den Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu.

16. Die Parteien wurden auf ihr Recht, Akteneinsicht gemäss Art. 26 VwVG verlangen zu können, aufmerksam gemacht (Swisscom mit

Schreiben vom 30. April 1997, EG-Tel mit Schreiben vom 12. Mai 1997). Beide haben dieses indessen nicht in Anspruch genommen.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

17. Öffentlich-rechtliche Unternehmen wie die PTT-Betriebe unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 1 KG dem Kartellgesetz. Im vorliegenden Fall trifft dies für Swisscom als wirtschaftlich eigenständig operierenden Unternehmensteil der PTT-Betriebe zu.

#### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

18. In den hier hauptsächlich zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der in Art. 3 Abs. 1 KG statuierte Vorbehalt wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

#### **1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)**

19. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Vor der Prüfung der Frage, ob Marktbeherrschung vorliegt, ist indessen der relevante Markt abzugrenzen.

##### **1.3.1 Der relevante Markt**

20. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck als substituierbar angesehen werden (im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU).

21. Die Marktgegenseite - also die Installateure bzw. Fachhändler - fragt im vorliegenden Fall Teilnehmeranlagen aller Art nach, die über unterschiedliche Vertriebskanäle angeboten werden. Gemäss Legaldefinition (Art. 3 lit. e FMG; SR 784.10) handelt es sich dabei um sämtliche Anlagen, die an ein Fernmeldenetz angeschlossen werden können. Darunter fallen von einfachen Telefongeräten bis zu Teilnehmervermittlungsanlagen (TVA) mit weit über 400 Anschlüssen (sog. «Ports») alle entsprechenden Geräte. Die von Swisscom vertriebenen Produkte sind grundsätzlich mit denjenigen austauschbar, die, mit vergleichbaren Eigenschaften versehen, über andere Vertriebskanäle abgesetzt werden. Sachlich relevant ist demnach der Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen.

22. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. b KG). Abgestellt wird also auf aktuelle, tatsächliche Verhältnisse.

23. Beklagt wird das Verhalten der TD Zürich von im Raum Zürich ansässigen Fachhändlern. Letztere decken ihre Nachfrage nach Teilnehmeranlagen weitgehend daselbst, weil sonst insbesondere die Transaktionskosten zu hoch wären. Als räumlich relevant ist somit der geographische Zuständigkeitsbereich der TD Zürich anzusehen.

### 1.3.2 Marktstellung

24. Gemäss eigener Aussage ist Swisscom in der Schweiz «auf dem Markt für Teilnehmeranlagen zweifellos ein marktbeherrschendes Unternehmen» (Stellungnahme Swisscom vom 20. Januar 1997, S. 4). Dennoch ist die Frage von Amtes wegen zu prüfen. Um zu beurteilen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist neben aktueller und potentieller Konkurrenz auch die Stellung der Marktgegenseite zu untersuchen.

#### a. Aktuelle Konkurrenz

25. Marktanteilsdaten für den oben definierten relevanten Markt konnten weder von Beteiligten noch von betroffenen Dritten angegeben werden. Verlässliche diesbezügliche Werte sind nur für den landesweiten Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen verfügbar, da der Markt der Endgeräte sehr heterogen ist. Schliesslich lassen sich darunter gemäss Legaldefinition auch Personal Computers subsumieren. Solche Geräte sind bekanntlich über diverse Vertriebskanäle erhältlich (z.B. über Versandhandel oder Elektroschops).

26. Als Orientierungshilfe können die für den gesamtschweizerischen Vertriebsmarkt für Teilnehmervermittlungsanlagen erhobenen Daten herangezogen werden. 1992 betrug der Marktanteil von Swisscom eigener Aussage zufolge 90% (Untersuchungsbericht Ziff. 5.3). Für 1996 lauten die Werte (erhoben von Dataquest) bei einem Gesamtmarktvolumen von CHF 230 Mio. folgendermassen:

	< 100 Port	> 100 Port
<b>Swisscom</b>	<b>77%</b>	<b>79%</b>
<b>EG-Tel</b>	<b>6%</b>	<b>11%</b>

27. Swisscom vertreibt u.a. Geräte von ASCOM, Siemens (im oberen Port-Bereich), Nortel und DeTeWe, hat aber gemäss eigener Aussage mit keinem der Hersteller Exklusivverträge abgeschlossen. EG-Tel besorgt in erster Linie den exklusiven Vertrieb für Siemens im unteren und für Matra im oberen Port-Bereich. Den Rest des Marktes versor-

gen die Hersteller (im wesentlichen Alcatel, Ericsson, Bosch, Philips) über eigene Vertriebsorganisationen mit Marktanteilen, die 10% nicht überschreiten.

28. Gemäss Erhebungen von Swisscom betragen ihre Marktanteile am schweizerischen TVA-Markt übrigens 50% (<100 Port) bis 60% (>100 Port). In jedem Fall ist sie aber in bezug auf Marktanteile führend, auch wenn diese rückläufig sind.

#### b. Potentieller Wettbewerb

29. Betreffend die Marktzutrittsschranken ist anzumerken, dass diejenigen institutioneller Natur mit dem anstehenden Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes tiefer werden. Strategische bleiben dagegen erkennbar. Dabei handelt es sich z.B. um Preis- und/oder Kapazitätsstrategien, welche bei Marktzutrittswilligen die Erwartung schaffen sollen, dass im Falle eines Marktzutritts heftige Reaktionen der im Markt eingesessenen Unternehmen erfolgen werden. Die oben unter RZ 7 geschilderten Verhaltensweisen sind dadurch, dass Kunden an Swisscom gebunden werden, durchaus auch geeignet, Zutritte auf den Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen zu erschweren. Die Branche rechnet denn auch erst mittel- bis langfristig mit Zutritten einiger amerikanischer und fernöstlicher Anbieter. Die disziplinierende Wirkung dieser potentiellen Wettbewerber ist deshalb im Rahmen einer dynamischen Betrachtungsweise als gering einzustufen.

#### c. Stellung der Marktgegenseite

30. Weiter sind Umstände zu berücksichtigen, die auf die Stellung der Marktgegenseite und die Eigenschaften von Swisscom zurückzuführen sind. Die Elektroinstallationsfirmen unterhalten in der Regel Geschäftsbeziehungen zu Swisscom sowohl im Monopol- als auch im Wettbewerbsbereich, stehen aber auf (benachbarten oder verwandten) Wettbewerbsmärkten gleichzeitig in Konkurrenz zu ihr. Einige von Swisscom in der Vergangenheit auf Wettbewerbsmärkten an den Tag gelegten Verhaltensweisen (vgl. oben RZ 7) sind geeignet, Elektroinstallateure unter Druck zu setzen, Teilnehmeranlagen bei ihr zu beziehen und sie somit davon abzuhalten, dies bei Konkurrenten zu tun. Damit gelingt es Swisscom, sich in ausreichendem Ausmass unabhängig von ihren Konkurrenten und von der Marktgegenseite zu verhalten.

### **1.3.3 Ergebnis**

31. Die in bezug auf Marktanteile dominierende Stellung auf dem Vertriebsmarkt für Teilnehmeranlagen in Verbindung mit den Möglichkeiten, die Marktgegenseite auf benachbarten Märkten unter Druck zu setzen, führt dazu, dass sich Swisscom weitgehend unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Zudem stellt die dadurch verursachte Bindung der Kunden an Swisscom eine strategische Marktzutrittsschranke dar. Eine marktbeherrschende

Stellung von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist somit zu bejahen.

## **2 Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 7 KG)**

32. Unzulässig ist wettbewerblich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen dann, wenn andere Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder wenn die Marktgegenseite benachteiligt wird. Bezogen auf die Benachteiligung der Marktgegenseite bedeutet dies indessen nicht, dass marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet sind, alle Geschäftspartner gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung kann durchaus gerechtfertigt sein, hat aber nach objektiven, betriebswirtschaftlichen Kriterien zu erfolgen (z.B. Gewährung von Mengenrabatten).

33. Bei den Jahresprämien handelt es sich um Treuerabatte. In den Fällen, in welchen Fachhändler von der TD Zürich im Rahmen der Jahresprämiengewährung tiefer eingestuft wurden als gemäss erzieltm Umsatz eigentlich angebracht gewesen wäre, fällt auf, dass es sich ausnahmslos um Fachhändler handelt, die auch bei EG-Tel Geräte beziehen. Swisscom rechtfertigt dies mit mangelnder Loyalität der betreffenden Fachhändler ihr gegenüber.

34. Der Umstand, dass ausschliesslich Fachhändler von der TieferEinstufung betroffen sind, die zugleich bei EG-Tel beziehen, legt den Schluss nahe, dass die betreffenden Händler angehalten werden sollten, nur bei Swisscom zu beziehen. Äusserungen der TD Zürich gegenüber zwei Fachhändlern (Hans K. Schibli AG und Ernst Burkhalter Ing. AG), wonach sie in Zukunft diejenigen Händler als loyal einstufen würde, die auch nach 1998 die Dienstleistungen von Swisscom komplett anbieten würden (vgl. oben RZ 5), zielen in dieselbe Richtung.

35. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission haben ergeben, dass sich die betroffenen Fachhändler in bezug auf Loyalität, Qualität der Arbeit, lokale Integration und das Verhalten gegenüber Swisscom nicht in einem Ausmass von anderen Fachhändlern unterschieden haben, das eine ungleiche Behandlung rechtfertigen würde. Swisscom hat denn auch ihre Behauptung, die tiefer eingestuftem Fachhändler hätten die in RZ 8 beschriebenen Kriterien nicht erfüllt, weder substantiiert noch in den Einzelfällen begründet. Die tiefere Einstufung derjenigen Fachhändler, die zugleich Produkte von EG-Tel beziehen, basiert somit nicht auf einer objektiven Grundlage.

36. Würden die von Swisscom definierten Kriterien betreffend Loyalität (vgl. oben RZ 8) konsequent angewandt, wäre eine gewisse betriebswirtschaftliche Grundlage nicht in Abrede zu stellen. Schliesslich verursachen die Präsenz an Ausstellungen und Messen sowie Marketing-Auftritte Kosten, die eine angepasste Gegenleistung durchaus rechtfertigen können. Dies setzt aber weder voraus, dass Fachhändler

Geräte ausschliesslich von Swisscom beziehen, noch dass sie deren gesamte Produktpalette weiterverkaufen. Dies würde nämlich auf die Koppelung von Treuerabatten an andere Geschäfte hinauslaufen.

37. Die vorliegende Praxis von Swisscom bzw. der TD Zürich ist demnach kartellrechtlich relevant und als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren: Die beklagte Verhaltensweise erschwert der Marktgegenseite den Zugang zu den Konkurrenten von Swisscom und ist daher mit einem Behinderungseffekt zu deren Lasten verbunden. Die praktizierten Treuerabatte haben damit auch einen markt-schliessenden Effekt: Swisscom zwingt die Fachhändler, welche den maximalen Rabatt erhalten wollen, die ganze Produktlinie von Swisscom im Bereich der Teilnehmeranlagen zu vermarkten («full-line forcing»; vgl. oben RZ 5), obschon dies sachlich nicht notwendig ist (z.B. im Sinne der Qualitätssicherung) und die Geräte durchaus anderswo bezogen werden können.

38. Gleichzeitig werden die Fachhändler ohne sachlich gerechtfertigten Grund eingeteilt in solche mit und in solche ohne Ausenseiterbezüge, was einer Diskriminierung in den Geschäftsbedingungen gleichkommt. Derartiges Verhalten lässt sich unter Art. 7 Abs. 2 lit. b KG, teilweise aber auch unter Art. 7 Abs. 2 lit. e KG subsumieren (M. RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/96, S. 843). Daran vermag der Umstand, dass vier Fachhändler höher eingestuft wurden, nachdem sie das «persönliche Gespräch» mit der TD Zürich gesucht hatten, nichts zu ändern.

#### **D. Schlussfolgerung**

39. Die praktizierte Jahresprämieinstufung und die darauf gründende Gewährung von Treuerabatten durch Swisscom bzw. die TD Zürich erfüllt im Sinne der vorangegangenen Erwägungen den Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG und ist daher zu untersagen.

#### **E. Kosten**

40. Das Untersuchungsverfahren über unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

41. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt. Art. 13 dieser Verordnung in Verbindung mit Art. 4 VwVG bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

42. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens sind Swisscom die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung kann die Wettbewerbskommission nicht zusprechen, da solche gemäss VwVG erst in einem Beschwerdeverfahren auferlegt werden können.

### **F. Dispositiv**

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die von Swisscom bzw. der TD Zürich praktizierte Jahresprämieinstufung gemäss Fachhändlervertrag («Vereinbarung zwischen der Telecom PTT Direktion Zurich und Telecom PTT-Fachhändler», Ausgabe 2.2/Mai 1996) stellt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG dar und ist daher zu unterlassen.
2. Kosten [...].
3. [Rechtsmittel].
4. Mitteilungen an: [...].

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

### **B 2.2     1. Valiant Holding / Bank in Langnau**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. September 1997*

#### **1    Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 2. September 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist beabsichtigt, die Bank in Langnau (im folgenden: «BiL») mit Sitz in Langnau als Tochtergesellschaft in die Valiant Holding (im folgenden: «Valiant») einzubringen.

2. Die Valiant ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Bern, welche am 3. Juli 1997 durch den Zusammenschluss von Spar + Leihkasse in Bern, Gewerbekasse in Bern und der BB Bank Belp entstanden ist und zu welcher zur Zeit nebst diesen drei erwähnten Tochtergesellschaften sowie einigen Beteiligungen von untergeordneter Bedeutung noch eine gemeinsame Vermögensverwaltungstochter (Valiant Bank, operativ ab Ende 1997) gehört. Ihre Tochtergesellschaften sind als

Regionalbanken überwiegend in den bernischen Amtsbezirken Bern, Fraubrunnen, Laupen und Seftigen tätig.

3. Die Bank in Langnau ist eine als Regionalbank tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in Langnau und Tätigkeitsschwerpunkt im Amtsbezirk Signau und angrenzenden Gebieten des Emmentals. Die beiden Valiant-Töchter Spar + Leihkasse in Bern und Gewerbekasse in Bern sind schon jetzt je zu einem Sechstel am Aktienkapital der BiL beteiligt.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)**

4. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG**

5. Für die hier zu beurteilenden Märkte gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

6. Als Vorgehen ist die Annexion der BiL durch die Valiant mit nachfolgender Ausgründung der Geschäftsaktivitäten der BiL in eine neue Tochtergesellschaft der Valiant mit dem Namen Bank in Langnau geplant. Es handelt sich somit um eine Fusion i.S.v. Art. 4 Abs. 3 lit. a KG. Nach geplanter Fusion und Ausgründung wird die BiL eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Valiant sein. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG vor.

### **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

7. Die Valiant wies per Mitte 1997 eine Bilanzsumme von rund 7,5 Mrd. CHF aus, die BiL eine solche von 1,69 Mrd. CHF. Aufgrund von Art. 9 Abs. 3 KG ist bei Banken für die Beurteilung der Frage, ob die gesetzlichen Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht werden, anstelle des Umsatzes die mit dem Faktor 0,1 multiplizierte Bilanzsumme zu betrachten. Dies ergibt für die Valiant rund 750 Mio. CHF, für die BiL rund 169 Mio. CHF und total rund 919 Mio. CHF; damit sind sowohl der von zwei beteiligten Instituten zu erreichende Wert von 100 Mio. CHF als auch der gesamthafte Schwellenwert von 500 Mio. CHF deutlich überschritten.

8. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei allen beteiligten Instituten um Regionalbanken handelt, für welche das Auslandsgeschäft marginale Bedeutung hat, kann auf eine Ausscheidung von Forderungen gegenüber Schweizern und gegenüber Ausländern, wie von Art. 9 Abs. 3 KG an sich vorgesehen, verzichtet werden und vom Total der Bilanzsummen ausgegangen werden.

9. Der Unternehmenszusammenschluss ist somit meldepflichtig.

### **3 Zuständigkeit der Eidgenössischen Bankenkommission**

10. Die Eidgenössische Bankenkommission wurde mit Brief vom 9. September 1997 über den Eingang der Meldung informiert und zur Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 KG eingeladen. Sie hat mit Brief vom 15. September 1997 davon Abstand genommen, den Zusammenschluss unter dem Aspekt Gläubigerschutz an sich zu ziehen.

### **4 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

#### **4.1 Die relevanten Märkte**

##### **4.1.1 Sachlich relevante Märkte**

11. Die Unterteilung der sachlichen Märkte wird am zweckmässigsten in Anlehnung an eine in Bankkreisen übliche Unterteilung vorgenommen (vgl. Entscheid der Wettbewerbskommission betreffend das Zusammenschlussvorhaben Spar + Leihkasse in Bern, Gewerbekasse in Bern und BB Bank Belp vom 4. April 1997, RPW 1997/1, S. 50).

12. Aufgrund der Angaben über die Tätigkeit der BiL im Geschäftsbericht ergeben sich folgende sachlich relevanten Märkte:

Aktivgeschäft:           - Hypothekarkredite  
                              - nicht hypothekarisch gedeckte Kredite

Passivgeschäft:         - Spareinlagen und Kassenobligationen  
                              - Sichtkreditoren, Kontokorrent- und  
                                  Lohn(spar)konten

Indifferentes Geschäft: - Zahlungsverkehr  
                              - Depotgeschäft

13. Weil, wie nachfolgend noch gezeigt wird, unabhängig von der gewählten sachlichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position vorliegen, kann jedoch auf eine Vertiefung der Frage der sachlich relevanten Märkte verzichtet werden.

##### **4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

14. Für die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte für die oben umschriebenen «einfachen» Bankdienstleistungen dürften regionale Abgrenzungen sachgerecht sein. Im konkreten Fall kann vom Amtsbezirk Signau «und angrenzende Gebiete», also dem Tätigkeitsgebiet der BiL einerseits und von den im Entscheid der Wettbewerbskommission vom 4. April 1997 (RPW 1997/1, S. 50 f.) umschriebenen räum-

lich relevanten Märkten mit Bezug auf die Valiant-Banken (Stadt und Agglomeration Bern, Amtsbezirke Fraubrunnen, Laupen und Seftigen) andererseits ausgegangen werden.

15. Daneben gibt es im Bankgeschäft Bereiche, bei welchen von einem grösseren räumlichen Markt (Kanton, Schweiz, Europa) auszugehen ist; dies betrifft insbesondere komplexere, Spezialkenntnisse voraussetzende Dienstleistungen wie Vermögensverwaltung, Handelsdienstleistungen, Spezialfinanzierungen, derivative Finanzinstrumente etc., welchen im vorliegenden Fall jedoch keine entscheidende Bedeutung zukommt und die deshalb vernachlässigt werden können.

#### **4.2 Marktstellung**

16. Vom Zusammenschluss betroffen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, wird die Unbedenklichkeit der Zusammenschlusses vermutet. Es erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

17. Es bestehen keine gesicherten Daten bezüglich Marktanteilen im Kanton und in Teilmärkten (vgl. auch den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 4. April 1997 in Sachen Spar + Leihkasse in Bern, Gewerbekasse in Bern und BB Bank Belp). Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass die Marktanteile der BiL im Amt Signau bezüglich der unter RZ 12 genannten einfachen Bankdienstleistungen die 30%-Schwelle überschreiten; sogar das Vorliegen noch höherer Marktanteile scheint nicht ausgeschlossen. Insbesondere bezüglich der ausschliesslich oder beinahe ausschliesslich von Banken angebotenen Dienstleistungen (Hypothekarkredite, nicht hypothekarisch gesicherte Kredite, Sparkonten und Kassenobligationen, Depotgeschäft) ist im Amtsbezirk Signau die Zahl der Konkurrenten beschränkt.

18. Zu nennen sind die Filiale einer Grossbank (SBV) in Langnau, zwei Filialen der Berner Kantonalbank in Langnau und Zollbrück, zwei Filialen der SLK Sumiswald (Zollbrück und Lützelflüh) sowie acht Filialen diverser Raiffeisenbanken (in Langnau, Lützelflüh, Eggiwil, Röthenbach, Schangnau, Signau, Trub und Trubschachen). Für die Märkte der Kontokorrentkonten und des Zahlungsverkehrs tritt als weiterer Konkurrent die Post mit 18 Poststellen im Amt hinzu.

19. Diese mögliche starke (wenn auch sicherlich nicht beherrschende) Marktstellung wird jedoch aus den folgenden Gründen nicht verstärkt: Die Valiant-Banken sind im Amtsbezirk Signau nicht vertreten. Deshalb kommt es dort mit Bezug auf die allenfalls betroffenen relevanten Märkte zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Tatsache, dass die BiL aus der Integration in die Valiant finanziell gekräftigt hervor-

geht und als gesunde Bank und Konkurrentin gelten kann, ist nicht als kartellrechtlich problematische Verstärkung ihrer Marktstellung zu werten.

20. Für die übrigen räumlich relevanten Märkte (das bisherige Tätigkeitsgebiet der Valiant-Banken) erübrigen sich andererseits weitere Abklärungen ebenfalls, da die BiL in diesen Märkten nicht tätig ist.

21. Ferner ist die zunehmende Mobilität der Bankkunden zu erwähnen; oben wurde schon darauf hingewiesen, dass der räumlich relevante Markt für spezialisiertere Bankdienstleistungen weiter zu umschreiben sei, so dass dann sicherlich keine beherrschende Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Banken mehr zur Diskussion stehen kann. Dies gilt in geringerem Masse auch für die einfachen Bankdienstleistungen. Insbesondere die Optionen Bancomat und EFT-POS erleichtern es den Konsumenten, ihre Bankbeziehung auch ausserhalb des Amtsbezirks zu unterhalten. Auch diese Entwicklungen bewirken, dass sich weder eine marktbeherrschende Stellung der BiL im Amt Signau noch die Verstärkung einer solchen in den Märkten der Valiant-Banken durch den vorliegenden Unternehmenszusammenschluss begründen lassen.

#### **4.3 Ergebnis**

22. Da sich die Tätigkeitsgebiete der beiden am Unternehmenszusammenschluss Beteiligten nicht überschneiden, kommt es zu keinerlei Marktanteilsadditionen in denjenigen relevanten Märkten, in welchen die Marktanteile der Beteiligten nennenswert sind.

23. Da weiter in allen betroffenen Märkten ernsthafte Konkurrenten existieren und auch eine zunehmende Mobilität der Bankkunden mit zu veranschlagen ist, wird der Zusammenschluss nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

24. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Demzufolge ist keine Prüfung gemäss Art. 33 KG durchzuführen.

### **B 2.2 2. Anzeiger von Uster / Druckerei Wetzikon AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. Oktober 1997*

#### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 16. November 1996 entnahm das Sekretariat der Wettbewerbskommission einem Zeitungsartikel (NZZ 16.11.1996, Nr. 268, S.

57), dass TA-Media AG, Zürich («TA») mit der Druckerei Wetzikon AG, Wetzikon («DWAG») die Anzeiger von Uster AG, Uster («AvU») gegründet hat. Erkundigungen bei DWAG ergaben, dass der Gründung die «Vereinbarung zwischen der TA-Media AG und der Druckerei Wetzikon AG vom 7. Juni 1996» (im folgenden: «Vereinbarung») zugrunde liegt. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erfolgte am 1. Juli 1996 (Ziff. 2.1 der Vereinbarung).

2. Das Aktienkapital von AvU beträgt CHF 600'000.--. TA und DWAG bekundeten die Absicht,

- gemeinsam Anstrengungen zu unternehmen, damit im Raum Uster eine eigenständige Regionalpresse erhalten bleibt
- und zu diesem Zweck die Sanierung und Sicherung der Regionalzeitung «Anzeiger von Uster» an die Hand zu nehmen (Ziff. 1.1 der Vereinbarung).

3. Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 24 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) waren Unternehmenszusammenschlüsse bis vier Monate nach Inkrafttreten des Kartellgesetzes (KG) nicht meldepflichtig, sofern der dem Zusammenschluss zugrunde liegende Vertrag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen worden war. Die Gründung war damit zu jenem Zeitpunkt nicht meldepflichtig.

4. Am 4. September 1997 hat die Wettbewerbskommission die Mitteilung erhalten, wonach DWAG 33,0% des Aktienkapitals der AvU von TA per 1. September 1997 übernommen hätte. Die Beteiligungsverhältnisse vor bzw. nach dem 1. September 1997 waren bzw. sind folgende:

	Bis 31.08.97	Ab 01.09.97
Druckerei Wetzikon AG	43,3%	76,3%
TA-Media AG	43,0%	10,0%
Kleinaktionäre	8,7%	8,7%
Einzelaktionärin	5,0%	5,0%
Total	100,0%	100,0%

5. Gemäss Aufforderung des Sekretariats vom 12. September 1997 reichte DWAG am 19. September 1997 die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein. Die Kontaktnahme mit dem Sekretariat und die Einreichung der Meldung erfolgten nach der per 1. September 1997 erfolgten Aktienübernahme, mithin nach dem Vollzug des Zusammenschlusses.

6. Der Umsatz von AvU betrug im Geschäftsjahr 1996 CHF 5,45 Mio. (aufgerechnet gemäss Art. 4 Abs. 2 VKU). Dabei wurde ein Verlust von CHF 1,04 Mio. erwirtschaftet.

7. DWAG zeichnet hauptsächlich für die Herausgabe der Tageszeitung «Der Zürcher Oberländer» («ZO») verantwortlich. Daneben werden zwei wöchentlich erscheinende Dorfzeitungen im Kundenauftrag hergestellt und vertrieben.

8. Der Umsatz von DWAG betrug im Geschäftsjahr 1996 CHF 29,5 Mio..

9. Die Kontrollübernahme soll der Effizienzsteigerung und der Kostenminimierung dienen, damit die handelsüblichen Gewinne erzielt und die Investitionsschübe in den nächsten Jahren mit eigenen Mitteln finanziert werden können.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)**

10. DWAG und AvU sind als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU zu qualifizieren.

### **2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG**

11. 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.

### **2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

12. Gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG gilt jeder Vorgang, durch den ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangt, als Unternehmenszusammenschluss. Dies kann z.B. durch den Erwerb einer Beteiligung oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrages erfolgen. Die Erlangung der Kontrolle setzt gemäss Art. 1 VKU voraus, dass mit dem Erwerb von Beteiligungsrechten die Möglichkeit geschaffen wird, bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auszuüben.

13. Im vorliegenden Fall erfolgt ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle: DWAG übernimmt von TA 33% des Aktienkapitals über AvU und hält fortan 73,3% (vgl. RZ 4). Damit und mit der bereits bestehenden Mehrheit im Verwaltungsrat erlangt DWAG die alleinige Kontrolle in AvU, sodass es sich im vorliegenden Fall um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG handelt.

### **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

14. Die Umsätze der beiden beteiligten Unternehmen betrugen im vergangenen Geschäftsjahr CHF 5,45 Mio. bzw. CHF 29,5 Mio. (vgl.

oben RZ 6 und 8). Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG sind demnach erreicht, sodass der Zusammenschluss meldepflichtig ist.

### **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

#### **3.1 Die relevanten Märkte**

##### **3.1.1 Sachlich relevanter Markt**

15. 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 lit. a VKU).

16. Pressemärkte werden in der Regel nach Erscheinungszeit (Tages-/Wochenzeitungen), Verbreitungsgebiet (lokal, regional, überregional) und Vertriebsmethode (Abonnementspresse, Strassenverkaufszeitungen) unterschieden (vgl. RPW 1997/2, S. 184).

17. Der «ZO» ist eine Tageszeitung mit überregionaler Berichterstattung. Der erneuerte «Anzeiger von Uster» ist nunmehr ein Kopfblatt des «ZO» und unterscheidet sich von letzterem nur noch im Regionalteil. Sachlich relevant ist daher der Markt für überregional berichtender Zeitungen.

##### **3.1.2 Räumlich relevante Märkte**

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

19. Der «Anzeiger von Uster» als Kopfblatt des «ZO» wird im Raum Uster angeboten, während sich der «ZO» seit der Integration des ersteren auf sein Stammgebiet, nämlich die Bezirke Pfäffikon und Hinwil zurückgezogen hat. Die meisten der ohnehin nur 850 Doppelabonnements sind mittlerweile weggefallen. Räumlich sind also zwei Märkte relevant.

#### **3.2 Marktstrukturen**

##### **3.2.1 Reichweiten und Wettbewerber**

20. Wie die Abgrenzung der relevanten Märkte ergeben hat, kam es selbst mit der Gründung von AvU zu keiner Marktanteilsaddition, da die beiden Zeitungen in unterschiedlichen Gegenden nachgefragt und vertrieben werden. Auch die vorliegende Kontrollübernahme hat auf die Marktanteilsverhältnisse keine Auswirkungen.

21. Der «Anzeiger von Uster» hat im Bezirk Uster eine Reichweite (Prozentzahl aller Haushalte) von 23%, während der «Tages-Anzeiger» als grösster Konkurrent im Bereich der überregionalen Berichterstattung 48% erreicht (gemäss AG für Werbemedienforschung, WEMF). Marktführend ist also der Tages-Anzeiger.

### **3.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb**

22. In den letzten fünf Jahren waren weder Markteintritte noch Produktneueinführungen zu verzeichnen. Die Branche rechnet zudem nicht damit, dass sich in absehbarer Zukunft an diesem Umstand etwas ändern wird.

23. Vielmehr drohte auch der «Anzeiger von Uster» von der Bildfläche zu verschwinden. Die Gründung von AvU sollte vornehmlich die Erhaltung einer eigenständigen Regionalpresse im Raum Uster bezwecken (vgl. RZ 2). Dieses Ziel wurde mit der Eingliederung des «Anzeigers von Uster» als Kopfblatt in den «ZO» vorderhand erreicht. DWAG will nun als Hauptinteressierte am «Anzeiger von Uster» mit der Kontrollübernahme in AvU, welche bereits in Ziff. 2.3 der Vereinbarung statuiert ist, diesen Zustand trotz anfänglicher Schwierigkeiten (Verlust von CHF 600'000.-- im ersten Jahr) konsolidieren. TA war unter diesen Umständen bereit, die Beteiligung statt auf die ursprünglich vorgesehenen 30% gleich auf 10% zu reduzieren.

24. Aus wettbewerblicher Sicht ist zudem dieser - wenn auch nicht vollständige - Rückzug zu begrüßen, da TA mit dem «Tages-Anzeiger» das wichtigste Konkurrenzprodukt des «ZO» im Zürcher Oberland vertreibt. Immerhin kommt es zu einer gewissen Entflechtung von Interessen.

### **3.3 Ergebnis**

25. Aufgrund der Erkenntnisse, dass

- die Kontrollübernahme keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt,
- die Presseerzeugnisse der beiden beteiligten Unternehmen in räumlich unterschiedlichen Märkten vertrieben werden und die Kontrollübernahme ohnehin keine Marktanteilsaddition zur Folge hat,
- die Kontrollübernahme den Erhalt einer eigenständigen Regionalpresse im Raum Uster konsolidieren soll,
- der substantielle Rückzug von TA zu einer wettbewerblich willkommenen Entflechtung von Interessen führt,

hat die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Demzufolge verzichtet die Wettbewerbskommission auf die Einleitung des Prüfungsverfahrens.

26. DWAG wird eine Unbedenklichkeitserklärung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt.

27. Eine allfällige Sanktionierung wegen Vollzugs eines Unternehmenszusammenschlusses ohne Meldung gemäss Art. 51 KG (vgl. oben RZ 5) wird im Rahmen eines eigenen Verfahrens geprüft.

## B 2.2 **3. Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Oktober 1997*

### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 16. September 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist folgendes beabsichtigt: Die Credit Suisse Group (im folgenden: «CSG») mit Sitz in Zürich erwirbt die Kontrolle über die Winterthur Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft (im folgenden: «Winterthur», und zusammen mit der CSG: «die Parteien») mit Sitz in Winterthur.

2. Die CSG ist eine Holdinggesellschaft, welche durch Tochtergesellschaften hauptsächlich in den vier Bereichen Retail Banking, Private Banking, Asset Management sowie Corporate und Investment Banking tätig ist. Über die Winterthur-Columna, an welcher die CSG zu 33% beteiligt ist, ist die CSG auch im Bereich der beruflichen Vorsorge vertreten; über ihre 100%-Tochter CS Life ist die CSG im Bereich der Einzel-Lebensversicherungen tätig.

3. Die Winterthur ist eine weltweit tätige Versicherungsgesellschaft, welche nur 25% ihrer Mitarbeiter in der Schweiz beschäftigt und 69% der Bruttoprämieneinnahmen im Ausland erzielt. Sie ist insbesondere im Bereich der Erstversicherung (Leben und Nicht-Leben) aktiv und betätigt in geringerem Ausmass auch das Rückversicherungsgeschäft. Sie besitzt 67% der Aktien an der Winterthur-Columna.

4. Die Parteien haben schon vor dem nun geplanten Zusammenschluss in diversen Geschäftsbereichen kooperiert und insbesondere die schon erwähnte gemeinsame Tochtergesellschaft Winterthur-Columna gegründet, welche im Markt der beruflichen Vorsorge tätig ist.

### **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

#### **2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)**

5. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994

findet das Gesetz auf diejenigen Marktteilnehmer Anwendung, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die Parteien sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

## **2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG**

6. Auf 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.

## **2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

7. Die Übernahme soll entweder durch ein öffentliches Umtauschangebot an die Aktionäre der Winterthur, oder aber, falls dieses Umtauschangebot eine ungenügende Zustimmung findet, durch Fusion mit der Winterthur stattfinden, nachdem diese das operative Geschäft vorgängig in eine neu gegründete Tochtergesellschaft eingebracht hat. Unabhängig davon, ob der Zusammenschluss letztlich durch Fusion oder durch Kontrollübernahme erfolgt, liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor.

## **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

8. Die Bilanzsumme der CSG für das Geschäftsjahr 1996 betrug rund 524 Mrd. CHF, die weltweiten Bruttoprämieneinnahmen der Winterthur beliefen sich für 1996 auf rund 26 Mrd. CHF; die auf die Schweiz entfallenden Anteile betragen 135 Mrd. CHF bzw. 8 Mrd. CHF. Diese Beträge liegen weit über den massgeblichen Schwellenwerten von Art. 9 Abs. 1 KG, so dass sich eine detaillierte Berechnung gemäss Art. 9 Abs. 3 zweiter Satz erübrigt. Der Zusammenschluss ist deshalb meldepflichtig.

## **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

### **3.1 Die relevanten Märkte**

#### **3.1.1 Sachlich relevante Märkte**

9. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Dienstleistungen, welche «von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden» (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Als Marktgegenseite sind für das hier relevante schweizerische Bankgeschäft (s. RZ 13) wie auch für das Versicherungsgeschäft (s. RZ 14) in erster Linie die Konsumenten, für einige Märkte zusätzlich oder ausschliesslich kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) zu betrachten.

10. Im Zusammenhang mit diesem Zusammenschluss wird die öffentliche Diskussion durch das Schlagwort «Allfinanz» geprägt. Darunter wird in erster Linie die Erscheinung verstanden, dass die Anbieter von typischen Bank- bzw. Versicherungsdienstleistungen mehr und mehr

dazu übergehen, auch Produkte eines Anbieters aus dem jeweils anderen Bereich über ihre Vertriebskanäle anzubieten («cross selling»). Dies hat zu Kooperationen zwischen Banken und Versicherungen in verschiedenen Formen geführt: blosser Kooperationsvertrag zwischen dem Schweizerischen Bankverein und den Zürich Versicherungen; Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit kapitalmässiger Verflechtung zwischen UBS und Swiss Life; bisher Kooperation, nun Zusammenschluss von CSG und Winterthur. Auch zwischen kleineren Bankinstituten und Versicherungen bestehen z.T. cross-selling-Vereinbarungen (Basler und Bank Julius Bär, Elvia und Pictet). Als Institutionalisierung dieser Kooperation ist auch der vorliegende Zusammenschluss zu verstehen, welcher den Parteien das Angebot von eigenen Produkten sowohl aus dem Bank- als auch aus dem Versicherungsbereich ermöglichen soll.

11. Ebenfalls unter dem Stichwort «Allfinanz» wird die Erscheinung diskutiert, dass gewisse Produkte insbesondere aus dem Lebensversicherungsbereich sowohl Elemente des Versicherungsgeschäfts wie auch vermögensbildende Aspekte, welche gemeinhin dem Bankgeschäft zugeordnet werden, aufweisen. U.a. aus steuerlichen Gründen werden in diesem Bereich immer neue Produkte angeboten. Auch bei spezialisierten Produkten für Grosskunden, insbesondere aus dem Bereich des Alternative Risk Transfer (ART), vermengen sich (ehemals) typische Bankprodukte mit Versicherungselementen.

12. Dennoch wird auf die Definition eines Allfinanzmarktes im folgenden verzichtet. Zwar wird aus der Sicht der «Allfinanzanbieter» versucht, ein neues Produkt zu schaffen und zu vertreiben, nämlich das Angebot der ganzen Palette von Versicherungs- und Bankdienstleistungen aus einer Hand, mit entsprechender ganzheitlicher Beratung. Es ist denkbar, wie nachfolgend ausgeführt wird, dass in Zukunft einmal bloss noch die ganze Palette der Allfinanzprodukte von einem Anbieter bezogen werden kann und deshalb ein Allfinanzmarkt definiert werden muss, auf welchem Anbieter, welche diese Palette von Bank- und Versicherungsdienstleistungen offerieren können, sich um die Wette bewerben. Im jetzigen Zeitpunkt ist jedoch sachgerechter, an der Umschreibung der einzelnen Produktmärkte für traditionelle Bank- und Versicherungsdienstleistungen festzuhalten, hat doch der Nachfrager (noch) die Möglichkeit, jedes dieser Produkte einzeln von einem Anbieter zu beziehen.

13. Im schweizerischen Bankgeschäft können somit (unter Vorwegnahme des Ausschlusses der Märkte, welche geographisch international zu umschreiben sind, s. RZ 20) die folgenden Märkte unterschieden werden: traditionelles Banksparen (Sparhefte, Kassenobligationen), Kontokorrentkonten und Zahlungsdienstleistungen, Konsumkredite, Hypothekarkredite, Firmenkredite, Anlageberatung und Vermögensverwaltung (Private Banking), Asset Management für Pen-

sionskassen (deren Anlagemöglichkeiten durch die Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2] stark eingeschränkt sind), Depotgeschäft, und (schweizerisches) Emissionsgeschäft.

14. Für die Versicherungen werden in Anlehnung an die Statistiken des Bundesamtes für Privatversicherungswesen die folgenden Märkte unterschieden: Einzel-Lebensversicherung, Kollektiv-Lebensversicherungen (berufliche Vorsorge, insbesondere für KMUs), Kranken-, Unfall-, Haftpflicht-, Motorfahrzeug-, Feuer- und Transportversicherung.

15. Von einer genauen sachlichen Marktabgrenzung kann jedoch abgesehen werden, weil selbst bei den im folgenden vorgenommenen engsten wie auch bei allen weiteren sachlichen Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszumachen sind (vgl. RZ 27, 30, 34, 36).

### **3.1.2 Räumlich relevante Märkte**

16. «Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.» (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU)

17. Die unter RZ 13 umschriebenen Märkte des Bankgeschäfts sind mit Ausnahme der Märkte Private Banking, Asset Management für Pensionskassen und Emissionsgeschäft, für welche von einem schweizerischen Markt auszugehen ist, geographisch enger zu umschreiben. Aus der Sicht der Nachfrager von Bankdienstleistungen sind diese regional, höchstens aber kantonale begrenzt substituierbar. Es ist immerhin in Betracht zu ziehen, dass wegen der an sich geographisch sehr flexiblen Dienstleistungen ein aufgrund der obigen Überlegungen regional begrenzter Markt insofern nicht völlig isoliert betrachtet werden kann, als bei missbräuchlichen Konditionen einer regional dominierenden Bank die kantonale Konkurrenz eine entstehende Nachfrage praktisch verzugslos zu absorbieren in der Lage wäre (z.B. durch Eröffnung einer Filiale).

18. Selbst wenn also die aktuelle Konkurrenzsituation relativ grosse Marktanteile erlaubt, ist deshalb wegen der Offenheit der Märkte für Bankgeschäfte z.T. von regionenübergreifenden räumlich relevanten Märkten auszugehen.

19. In einem gewissen Grad dürfte sogar eine kantonale Umschreibung teilweise zu eng sein, weil zumindest ein Teil der Wettbewerber (die Grossbanken) anders als Kantonal- und insbesondere Regionalbanken auch gesamtschweizerisch zur Absorption einer regional oder kantonale entstehenden Nachfrage in der Lage sind, d.h. als potentielle Wettbewerber in die Überlegungen miteinbezogen werden müssen, selbst wenn sie in einem bestimmten räumlichen Markt zur Zeit nicht vertreten sind. Vorliegendenfalls kann aber auf die genaue

räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden, weil selbst bei den im folgenden verwendeten engsten wie auch bei allen weiter gefassten Marktumschreibungen keine marktbeherrschenden Stellungen begründet oder verstärkt werden (vgl. RZ 27, 30, 34, 36).

20. Weiter finden sich zahlreiche Bankdienstleistungen und Geschäfte, für welche der Markt international ist. Dazu gehören unter anderen die Handelsfinanzierungen, Projektfinanzierungen, das ganze Investment Banking, M&A-Beratung und das Vermögensverwaltungsgeschäft für internationale Kundschaft. Doch bestehen international für alle diese Märkte eine Vielzahl von Konkurrenten, allen voran die amerikanischen, deutschen, englischen und niederländischen Banken bzw. Allfinanz-Konzerne. Der Zusammenschluss ist somit für diese Märkte unproblematisch.

21. Für die Versicherungsdienstleistungen ist grundsätzlich von einem schweizerischen Markt auszugehen. Erstens, weil die Nachfrager als massgebliche Marktgegenseite weniger auf die permanente lokale Präsenz des Anbieters angewiesen sind, und zweitens, weil die Versicherungsprodukte auch in der ganzen Schweiz einheitlich angeboten werden. Anders als im Bankgeschäft besteht auch auf der Angebotsseite i.d.R. keine grundsätzliche statutarische Begrenzung der Tätigkeit auf ein mehr oder weniger eng umgrenztes geographisches Gebiet, wenn auch natürlich diverse Anbieter historisch bedingt in gewissen Regionen der Schweiz stärker vertreten sind als in anderen.

### **3.2 Marktstellung**

22. Im Zusammenschlussverfahren näher geprüft werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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. Wo diese Schwellenwerte nicht erreicht werden, wird die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses vermutet (RPW 1997/2, S. 205 [Batigroup Holding AG, RZ 17]).

23. Demzufolge sind vorliegend folgende Märkte zu prüfen:

- Kredite an Retailkunden (Firmenkredite, Hypothekarkredite) (RZ 24 ff.)
- Bankenmärkte im Kanton Aargau (RZ 28 ff.)
- Markt für Einzel-Lebensversicherungen (RZ 31 ff.)
- Anlagestiftungen und andere Lösungen der beruflichen Vorsorge für KMUs (RZ 35 ff.)

#### **Märkte für Kredite an Retailkunden (Hypothekar- u. Firmenkredite)**

24. In den Märkten für Hypothekarkredite und für Firmenkredite haben die Banken der CSG gemäss gesamtschweizerischen Statistiken

im Durchschnitt einen Marktanteil von 16 (Berechnung aufgrund der SNB-Statistik) bis 20% (Schätzung CSG aufgrund eigener Umfragen). Diese Marktanteile werden durch den Zusammenschluss allerdings nicht wesentlich vergrössert. Der Marktanteil der Winterthur im Bereich der Kredite an Retailkunden beläuft sich auf weniger als ein Prozent. Es handelt sich dabei zum grossen Teil um Hypothekarkredite, welche zu günstigen Konditionen insbesondere an Mitarbeiter vergeben werden.

25. Bezüglich aller traditionellen Bankdienstleistungen (s. RZ 13) und somit auch für die Firmen- und Hypothekarkredite scheint die verallgemeinernde Aussage zulässig, dass in jedem Kanton mindestens vier grosse Wettbewerber mit Marktanteilen von deutlich über 10% existieren, nämlich die drei Grossbanken sowie die jeweilige Kantonalbank (Ausnahmen: Solothurn, Appenzell Ausserrhoden). Gesamtschweizerisch werden die Marktanteile der drei Grossbanken - je nach Umschreibung des Gesamtmarktes für Ausleihungen - auf zwischen 13 bis 17% geschätzt, diejenigen der Kantonalbanken in diesen Märkten auf 25 bis 35%. Hinzu kommen Raiffeisen- und Regional- sowie einige weitere Banken, welche sich in die verbleibenden rund 15 bis 25% Marktanteil teilen.

26. Zwar bestehen regional sehr grosse Unterschiede bezüglich Marktanteilen: Untersuchungen des Sekretariats haben ergeben, dass in einzelnen Regionen eine Regionalbank durchaus einen Marktanteil von 50% aufweisen kann. Dies ist unter anderem auch eine Folge verschiedener Regionalbankenzusammenschlüsse in den vergangenen Jahren.

27. Doch auch derartige Marktanteile sind wettbewerbsrechtlich insofern unproblematisch, als - wie ausgeführt - die grossen Konkurrenten durchaus die Kapazitäten haben, eine entstehende Nachfrage (als Folge eines versuchten Missbrauchs einer dominierenden Stellung) verzugslos zu absorbieren. Diese mögliche Konkurrenz (potentieller Wettbewerb) hat eine disziplinierende Wirkung bezüglich Zinssätzen und Konditionen; deshalb kann selbst bei grossen regionalen Marktanteilen nicht von Marktmacht oder gar einer marktbeherrschenden Stellung des jeweiligen Instituts gesprochen werden.

### **Bankenmärkte im Kanton Aargau**

28. Im Kanton Aargau dürfte (aufgrund der Konzernzugehörigkeit der Neuen Aargauer Bank) mit 36% (gemäss Angaben der Parteien) der wohl grösste Marktanteil der Gruppe in der Schweiz bestehen. Die Überlegungen und Folgerungen unter RZ 24 bis 27 bezüglich Offenheit der Märkte gelten jedoch trotz dieser deutlich über dem gesamtschweizerischen Durchschnitt liegenden Marktanteile der CSG-Banken auch für den Bankenmarkt im Kanton Aargau. Zudem ist die durch den vorliegend zu beurteilenden Zusammenschluss bewirkte Marktanteilsaddition im Kanton Aargau ebenfalls vernachlässigbar.

29. Die überdurchschnittlich hohen Marktanteile sind weiter nicht eine Folge des Zusammenschlusses, sondern haben schon vorher so bestanden. Die marktmächtige Stellung könnte also bloss insofern verstärkt werden, als zusätzliche Kundenbeziehungen der Winterthur eingebracht werden und der Zusammenschluss Abhängigkeiten schafft, welche zu MarktanteilsGewinnen führen. Die Abklärungen und Umfragen des Sekretariats haben aber ergeben, dass typischerweise eine Abhängigkeit aufgrund von Kreditbeziehungen auf einen andern (z.B. Versicherungs-)Markt übertragen und so der Abschluss weiterer (Versicherungs-)Geschäfte erzwungen werden kann, nicht aber umgekehrt. Der Abschluss eines Versicherungsvertrages schafft nicht dieselbe Abhängigkeit wie eine Kreditbeziehung. Aufgrund dieser Überlegung wird - selbst bei der Unterstellung einer marktbeherrschenden Stellung im aargauischen Bankensektor - die Position der CSG-Banken durch den Zusammenschluss nicht verstärkt.

30. Die (auf die gesamte Schweiz bezogenen) Ausführungen betreffend der Märkte für Hypothekarkredite und Firmenkredite (vgl. RZ 24-27) lassen sich somit ohne Einschränkungen auch auf den Kanton Aargau übertragen. Die vorläufige Prüfung ergibt deshalb keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss in den bankgeschäftsspezifischen Märkten im Kanton Aargau eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

### **Markt für Einzel-Lebensversicherungen**

31. Auf diesem Markt betrug der Marktanteil der CS Life 1996 rund 8%, derjenige der Winterthur ca. 13%. Auf dem enger definierten Markt für Einzel-Lebensversicherungen mit Einmalprämie lauten die entsprechenden Zahlen 13 und 12%. Diese Zahlen basieren auf den vom Bundesamt für Privatversicherungen veröffentlichten Zahlen bzw. für 1996 auf Geschäftsberichten und Schätzungen der Parteien. Diese ergeben somit einen gemeinsamen Marktanteil von 21 bzw. bei den Einmalprämien sogar 25%, womit der Grenzwert von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU jedenfalls überschritten ist.

32. Auch auf diesem Markt existieren jedoch mehrere Konkurrenten mit beachtlichen Marktanteilen, allen voran die Marktleaderin Swiss Life mit einem Marktanteil von über 27%, aber auch die Zürich Gruppe und die Basler Versicherungen mit rund 13 bzw. 8% Marktanteil. Deshalb kann von einer marktbeherrschenden Stellung auch nach dem Zusammenschluss keine Rede sein.

33. Hinzu kommt ein weiteres: Im Zuge der Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Markt war eine Zunahme der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Versicherungen festzustellen. Mittelfristig ist mit einer (teilweisen) Öffnung des Schweizer Marktes für Versicherungsleistungen (auch für Lebensversicherungen) zu rechnen, womit der Anteil der Schweizer Gesellschaften aufgrund der ver-

stärkten ausländischen Konkurrenz tendenziell ebenfalls geringer werden wird.

34. Die vorläufige Prüfung ergibt deshalb keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss im Markt für Einzel-Lebensversicherungen eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

### **Anlagestiftungen und andere Lösungen der beruflichen Vorsorge für KMUs**

35. Der Marktanteil der Parteien in diesem Markt betrug 1994 aufgrund von Schätzungen, welche auf Personalvorsorgestatistiken beruhen, gemessen an den Prämieinnahmen rund 15%. Diese Zahlen dürften aufgrund von Schätzungen für 1996 nur unwesentlich abweichen. Nimmt man das verwaltete Vermögen aller Einrichtungen der beruflichen Vorsorge minus dasjenige der geschlossenen Stiftungen und Kassen als Massstab, beträgt der Marktanteil der Parteien gemäss ihren Angaben 25%. Neben den von Banken und Versicherungen angebotenen Anlagestiftungen bestehen für eine Vielzahl von Berufszweigen noch branchenspezifische Angebote.

36. Von befragten Kunden wurden hier Befürchtungen formuliert, dass der Zusammenschluss zur Reduzierung der Auswahl von spezifischen Vorsorgelösungen für KMUs und zur vermehrten Notwendigkeit, Standardprodukte zu akzeptieren, führen werde. Trotz dieser Einwände lassen aber die Vielfalt von Anbietern (mit einer Mehrzahl grösserer Wettbewerber, wie etwa den übrigen Grossbanken) und die Marktanteile der Parteien (25% gemessen an den - den höchsten Marktanteil ergebenden - verwalteten Vermögen) die Schlussfolgerung nicht zu, dass die Angebotspalette im Markt durch den vorliegenden Zusammenschluss signifikant reduziert würde. Die vorläufige Prüfung ergibt deshalb keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Markt für Lösungen der beruflichen Vorsorge für KMUs.

### **3.3 Ergebnis**

37. Der Zusammenschluss führt nur in wenigen Märkten zu Marktanteilsadditionen.

38. Dort wo der Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen führt, sind diese vernachlässigbar klein (Markt für Retailkredite) oder finden in Märkten statt, auf welchen Wettbewerb herrscht (Lösungen der beruflichen Vorsorge) und mindestens noch mehrere grössere Konkurrenten sich um die Wette bewerben (Lebensversicherungen).

39. Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind somit nicht gegeben.

## B 2.2 **4. Adtranz CH / Schindler Waggon AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. November 1997*

### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 8. September 1997 hat die Wettbewerbskommission die (unvollständige) Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Vollständigkeit konnte das Sekretariat nach dem Eingang fehlender Angaben für den 6. Oktober 1997 bestätigen. Nach dieser Meldung ist folgendes beabsichtigt: Das Unternehmen ABB Daimler-Benz Transportation (Schweiz) AG (ADtranz CH), Zürich, kauft sämtliche Aktien der Schindler Waggon AG (SWG), Pratteln.

2. ADtranz CH bietet elektrische Ausrüstungen für den Personen- und Güterbahntransport an; das Unternehmen ist eine 100%-Tochter der ABB Daimler-Benz Transportation GmbH, Berlin (ADtranz Berlin), die ihrerseits ein Gemeinschaftsunternehmen zu je 50% der ABB Asea Brown Boveri AG und der Daimler-Benz AG ist. ADtranz Berlin führt ein Gesamtangebot an Rollmaterial und stationärer Bahntechnik.

3. SWG ist auf den Bau von Bahnwagenkasten spezialisiert. Sie ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Schindler Holding AG, Hergiswil, die neben den SWG-Produkten auch Aufzüge/Fahrtreppen und PC Hard- und Software anbietet.

4. Vom Zusammenschluss nicht erfasst werden das Werk Altenrhein, die Komponentenfertigung, die Wickeltechnik, Kleinserien und der Kranservice; diese bisherigen SWG-Tätigkeiten bleiben bei der Schindler-Holding AG.

### **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

#### **2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

5. Mit diesem Aktienkauf erwirbt ADtranz CH die Kontrolle über die SWG; es handelt sich deshalb um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG.

#### **2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

6. ADtranz Berlin wies 1996 weltweit Umsätze von über 5 Mrd. CHF auf. Die Grenze von 2 Mrd. CHF des Art. 9 Abs. 1 lit. a KG ist damit deutlich überschritten. ADtranz CH mit 132 Mio. CHF und SWG mit 240 Mio. CHF Umsatz in der Schweiz (je 1996) erfüllen auch die Meldekriterien von Art. 9 Abs. 1 lit. b KG. Der Zusammenschluss ist deshalb meldepflichtig.

### **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

#### **3.1 Die relevanten Märkte**

##### **3.1.1 Sachlich relevante Märkte**

7. Marktgegenseite der beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU sind im vorliegenden Fall die Bahnunternehmen. Es handelt sich um die SBB, die Privatbahnen, die üblicherweise mit dem Begriff KTU (konzessionierte Transportunternehmen) zusammengefasst werden, und die städtischen oder regionalen Verkehrsbetriebe. Sie fragen einerseits stationäres Bahnmaterial und andererseits Rollmaterial nach. Der Zusammenschluss betrifft nur Rollmaterial für den Personentransport.

8. Bisher fragten die Bahnen Lokomotiven, Personenwagen, Triebwagen und Post-/Gepäckwagen getrennt nach; in diesen Segmenten waren denn auch unterschiedliche Anbieter tätig. Seit einigen Jahren geht ein sich ständig verstärkender Trend nach Gesamtsystemen, d.h. die Bahnen kaufen komplette Züge ein (Pendolino, TGV, ICE, S-Bahnzüge Zürich usw.) Insofern ist der Markt für Rollmaterial für den Personentransport in einer Übergangsphase vom Produkt- zum Systemmarkt. Alle angefragten Bahn- und Verkehrsbetriebsunternehmen (SBB, BLS, MThB, Verkehrsbetriebe Zürich VBZ) bestätigten diesen Sachverhalt.

9. Für die drei Bereiche Elektrik (liefert 55-60% der Wertschöpfung der Schienenfahrzeugproduktion), Wagenkasten und Drehgestell besteht keine gesonderte Nachfrage der Bahnen mehr, ausser etwa beim (vom Zusammenschluss nicht erfassten) Bereich Änderungen/Vergrößerungen an bestehendem Rollmaterial. Dies bestätigen die SBB wie die KTU und dies hat auch die EU für ihren Bereich festgestellt (Abl 1997 L 11/1-29 vom 14.01.1997, S. 4). Einer der Gründe, weshalb SWG seit Jahren keinen grösseren Auslandauftrag mehr erhielt, liegt gerade in der Eigenschaft als «Nur-Wagenkastenbauer». Allenfalls besteht eine Nachfrage innerhalb von Konsortien (Nachfrage nach Komponenten), die dann die Endprodukte «Bahnwagen» bzw. «Zugsystem» den Bahnen anbieten. Weil die Marktgegenseite Wagenkasten praktisch gar nicht mehr nachfragt, spielt die behauptete Substituierbarkeit verschiedener Wagenkasten-kategorien auch keine Rolle mehr.

10. Von der inländischen Nachfrage her kann sowohl der Personenwagen- wie der Zugsystemmarkt in Fernverkehr (SBB und BLS als - bisher, noch kein free access - einzige Nachfrager, Normalspur), Regionalverkehr (SBB und konzessionierte Transportunternehmungen KTU als Besteller, Normal- oder Schmalspur) sowie Nahverkehr (Trams; kommunale/regionale Verkehrsunternehmen als Nachfrager) unterschieden werden. Die jeweiligen technischen Anforderungen verlan-

gen je gesonderte Entwicklungsaufwendungen (so auch die EU, S. 4; die Produktumstellungsflexibilität führt nicht zu grösseren Märkten).

11. Die Kartellkommission unterschied in ihrer Untersuchung des Zusammenschlusses Schindler / FFA innerhalb des relevanten Marktes «Herstellung von Bahnreisewagen» die drei Teilmärkte Normalspur, Schmalspur und Stadtbahnen (VKKP 2/1992, 90). Die EU, die beim Zusammenschluss ABB/Daimler-Benz Transportation insbesondere auf die deutschen Verhältnisse abstellte und deshalb auch immer den Antrieb miteinbezog (Diesel oder Elektrizität), kam ebenfalls zum Schluss, es gebe Märkte für Fernverkehrsfahrzeuge, für Regionalverkehrsfahrzeuge und für Nahverkehrsfahrzeuge (insbesondere Strassenbahnen und U-Bahnen).

12. Als sachlich relevante Märkte erweisen sich demnach der Reisewagen- und der Zugsystemmarkt, je unterteilt in Fern-, Regional- und Stadtbahnen. Ob beim Regionalverkehr ein eigener Markt Schmalspur ausgeschieden werden muss, kann offen bleiben, da dies am Resultat nichts ändern würde.

### **3.1.2 Räumlich relevante Märkte**

13. Bahnmaterial wird immer noch weitgehend national eingekauft. Die EU hat für den Gemeinsamen Markt anfangs 1997 festgestellt, dass nationale oder regionale Spezifikationen, die bereits bestehende Infrastruktur, nationale Sicherheitsanforderungen und Spezifikationen früherer Aufträge als Zutrittsschranken wirken. Die daraus folgenden Anforderungen sind für ausländische Anbieter zwar lösbar, aber nur mit zusätzlichem Zeit- und Kosteneinsatz (EU S. 6).

14. Die Kartellkommission hat 1992 für die Schweiz den markanten Satz geprägt: «Le marché ferroviaire fonctionne selon des principes fort éloignés de ceux de la concurrence» (VKKP 2/1992, 100). Inzwischen beschaffen die schweizerischen Bahnen ihr Rollmaterial mittels internationalen Ausschreibungen oder bei kleineren Volumina zumindest unter Prüfung der bestehenden ausländischen Produkte. Bei diesen kleineren Volumina kommt eine eigens für die Schweiz gefertigte ausländische Kleinserie wirtschaftlich kaum in Frage (Angaben der MThB). Gewisse Wettbewerbsvorteile etwa beim Service-après-vente haben national ansässige Anbieter nach wie vor.

15. Angesichts dieser Umstände kann nicht, wie von den beteiligten Unternehmen geltend gemacht, der national segmentierte europäische Markt als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden. Vielmehr ist vom für ausländische Anbieter zunehmend offeneren schweizerischen Markt auszugehen. Im übrigen würde eine weitergefasste Marktdefinition am Ergebnis nichts ändern.

### 3.2 Marktstellung

16. Bestellungen von Bahnmaterial erfolgen zyklisch, also unregelmässig und zudem in grösseren Tranchen (vgl. VKKP 2/1992 S. 64 - 66). Marktanteile haben unter diesen Umständen eine andere Aussagekraft als auf kontinuierlichen Märkten. Namentlich hat ein Konkurrent für mehrere Jahre einen 100%-Anteil, wenn während der Ablieferungszeit keine neuen Vergaben erfolgen. Wichtig aus wettbewerblicher Sicht ist in diesen Fällen nicht der zeitweilige Marktanteil, sondern dass bei der Vergabe tatsächlich eine Wettbewerbssituation besteht und die Vergabe nach Wettbewerbskriterien erfolgt.

17. Die Marktanteile müssen zudem in Relation zur doppelten Umbruchsituation gestellt werden, in der der schweizerische Bahnmaterialmarkt sich befindet: einerseits haben SBB wie KTU seit 1992 auch unter dem Einfluss des nationalen wie internationalen Submissionsrechtes verstärkt die internationale Konkurrenz spielen lassen; zum andern verändert sich die Nachfrage in Richtung Zugsysteme statt Bahnwagen. In Zukunft kann im übrigen eine ganz neue Situation entstehen, wenn der Marktzutritt für Bahnen («free access») liberalisiert werden sollte.

18. Schliesslich darf der Marktanteil von SWG und ADtranz CH nicht isoliert, sondern muss im Rahmen des ständigen Syndikats gesehen werden, das die beiden beteiligten Unternehmen seit Jahren mit SIG bzw. nun Fiat-SIG (Drehgestelllieferant) bilden. Für SWG stand ein Syndikatswechsel nach eigenen Angaben nie zur Diskussion und andere Anbieter waren an SWG als Syndikatspartner nicht interessiert. Insofern traten die Zusammenschlussbeteiligten schon bisher als ein Wettbewerber auf dem schweizerischen Markt auf. Dieses bisherige Verhalten wurde allerdings nie auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft; es weckt aber jedenfalls bezüglich der gemeinsamen Forschung und Entwicklung kaum Bedenken.

#### 3.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

19. Das Marktvolumen schwankt wegen des zyklischen Bestellrythmus sehr stark und sagt deshalb wenig aus. Die beteiligten Unternehmen gehen davon aus, dass das Volumen in den nächsten fünf Jahren um 30 - 40% schrumpft, weil sich die Investitionen der Bahnen auf Infrastruktur und Bauten (Bahn 2000, NEAT, Lärmschutz) konzentrieren und die Bahnen unter enormem Spardruck stehen. Privatbahnen erhalten nach den Richtlinien des Bundesamtes für Verkehr nur noch grünes Licht für Rollmaterialbeschaffungen, wenn diese Investitionen das Betriebsergebnis nachweislich verbessern.

20. In der Rollmaterialindustrie hat sich weltweit der Konzentrationsprozess verstärkt. Die Industrie stellt sich auf die Internationalisierung des Wettbewerbs und die Lieferung von Zugsystemen ein. Sogenannte «Full-line»-Anbieter sind:

- ADtranz (D)
- Siemens (D)
- GEC-Alsthom (F) (nicht ganz für alle Produktemärkte full line-Anbieter), Tochtergesellschaft Linke-Hofmann-Busch LHB (D)
- dazu GE (General Electric, USA) und japanische Firmen; weder GE noch Hitachi usw. sind aber bisher auf dem schweizerischen Markt aufgetreten.

21. Bombardier (Canada/Belgien) mit der Tochtergesellschaft Talbot ist als Wagenkastenhersteller genauso wie DWA (in der Hand amerikanischer Investoren, Tochtergesellschaft Vevey Technologies seit 1996) für das Angebot von Endprodukten auf Kooperationen angewiesen. Vevey hat seit 1993 nicht mehr mit ADtranz (bzw. vor 1996 mit ABB oder Daimler-Benz) zusammengearbeitet.

22. Stadler Fahrzeuge AG, Bussnang, baut Low-cost-Rollmaterial, namentlich Gelenktriebwagen (GTW) im Schmalspurbereich. SWG trat den Bereich Kleinserien (nicht zuletzt KTU-Bestellungen), Unterhalt und Revisionen 1997 an Stadler ab (Stadler Altenrhein AG); diese Bereiche werden also vom Zusammenschluss nicht erfasst. Die Schindler Holding ist an Stadler Altenrhein AG beteiligt.

23. Als Wettbewerber traten in den letzten Jahren in der Schweiz auf:

- bei der Bestellung «IC 2000 Reisewagen» (1993, 58 Wagen; 1997 Nachbestellung von 144 IC 2000 Reisewagen; dazu 1994 60 IC-Bt Steuerwagen ), also auf dem Markt Fernverkehr: SWG/ADtranz/Fiat-SIG (Zuschlag), DWA, ABB Henschel, Talbot, GEC-Alsthom/LHB, Fiat Ferroviaria, Breda (I), Firema und SGP Verkehrstechnik.
- SWG/ADtranz/Fiat-SIG erhielt den Zuschlag für ICN (Neigezug, Zugsystem) in Konkurrenz zu GEC-Alsthom/Talbot, Siemens-Albis/SLM, De Dietrich, Breda, Firema Consortium, AEG Schienenfahrzeuge GmbH, SGP Verkehrstechnik, DWA Görlitz, DWA Berlin, Vevey Technologies und Fiat Ferroviaria. Der Pendolino-Auftrag der Cisalpino ging 1995 an Fiat (Zugsysteme).
- für den Regionalverkehr gingen zwei Aufträge (1993, KTU, 22 Wagen; S-Bahn Zürich, 60 Wagen) an SWG/ADtranz/Fiat-SIG, drei an ACMV Vevey (1997 BLS Nina-Züge, 24 Wagen, Vevey mit Talbot; 1993 Chemins de fer Martigny-Châtelard MC, 10 Wagen, Vevey mit ADtranz; 1994 Chemin de fer fribourgeois GFM, 2 Wagen, Vevey allein). Zudem holte sich die Stadler Fahrzeuge AG drei Aufträge (1993 Biel-Täuffelen-Ins-Bahn BTI, Gelenktriebwagen GTW/Chemins de fer Electriques veveysans CEV GTW, 22 Wagen; 1996 Mittelthurgaubahn MThB GTW, 20 Wagen; 1996 Rorschach-Heiden-Bergbahn RHB, 2 Wagen; im-

mer zusammen mit ADtranz). Das SWG-Konsortium hält hier einen Marktanteil von etwa 50%; gut ein Viertel hält Stadler, nicht ganz ein Viertel Talbot Vevey (je nach Wagenanzahl). Alle aufgeführten Bestellungen betreffen Zugsysteme; im Regionalverkehr wurden seit 1992 keine Einzelwagen mehr bestellt.

- bei den Trams ist insbesondere ACMV Vevey Konkurrent. Auch hier werden nur noch Zugsysteme bestellt. Vergeben wurde 1993 - 97 (1996) einzig eine Bestellung der Stadt Zürich für 6 Trams «Cobra» (SWG/ADtranz/Fiat-SIG). Konkurrenten waren hier neben Vevey auch CAF/Holec, AEG, SGP Verkehrstechnik/Siemens, Bombardier/Elin, DUEWAG/Siemens und LHB/GEC-Alsthom/SLM. Der «Cobra»-Tramkasten wird in Wickeltechnik hergestellt; diese Technik wird vom Zusammenschluss nicht erfasst, sondern bleibt bei Schindler Holding.
- gesamthaft erhielt SWG/ADtranz/Fiat-SIG 1993-97 auf dem Fernverkehrmarkt den Zuschlag für alle 262 vergebenen Reisewagen, SWG/ADtranz 82 von 162 Regionalverkehrswagen (ADtranz an total 136 Wagen beteiligt) und SWG/ADtranz alle 6 vergebenen Trams. Der Marktanteil für alle Wagenkategorien zusammen liegt in den Jahren 1993-97 für SWG/ADtranz/Fiat-SIG bei etwa drei Vierteln (Wagenanzahl) bzw. fast 80% (Bestellvolumen).

24. Diese Angaben zeigen, dass alternative Angebote vorhanden und lieferfähig sind; dies hat die Kartellkommission schon 1992 festgestellt (VKKP 2/1992, 94). Inzwischen haben die Bahnen auf eine Beschaffung im internationalen Wettbewerb umgestellt. Sie lassen von ausländischen Anbietern nicht nur zur Kontrolle einheimischer Offerten offerieren, sondern sie vergeben Bestellungen auch ins Ausland. Im übrigen ist meist mindestens ein Partner in den Syndikaten ein ausländisches Unternehmen oder zumindest Tochtergesellschaft eines solchen.

### **3.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb**

25. Staatliche Marktzutrittsschranken bestehen nicht. Wieweit ausländische Hersteller allein, d.h. ohne Syndikat unter Führung eines schweizerischen Unternehmens, in der Schweiz anbieten, hängt in erster Linie vom Verhalten der Nachfrager ab (oben 3.2.1), das bei Betrieben der öffentlichen Hand zunehmend durch die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen bestimmt wird. Diese Vorschriften gewährleisten der Auslandskonkurrenz den Zugang zu schweizerischen Nachfragern. Trotz Konzentrationsprozess ist die Zahl der Anbieter gross, wenn auch nicht alle full line-Anbieter sind. So konnte sich Vevey 1994 und 1997 Aufträge holen, auch wenn ADtranz (bzw. vor 1996 ABB) nicht mehr wie noch 1993 als Syndikatspartner in

Frage kam; Vevey arbeitet beim neusten Auftrag mit der Bombardier-Gruppe zusammen. Zudem ist der Marktzutritt für aussereuropäische Unternehmen möglich.

26. Bei Schmalspurrollmaterial und bei Produkten, die eigene schweizerische Spezifikationen aufweisen, kann die Bestellung für ausländische Hersteller zu klein sein, als dass sich eine spezielle Produktion für die Schweiz lohnen würde. Hier bestehen aber schweizerische Konkurrenten (allenfalls mit ausländischen Syndikatspartnern), für die im übrigen ebenfalls die Nachteile kleiner Serien gelten.

27. Das Innovationstempo hat sich stark erhöht (VKKP 2/1992 59), mit den Hochgeschwindigkeitszügen und der Neigetechnik gar einen Sprung gemacht. Ähnliches kann für die Wickeltechnik beim Tramkastenbau gelten. Zudem steigt der Kostendruck bei den Bahnen und dürfte mit der Einführung privatwirtschaftlicher Elemente und bei Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb noch zunehmen.

### **3.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite**

28. Das Rollmaterial wird direkt an die Benutzer vertrieben (kein Handel). Für den Fernverkehr sind SBB und BLS (noch) einzige Abnehmer mit entsprechender Verhandlungsmacht, im Regionalverkehr gibt es daneben eine ganze Reihe von Nachfragern. Auch bei den Stadtbahnen kommen einige kommunale Verkehrsbetriebe als Abnehmer in Frage.

29. Grössere Bestellungen werden heute international ausgeschrieben, wozu die SBB verpflichtet sind. Aber auch die Privatbahnen gehen jedenfalls bei Neuanschaffungen gleich vor.

30. Zumindest die SBB pflegen über die Offerten zu verhandeln. SWG musste denn auch mehrfach Preisnachlässe zugestehen, die ins Gewicht fallen. SWG macht gar geltend, die laufenden Aufträge seien Verlustaufträge. Die Preise seien innert drei Jahren um 30 - 40% gefallen. Beim ICN schrieben die SBB ein zweites Mal aus und das SWG-Konsortium erhielt den Zuschlag erst nach Präsentation einer Innovation, die je Zug die Kosten eines Wagens einspart.

31. Dem Nachfrager ist es teilweise schwer möglich, seinen Lieferanten zu wechseln, insbesondere bei Nachbestellungen oder Modernisierungen. Die Homogenität des Rollmaterials bringt den Bahnen Vorteile, schwächt aber gleichzeitig ihre Verhandlungsposition. Sie lassen sich immerhin in den Beschaffungsverträgen das Recht einräumen, «Ersatzteile, Modernisierungen oder weitere Serien im Wettbewerb beschaffen zu können» (so die Angaben der SBB); wo beispielsweise Rechte des geistigen Eigentums dem entgegenstehen, nehmen die Besteller Einsicht in die Preiskalkulation. Die MThB beschafft wie andere Bahnen Reservematerial gleich mit und verringert dadurch die Abhängigkeit bei Reparatur und Unterhalt (eigene Werkstätten). Zudem hat die Beschleunigung des Innovationstempos den Vorteil des

homogenen Wagenparks stark relativiert. Andererseits haben die Hersteller ihre Produkte an den von den Bahnen vorgegebenen Pflichtenheften auszurichten, was ihre Möglichkeiten wiederum einschränkt. Mit der Herstellung von Zugsystemen werden die Anbieter wieder freier, da sie damit selbst die Koordination aller Komponenten übernehmen. Dies ist einer der Gründe für den hier zu prüfenden Zusammenschluss.

32. Gesamthaft kann festgehalten werden, dass auf den relevanten Märkten eine Vielzahl leistungsfähiger Anbieter existiert, denen Nachfrager von weitgehend grossem Gewicht gegenüberstehen.

#### **3.2.4 Bedeutung von Forschung und Entwicklung**

33. Forschung und Entwicklung waren in der Vergangenheit oft Sache der Bahnen; zumindest trugen diese die Kosten der Prototypentwicklung oder finanzierten vor. Dies ist - jedenfalls für die schweizerischen Bahnen - nicht mehr der Fall.

34. Mit der steigenden Bedeutung der Zugsysteme steigen auch die Aufwendungen für Forschung und Entwicklung. Teilweise können Produkte nur noch dank Lizenzen ausländischer Hersteller entwickelt werden. Ein Wagenkastenbauer wie SWG könnte diese Aufwendungen nicht aufbringen. Dank des Zusammenschlusses rechnen ADtranz CH und SWG mit der Möglichkeit, sich gemeinsam innerhalb des ADtranz-Konzerns zum Technologiezentrum für Rollmaterial entwickeln zu können. Im übrigen stellt sich die Rollmaterialindustrie weltweit auf diese gestiegenen Anforderungen ein (vgl. RZ 20).

### **3.3 Ergebnis**

35. Zusammenfassend kann festgehalten werden:

- Die beteiligten Unternehmen bauten seit Jahren in einem Syndikat - zusammen mit einem dritten Partner - ihre Teilprodukte zu einem Produkt zusammen (Bahnwagen bzw. Zugsysteme) und boten dann dieses Produkt an. Sie traten mit andern Worten schon bisher als ein Wettbewerber auf.
- Auch nach dem Zusammenschluss bleiben mehrere starke Anbieter auf dem Markt. Es liegt einzig an den Nachfragern, den Wettbewerb spielen zu lassen. Dies tun sie zunehmend, nicht zuletzt gestützt auf die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen.

36. 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 2.2 5. Siemens / Elektrowatt

*Prüfungsverfahren; Art. 33 KG.*

*Procédure d'examen; art. 33 LCart.*

*Procedura di esame; art. 33 LCart.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 1997*

### 1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 7. August 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt Siemens AG, München und Berlin (im folgenden: Siemens), die Kontrolle über den industrietechnologischen Bereich von Elektrowatt AG, Zürich (im folgenden: Elektrowatt; vgl. nachfolgend RZ 7), zu erlangen.

2. Siemens ist ein im industrietechnologischen Bereich tätiges, multinationales Unternehmen. Die Geschäftstätigkeiten von Siemens umfassen im besonderen Energieerzeugung, -übertragung und -verteilung, Anlagentechnik, Antriebs-, Schalt- und Installationstechnik, Automatisierungstechnik, Kommunikationssysteme, Sicherungstechnik, Verkehrstechnik, Automobiltechnik, Medizintechnik, Halbleiter, passive Bauelemente und Röhren, elektromechanische Komponenten, Informationstechnik und Lichttechnik.

3. Elektrowatt AG (im folgenden: Elektrowatt AG) ist ein Unternehmen, das im industrietechnologischen Bereich (Gebäude- und Ingenieur-Dienstleistungen; Anlagen, Systeme und Dienstleistungen für Sicherheit, Gebäudeautomation und Energieeffizienz; Payphones und Chipkartentechnologie) sowie im Energiebereich (Stromerzeugung und -versorgung sowie internationaler Stromaustausch und -handel) tätig ist. Vorgängig zu dem hier zu beurteilenden Zusammenschluss sollen der Energie- und der Industriebereich voneinander getrennt werden. Der Energiebereich wird in die dann abgespaltete Tochtergesellschaft Watt AG eingebracht, während sämtliche industrietechnologischen Bereiche in Elektrowatt verbleiben (vgl. nachfolgend RZ 7).

4. Elektrowatt hat folgende Tochtergesellschaften:

Landis & Staefa	Anlagen, Systeme und Dienstleistungen für Klima, Automation und Energieeffizienz in kommerziellen und industriellen Gebäuden
Cerberus	Anlagen, Systeme und Dienstleistungen im Brand- und Intrusionsschutz
Göhner Merkur	Generalunternehmer- und Bewirtschaftungsdienstleistungen im Immobiliensektor
Kummler + Matter	Elektro- und Energieverteilungsinstallationen, Fahrleitungsbau

Vibro-Meter	Vibrationsüberwachungssysteme
Landis & Gyr Utilities	Dienstleistungen, Systeme und Geräte für Energie- und Kosteneffizienz von Energieversorgungsunternehmen und Energiehändlern
Landis & Gyr Communications	Payphone-Technologie (Münz- und Kartentelefone), Herstellung von Chipkarten und visuellen Sicherheitsmerkmalen
Electrowatt Engineering (mittlerweile verkauft)	Ingenieur-Dienstleistungen und Gesamtlösungen in den Bereichen Energie, Transport, Generalplanung und Umwelt

## 2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

### 2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)

5. Das Kartellgesetz (KG) ist auf diejenigen Marktteilnehmer anwendbar, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen (Art. 2 KG; vgl. BBl 1995 I 468 ff., 533). Im vorliegenden Fall sind die beteiligten Unternehmen als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

### 2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG

6. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es grundsätzlich keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der in Art. 3 Abs. 1 KG statuierte Vorbehalt wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### 2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

7. Im Zeitpunkt der Meldung hielt die Credit Suisse-Group (CSG) 44,9% der Aktien und Stimmrechte an Elektrowatt AG. Nach Abschluss des öffentlichen Übernahmeangebotes an die Publikumsaktionäre (am 4. Dezember 1997) überträgt CSG 38,545% der dann in ihrem Besitz befindlichen Elektrowatt AG-Aktien an ein deutschschweizerisches Energie-Konsortium (Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Bayernwerk AG, Energie-Versorgung Schwaben AG; im folgenden: Energie-Konsortium) und 41,455% an Siemens. Nach einer Kapitalerhöhung bei Watt AG und der Herabsetzung des Nennwertes der Elektrowatt AG-Aktie mit gleichzeitiger Auszahlung des Herabsetzungsbetrages in Form von Watt-Namenaktien tauschen CSG, das Energie-Konsortium und Siemens ihre Elektrowatt AG- und Watt-Aktien so, dass CSG 20% und das Energie-Konsortium 80% der Watt-Aktien und Siemens 100% der Elektrowatt AG-Aktien erhalten.

8. In der Regel genügt bereits ein Anteil von 20 bis 30% der Stimmrechte für die Erlangung der Kontrolle, wenn das Aktionariat breit gestreut ist (Botschaft, S. 550). Selbst wenn also das öffentliche Übernahmeangebot scheitern sollte, erlangt Siemens die Kontrolle über Elektrowatt. Diese Transaktion stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

#### **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

9. Siemens als kontrollierendes und Elektrowatt als kontrolliertes Unternehmen sind beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU).

10. Sie überschreiten die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG: Siemens und Elektrowatt erzielten im letzten Geschäftsjahr (1996) weltweite Konzernumsätze von CHF 78,365 Mrd. bzw. CHF 4,577 Mrd.. In der Schweiz erzielten die beteiligten Unternehmen im selben Geschäftsjahr Umsätze von jeweils mehr als CHF 100 Mio. (Elektrowatt CHF 1,878 Mrd., Siemens CHF 1,153 Mrd.).

### **3 Das Verfahren**

11. Am 7. August 1997 ging die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 12. August 1997 erklärte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung für vollständig.

12. Als Arbeitshypothese für die vorläufige Prüfung definierte das Sekretariat insgesamt 15 betroffene Märkte und versandte Fragebögen an jeweilige Konkurrenten und an Vertreter der Marktgegenseite.

13. Insbesondere auf den Märkten für Verkehrsregelungsanlagen sowie für Elektrizitätszähler ergaben sich Anhaltspunkte für die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Wettbewerbskommission hat deshalb am 1. September 1997 beschlossen, das Zusammenschlussvorhaben einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

14. Der Beschluss wurde Siemens und Elektrowatt gleichentags mitgeteilt. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 9. September 1997 und im Bundesblatt vom 16. September 1997 veröffentlicht. Während 15 Tagen hatten interessierte Unternehmen und Personen die Möglichkeit, zum Zusammenschlussvorhaben Stellung zu nehmen, wovon indessen nicht Gebrauch gemacht wurde.

15. Im Rahmen der Prüfung wurde das Hauptaugenmerk auf die Märkte im Bereich des Verkehrsregelungsanlagenbaus und auf den Elektrizitätszählermarkt gerichtet. Den Rechtsvertretern von Siemens wurde Gelegenheit gegeben, Stellung zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Wettbewerbskommission zu nehmen. Gleichzeitig ver-

sandte das Sekretariat Fragebögen an die betreffenden Konkurrenten und Vertreter der Marktgegenseite.

16. Am 7. November 1997 fand ein Gespräch mit den Rechtsvertretern von Siemens sowie mit Vertretern von Siemens und Elektrowatt statt. Gegenstand des Gesprächs waren insbesondere die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Märkten für Verkehrsregelungsanlagen und für Elektrizitätszähler.

17. Der Antragsentwurf wurde den Rechtsvertretern von Siemens am 18. November 1997 zur Stellungnahme zugestellt.

18. Am 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission entschieden, den Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

#### **4 Beurteilung nach Prüfung (Art. 10 KG)**

##### **4.1 Vorbemerkungen**

##### **4.1.1 Allgemeines**

19. Vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind mehrere Märkte betroffen. Geprüft wurde auf jedem betroffenen Markt, ob der Zusammenschluss die Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG) zur Folge hat und - im Falle der Bejahung der ersten Frage - ob dadurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG).

20. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden nur diejenigen vom Zusammenschluss betroffenen sachlichen und räumlichen Märkte geprüft, 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. Werden diese Schwellen nicht erreicht, wird ohne weitere Prüfung die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses vermutet.

21. Folgende Märkte sind somit vom Zusammenschluss betroffen:

Märkte	Marktanteil Siemens (%)	Marktanteil Elektrowatt (%)	Marktanteil gemeinsam (%)
Gebäudeleittechnik			
a) Anlagengeschäft	0-10	40-50	40-60
b) Instandhaltung	0-10	20-30	20-40
Elektrizitätszähler	0-10	75-85	75-95
Netzleittechnik	0-10	20-30	20-40

Verkehrsregelungsanlagen für den Strassenverkehr			
a) Produkte und Komponenten	80-90	-	80-90
b) Anlagenbau	30-40	20-30	50-70
c) Instandhaltung und Wartung	20-30	20-30	40-60
Überspannungs- und Störungsschutz	10-20	10-20	20-40
Payphones	-	85-95	85-95
Energiemanagementsysteme	-	50-60	50-60
Rundsteuersender und -empfänger	0-10	40-50	40-60
Gebäudesicherheitstechnik	-	50-60	50-60
Betrieb von Alarmzentralen	-	50-60	50-60
Heizungssteuerungen für Wohngebäude	-	35-45	35-45
Fahrleitungsbau	-	40-50	40-50

22. Nicht betroffene Märkte sind dagegen

- die Vibrationsüberwachung für Flugzeugtriebwerke (Vibro-Meter);
- optische Sicherheitsmerkmale für Banknoten, Urkunden, etc. (Landis & Gyr Communications);
- das gewerbliche Immobilienmanagement (Göhner Merkur) und
- Engineering in den Bereichen Energie, Transport, Generalplanung und Umwelt (Electrowatt Engineering).

23. Für die Prüfung der einzelnen Märkte wird folgender Aufbau gewählt:

- Marktabgrenzung;
- Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber;
- Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb;
- Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite;
- Bedeutung von Forschung und Entwicklung und
- Ergebnis.

24. Der Prüfung der einzelnen Märkte sind einige methodische Bemerkungen betreffend die Marktabgrenzung und den potentiellen Wettbewerb vorzuschicken.

## **4.1.2 Zu den relevanten Märkten**

### **4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt**

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

26. Die Übernahme wird hauptsächlich auf die Elektroindustrie- und Telekommunikationsbranche bzw. auf deren spezifischen Märkten Auswirkungen haben. Diese werden nachfolgend jeweils einzeln abgegrenzt und beurteilt.

### **4.1.2.2 Räumlich relevanter Markt**

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

28. Allgemein ist festzustellen, dass es sich im Zuge des Handelschrankenabbaus und der Bestrebungen nach gegenseitig anerkannten Normen bei den Märkten der Elektroindustriebranche um globale Märkte mit stark zunehmendem internationalem Wettbewerbsdruck handelt. Dieser Druck dürfte sich mit der Liberalisierung der europäischen Strommärkte und damit zusammenhängendem verändertem Nachfrageverhalten auf den vor- und nachgelagerten Märkten weiter verschärfen.

29. Für die Definition des räumlich relevanten Marktes darf gemäss VKU indessen nicht einfach darauf abgestellt werden, wo welche vergleichbaren Produkte und Dienstleistungen nachgefragt und angeboten werden könnten, sondern viel mehr, wo sie effektiv nachgefragt und angeboten werden. Zu berücksichtigen sind deshalb insbesondere die Vertriebsorganisation sowie die Nachfragetradition. In zahlreichen Fällen sind Kundennähe und damit eine nationale oder gar lokale Vertriebsorganisation unerlässlich, auch wenn das angebotene Produkt in vielen Ländern weitgehend identisch ist. Häufig tritt zudem die öffentliche Hand auf regulierten Märkten als Nachfragerin auf. Auch wenn Aufträge vermehrt im Rahmen von kompetitiven Submissionsverfahren vergeben werden, werden oft nach wie vor nationale Anbieter bevorzugt. Aus diesen Gründen ist es für die meisten vom vorliegenden Zusammenschluss betroffenen Märkte nicht opportun, Europa als räumlich relevanten Markt zu definieren. Vielmehr drängt sich eine engere, nationale Abgrenzung auf.

### **4.1.2.3 Potentieller Wettbewerb und Marktzutritte**

30. Ist ein Markt durch hohe Zutrittsschranken geprägt, die den Eintritt neuer Wettbewerber erschweren oder gar verunmöglichen, dann ist der Handlungsspielraum eines auf dem betreffenden Markt einge-

sessenen Unternehmens erweitert. Sind die Zutrittsschranken niedrig, kann bereits die Möglichkeit von Marktzutritten eine disziplinierende Wirkung auf die eingesessenen Unternehmen haben.

31. Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs im Rahmen einer dynamischen Betrachtungsweise sind in casu Liberalisierungs- und Globalisierungstendenzen von grosser Bedeutung. Internationale Harmonisierungs- und Normierungsbestrebungen führen dabei zu einem Abbau institutioneller Marktzutrittsschranken. So dürfte die Deregulierung auf den Telekommunikations- und den Energiemärkten zu einer Verschärfung des Wettbewerbs auf den benachbarten Märkten führen. «Leere Kassen» der öffentlichen Nachfrager unterstützen diese Tendenz insofern, als dadurch ihr Wettbewerbsbewusstsein gesteigert wird, was eine Abnahme von protektionistischen Auftragsvergaben zur Folge hat.

32. Hohe Marktanteile bedeuten nicht per se eine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG müssen diese in der Lage sein, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten zu können. Dies ist nicht der Fall, wenn sie aktuellem oder potentielltem Wettbewerb ausgesetzt sind.

33. Selbst sehr hohe Marktanteile deuten nicht a priori auf die Inexistenz von wirksamem (potentielltem) Wettbewerb hin. Die Möglichkeit, eine zeitweilige Monopolstellung oder Marktführerschaft zu erreichen, bietet Anreize für Produkt- und Verfahrensinnovationen. Eine Monopolstellung kann erreicht werden, indem der betreffende Anbieter den Markt effizient versorgt und potentiellen Neueintretern kein Gewinnpotential verbleibt. Der Monopolist muss sich weiterhin anstrengen, um die erlangte Position beibehalten zu können (Disziplinierungswirkung des potentiellen Wettbewerbs). Problematisch ist es, wenn ein Monopolist oder eine marktführende Unternehmung potentielle Neueintreter mit Hilfe strategischer, institutioneller oder natürlicher Marktzutrittsschranken wirksam vom Markt fernhalten kann.

34. Strategische Marktzutrittsschranken sind Behinderungsmassnahmen seitens eingesessener Unternehmen gegenüber einem Neueintreter (z.B. über Preis- und Kapazitätsstrategien) sowie die Schaffung der Erwartung bzw. die glaubhafte Drohung, dass solche Massnahmen im Falle eines Markteintritts eingesetzt würden. Natürliche Marktzutrittsschranken ergeben sich beispielsweise aufgrund von irreversiblen Kosten («sunk costs»).

35. Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs ist die Angreifbarkeit eines Marktes («contestability»). Ein Markt ist perfekt angreifbar, wenn der freie Eintritt gewährleistet ist, potentielle Konkurrenten bei positiven Gewinnaussichten den Preis der bisherigen Anbieter unterbieten können, der freie (kostenlose) Marktaustritt jederzeit möglich ist und alle Transaktions- und

Informationskosten gleich Null sind (Aschinger, Contestable markets, Ein neuer Weg zur Charakterisierung des Wettbewerbs und der Industriestruktur, WiSt 5/1984, S. 217 f.). Erweiterungen der Theorie haben indessen gezeigt, dass die realitätsfremde Bedingung der Nichtexistenz von Transaktions- und Informationskosten durch mittel- bis langfristige vertragliche Bindungen zwischen Marktneulingen und Kunden gelockert werden kann. Kommt man zum Schluss, dass ein Markt angreifbar ist, erübrigt sich eine Intervention der Wettbewerbsbehörden trotz gegebenenfalls hoher Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG).

36. Im vorliegenden Fall ist anzumerken, dass Siemens und Elektrowatt auf Märkten tätig sind, deren Innovationspotential in wesentlichem Ausmass von Entwicklungen und Innovationen v.a. in der Prozessleittechnik sowie der Computer- und der Telekommunikationstechnologie bestimmt wird. Entsprechende Erkenntnisse und Innovationen können von allen Interessenten unter gleichen Bedingungen erworben werden. Anbieter auf benachbarten Märkten können dadurch mit vergleichsweise geringem Aufwand auf den betroffenen Märkten auftreten. Solche Übertritte sind somit vor allem abhängig von der Angebotsumstellungsflexibilität der potentiellen Anbieter.

37. Die nachfolgenden Ausführungen und Erwägungen beschränken sich auf diejenigen betroffenen Märkte, auf welchen die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KG gegeben waren. Auf den übrigen Märkten wurden bereits im Verlauf der vorläufigen Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt.

## **4.2 Die betroffenen Märkte**

### **4.2.1 Verkehrsregelungsanlagen für den Strassenverkehr**

#### **4.2.1.1 Relevante Märkte**

38. Der Bereich der Verkehrsregelungsanlagen für den Strassenverkehr (im folgenden: Verkehrsregelungsanlagen) umfasst Verkehrsrechner, Lichtsignalanlagen, Rotlichtüberwachungsanlagen und Verkehrszähleinrichtungen. Nachfrager sind die Gemeinden. Diese bestimmen in der Regel die zu verwendenden Komponenten, erteilen einer Installationsfirma einen Auftrag für den Anlagenbau sowie einen für die Instandhaltung. Daher ist es gerechtfertigt, in diesem Bereich drei sachlich relevante Märkte zu unterscheiden:

- Produkte und Komponenten (Ampeln, Steuergeräte, Schaltkästen, etc.)
- Anlagenbau (Planung, Projektierung, Software für den Betrieb, Installation und Montage)

- Instandhaltung und Wartung (Pikettdienste, Behebung von Schadensfällen)

39. Obschon zwischen den beiden nachgelagerten Märkten für den Anlagenbau und für die Instandhaltung insofern enge Bindungen zu verzeichnen sind, als die entsprechenden Leistungen in manchen Fällen von denselben Unternehmungen angeboten und ausgeführt werden, ist von zwei unterschiedlichen Märkten auszugehen. Dies ist dadurch zu rechtfertigen, dass die beiden Leistungen in der Regel nicht Bestandteil desselben Vertrages sind. Spätestens nach Ablauf der 2- bis 3-jährigen Garantiezeit werden nämlich die Wartungsaufträge neu vergeben. Dabei werden vielfach Dritte berücksichtigt (z.B. in der Stadt Zürich).

40. Im vorliegenden Fall ist es zweckmässig, als räumlich relevanten Markt jeweils die Schweiz zu definieren. Für die Produkte und Komponenten entspricht dies einer eher engen Abgrenzung, da insbesondere Gemeinden in Grenznähe bei Auftragsvergaben auch ausländische Anbieter in Betracht ziehen. In den Bereichen Anlagenbau sowie Instandhaltung und Wartung werden die Aufträge mittlerweile - im Rahmen der Neuorientierung des öffentlichen Beschaffungswesens - in der Regel gesamtschweizerisch ausgeschrieben.

#### 4.2.1.2 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

##### Produkte und Komponenten

41. Das Marktvolumen betrug zwischen 1993/94 und 1995/96 rund CHF 30 Mio. Die Marktanteile von Siemens stiegen in diesem Zeitraum von ca. 50% auf über 80%. Die markante Marktanteilserhöhung liegt in der Übernahme von Sauber + Gisin - dem einzigen grösseren Konkurrenten auf dem Markt für Produkte und Komponenten - durch Siemens im Jahre 1996 begründet. Elektrowatt ist auf dem Markt für Produkte und Komponenten nicht tätig. Die marktführende Stellung von Siemens wurde also vor dem Zusammenschluss Siemens / Elektrowatt begründet.

42. In der Schweiz bieten insgesamt etwa 50 Hersteller Komponenten für Verkehrsregelungsanlagen an. Siemens ist dabei einer der wenigen, die ein Vollsortiment anbieten, während die übrigen nur in Teilbereichen tätig sind. Aufgrund dieses Umstandes verfügt Siemens über einen gewissen Wettbewerbsvorteil, da die Marktgegenseite alle benötigten Komponenten beim selben Anbieter nachfragen und dadurch Transaktionskosten sparen kann.

43. Wichtigste Wettbewerberin von Siemens auf dem Schweizer Markt ist die Verkehrsregelungs-AG, Schlieren (VR AG), allerdings mit einem Marktanteil von weniger als 5%. Gegründet wurde VR AG 1990 unter Beteiligung von ehemaligen Mitarbeitern von Sauber + Gisin.

## Anlagenbau

44. Das Marktvolumen beträgt rund CHF 10 Mio. p.a. Der Marktanteil von Elektrowatt (über die Beteiligung an Kummler + Matter) stieg zwischen 1993/94 und 1995/96 von unter 20% auf 20-30%, derjenige von Siemens in derselben Periode von über 10% auf 30-40%. Auch hier ist der markante Anstieg in der Übernahme von Sauber + Gisin durch Siemens im Jahre 1996 begründet. An der Marktsituation wird sich faktisch aber nichts ändern, da die geographischen Tätigkeitsbereiche von Siemens (Sauber + Gisin) und von Elektrowatt (Kummler + Matter) komplementär sind und Kummler + Matter bereits bislang Aufträge für Siemens in Gegenden ausführte, in welchen letztere selbst nicht tätig ist.

45. Bedeutendste landesweit tätige Wettbewerberin auf dem Markt für den Bau von Verkehrsregelungsanlagen ist VR AG. Ihr Marktanteil stieg zwischen 1993/94 und 1995/96 von über 20% auf über 30%. Dabei ist sie weiterhin aktiv bestrebt, ihre Stellung insbesondere in der Romandie - mit reellen Erfolgsaussichten - zu verstärken. Weitere Anbieter von schlüsselfertigen Anlagen sind ACET SA, Walther AG und Bergauer AG. Den Rest teilen sich lokale Installationsfirmen, die im Auftrag der betreffenden Gemeinden die Anlagen direkt installieren. Die Verkehrsabteilung der Kantonspolizei Basel unterhält zu diesem Zweck sogar einen eigenen Dienst, der auch für die Wartung und Instandhaltung zuständig ist.

46. Seit Beginn der 90er Jahre ist die Firma Steria (Frankreich) in der Schweiz tätig. Sie ist spezialisiert auf die Systemintegration und insbesondere auf die Informationsverarbeitung (Leitsysteme), ohne aber selbst Komponenten herzustellen. Seit 1996 verfügt Steria über eine nationale Vertriebsorganisation, um dem Erfordernis der Kundennähe gerecht zu werden. Nach eigener Aussage erreichte Steria in ihrem spezifischen Segment des Anlagenbaus einen Marktanteil von 15-20%.

## Instandhaltung und Wartung

47. Das Marktvolumen beträgt rund CHF 10 Mio. p.a. Der Marktanteil von Elektrowatt stieg zwischen 1993/94 und 1995/96 von unter 20% auf über 20%. Derjenige von Siemens betrug 1993/94 und 1994/95 jeweils zwischen 15% und 20% und stieg 1995/96 auf 20-30%. Dieser Anstieg ist ebenfalls auf die Übernahme von Sauber + Gisin durch Siemens im Jahre 1996 zurückzuführen. Siemens und Elektrowatt hatten in der Periode 1995/96 zusammen einen Marktanteil von 40-60%, während VR AG als einzige Konkurrentin von einer gewissen Grösse auf 20-30% kam. Der Rest verteilt sich analog dem vorgelagerten Anlagenbaumarkt auf lokale Installationsfirmen, wobei nicht zwangsläufig diejenigen Firmen mit der Wartung betraut werden müssen, die die Anlage installiert haben. Spezifische Kenntnisse für die Sicherstellung der Wartung sind nämlich nicht erforderlich.

Kleinere Wartungs- und Reparaturarbeiten werden ohnehin regelmässig von den Betreibern selbst ausgeführt.

#### Zusammenfassung

48. Auf dem Komponentenmarkt verfügte Siemens bereits vor dem Zusammenschluss, nämlich seit der Übernahme von Sauber + Gisin, über die grössten Marktanteile. Der Zusammenschluss hat auf die Marktstellung mangels Tätigkeit von Elektrowatt in diesem Bereich keine Auswirkungen.

49. Auf den nachgelagerten Märkten für den Anlagenbau und für die Instandhaltung ergibt die Marktanteilsaddition jeweils führende Stellungen für Siemens/Elektrowatt. Faktisch ändern sich in diesen Bereichen die Marktverhältnisse indessen kaum, da bereits bisher Kummler + Matter in denjenigen Gegenden für Siemens Aufträge ausführte, in denen dies Siemens bzw. Sauber + Gisin nicht selbst besorgten. Zudem sind auf beiden Märkten mit VR AG und teilweise Steria einerseits und mit zahlreichen lokalen Installationsfirmen andererseits ernstzunehmende Konkurrenten tätig. Gemäss Aussagen der Marktgegenseite hat der vorliegende Zusammenschluss auf die Wettbewerbsverhältnisse denn auch keine wesentlichen Auswirkungen. Entscheidender sei die Übernahme von Sauber + Gisin durch Siemens vor 1½ Jahren gewesen.

#### 4.2.1.3 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

##### Allgemeines

50. In den letzten Jahren ist es auf den Märkten für Verkehrsregelungsanlagen ausser durch Steria zu keinen bedeutenden Marktzutritten und Produktneueinführungen gekommen. Auch in absehbarer Zeit rechnet die Branche nicht mit Markteintritten, da grössere Investitionen in Verkehrsregelungsanlagen wegen angespannter öffentlicher Finanzen einerseits und der zunehmenden Ersetzung von Lichtsignalanlagen durch Kreisel andererseits selten sein werden.

51. Potentieller Wettbewerb ist dennoch gegeben. Bedeutende institutionelle und natürliche Marktzutrittschranken sind keine zu verzeichnen. So kann ein Marktzutritt beispielsweise über die Akquisition eines schweizerischen Anbieters erfolgen. Aber auch ohne Übernahme können ausländische Unternehmen der Branche Gesamt- und/oder Teillösungen für Verkehrsregelungsanlagen auf dem Schweizer Markt anbieten, indem sie sich die nötigen Kapazitäten mittels Abschlusses von Unterverträgen mit lokalen Installations- und Montagefirmen beschaffen. Dieses Vorgehen würde im übrigen gängiger Praxis entsprechen, da sämtliche Anbieter für die Installation und die Wartung nur in beschränktem Ausmass auf eigenes Personal zurückgreifen. Siemens erledigt diese Tätigkeiten einzig im Grossraum Zürich in Eigenregie (über Sauber + Gisin), während in anderen Gegen-

den mit Installations- und Montagefirmen zusammengearbeitet wird. Grundsätzlich liegt also kein Systemmarkt vor.

#### Produkte und Komponenten

52. Bei Komponenten für Verkehrsregelungsanlagen handelt es sich um Low-Tech-Produkte, die von Unternehmungen mit Know-how aus benachbarten Bereichen und entsprechenden Produktionsmitteln ohne weiteres auch hergestellt werden können. Die dadurch verursachten Marktzutritts- und -austrittskosten sind vergleichsweise klein, Zutritte solcher Hersteller also durchaus vorstellbar.

#### Anlagenbau sowie Instandhaltung und Wartung

53. Voraussetzung für einen Marktzutritt ist die Anschaffung von speziellen Fahrzeugen, die insbesondere mit Hebebühne versehen sein müssen. Eine solche Anschaffung ist mit hohen Kosten verbunden, sodass sich ein möglichst vielfältiger Einsatz aufdrängt. So generiert beispielsweise Kummler + Matter mit einem Marktanteil von 20-30% lediglich einen Bruchteil ihres gesamten Umsatzes mit dem Bau und der Wartung von Verkehrsregelungsanlagen. Das bedeutet umgekehrt, dass Installationsunternehmen, die bereits über entsprechende Fahrzeuge verfügen, ohne besondere Marktzutrittskosten auf den Markt eintreten und den Anlagenbau bzw. die Wartung anbieten können.

54. Das Erfordernis der Kundennähe spielt im Bereich der Wartung zweifellos eine grössere Rolle als auf den beiden vorgelagerten Märkten, ist aber, wie die Praxis zeigt, dennoch nicht von höchster Priorität. So wartet beispielsweise VR AG Anlagen im Tessin.

55. Konkretes Beispiel eines vor kurzer Zeit erfolgten Marktzutritts eines ausländischen Unternehmens ist derjenige der französischen Firma Steria (vgl. RZ 46). Als Anbieterin in einer lukrativen Nische des Anlagenbaus bietet sie Informationsverarbeitungssysteme an und hat in diesem Bereich innerhalb von sieben Jahren einen Marktanteil von ca. 20% erreicht. Das deutet auf die Angreifbarkeit des Marktes gerade durch Spezialisten hin und unterstreicht den Umstand, dass es sich nicht um einen Systemmarkt handelt. Steria ist denn auch der Meinung, dass sogenannte «komponentenherstellerunabhängige Anbieter» im Vorteil seien.

#### 4.2.1.4 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

##### Allgemeines

56. Die Nachfrager von Verkehrsregelungsanlagen sind überwiegend Gemeinden, also die öffentliche Hand. Diese sind an die kantonalen Regeln betreffend Auftragsvergaben gebunden, welche sich ihrerseits an der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und am Nichtdiskriminierungsgrundsatz des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt orientieren. So schlägt der An-

hang zu den Vergaberichtlinien zur IVöB (noch nicht verbindlich) vor, dass Beschaffungen ab einem bestimmten Auftragsvolumen (CHF 263'000.-- für Lieferungen, Dienstleistungen und Baunebenleistungen bzw. CHF 500'000.-- für Bauhauptleistungen) öffentlich ausgeschrieben werden. Darunter (bis CHF 50'000.-- bzw. CHF 100'000.--) sollten Aufträge direkt bzw. im Anschluss an ein Einladungsverfahren (CHF 50'000.-- bis CHF 263'000.-- bzw. CHF 100'000.-- bis CHF 500'000.--) vergeben werden. In jedem Fall wird damit aber wettbewerblichem Verhalten der Nachfrager Vorschub geleistet, indem sie dazu angehalten werden, die für sie jeweils günstigste Lösung zu wählen.

57. In der Regel werden keine Gesamtlösungen nachgefragt. Oft wird nämlich der Anlagenbau sowie die Wartung und Instandhaltung an lokale Montage- und Installationsunternehmungen vergeben oder sogar selbst erledigt. Dem beauftragten Installationsunternehmen werden dabei meist alle Details in bezug auf die zu verwendenden Komponenten vorgeschrieben. So wurden z.B. in Zürich Siemens-Komponenten verbaut, für die Steuerungssoftware aber auf einen anderen Hersteller zurückgegriffen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die marktführende Stellung von Siemens (Sauber + Gisin) auf dem vorgelegerten Markt für Produkte und Komponenten in Kombination mit der vertikalen Integration zu einer zusätzlichen Verstärkung der Position auf den nachgelagerten Märkten führt, ist daher klein.

58. Dafür spricht auch der Umstand, dass Steria innerhalb von sieben Jahren eine beachtliche Marktstellung als Systemintegrator erlangt hat. Dies deutet darauf hin, dass die Marktgegenseite im Zuge der Neuorientierung des Beschaffungswesens bereit ist, vermehrt Aufträge nach wettbewerblichen Kriterien zu vergeben und somit auch Newcomer zu berücksichtigen.

Produkte, Anlagenbau sowie Instandhaltung und Wartung

59. Die Kosten für eine Lichtsignalanlage auf einer durchschnittlichen Kreuzung belaufen sich auf ca. CHF 250'000.--. Entsprechend sollten solche Aufträge zumindest im Einladungsverfahren vergeben werden (vgl. RZ 56). Tatsächlich führen die Nachfrager immer öfter landesweite Ausschreibungen durch, was den Wettbewerb grundsätzlich fördert.

60. Aufträge für den Anlagenbau und für die Instandhaltung werden regelmässig separat und somit nicht zwangsläufig an dasselbe Unternehmen vergeben. Die Wartung erfordert nämlich keine besonderen Kenntnisse, über die nur der Hersteller bzw. Anlagenbauer verfügen würde. Spätestens nach der Garantiezeit (2 bis 3 Jahre) schreiben Betreiber Wartungsaufträge aus. Über deren Modalitäten und Bedingungen lassen sich indessen ob der unterschiedlichen Praxis der einzelnen Nachfrager keine allgemeinen Aussagen machen. Gemäss Auskünften der Marktgegenseite ist aber zumindest die Tendenz erkennbar, dass solche Aufträge nicht für die ganze Lebensdauer der

Anlage vergeben, sondern nach einer gewissen Zeit erneut ausgeschrieben werden, was den Wettbewerb ebenfalls fördert.

#### 4.2.1.5 Bedeutung von Forschung und Entwicklung

61. Der zentrale F&E-Schwerpunkt liegt in der Verbesserung der Systeme in bezug auf die Schadensanfälligkeit, die Wartungsfreundlichkeit sowie die Fernsteuerung und -überwachung. Die bedeutendsten Impulse für die F&E gehen daher von Entwicklungen in den Bereichen der Leittechnik sowie der Computer- und der Telekommunikationstechnologie aus. Diese können in der Regel von allen Marktteilnehmern unter gleichen Voraussetzungen erworben werden. Mit dem Zusammenschluss werden Siemens und Elektrowatt keine Schlüsselbereiche der marktspezifischen F&E kontrollieren.

#### 4.2.1.6 Ergebnis

62. Die Prüfung hat folgendes ergeben:

- Auf dem Komponentenmarkt verfügte Siemens über die Beteiligung an Sauber + Gisin bereits vor dem Zusammenschluss über den mit Abstand grössten Marktanteil. Auf den nachgelagerten Märkten für den Anlagenbau und für die Wartung ergibt die Marktanteilsaddition jeweils führende Stellungen;
- Elektrowatt (Kummler + Matter) hat bereits vor dem Zusammenschluss im Auftrag von Siemens Verkehrsregelungsanlagen installiert. Faktisch ändert sich somit an den Marktverhältnissen nichts Wesentliches;
- sowohl aktuelle als auch potentielle Konkurrenz sind vorhanden;
- Marktzutritte auf nachgelagerten Märkten waren zu verzeichnen. So hat z.B. Steria innerhalb von sieben Jahren einen Marktanteil von fast 20% in einem bedeutenden Nischenbereich des Anlagenbaus erlangt. Die Märkte sind somit - auch mangels nennenswerter Marktzutrittsschranken - offensichtlich angreifbar;
- es handelt sich nicht um einen Systemmarkt, da die meisten Nachfrager die Installation und Wartung der Anlagen an lokale Firmen vergeben. Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass über die vertikale Integration ein übermässiger Verbundvorteil dazu führt, dass die führende Stellung auf dem vorgelagerten Komponentenmarkt eine zusätzliche Verstärkung der Marktstellung auf den nachgelagerten Märkten zur Folge haben wird.

63. Aus den genannten Gründen ist nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss im Bereich der Verkehrsregelungsanlagen - also auf den Märkten für Produkte und Komponenten, für den Anlagenbau sowie für die Instandhaltung und Wartung - jeweils eine markt-

beherrschende Stellung begründen oder verstärken wird, welche zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG führen könnte.

#### **4.2.2 Elektrizitätszähler**

##### **4.2.2.1 Relevanter Markt**

64. Der Markt für Elektrizitätszähler umfasst in sachlicher Hinsicht elektromechanische und elektronische (digitale) Wechsel- und Drehstromzähler zur Erfassung der verbrauchten elektrischen Energie. Eingesetzt werden sie sowohl zur Leistungsverrechnung zwischen Stromlieferanten und Kunden als auch von grösseren Industrieunternehmen für interne Messungen. Für diese Zwecke erachtet die Marktgegenseite (Elektrizitätswerke im ersten Fall, Industrieunternehmen im zweiten) elektromechanische und elektronische Elektrizitätszähler als substituierbar, obgleich die elektronischen Zähler eine wesentlich grössere Funktionalität und die Möglichkeit der Systemintegration (z.B. Fernablesung) bieten. Die Marktgegenseite rechnet aber ob dieser Vorteile damit, dass die elektronischen Zähler die elektromechanischen in Zukunft allmählich verdrängen werden.

65. Das Nachfrageverhalten der Elektrizitätswerke, welche die Zähler nach wie vor nur in der Schweiz einkaufen, legt eine enge Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf die Schweiz nahe. So erfolgt der Vertrieb von Elektrizitätszählern über nationale Vertriebsorganisationen, da ein leistungsfähiger Service unerlässlich sei.

##### **4.2.2.2 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber**

66. Das Marktvolumen für Elektrizitätszähler in der Schweiz beläuft sich jährlich auf ca. CHF 63 Mio., wobei der Anteil der von Industrieunternehmen direkt nachgefragten Zähler, die auch nicht amtlich geeicht werden müssen, deutlich weniger als 1% ausmacht (aufgrunddessen werden sie nachfolgend nicht explizit unterschieden). Der Anteil von Elektrowatt (Landis & Gyr) bei den elektromechanischen Zählern betrug 1995 60-70% und 1996 50-60%, während für 1997 noch 45-55% erwartet werden. Bei den elektronischen Zählern lauten die entsprechenden Werte 100%, 80-90% und weniger als 70%. Siemens trat 1993 auf den Markt und erreichte 1996 einen Anteil am Gesamtmarkt (elektromechanische und elektronische Zähler) zwischen 0% und 10%.

67. Neben ABB sind weitere Anbieter auf diesem Markt tätig: Die Deutsche Zählergesellschaft (DZG) steigerte ihren Anteil am Gesamtmarkt zwischen 1993/1994 und 1995/1996 von ca. 5% auf knapp 10%, während ENERMET (Finnland), 1994 auf den Markt getreten, mittlerweile 0-5% und Schlumberger (USA) - seit dem Erwerb von Heliowatt und AEG weltweit führend - ebenfalls 0-5% hält. Alle soeben erwähnten Hersteller verfügen über eine Niederlassung in der Schweiz.

68. Mit der zunehmenden Anzahl Wettbewerber auf dem Schweizer Markt und dem Rückgang des kumulierten Marktanteils von Siemens/Elektrowatt (Landis & Gyr) geht ein allgemeiner Preisrückgang einher: durchschnittlich sanken die Preise für Landis & Gyr-Zähler seit 1995 um ca. 20%. Die Strukturveränderungen auf dem Markt (Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens und Internationalisierung des Marktes) zeitigen also bereits Wirkung.

69. In bezug auf die Produkte gilt, dass heutzutage alle Anbieter der Branche im Stande sind, Elektrizitätszähler mit Eigenschaften herzustellen, die denjenigen von Landis & Gyr ebenbürtig sind (vgl. RZ 74). Unterschiede ergeben sich einzig aufgrund der von den Abnehmern häufig sehr detailliert definierten Spezifikationen. Somit gibt es grundsätzlich keine technischen «Lock-Ins»: Bei einer Neuanschaffung können ohne weiteres Geräte eines anderen Herstellers gekauft und installiert werden.

70. Die in bezug auf die Marktanteile führende Stellung von Landis & Gyr bestand bereits vor dem Zusammenschluss. Die Marktanteilsaddition wird gering ausfallen, da Abnehmer, welche sowohl von Landis & Gyr als auch von Siemens Zähler zu beziehen pflegten, gemäss eigenen Aussagen nach dem Zusammenschluss auf Dritte als alternative Lieferanten zurückgreifen werden.

#### 4.2.2.3 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

71. Im Jahre 1993 hatte Elektrowatt noch einen Marktanteil am Gesamtmarkt von fast 90%. Doch in letzter Zeit sind namentlich DZG, Schlumberger sowie ENERMET und ABB in den Schweizer Markt für Elektrizitätszähler eingetreten, der somit durchaus angreifbar ist.

72. Die von der Kommission des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätswerke (VSE) für Zählerfragen vorgegebene, rechtlich nicht erzwingbare helvetische Industrienorm («Technische Empfehlung für den Viertarifzähler») ist zwar weitgehend an den Zählern von Landis & Gyr orientiert, wird aber von den Abnehmern kaum mehr angewandt.

73. Zur Zeit mögen nationale Spezifikationen noch eine gewisse Marktzutrittsschranke darstellen. So müssen z.B. alle Geräte einzeln amtlich geeicht werden. Mit der voranschreitenden Normenharmonisierung und v.a. mit der gegenseitigen Anerkennung amtlicher Prüfungen bzw. Eichungen wird der Marktzutritt für ausländische Hersteller zunehmend vereinfacht.

74. Mit dem technischen Fortschritt werden zudem in Zukunft elektronische Zähler die elektromechanischen Zähler vollständig ablösen (vgl. RZ 64). Der Technologiewandel bei der Herstellung von Elektrizitätszählern, welcher auf Standards der Computer- und Telekommunikationsbranche basiert, wird die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem

Markt grundsätzlich verändern. Verschiedene Konkurrenten (insbesondere Schlumberger, ENERMET, ISKRA, DZG und ABB) sind denn auch im Stande, wettbewerbsfähige, mit moderner Technologie versehene Produkte zu entwickeln und zu vermarkten. Insbesondere ISKRA (Slowenien) ist international dank niedriger Lohnkosten sowie grosser Kapazitäten sehr wettbewerbsfähig. So hat dieser Hersteller in Deutschland innerhalb weniger Jahre einen Marktanteil von 30% erreicht.

75. In absehbarer Zeit ist zudem damit zu rechnen, dass Niederspannungsnetze zu Telekommunikationsnetzen ausgebaut werden. Dann wird es technisch möglich sein, den Stromverbrauch zentral bei den Produzenten zu erheben und am Verbrauchsort nur noch einfache Sensoren einzusetzen. Dies wird den Bedarf nach Elektrizitätszählern heutiger Bauart wesentlich verringern.

76. Aus diesen Gründen ist zu erwarten, dass die Vormachtstellung von Elektrowatt (Landis & Gyr) bei Elektrizitätszählern in der Schweiz in Zukunft nicht in gleichem Mass Bestand haben wird. In jedem Fall aber haben Siemens/Elektrowatt mit starker aktueller und potentieller Konkurrenz zu rechnen.

#### 4.2.2.4 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

77. Der Vertrieb von Elektrizitätszählern in den einzelnen europäischen Ländern erfolgt bei Siemens und Elektrowatt jeweils über eigene Vertriebsniederlassungen und Landesgesellschaften. Abnehmer sind unmittelbar Energieversorgungsunternehmen, welche die Elektrizitätszähler mittels eigenen Personals beim Stromverbraucher montieren.

78. Bislang bezogen Elektrizitätswerke Elektrizitätszähler, ohne diesbezüglich einem Kostendruck ausgesetzt gewesen zu sein. Der Stromverbraucher hat nämlich mit dem Strom- auch gleich den Mietpreis für den Zähler zu entrichten. Zudem waren bzw. sind die Zählerkosten im Vergleich zu den einem Elektrizitätswerk sonst entstehenden Kapital- und Produktionskosten unbedeutend.

79. Mittlerweile ist aber feststellbar, dass mit der allmählichen europaweiten Liberalisierung des vorgelagerten Strommarktes der Kostendruck auf die Elektrizitätswerke erhöht und damit das Nachfrageverhalten auf den Beschaffungsmärkten preissensitiver wird. Vermehrt bilden denn auch Elektrizitätswerke Einkaufsgesellschaften, um bessere Konditionen bei der Beschaffung zu erlangen. Dabei wird durch den zunehmenden Preisdruck insbesondere der kostspielige Service an Bedeutung verlieren. Zur Illustration sei hier angemerkt, dass Landis & Gyr gegenwärtig (noch) 35 Leute allein für den Service in der Schweiz beschäftigt, während Siemens den Service für ganz Deutschland (3 bis 4 Mal grösserer Markt) mit bloss 14 Angestellten sicherstellt. Das Einsparpotential ist also beträchtlich.

#### 4.2.2.5 Bedeutung von Forschung und Entwicklung

80. Die Anbieter verwenden 5-7% des Umsatzes in diesem Bereich für F&E. Die Entwicklung der Bauteiltechnologie in der Computer- und Telekommunikationsindustrie hat einen bedeutenden Einfluss auf die Entwicklung der Elektrizitätszähler. So werden langfristig die elektronischen die elektromechanischen Zähler vollständig ablösen. Diese Entwicklung erfordert viel Know-how in bezug auf Standards sowohl in der Computer- als auch in der Telekommunikationsindustrie. Dieses Know-how kann jedoch von allen in dieser Branche Tätigen sowie von potentiellen Wettbewerbern aus benachbarten Bereichen der Elektrotechnik unter gleichen Voraussetzungen erworben werden.

81. Zahlreiche Konkurrenten haben ihre Produkte in der jüngsten Vergangenheit (erfolgreich) weiterentwickelt und auf einen technologischen Stand gebracht, der demjenigen von Landis & Gyr entspricht. Deshalb besteht kein Zweifel daran, dass Wettbewerber wie Schlumberger, ENERMET, ABB u.a. über genügend Ressourcen verfügen, um auch nach dem Zusammenschluss von Siemens und Elektrowatt im F&E-Wettbewerb mithalten zu können.

#### 4.2.2.6 Ergebnis

82. Die Prüfung hat folgendes ergeben:

- Die führende Stellung von Elektrowatt (Landis & Gyr) ist dadurch bedingt, dass das traditionelle Beschaffungswesen schweizerische Anbieter bislang bevorzugte. Mit der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, der Internationalisierung des Marktes und der technologischen Entwicklung geht aber eine Schwächung dieser Stellung einher, die sich in Zukunft trotz des Zusammenschlusses weiter akzentuieren wird;
- die von den Nachfragern (Elektrizitätswerke) lange Zeit strikte angewandte, an Landis & Gyr-Produkten orientierte Industriernorm verliert angesichts verstärkten Wettbewerbs auf dem vorgelagerten Elektrizitätsmarkt je länger desto mehr an Bedeutung;
- die Marktanteilsaddition ist gering;
- erfolgte Markteintritte lassen auf die Angreifbarkeit des schweizerischen Marktes schliessen;
- Siemens/Elektrowatt treffen auf international renommierte und starke Konkurrenz, die in der Lage ist, wettbewerbsfähige, mit moderner Technologie versehene Produkte anzubieten, sodass die Nachfrager trotz des Zusammenschlusses unter verschiedenen Anbietern wählen können.

83. Aus den genannten Gründen ist nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Elektrizitätszähler eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird, welche zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG führen könnte.

## **5 Ergebnis**

84. Das Zusammenschlussvorhaben wird auf den betroffenen Märkten keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründen oder verstärken. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

85. Das Kartellgesetz räumt der Wettbewerbskommission bei wettbewerbsrechtlicher Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses keine Kompetenz zum Erlass von Genehmigungsverfügungen ein. In analoger Anwendung von Art. 16 Abs. 1 VKU kann sie aber den beteiligten Unternehmen vor Ablauf der Viermonatsfrist des Prüfungsverfahrens mitteilen, dass der Zusammenschluss unbedenklich ist (vgl. auch RPW 1997/2, 179 ff., RZ 111 ff.).

86. Siemens wird daher eine Unbedenklichkeitserklärung im Sinne von Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt.

## **B 2.2 6. Watt AG**

*Vorläufige Prüfung; Art. 32 Abs. 1 KG.*

*Examen préalable; art. 32 al. 1 LCart.*

*Esame preliminare; art. 32 cpv. 1 LCart.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Dezember 1997*

### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 5. November 1997 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist folgendes beabsichtigt: Die Unternehmen Bayernwerk AG (BAG), München (D), Energie Baden-Württemberg AG (EBW), Karlsruhe (D), und die Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK), Baden, erwerben die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen Watt AG (Watt), Glarus, eine Tochtergesellschaft der Elektrowatt AG, Zürich, ihrerseits kontrolliert durch die Credit Suisse Group (CSG), Zürich.

2. Die BAG ist im Bereich der Energieversorgung (Elektrizität, etwas Gas) tätig und erzeugt und verkauft Elektrizität in Bayern und Thüringen. Daneben betreibt die BAG Erdgasspeicher und ist in den Bereichen Kraft-Wärme-Kopplung, Entsorgung und Umwelttechnik aktiv. Die BAG ist eine Tochter des VIAG-Konzerns, dessen Geschäftsfelder in den Bereichen Energie, Chemie, Verpackung, Logistik und Tele-

kommunikation liegen. Die Aktivitäten des VIAG-Konzerns im Bereich Energie beschränken sich auf die Beteiligung an der BAG.

3. Die EBW ist eine Holdinggesellschaft mit Beteiligungen in den Bereichen Energie, Verkehr, Telekommunikation und Entsorgung. Sie entstand im Oktober 1997 durch Fusion der Badenwerk Holding AG (BWH) mit der EVS Holding Aktiengesellschaft (EVS H), welche ihrerseits Parteien der Verträge über das Zusammenschlussvorhaben waren. Als Folge der Fusion gingen die Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen durch Gesamtrechtsnachfolge auf die EBW über. Die EBW hat mit der Badenwerk AG (BW) und der Energieversorgung Schwaben (EVS) zwei im Elektrizitätsbereich tätige Töchter. Die wichtigsten Aktionäre der EBW sind die Landesbeteiligungen Baden-Württemberg GmbH (25%), der Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (34,75%) und der Landeselektrizitätsverbund Württemberg (12%).

4. Die BW ist vorwiegend im Bereich der Elektrizität tätig. Das Gebiet, in welchem die BW Endverbraucher mit Elektrizität versorgt, liegt in Baden-Württemberg und grenzt damit an die Schweiz.

5. Die EVS ist vor allem in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und -verteilung in Baden-Württemberg tätig. Daneben ist die EVS auch in den Bereichen Fernwärme und Gasversorgung aktiv.

6. Die NOK ist in der Nordostschweiz als Verbundunternehmen in den Bereichen Erzeugung und Handel sowie Übertragung und Verteilung von Elektrizität tätig. Die NOK beliefert nur wenige Endkunden direkt. Sie unterhält mit den Kantonswerken ihrer Aktionäre (Kantone Zürich, Aargau, Schaffhausen, Glarus und Zug) sowie mit weiteren Verteilwerken (St.Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG, Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau) zeitlich unbegrenzte oder langfristige Liefer- bzw. Abnahmeverträge. Das Versorgungsgebiet der NOK umfasst die ganze Ostschweiz und grenzt damit an dasjenige von BW und EVS.

7. Die Watt wird nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens eine reine Holdinggesellschaft sein, welche Mehrheitsbeteiligungen an der Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) (79,3%), den Kraftübertragungswerken Rheinfelden AG (KWR) (69%), der Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg (KWL) (76,6%) und den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW) (63,3%) halten wird.

8. Die EGL ist als europäisches Stromverbundunternehmen tätig. Sie erzeugt, beschafft und tauscht Energie aus, beliefert verschiedene Abnehmer im In- und Ausland und verfügt über kleine, verstreute Versorgungsgebiete. Die EGL ist massgeblich am Ausgleich zwischen Erzeugung und Verbrauch in der Schweiz beteiligt und spielt eine wichtige Rolle in der Koordinierung und Überwachung des nationalen und internationalen Verbundsystems. Mit der Regelung in der

Netzleitstelle in Laufenburg wird der Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage im Regelgebiet der EGL sowie die Einhaltung des Stromaustausches der Schweiz mit dem Ausland aufrechterhalten. Zudem führt die EGL die Energieabrechnung über den Austausch unter den Abrechnungsgebieten der Schweiz und im westeuropäischen Stromverbund durch. Daneben ist die EGL Betreiberin des Kernkraftwerkes Leibstadt und verschiedener Wasserkraftwerke.

9. Die KWR ist ein deutsches Strom-Regionalversorgungsunternehmen, dessen Tätigkeitsgebiet zum grössten Teil in Südbaden liegt. Die KWR ist aktiv in der Erzeugung, Übertragung und Verteilung von Strom. Sie betreibt die Grenzkraftwerke Rheinfelden und Wyhlen.

10. Die KWL ist in den Bereichen Erzeugung, Übertragung und Verteilung von Strom tätig und versorgt ein kleineres Gebiet in der Schweiz sowie ein grösseres in Süddeutschland/Baden. Die KWL betreibt das Rheinkraftwerk in Laufenburg und verfügt u.a. über Beteiligungen an EGL und CKW.

11. Die CKW sind als Verbundunternehmen in den Bereichen Erzeugung, Transport und Endversorgung von Elektrizität in der Zentralschweiz tätig. Die CKW versorgen im wesentlichen den Kanton Luzern und angrenzende Gebiete. Sie betreiben eigene Kraftwerke und verfügen über Beteiligungen an grossen Wasserkraftwerken sowie an Kernkraftwerken.

12. Mit Formblatt CO vom 3. November 1997 wurde der vorliegende Zusammenschluss bei der EU-Kommission angemeldet.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)**

13. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (KG; BBl 1995 I 533). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG**

14. Für die hier zu beurteilenden Märkte gibt es keine allgemeinen Vorschriften, die Wettbewerb grundsätzlich nicht zulassen. Ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## **2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

### **2.3.1 Vorgehen der Parteien**

15. Die Watt ist zurzeit eine 100% Tochtergesellschaft der Elektrowatt AG, Zürich, deren Aktienkapital zu 44,9% von der CSG gehalten wird. Der Rest der Aktien befindet sich im Streubesitz (49,4%) bzw. in den Händen einer Stiftung (5,7%).

16. Gemäss Kaufvertrag wird die CSG den übrigen Aktionären der Elektrowatt ein öffentliches Übernahmeangebot unterbreiten. Anschliessend wird die CSG ca. 38,5% aller ihrer Elektrowatt-Aktien auf die Käufer (BAG, EBW (resp. BW und EVS H) und NOK) und ca. 41,5% auf die Siemens AG, München (D) und Berlin (D), übertragen sowie 20% behalten. Danach wird die Elektrowatt in eine Industrie- und eine Energie-Holding gespalten, indem die Energiebeteiligungen als Sacheinlagen in die Watt eingebracht werden, während die Industriebeteiligungen in der Elektrowatt verbleiben. Die Elektrowatt wird im folgenden im Rahmen einer Kapitalherabsetzung alle Watt-Aktien auf ihre Aktionäre übertragen. Diese wiederum tauschen daraufhin unter sich die Elektrowatt- und Watt-Aktien derart, dass die Käufer und die CSG alle Elektrowatt-Aktien an die Siemens AG abgeben und dafür sämtliche Watt-Aktien erhalten.

17. Sofern das Übernahmeangebot der CSG von sämtlichen Elektrowatt-Aktionären angenommen wird, werden die Käufer insgesamt 80% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Watt erwerben und danach folgende Anteile halten:

BAG 24,5%

EBW 24,5%

NOK 31%

Bei der Verkäuferin CSG verbleiben die restlichen 20% des Aktienkapitals. Aufgrund von Optionsrechten können die kontrollierwerbenden Unternehmen nach Ablauf von fünf Jahren ihre Beteiligungen von insgesamt 80% auf 90,1% erhöhen.

### **2.3.2 Gemeinsame Kontrolle der Watt und deren Tochtergesellschaften**

18. Die Verteilung des Aktienkapitals zwischen den Käufern und der Verkäuferin zeigt, dass es auf Stufe Generalversammlung der Watt zu wechselnden Mehrheiten kommen kann. Dies obwohl die Süddeutschen Partner (BAG und EBW (resp. BW und EVS H)) im Konsortialvertrag vom 21. Mai 1997 (Konsortialvertrag II) vereinbarten, in den Gremien der Watt und in den Gremien der Beteiligungen der Watt gemeinsam zu stimmen. Auf Stufe Generalversammlung liegt daher keine Kontrolle im Sinne des KG und der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vor.

19. Im Vertrag vom 21. Mai 1997 zwischen den Süddeutschen Partnern, der NOK und der CSG (Konsortialvertrag I) wird in Abschnitt 4 die gemeinsame Willensbildung im Verwaltungsrat (VR) der Watt geregelt.

20. [Geschäftsgeheimnis]

21. [Geschäftsgeheimnis]

22. [Geschäftsgeheimnis]

23. Durch diese Bestimmungen haben die NOK einerseits und die Süddeutschen Partner andererseits immer die Möglichkeit, Beschlüsse im VR der Watt zu verhindern. Ohne die Zustimmung sowohl der NOK als auch der Süddeutschen Partner können daher keine Entscheidungen getroffen werden, welche die oben genannten wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen Geschäftspolitik der Watt sowie deren Tochtergesellschaften betreffen. Die NOK und die Süddeutschen Partner haben somit beide die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Watt auszuüben und erlangen daher die gemeinsame Kontrolle über die Watt und deren Tochtergesellschaften (Art. 1 VKU).

24. Das durch den Zusammenschluss entstehende Gemeinschaftsunternehmen Watt wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Aufgrund von Art. 2 Abs. 1 VKU stellt das gemeldete Vorhaben somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG dar.

#### **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

25. 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 CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

26. Als beteiligte Unternehmen gelten bei einem Kontrollerwerb gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen.

27. Im vorliegenden Fall sind gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU die Umsatzzahlen des VIAG-Konzerns (Muttergesellschaft der BAG), der EBW-Töchter BW und EVS sowie der NOK als kontrollierende Unternehmen sowie der konsolidierten Watt AG als kontrolliertem Unternehmen zu berücksichtigen.

28. Die beteiligten Unternehmen weisen für das Geschäftsjahr 1996 resp. 1995/96 folgende konsolidierten Umsatzzahlen aus:

VIAG Konzern 1996:	CHF 34,3 Mrd.	
BW 1996:	CHF 2,5 Mrd.	
EVS Konzern 1996:	CHF 3,9 Mrd.	1 DM = 0,81 CHF
NOK 1995/1996:	CHF 1,7 Mrd.	
Watt konsolidiert 1996/97 (provisorisch):	CHF 1,7 Mrd.	

Durch diese Umsatzzahlen werden die in Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG definierten Schwellenwerte erreicht, da die NOK und die Watt ihren Umsatz grösstenteils in der Schweiz erzielen. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

### **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

#### **3.1 Die relevanten Märkte**

29. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden nur diejenigen vom Zusammenschluss betroffenen Märkte geprüft, 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.

30. Sämtliche am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind im Bereich der Elektrizität tätig. Die BAG und die EBW sind zudem - vor allem in Deutschland - in der Gasversorgung und der Entsorgung tätig. Diese Märkte sind jedoch für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ohne Relevanz, da die zu übernehmenden Watt-Töchter dort nicht aktiv sind und weder BAG noch EBW alleine Marktanteile in der Schweiz von 30% oder mehr erreichen.

31. Der VIAG-Konzern und die EBW sind zudem im Bereich der Telekommunikation tätig, ohne aber in der Schweiz einen Marktanteil von 30% oder mehr zu erreichen. Über die Diax Holding AG sind auch die CKW, die EGL und die NOK im Telekommunikationsbereich präsent. Durch den Zusammenschluss werden die Beteiligten zusammen über 50% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Diax Holding AG besitzen und diese damit gemeinsam kontrollieren. Diese Tatsache ändert aber nichts daran, dass die Diax AG gemeinsame Tochtergesellschaft der Diax Holding AG und der SBC International - Switzerland L.L.C., Delaware, USA, bleibt und als Zutretende in die Telekommunikationsmärkte gegenwärtig noch einen Marktanteil von Null hat (Vgl. Stellungnahme der Wettbewerbskommission betr. Zusammenschlussvorhaben Diax in RPW 1997/2, S. 197ff).

32. Vom Zusammenschluss betroffen sind folglich lediglich die Märkte im Bereich Elektrizität (Strom).

### 3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

34. Der vorliegend zu beurteilende Bereich Elektrizität wird in der Praxis in der Regel in die drei Stufen Erzeugung, Verbund und Verteilung/Vertrieb unterteilt. Auf der Stufe Erzeugung (Produktion) werden Primärenergieträger (Laufwasser und gespeichertes Wasser, Kohle, nukleare Brennstoffe, Öl, Erdgas etc.) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt. Die produzierte Elektrizität wird anschliessend an sog. Verbundunternehmen verkauft resp. innerhalb vertikal integrierter Unternehmen weitergegeben. Auf Stufe Verbund werden Hochspannungsnetze (220 oder 380 kV) für den Transport von Strom unterhalten. Dies ist Voraussetzung dafür, dass Elektrizität von Erzeugungsanlagen zu Verteilunternehmen übertragen (transportiert) und damit auch gehandelt (verkauft) werden kann. Die Verbundstufe umfasst Lieferungen und Verkäufe von Strom an Verteilwerke und industrielle Grossabnehmer, den Binnenhandel zwischen den Verbundunternehmen zur Ausgleichung von Überkapazitäten und Mankos sowie dank der fast europaweit zusammengeschlossenen Netze zudem einen Aussenhandel. Auf Stufe Verteilung/Vertrieb sind einerseits Unternehmen tätig, die ein Verteilnetz für den Transport von Strom mittlerer oder niedriger Spannung an die Endverbraucher unterhalten. Andererseits wird auf dieser Stufe Strom via Verteilnetze an die Endverbraucher verteilt resp. geliefert und verkauft.

35. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses ist die obige Unterteilung insofern anzupassen, als der Energieträger Elektrizität getrennt von den Infrastrukturbereichen für die Transporte von Elektrizität zu betrachten ist.

#### 3.1.1.1 Das Produkt Elektrizität

36. Im Falle von Elektrizitätsunternehmen, die vertikal integriert auf sämtlichen obengenannten Stufen aktiv sind, besteht die Marktgegenseite aus den Endverbrauchern (Industrie-, Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe, Haushalte etc.). Diese benützen Strom für die Erzeugung von Wärme, die Verrichtung von mechanischer Arbeit, die Erzeugung von Licht sowie die Elektrolyse.

37. Für die Elektrolyse gibt es kein Substitut zu Elektrizität. Obwohl für die Lichtgewinnung auch Gas und Öl direkt genutzt werden könnten, unterscheiden sich diese Energieträger bezüglich ihrer Eigenschaften von Strom und sind daher nicht substituierbar. Auch im Bereich der Verrichtung von mechanischer Arbeit (z.B. Haushaltgeräte, Antrieb von Maschinen) besitzt Strom, dort wo er verwendet wird,

Nutzungsvorteile, die von anderen Energieträgern kaum erreicht werden. Was die Wärmeerzeugung betrifft, kommt der Elektrizität nur in den Sparten Kochen und Warmwasseraufbereitung eine gewisse Bedeutung zu. Im Sektor Kochen ist Strom wichtigster Energieträger, der Konkurrent (Erd-)Gas spielt eine untergeordnete Rolle.

38. Da Strom in vielen Bereichen (bspw. für die Lichtgewinnung und die Verrichtung mechanischer Arbeit) praktisch konkurrenzlos ist, hat der Stromanbieter auch in anderen Bereichen (bspw. Kochen, Warmwasseraufbereitung) gegenüber dem ebenfalls leitungsgebundenen Gas einen sehr guten Zugang zum Endverbraucher.

39. Für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses wird daher davon ausgegangen, dass Strom aus Sicht der Endverbraucher faktisch nicht durch andere Energieträger ersetzt werden kann.

40. Bei Unternehmen, die nur auf einer oder zwei der Stufen Erzeugung, Verbund und Verteilung/Vertrieb tätig sind, bestehen die Marktgegenseiten entweder aus einer oder zwei dieser Stufen oder aus den Endverbrauchern und einer dieser drei Stufen. Nach erfolgter Öffnung werden zudem die Endverbraucher zur direkten Marktgegenseite der Erzeuger werden.

41. Auf den Übertragungs- und Verteilnetzen kann nur Elektrizität transportiert werden. Daher fragen die Übertragungs- und Verteilunternehmen nur Strom nach. Umgekehrt kann Elektrizität auch nur auf den Übertragungs- und Verteilnetzen transportiert werden. Die Erzeuger fragen daher lediglich die Transportleistung der Übertragungs- und Verteilunternehmen nach. Die im Handel tätigen Verbundunternehmen fragen ebenfalls lediglich Elektrizität nach, da sie ihre Mankos nur damit decken können.

42. Daraus ergibt sich, dass es für keine der jeweils betroffenen Marktgegenseiten Substitute zum Produkt Elektrizität gibt und daher der Markt für Elektrizität einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt.

43. Sollte sich bei dieser engen Marktabgrenzung zeigen, dass sich durch den Zusammenschluss keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, dann gilt diese Folgerung umso mehr bei einer mehrere Energieträger umfassenden Marktabgrenzung.

#### 3.1.1.2 Der Transport von Elektrizität

44. Da Elektrizität leitungsgebunden und nicht lagerfähig ist, ist der Endverbraucher von Elektrizität auf eine Netzinfrastruktur angewiesen, die Erzeugungsanlagen mit seinem eigenen Anschluss verbindet. Der Endverbraucher fragt demnach zusätzlich zum Produkt Strom eine Transportleistung nach.

45. Die Anbieter oder Nachfrager von Strom auf den verschiedenen Stufen können Strom lediglich mittels Elektrizitätsübertragungs- resp. -verteilnetzen vertreiben oder beziehen. Andere Netze oder Transportwege stehen nicht zur Verfügung. Über Hochspannungsleitungen können nur Transporte von Elektrizität mit hoher Spannung erfolgen. Damit Elektrizität anschliessend an diejenigen Endverbraucher, die keine eigenen Transformatoren haben, verteilt werden kann, muss die Spannung der übertragenen Elektrizität reduziert werden. Die Verteilnetze können keine Elektrizität hoher Spannung verteilen. Aus technischen Gründen sind daher Übertragungsleitungen und Verteilungen nicht substituierbar. Die Übertragung und die Verteilung stellen folglich zwei separate Märkte dar.

46. Als sachlich relevante Märkte gelten in vorliegendem Fall folglich nebst dem Markt für Elektrizität die Märkte für die Übertragung von Elektrizität sowie die Märkte für die Verteilung von Elektrizität.

#### 3.1.1.3 Verbindungen zwischen den sachlich relevanten Märkten

47. Die drei im vorliegenden Fall relevanten Märkte stehen in enger Verbindung zueinander. Die Märkte für die Übertragung und die Verteilung von Elektrizität sind Voraussetzung dafür, dass Lieferungen sowie An- und Verkäufe von Elektrizität durchgeführt werden können und folglich auch dafür, dass ein Austausch des Produktes Elektrizität stattfinden kann.

48. Obwohl der Bereich der Übertragung von Elektrizität einen eigenen Markt darstellt, ist bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses von vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen auch zu analysieren, ob dadurch allenfalls die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Elektrizität verändert werden. Dies deshalb, weil der Zugang zum Markt für die Übertragung Voraussetzung ist für Tätigkeiten auf dem Markt für Elektrizität.

### 3.1.2 Räumlich relevante Märkte

49. 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 lit. b VKU).

#### 3.1.2.1 Markt für Elektrizität

50. Die sieben Schweizer Verbundunternehmen beziehen einen Grossteil ihres Stromes aus Erzeugungsanlagen, die ihnen gehören oder an denen sie beteiligt sind. Jene Erzeugungsanlagen, die nicht einer vertikal integrierten Verbundunternehmung gehören, haben ihre Lieferpflichten häufig in langfristigen Verträgen geregelt. Die Erzeuger liefern meist an dasjenige Verbundunternehmen, mit dem sie über Übertragungsleitungen verbunden sind. Die Verbundunternehmen beziehen ihren Strom daher oft von Erzeugungsanlagen, die sich in ihrem Verbundgebiet befinden. Somit wären die Märkte für

Elektrizität regional zu definieren und würden jeweils das Regelgebiet eines Verbundunternehmens umfassen.

51. Teilweise beziehen jedoch die Verbundunternehmen auf dem wettbewerblich organisierten Binnenmarkt Strom von anderen Verbundunternehmen. Dies würde dafür sprechen, den räumlich relevanten Markt auf die ganze Schweiz auszudehnen.

52. Weiter verfügen die Verbundgesellschaften über einige langfristige Lieferverträge mit ausländischen - vor allem französischen - Erzeugungsunternehmen. Zudem decken sich die Verbundunternehmen je nach Tages- und Jahreszeit mehr oder weniger umfangreich bei ausländischen Verbundunternehmen ein. In dieser Hinsicht wäre der Markt für Elektrizität international zu definieren.

53. Würde die Analyse der Marktstellungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zeigen, dass sich durch den Zusammenschluss bei einer der oben in Erwägung gezogenen Marktabgrenzungen Anhaltspunkte für die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben würden, wäre auf die Definition der räumlich relevanten Märkte zurückzukommen. Ansonsten muss diese Frage im vorliegenden Fall nicht abschliessend geklärt werden.

### 3.1.2.2 Märkte für die Übertragung von Elektrizität

54. Übertragungsleitungen stellen grundsätzlich natürliche Monopole oder allenfalls Oligopole dar. Aus diesem Grund gibt es in der Schweiz kaum parallele Netze. Falls ein Erzeuger Strom von seiner Produktionsstätte zu einem bestimmten Verteilwerk oder einem industriellen Grosskonsumenten transportieren will, ist er daher in gewissen Fällen auf ein Durchleitungsrecht auf einer bestimmten Transportleitung angewiesen. Wird ihm dieser Zugang verweigert, können die Alternativen für die Durchleitung über Umwege begrenzt sein, da sich Strom innerhalb eines Netzes auf dem Weg des geringsten Widerstandes ausbreitet. Auch wenn eine Durchleitung vertraglich über eine bestimmte Leitung abläuft, werden daher in der Realität oft auch die Kapazitäten anderer Leitungen beeinträchtigt, ohne dass der effektive Verbreitungsweg der Elektronen festgestellt werden kann.

55. Die Verbundunternehmen betreiben daher ihre Netze gemeinsam im Rahmen einer einfachen Gesellschaft. Innerhalb dieses Verbundes räumen sich die Unternehmen gegenseitig Transportrechte ein und führen auf Begehren hin bei verfügbaren Kapazitäten Durchleitungen für Dritte durch. Gegenseitige Durchleitung gewähren sich die Verbundunternehmen deshalb, weil sie für ihre vielfältigen Handelsgeschäfte auf die Leitungen der Verbundpartner angewiesen sind. Keines der Verbundunternehmen kann seine Geschäfte ausschliesslich auf eigenen Übertragungsleitungen durchführen.

56. Die Stromübertragungsnetze der Schweiz sind mit den Netzen weiterer elf westeuropäischer Staaten in der UCPTÉ (Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Électricité) zusammengeschlossen. In diesem Verbund spielt die Schweiz aufgrund ihrer geografischen Lage eine wichtige Rolle. Die schweizerischen Teilnehmer am europäischen Stromverbund wenden die Transitrichtlinie der EU (Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über grosse Netze) autonom an, da sie ihnen den Stromhandel mit Nicht-Nachbarländern erleichtert. Diese Richtlinie zwingt Betreiber von grossen Elektrizitätsnetzen, Strom für Dritte zu transitieren, soweit Transportkapazitäten vorhanden sind.

57. Aus technischen Gründen sind folglich auch bei Bestehen eines dichten zusammengeschalteten Netzes Beispiele von Einspeise- und Entnahmeknoten denkbar, zwischen denen Stromflüsse nur auf einer bestimmten Leitung erfolgen können. Daneben gibt es aber auch Beispiele von weit auseinander gelegenen Einspeise- und Entnahmeknoten, zwischen denen Elektrizität auf mehreren alternativen Übertragungsleitungen transportiert werden kann. Generelle Aussagen über die räumliche Ausdehnung von Übertragungsmärkten sind daher nicht zu machen. Jeder Einzelfall einer Zusammenlegung von parallelen oder benachbarten Übertragungsleitungen ist daher gesondert zu betrachten.

### 3.1.2.3 Märkte für die Verteilung von Elektrizität

58. Die Endverbraucher beziehen den Strom aufgrund der Leitungsgebundenheit als Niederspannungsabonnenten über das lokale Verteilnetz. Die Wahl zwischen verschiedenen Verteilunternehmen steht ihnen aufgrund der natürlichen Netzmonopole nicht offen. Für die Endverbraucher beschränkt sich der räumliche Markt der Stromverteilung daher auf den lokalen Netzanschluss. Die räumlich relevanten Märkte für die Stromverteilung sind daher lokal zu definieren.

## 3.2 Marktstellung

### 3.2.1 Wettbewerber

59. Je nach Marktabgrenzung stehen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den drei Marktstufen zu verschiedenen Wettbewerbern in Konkurrenz. Dazu sind aber auf allen Stufen in erster Linie die Verbundunternehmen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG (BKW), SA l'Énergie de l'Ouest-Suisse (EOS) und das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) zu zählen, welche zusammen rund 2/3 der gesamtschweizerischen Produktion auf sich vereinigen. Über Atel, die über Versorgungsgebiete in der Region Olten sowie im Tessin verfügt, laufen 46% des schweizerischen Stromaussehens. Atel ist kürzlich eine Allianz mit der Electricité de France und der deutschen RWE, zwei grossen europäischen Ener-

gieunternehmen, eingegangen. Atel verkauft und transportiert gegenwärtig rund 30'000 GWh Strom pro Jahr und besitzt mit den Gotthard- und Lukmanier-Leitungen wichtige Nord-Süd-Verbindungen. Die EOS betreibt ein Versorgungsgebiet in der Westschweiz, besitzt Transportleitungen nach Italien und Frankreich und hat 1996 12,7% des schweizerischen Aussenhandels getätigt. Das Versorgungsgebiet der BKW, die einen Anteil von 4% am Aussenhandel hat, umfasst im wesentlichen den Kanton Bern. Die EOS und die BKW verfügen als Schweizer Stromhandelsgesellschaften ebenfalls über durchgängige Netzverbindungen durch die Schweiz.

### **3.2.2 Markt für Elektrizität**

60. Falls die Elektrizitätsmärkte regional zu definieren sind, verfügen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in ihrem Verbundgebiet bereits vor dem Zusammenschluss über marktbeherrschende Stellungen, die durch den Zusammenschluss nicht verstärkt werden.

61. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben 1996 37,3% der gesamthaft im Inland produzierten Elektrizität von 55'120 GWh hergestellt. Davon stammten 23,4% von der NOK, 6,4% von der CKW, 5% von der EGL sowie 1,7% von der KWL und 0,9% von der KWR. Durch den Zusammenschluss werden die beteiligten Unternehmen lediglich ihre Beteiligungen an den Kraftwerken Mauvoisin, Sitten, (48,8% Watt und 19,5% NOK) und an den Kernkraftwerken Gösigen-Däniken (12,5% Watt und 25% NOK) und Leibstadt (41% Watt und 8,5% NOK) erhöhen. Lediglich am Kraftwerk Mauvoisin werden Watt und NOK nach dem Zusammenschluss eine Mehrheitsbeteiligung haben. Die Zahl der Verbundunternehmen, die sich die Überschüsse gegenseitig abnehmen resp. die Mankos eindecken, wird sich durch den Zusammenschluss von sieben auf fünf (Atel, EWZ, EOS, BKW sowie die Gruppe NOK, EGL und CKW) reduzieren.

62. Falls der räumlich relevante Markt auf die Schweiz beschränkt würde, würde durch den Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt.

63. Der internationale Stromhandel findet innerhalb des UCPT-Verbundes statt. Auf alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im In- und Ausland entfällt zusammen ein Anteil von rund 10% am gesamten UCPT-Verbundaustausch. Vom Austausch der Schweiz mit dem Ausland entfallen 27% auf die EGL und 9,7% auf die NOK. Am gesamten UCPT-Verbundaustausch entspricht dies Anteilen von 4% und 1,5%. Die Schweiz hat 1996 18'930 GWh Strom nach Italien exportiert. Davon wurden 27,7% von der EGL und 12,6% von der NOK geliefert. Die BAG, die BW und die EVS sind am Handel mit Italien nicht oder nur minim beteiligt. Nach Deutschland hat die Schweiz 1996 5'536 GWh exportiert. Die EGL hat 1995/96 1'782 GWh (32%) geliefert, die NOK 950 GWh (17%).

64. Falls man den räumlich relevanten Markt international definiert, wird durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt.

65. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass bei jeder der möglichen Marktabgrenzungen durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt wird.

### **3.2.3 Märkte für die Übertragung von Elektrizität**

66. Von jenen räumlichen Märkten, in denen heute substituierbare Netze bestehen, ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses einzig der Markt für die Übertragung von Elektrizität von der Schweiz nach Deutschland von Bedeutung, da der Zusammenschluss nur dort zu einer zu prüfenden Addition von Marktanteilen führt.

67. Die EGL verfügt gegenwärtig über 78% der Leitungskapazitäten über die deutsch-schweizerische Landesgrenze. Mit den Leitungen zwischen Beznau und Tiengen sind 11% der Übertragungskapazitäten in den Händen der NOK. Somit kommt es durch den Zusammenschluss zu einer Addition von Durchleitungskapazitäten auf 89%.

68. Die über den Rhein führenden Übertragungsleitungen zwischen der Schweiz und Deutschland stellen aus technischen Gründen im Prinzip einen eigenen räumlich relevanten Markt dar. Aufgrund der Spannungsverhältnisse im Netz ist ein Stromtransport von der Schweiz nach Deutschland via Frankreich oder Österreich nicht möglich.

69. EGL und NOK sind Partner des UCPT-Verbandes und verpflichten sich als solche dazu, Durchleitungsbegehren anderer Verbundunternehmen nicht abzulehnen. Bezogen auf die Schweiz lehnen die EGL und die NOK Durchleitungsbegehren - bei Vorhandensein von Kapazitäten - anderer Verbundunternehmen nicht ab, weil sie ihrerseits bspw. für alpenüberquerende Transporte auf Durchleitungsrechte bei Atel angewiesen sind.

70. Auf den Übertragungsleitungen Schweiz - Deutschland bestehen keine Kapazitätsengpässe, die Durchleitungen Dritter beschränken könnten. Aus Eigeninteressen werden demnach die EGL und die NOK auch nach dem Zusammenschluss ihre Stellung auf dem Übertragungsmarkt Schweiz - Deutschland nicht dazu benützen, andere Unternehmen in der Ausübung ihrer Tätigkeiten zu behindern.

71. Zudem beeinflusst ein Elektrizitätstransport, der vertraglich über eine EGL-Leitung abgewickelt wird, in der Realität auch die Kapazitäten der NOK-Leitungen und umgekehrt. Dadurch stehen die EGL und die NOK technisch bedingt bereits vor dem Zusammenschluss in einer gewissen Abhängigkeit zueinander und können nicht als eigentliche Konkurrenten betrachtet werden.

72. Aus diesen Gründen kann man folgern, dass einerseits die NOK und die EGL - was den Übertragungsmarkt Schweiz - Deutschland anbelangt - bereits vor dem Zusammenschluss nicht eigentliche Konkurrenten waren. Andererseits werden diese beiden Unternehmen nach dem Zusammenschluss ihre Position auf diesem Markt nicht dazu benutzen können, sich unabhängig zu verhalten und Durchleitungsbegehren unter dem Vorwand von Kapazitätsengpässen abzulehnen.

73. Die Addition der Kapazitäten auf der Strecke Schweiz - Deutschland führt daher weder auf diesem Übertragungsmarkt noch auf dem Markt für Elektrizität zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

#### **3.2.4 Märkte für die Verteilung von Elektrizität**

74. Von den am Zusammenschluss beteiligten Schweizer Unternehmen betreibt einzig die CKW in ihrem Versorgungsgebiet ein grösseres eigenes Verteilungsnetz bis zum Endverbraucher. Die NOK liefert ihren Strom mittels unkündbaren oder langfristigen Verträgen an Verteilwerke in der Ostschweiz.

75. Durch den Zusammenschluss wird sich in der Region Ostschweiz/Baden-Württemberg ein grösseres zusammenhängendes Versorgungsgebiet ergeben, welches sich aus den heutigen Gebieten der BW, EVS, CKW und der Vertragspartner der NOK und der EGL zusammensetzen wird.

76. Da es sich bei den Verteilunternehmen aber um natürliche Monopole handelt und in jedem Versorgungsgebiet nur je ein Unternehmen tätig ist, hat jedes Verteilunternehmen in seinem Gebiet bereits vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 100%. Durch den Zusammenschluss werden sich keine Veränderungen der Marktpositionen und somit der Wettbewerbsverhältnisse ergeben, da die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen, lokal zu definierenden Märkten tätig sind.

77. Durch vertikale Integration kann es gelingen, bestehende Positionen zu sichern. So könnten Kraftwerke Kundengruppen, sprich Versorgungsunternehmen, auch nach einer eventuellen Liberalisierung an sich binden, wenn sie über diese Verteiler die Kontrolle erwerben. Im vorliegenden Fall verhält es sich allerdings so, dass die am Zusammenschluss Beteiligten entweder bereits vertikal integrierte Unternehmen sind (CKW) oder in ihren Versorgungsgebieten aufgrund von unbefristeten oder langfristigen Verträgen mit Erzeugungs- und Verteilunternehmen (NOK) bereits heute über abgesicherte Positionen verfügen. Der Zusammenschluss bewirkt daher keine neue Integration von Kraftwerken mit Verteilunternehmen. Eine zusätzliche Absicherung bestehender Positionen ist daher nicht zu erkennen.

78. Es sind folglich keine Anhaltspunkte auszumachen, wonach der Zusammenschluss auf den Märkten für die Verteilung von Elektrizität marktbeherrschende Stellungen begründen oder verstärken würde.

#### **4 Ergebnis**

79. Bei der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlusses wurden keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erkannt.

80. Es wird deshalb festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Einleitung des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 KG nicht gegeben sind.

### **B 2.2 7. Fastbox Ticketservice AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 1997*

#### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 20. November 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist folgendes beabsichtigt: Die Credit Suisse (CS), Zürich, und die Schweizerische Bankgesellschaft (UBS), Zürich, gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, die Fastbox Ticketservice AG (FTAG), Wallisellen.

2. Die am Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen sind die CS, die UBS und die FTAG. Die CS und die UBS gründen die FTAG mit Sitz in Wallisellen als Gemeinschaftsunternehmen mit und zu dem Zweck, einen Unternehmensteil einer bestehenden einfachen Gesellschaft zu übernehmen, an welcher die CS als Gesellschafterin beteiligt ist resp. war. Gesellschafter der einfachen Gesellschaft neben der CS waren die IBM (Schweiz) AG, Zürich, und die Valora Holding AG, Bern. Die einfache Gesellschaft wurde in der Zwischenzeit liquidiert, sämtliche Rechte an Sachen und Forderungen, soweit daran gemeinsame Rechte der ehemaligen Gesellschafter bestanden, wurden gemäss Auseinandersetzungsvertrag unter den Gesellschaftern auf die CS übertragen. Der Unternehmensteil «Ticketing» der liquidierten einfachen Gesellschaft «Fastbox» soll gemäss Übernahmevertrag von der CS der FTAG übertragen werden. Der Vollzug des Übernahmevertrages steht unter der Bedingung eines positiven Entscheids seitens der Wettbewerbskommission.

3. Die CS und die UBS betreiben beide eine Universalbank mit allen Arten von Bank-, Finanz-, Beratungs- und Handelsgeschäften im In-

und Ausland. Im übrigen sind die Geschäftstätigkeiten der CS und der UBS hinreichend bekannt.

4. Sowohl die CS als auch die UBS unterstützen als Sponsoren Sport- und Kulturveranstaltungen aller Art. Seit je haben sie bestimmte Kontingente von Tickets für die gesponserten Veranstaltungen an ihren Bankschaltern verkauft. Diese Art von Vertrieb ist jedoch sehr teuer, weshalb sich beide Banken entschlossen, den Vertrieb über einen spezialisierten Dritten zu organisieren.

5. Die FTAG bezweckt den Betrieb einer Ticketorganisation, den Vertrieb von Tickets, die Verwaltung von Absatzkanälen, die Entwicklung von Ticketingsoftware, den Vertrieb von Softwarelizenzen, den Betrieb eines Rechenzentrums sowie das Erbringen von Dienstleistungen im Bereich des Veranstaltungsmarketings und aller artverwandter Tätigkeiten.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

6. Bei vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG und Art. 2 VKU.

7. Die CS und die UBS halten zu je 50% das Aktienkapital der FTAG. Weder die Statuten noch das Organisationsreglement räumen einer Partei das Recht oder die Möglichkeit ein, die andere in wichtigen Entscheiden zu überstimmen. In absehbarer Zukunft ist keine Änderung dieser gemeinsamen Kontrolle vorgesehen.

8. Wie aus den Statuten der FTAG ersichtlich ist, wird sie auf Dauer alle Funktionen einer wirtschaftlichen Einheit erfüllen (Art. 2 Abs. 1 VKU). Zudem bringt die CS ihre Geschäftstätigkeit aus der einfachen Gesellschaft Fastbox in das Gemeinschaftsunternehmen ein (Art. 2 Abs. 2 VKU).

### **2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

9. Die am Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen sind die CS, die UBS und die FTAG. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen sind höher als die Schwellenwerte in Art. 9 Abs. 1 KG. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

## **3 Zuständigkeit der Eidgenössischen Bankenkommission**

10. Die CS und die UBS sind Banken im Sinne des Bankengesetzes. Gemäss Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU muss die Eidgenössische Bankenkommission über Zusammenschlussvorhaben von Banken durch die Wettbewerbskommission benachrichtigt werden.

11. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um einen Zusammenschluss von Banken im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG. Da jedoch die CS

und die UBS beteiligte Unternehmen sind, hat die Wettbewerbskommission die Bankenkommission über das Zusammenschlussvorhaben trotzdem informiert.

#### **4 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

##### **4.1 Der relevante Markt**

###### **4.1.1 Sachlich relevante Märkte**

12. Die Marktgegenseite der beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU sind im vorliegenden Fall die Organisatoren von Veranstaltungen aller Art. Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes können verschiedene Möglichkeiten in Betracht gezogen werden: Als sachlich relevanter Markt kann in erster Linie der Markt für den Vertrieb von Tickets für Veranstaltungen aller Art, wie Sport- oder kulturelle Veranstaltungen definiert werden. Da aber die FTAG in Zukunft auch weitere Produkte und Dienstleistungen anbieten möchte, wie z.B. Ticketingsoftware und der Vertrieb der entsprechenden Lizenzen oder Dienstleistungen im Bereich Veranstaltungsmarketing, könnten auch für diese spezifischen Produkte und Dienstleistungen eigene sachlich relevante Märkte abgegrenzt werden.

13. Ferner könnte der sachlich relevante Markt auch in Abhängigkeit der nationalen, regionalen oder lokalen Bedeutung des jeweiligen Anlasses definiert werden.

14. Im vorliegenden Fall kann aber von einer genauen sachlichen Marktabgrenzung abgesehen werden, weil selbst bei den engsten wie auch bei allen weiteren sachlichen Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszumachen sind.

###### **4.1.3 Räumlich relevante Märkte**

15. Da die FTAG keine lokalen oder regionalen Schwerpunkte hat, kann der Beurteilung eine räumliche Marktabgrenzung zugrunde gelegt werden, welche die Schweiz umfasst.

##### **4.2 Marktstellung**

16. Vom Zusammenschluss betroffen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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. Werden diese Schwellen nicht erreicht, erübrigt sich eine nähere Prüfung, weil die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses in diesen Märkten vermutet wird (vgl. folgende RZn).

###### **4.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber**

17. Verlässliche Angaben über Marktvolumen und Marktanteile liegen nicht vor.

18. Die von der CS und der UBS geschätzten Marktanteile betragen:

<b>Organisation</b>	<b>Inhaber</b>	<b>Ticketvolumen in CHF</b>	<b>in %</b>
Ticketcorner	Schweizerischer Bankverein	ca. 1,5 Mio.	11,94
Billetel	Verein. Kulturhäu- ser Westschweiz	ca. 1,0 Mio.	7,96
Ticketline AG	W. Koch	ca. 1,0 Mio.	7,96
Fastbox Ticketser- vice AG	CS/UBS	ca. 0,6 Mio.	4,78
SBB	SBB	ca. 0,3 Mio.	2,39
Swisscom	Swisscom	ca. 0,1 Mio.	0,8
OBS Ticketphone	F. Bürger	ca. 0,03 Mio.	0,24
Ticketservice	K. Widmer	ca. 0,03 Mio.	0,24
Diverse (u.a. Eigen- vertrieb)		ca. 8,0 Mio.	63,69
<b>Total</b>		<b>ca.12,56 Mio.</b>	<b>100,00</b>

19. Die CS und die UBS schätzen, dass z.Z. nur ca. ein Drittel aller Tickets über spezialisierte Vertriebsorganisationen abgesetzt werden.

20. Falls die Dienstleistungen, die unter «Diverse (u.a. Eigenvertrieb)» subsumiert werden, für die Veranstalter keine Substitute zu den Dienstleistungen der spezialisierten Vertriebsorganisationen darstellen würden, würden sich folgende Marktanteile ergeben:

- TicketCorner ca. 32,89%
- Fastbox Ticketservice AG ca. 13,16%.

21. Auch mit dieser Berechnung würden sich keine Marktanteile von über 20% für die Fastbox Ticketservice AG ergeben.

22. Die Swisscom und die SBB könnten in Zukunft ihre Aktivitäten auf dem Markt für den Vertrieb von Tickets ohne weiteres ausbauen, da sie bereits über geeignete Verkaufsstellen verfügen.

#### **4.2.2 Auswirkungen der Fusion UBS / SBV**

23. Am 8.Dezember 1997 haben die beiden Grossbanken UBS und SBV ihre Fusion in der Presse angekündigt. Inwieweit diese Fusion die

beiden Ticketingorganisationen Fastbox Ticketservice AG und Ticketcorner betreffen wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht klar. Aus diesem Grund kann mit den zur Zeit vorliegenden Informationen nicht näher auf diesen Aspekt eingegangen werden.

#### **4.3 Ergebnis**

1. Der Zusammenschluss führt bloss zu einer marginalen Addition von Marktanteilen. Zudem sind die Marktanteile der FTAG gering. Es existiert eine grosse Anzahl ernstzunehmender Wettbewerber, die den Verhaltensspielraum der FTAG wirksam begrenzen.

2. 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. Stellungnahmen** Préavis Preavvisi

#### **B 2.3 1. Revision des Luzerner Beurkundungsgesetzes**

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 KG.*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 et art. 45 al 2 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cvp. 2 e art. 45 cvp. 2 LCart.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. November 1997*

#### **1 Allgemeine Bemerkungen zum gemischten System**

1. Der Kanton Luzern kennt im Notariatswesen das gemischte System, in dem das freie Notariat der Anwälte und das Amtsnotariat der Gemeindeschreiber nebeneinander bestehen. Die beiden Gruppen von Notaren sind in denselben Bereichen befugt, notarielle Dienstleistungen anzubieten. Eine Aufteilung der Sachzuständigkeiten existiert somit nicht, so dass die Angehörigen beider Berufsgruppen in direkter Konkurrenz stehen (vgl. §§ 2 ff. BeurkG). Das gemischte System im Kanton Luzern bietet den Gemeindeschreiber-Notaren jedoch zwei Arten von Vorteilen im Wettbewerb.

2. Der erste Vorteil hat mit dem Umstand zu tun, dass der Gemeindeschreiber mitunter in zwei verschiedenen Funktionen tätig ist (z.B. notarielle Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag / Erteilung einer allfälligen späteren Baubewilligung, notarielle Tätigkeit bei der Errichtung einer Hypothek für einen Baukredit / Baubewilligung). Dies kann den Käufer z.B. veranlassen, den Kaufvertrag vom Gemeindeschreiber-Notar beglaubigen zu lassen, da dieser auch die

Erteilung einer allfälligen Baubewilligung durch den Gemeinderat vorbereitet wird. Zwar kommen in solchen Fällen grundsätzlich die Bestimmungen über den Ausstand zur Anwendung (Verhinderung von Interessenkollisionen). Dennoch bietet das gemischte System hier den Gemeindeschreiber-Notaren wettbewerbliche Vorteile.

3. Der zweite Vorteil wird den Gemeindeschreiber-Notaren in gewissen Fällen durch die Gemeinden eingeräumt, indem diese den Gemeindeschreibern ihre Infrastruktur unentgeltlich oder zu sehr günstigen Bedingungen zur Verfügung stellen. Auch in diesem Fall profitiert der Gemeindeschreiber-Notar gegenüber dem freien Notar von Wettbewerbsvorteilen. Diese Problematik wird im folgenden erläutert.

## **2 Die Vergütung für die Benützung der Infrastruktur**

4. Die Gemeindeschreiber-Notare sind zum einen im Dienste der Gemeinde tätig. Zum andern üben sie notarielle Tätigkeiten aus, wofür sie Gebühren erheben. Was die Abgeltungsleistungen der Gemeindeschreiber-Notare an die Gemeinden angeht, kennen laut einer Umfrage des Justizdepartementes 83 der 107 Luzerner Gemeinden zur Zeit eine öffentlich-rechtliche Regelung. Diese Regelungen sind unterschiedlich ausgestaltet. Sie sehen z.B. vor, dass die für notarielle Dienstleistungen beanspruchte Arbeitszeit mit Überzeit kompensiert werden muss, oder dass der Gemeinde Pauschalabgaben bzw. Abgaben pro Geschäft zu leisten sind. Einige Gemeinden kennen Stufentarife, andere befolgen die Richtlinie des Gemeindeammänner-Verbandes betreffend die Abgeltung des Notariats. In einer Gemeinde müssen sämtliche Beurkundungsgebühren der Stadtkasse abgeliefert werden. 24 der 107 Gemeinden regeln die Abgeltung der Notariats-tätigkeit nicht. In einigen davon üben die Gemeindeschreiber keine notariellen Tätigkeiten aus, so dass sich die Frage der Abgeltung nicht stellt. Andere belassen den Gemeindeschreibern die Einkünfte ohne eine Gegenleistung.

5. Somit profitieren die Gemeindeschreiber-Notare in gewissen Gemeinden von der ihnen für die Notariatstätigkeit unentgeltlich zur Verfügung stehenden Infrastruktur. Der Gemeindeschreiber-Notar hat, indem er die Infrastruktur unentgeltlich zur Verfügung stellt, nämlich nicht nur mehr Flexibilität bei der Festlegung des Entgelts für die nicht in der Beurkundungsgebühr enthaltenen Tätigkeiten. Zusätzlich hat er bei der Festlegung der Beurkundungsgebühr, für welche regelmässig bloss ein Rahmen festgesetzt ist, eher die Möglichkeit, den Preis nach unten anzupassen. Diese Vorteile sind geeignet, den Preiswettbewerb zu verfälschen.

6. Im Zuge einer 1996 vorgelegten Revision des Beurkundungsgesetzes und einer damit zusammenhängenden Änderung des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege wurde ein Antrag Schelbert zu § 52 mit folgendem Wortlaut gestellt: «Die Vergütungen der Notare ge-

mäss § 5 Abs. 1b und c sind dem Gemeinwesen abzugeben». Eine solche Bestimmung hätte zur Folge, dass den Gemeindeschreibern die Einkünfte aus dem Notariat in allen Gemeinden entzogen würden und somit eine über alle Gemeinden einheitliche Regelung der Abgeltung entstünde. Die Nachteile der freien Notare im Wettbewerb würden durch diese Regelung jedoch nicht beseitigt.

7. Die erste Lesung der Änderung des Beurkundungsgesetzes im Parlament hat in der Frage der Abgeltung für die Benützung der gemeindeeigenen Infrastruktur zu folgender Regelung geführt: «Die Gemeinden haben mit ihren Notaren gemäss § 5 Abs. 1b und c schriftliche Vereinbarungen über die Abgeltung der Notariatstätigkeit abzuschliessen». Gemäss dieser Fassung des § 52 Abs. 4 BeurkG wären die Gemeindeschreiber-Notare zwar verpflichtet, einen Teil ihrer Vergütungen der Gemeinde zurückzuerstatten. Allerdings lässt diese Formulierung den Gemeinden einen allzu grossen Ermessensspielraum in der konkreten Ausgestaltung der Abgeltungsregelung. Aus wettbewerblicher Sicht ist diese Regelung daher ungenügend.

8. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission muss eine Verfälschung des Preiswettbewerbs im Bereich der notariellen Tätigkeit möglichst verhindert werden. Daher gilt es sicherzustellen, dass bei der Notariatstätigkeit der Gemeindeschreiber keinerlei Quersubventionierung zwischen Gemeindeaufgaben und -lasten und notarieller Tätigkeit erfolgt. Die vollen Kosten der Notariatstätigkeit (Büro, Personal, Material) müssen daher ausgewiesen und den Gemeindeschreiber-Notaren angelastet werden.

### **3 Schlussfolgerung**

9. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass der Wettbewerb zwischen freien Notaren und Gemeindeschreiber-Notaren im gemischten System des Luzerner Notariats in einzelnen Aspekten verfälscht wird. Dies gilt insbesondere für die durch das gemischte System entstehenden Vorteile zugunsten der Gemeindeschreiber-Notare durch deren doppelte Funktion sowie für die Nachteile, die den freien Notaren im Verhältnis zu den Gemeindeschreiber-Notaren wegen der unentgeltlichen Zurverfügungstellung oder der nur teilweisen Abgeltung der Infrastruktur der Gemeinde erwachsen.

### **4 Empfehlung und Stellungnahme der Wettbewerbskommission**

10. Gestützt auf die obigen Ausführungen und auf Art. 45 Abs. 2 und 46 Abs. 2 KG empfiehlt die Wettbewerbskommission den zuständigen Luzerner Behörden

- die nötigen Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass bei der notariellen Tätigkeit der Gemeindeschreiber-Notare keinerlei Quersubventionierungen erfolgen können;

- den Entwurf des § 52 Abs. 4 BeurkG wie folgt zu ergänzen: «Die Gemeinden sorgen dafür, dass die vollen Kosten dieser Tätigkeit (Büro, Personal, Material etc.) ausgewiesen und abgegolten werden».

## B 2.3 **2. Projet de Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (pLLCA) - Résultats de la procédure de consultation et suite des travaux**

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 KG.*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 et art. 45 al 2 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cvp. 2 e art. 45 cvp. 2 LCart.*

*(cf. aussi p. 582 ss ci-dessous)*

Sur la base des résultats de la procédure de consultation, les auteurs du projet ont proposé au Conseil fédéral «d'examiner avec la Commission de la concurrence si la loi doit contenir une disposition interdisant les tarifs étatiques en la matière. Ils ont aussi demandé à la Commission de se prononcer sur la question de l'indépendance de l'avocat.»

### **1 Les tarifs étatiques**

1. En matière d'honoraires d'avocats, il n'existe pas en Suisse une solution unique. Il conviendrait d'examiner chaque canton séparément. Le montant des honoraires est le plus souvent influencé par des tarifs conventionnels et étatiques. Si la loi sur les cartels est pleinement applicable aux premiers, la Commission de la concurrence ne peut émettre que des recommandations à l'égard des seconds (art. 3 al. 1 LCart en relation avec les art. 45 et 46 LCart). La proposition qui vise donc à introduire une disposition interdisant les tarifs étatiques permettrait en quelque sorte de rendre la législation cantonale compatible avec la LCart.

2. S'agissant des tarifs étatiques, il est possible, en généralisant, de décrire trois situations (cf. P. Tercier, Les avocats et la concurrence, in L'avocat suisse SAV/FSA 160/1996, p. 8 ss):

- La première est celle où les tarifs étatiques sont arrêtés par le gouvernement et l'administration en application d'une compétence légale. Ces lois fixent alors les frais et dépens des avocats pour leur activité juridictionnelle et les montants qui y figurent sont obligatoires (p. ex. § 2 Anwaltstarif des Kantons Aargau). Dans certains cas, la loi contraint même les avocats à se contenter des honoraires qui leur sont dus selon le tarif (p. ex. art. 29 al. 2 Loi jurassienne sur la profession d'avocat). Dans ces cantons, l'avocat n'est pas autorisé à établir une facture séparée envers

son client pour le cas où le montant alloué par le juge ne correspondrait pas à ses honoraires effectifs. De tels tarifs limitent indéniablement la concurrence entre les avocats.

- La seconde est celle où les législations cantonales, tout en autorisant l'avocat à établir sa facture envers son client indépendamment de la taxation étatique, fixent les honoraires des avocats en fonction du type d'affaires (civiles, pénales, administratives). Même si ces lois sont prioritairement destinées à fournir aux juges et aux autorités de modération des honoraires des lignes directrices leur permettant d'apprécier le montant des honoraires à accorder aux avocats, elles ont surtout pour effet de donner à ceux-ci l'occasion de limiter «officiellement» la concurrence sur les prix qui devrait régner entre eux. De tels tarifs limitent la concurrence entre les avocats dans la mesure où ceux-ci auront tendance à s'y référer.<sup>1</sup>
- La troisième est celle du canton de Genève où il n'existe aucune loi cantonale fixant les honoraires des avocats en matière judiciaire et extrajudiciaire. Dans ce canton, l'avocat fixe lui-même ses honoraires compte tenu du travail effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée, du résultat obtenu et de la situation de son client (art. 40 de la Loi genevoise sur la profession d'avocat). Cette solution est la plus libérale puisqu'elle ne fixe pas les honoraires de l'avocat. La Commission de la concurrence penche en faveur de cette troisième solution. Elle permet en effet aux avocats de fixer leurs honoraires en fonction des coûts effectivement supportés par leurs cabinets.

3. L'uniformisation des législations cantonales relatives aux honoraires des avocats constitue une étape importante vers une plus grande libéralisation de ce marché. La Loi sur la libre circulation des avocats permet d'atteindre ce but. Il serait dès lors utile d'éliminer toutes les dispositions cantonales qui fixent un tarif en matière d'honoraires des avocats. La formulation utilisée ci-après par la Commission devrait éviter que les cantons ne fassent que transformer leurs tarifs étatiques en simples recommandations (cf. RPW/DPC 1997/3, p. 389). S'agissant des honoraires des avocats pour les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire, la Commission de la concurrence ne voit pas d'objection à ce que ce domaine soit réglé par les cantons.

1 P ex art 16 al 2 de la Loi sur les avocats du canton de Berne «Pour les travaux effectués par un avocat dans les affaires non contentieuses, l'Association des avocats bernois établira un tarif conventionnel qui s'inspirera des règles d'estimation du décret et sera soumis à l'approbation de la Chambre des avocats»

## 2 L'indépendance de l'avocat

4. Les avocats sont actifs sur plusieurs marchés. Ils représentent les parties en justice, agissent comme conseillers ou gestionnaires. Sur ces deux derniers marchés, les avocats subissent la concurrence d'autres professionnels, notamment des fiduciaires, des conseillers juridiques et parfois aussi des notaires. Sur le marché de la représentation des parties en justice, les avocats conservent le plus souvent une position de monopole. Dans la plupart des cantons, ce droit est accordé aux seuls avocats indépendants.

5. S'agissant de l'indépendance de l'avocat au titre de règle professionnelle fédérale (art. 11 pLLCA), la Commission de la concurrence encourage les auteurs du projet à adopter la solution libérale. Elle estime que la loi devrait garantir de manière uniforme la possibilité de s'inscrire au registre pour tous les avocats qui remplissent les conditions personnelles et de formation (art. 6 et 7 pLLCA). L'indépendance est une notion au contour imprécis qui ne se confond pas avec l'exercice d'une activité à titre indépendant (cf. par ailleurs l'art. 3 al. 2 du tarif du Tribunal fédéral pour les tarifs alloués à la partie adverse, RS 173.119.1). En accordant aussi aux avocats salariés (d'une entreprise) le droit de s'inscrire au registre, le législateur fédéral introduira une concurrence bénéfique sur ce marché, sans toucher au monopole de cette profession dans ce domaine. Toute autre solution reviendrait à confirmer le monopole de l'avocat et à maintenir, dans bien des cas, la distorsion de la concurrence qui existe au seul profit des avocats «indépendants».

## 3 Propositions

6. Par ces motifs, la Commission de la concurrence propose:

- d'introduire un nouvel article 19 pLLCA dont le contenu pourrait être le suivant:  
«Les législations cantonales ne doivent contenir aucun tarif fixant les honoraires des avocats, à l'exception des dispositions relatives aux défenses d'office et aux mandats d'assistance judiciaire.»
- de mentionner dans le rapport explicatif de la LLCA, en rapport avec l'art. 19 nouveau, que «les honoraires des avocats sont fixés par convention entre l'avocat et son client; à défaut, ils le sont conformément aux usages (art. 394 al. 3 CO). Pour ce faire, il peut être tenu compte notamment du travail effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée par l'avocat et de la situation de son client.»
- d'adopter, en matière d'indépendance de l'avocat, la solution libérale.

### B 2.3 **3. Projet de loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives du canton du Valais**

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

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cvp. 2 LCart.*

*(Cf. aussi p. 579 ss ci-dessus)*

*Préavis de la Commission de la concurrence*

#### **1 Tarifs étatiques**

1. L'article 3 du projet prévoit que les dépens alloués par le juge comprennent d'une part une indemnité à la partie pouvant y prétendre et d'autre part, les frais d'avocat (débours et honoraires).

2. Pour toute activité juridictionnelle, les honoraires de l'avocat sont fixés entre un minimum et un maximum, d'après la nature et l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail, le temps utilement consacré par l'avocat, et la situation financière de la partie (art. 26 al. 1er du projet).

3. Ainsi, que ce soit en matière civile, pénale ou publique, le projet de loi prévoit des tarifs étatiques fixant, entre un minimum et un maximum, les honoraires dus aux avocats.

#### **2 Honoraires des avocats**

4. L'expérience a démontré que les tarifs étatiques, tels que prévus dans le projet de loi, ont tendance à servir de référence aux avocats, s'agissant du calcul de leurs honoraires et ce, également pour leurs prestations extra-judiciaires.

5. Un tel système de tarifs étatiques a pour conséquence de limiter directement la concurrence entre avocats; or, sur ce marché également, il serait souhaitable que le jeu de l'offre et de la demande intervienne librement et que les honoraires soient fixés par convention entre l'avocat et son client.

6. L'article 3 alinéa 1er du projet dispose que la décision fixant les dépens ne lie pas l'avocat et son client dans leurs relations internes et partant, réserve à l'avocat la possibilité de réclamer à son client une participation à ses honoraires. Toutefois, de l'avis de la Commission de la concurrence, cette disposition ne parvient pas à elle seule à rétablir un système de concurrence entre les avocats valaisans.

#### **3 Honoraires des avocats d'office**

7. L'avocat d'office accomplit une tâche étatique régie par le droit public cantonal (ATF 122 I 1, consid. 3 et les références citées). Lors de sa désignation, il s'établit, entre l'avocat et l'Etat, un rapport juridique spécial en vertu duquel l'avocat possède contre l'Etat une

prétention de droit public à être rétribué dans le cadre des prestations cantonales applicables. L'autorité dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 118 Ia 134, consid. 2b).

8. Cela étant, la Commission de la concurrence ne voit pas d'objection à ce que les honoraires des avocats pour les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire soient réglés par le canton du Valais.

#### **4 Conclusions**

9. En résumé, les tarifs étatiques prévus par le projet de loi en matière de fixation des dépens restreignent la concurrence entre les avocats valaisans, nonobstant le fait que la décision fixant les dépens n'empêche pas les avocats de demander à leurs clients une participation financière pour leurs honoraires.

10. Il convient de citer l'exemple du canton de Genève, qui ne connaît pas de tarifs étatiques en matière de dépens. Ceux-ci sont fixés par le juge, en fonction de l'importance du travail effectué par l'avocat, de la complexité de l'affaire, de la responsabilité qu'il a assumée, de la situation de son client (art. 40 de la loi genevoise sur la profession d'avocat). Apparemment, cette solution législative ne soulève pas de difficultés particulières.

11. La Commission est d'avis que le système de tarifs étatiques, tel que prévu par le projet de loi valaisan, est superflu et peut dès lors être supprimé. Pour fixer les dépens, l'autorité compétente pourrait se fonder sur les critères prévus par l'article 26 alinéa 1er du projet, pour autant que cette disposition légale soit légèrement adaptée en conséquence.

#### **5 Préavis de la Commission de la concurrence**

Par ces motifs et vu l'art. 46 al. 2 LCart, la Commission de la concurrence recommande aux autorités valaisannes compétentes,

- de supprimer les art. 26 al. 2, 27, 28, 31-40 du projet de loi;
- de modifier l'art. 26 dont la nouvelle teneur pourrait être la suivante:

<sup>1</sup> Les honoraires sont fixés d'après la nature et l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail, le temps utilement consacré par l'avocat, et la situation financière des parties.

<sup>2</sup> Les dépens s'entendent TVA comprise.

- d'adapter les autres dispositions du projet en fonction de ces modifications notamment les dispositions diverses, transitoires et finales du projet de loi.

## B 2.3 4. Teilrevision IKS-Regulativ/IKS-Richtlinien

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

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cvp. 2 LCart.*

*Teilrevision des Regulativs vom 25. Mai 1972 über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel, der Richtlinien der IKS vom 16. Dezember 1977 betreffend Anforderungen an die Dokumentation für die Registrierung von Arzneimitteln der Humanmedizin, der Richtlinien der IKS vom 23. Mai 1997 betreffend Anforderungen an die Dokumentation für die Registrierung von Tierarzneimitteln; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Dezember 1997*

### 1 Allgemeines

1. Die verschiedenen europäischen Arzneimittelordnungen tendieren immer mehr zu einem Einheitsrecht. Verschiedenste Abkommen innerhalb der EU, aber auch solche zwischen der EU und Nicht-EU-Ländern (sogenannten Drittländern) regeln die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend Arzneimittel.

2. Im Hinblick auf die generelle Liberalisierung des Wirtschaftsstandortes Schweiz ist das Bestreben der Schweizer Gesundheitsbehörden, sich diesen Entwicklungen auch im Arzneimittelbereich laufend anzupassen und die entsprechenden schweizerischen Normen eurokompatibel auszugestalten, nicht nur erfreulich, sondern für die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Produkte von existentieller Bedeutung.

3. Sollen die Verfahren im schweizerischen Gesundheitswesen eurokompatibel ausgestaltet werden, so ist es aus wettbewerblicher Sicht unerlässlich, die Umsetzung einer internationalen Regelung, welche der Ausgestaltung der nationalen Regelungen einen gewissen Gestaltungsspielraum offenlässt, so weit als möglich wettbewerbsfreundlich vorzunehmen.

### 2 Zu den einzelnen Bestimmungen

#### 2.1 Erstanmelderschutz

##### 2.1.1 Vorgesehene Regelung

4. Art. 10 Abs. 3 des Regulativs vom 25. Mai 1972 über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (im folgenden Regulativ) soll dahingehend abgeändert bzw. ergänzt werden, dass sich ein Gesuch um Registrierung eines Arzneimittels auf die Ergebnisse eines bereits früher durchgeführten Prüfverfahrens für ein gleiches oder im wesentlichen gleiches Arzneimittel stützen kann.

Voraussetzung hierfür ist, dass

- der frühere Gesuchsteller dem Abstellen auf seine Prüfunterlagen schriftlich zustimmt, oder
- das betreffende Arzneimittel in der Schweiz bereits seit mehr als 10 Jahren zugelassen ist.

5. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um den sogenannten Erstanmelderschutz. Die IKS weist darauf hin, dass der Erstanmelderschutz unabhängig von einem eventuellen patentrechtlichen Schutz besteht. Der Erstanmelderschutz entfaltet seine Wirkung bereits vor der Markteinführung und kommt jeder Firma zu, welche einen neuen Wirkstoff, eine neue Indikation, neue Applikationswege oder neue Dosierungen registrieren lässt.

6. Der Erstanmelderschutz stützt sich auf Art. 39 Abs. 3 TRIPS (Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights, including trade in counterfeit goods). Gemäss dieser Bestimmung werden die WTO-Mitgliedstaaten verpflichtet, vertrauliche Testergebnisse oder sonstige unter erheblichen Anstrengungen erstellte Angaben, welche im Rahmen eines Zulassungsverfahrens für pharmazeutische oder agrochemische Produkte vorgelegt wurden, vor unlauterer gewerblicher Verwendung sowie vor Preisgabe zu schützen. Die freie, unentgeltliche Berufung des Zweitanmelders auf die Registrierungsunterlagen des Erstanmelders wird als unlautere gewerbliche Verwendung i.S.v. Art. 39 Abs. 3 TRIPS betrachtet. Dabei bezieht sich der Erstanmelderschutz sowohl auf die Zweitanmeldung von Originalpräparaten als auch von Generika.

7. Der Schutz beinhaltet zwei zentrale Elemente: Die Dauer und den Umfang. Wie einige andere EU-Staaten sehen die IKS im Regulativ und das EDI im Entwurf zum Heilmittelgesetz (E HMG) eine zehnjährige Schutzfrist vor.

Der Schutz kann sich nicht nur auf neue Wirkstoffe, sondern auch auf neue Indikationen, neue Applikationswege und neue Dosierungen beziehen.

8. In das Kapitel 8 Ziff. 2 der Richtlinien der IKS vom 16. Dezember 1977 betreffend Anforderungen an die Dokumentation für die Registrierung von Arzneimitteln der Humanmedizin, in welchem das Registrierungsverfahren von Arzneimitteln mit bereits registrierten Wirkstoffen näher geregelt wird, wird konsequenterweise ein Vorbehalt zugunsten von Art. 10 Abs. 3 des Regulativs eingeschoben.

### **2.1.2 Beurteilung**

9. Wie bereits in der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Juni 1997 zum E HMG erwähnt, wird die erstregistrierende Firma dem Abstellen auf die von ihr eingereichten Registrierungsunterlagen wohl kaum je zustimmen. Ausnahmen könnten da bestehen,

wo die erstregistrierende Firma z.B. den Vertrieb eines Arzneimittels einzustellen beabsichtigt. Falls ein Zweitmelder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Unterlagen vorzuweisen, bedeutet dies, dass der erstregistrierenden Firma eine zehnjährige Monopolstellung betreffend der von ihr angemeldeten Wirkstoffe, Indikationen, Applikationswege und Dosierungen zukommen wird.

10. Die Interessen der Unternehmen, aus den Resultaten ihrer F+E-Tätigkeit Kapital zu schlagen, sind zwar legitim, jedoch muss zwischen diesem unternehmerischen Interesse und dem Interesse der Allgemeinheit am Wettbewerb unter den Arzneimittelanbietern ein Ausgleich gefunden werden. Ein Vorschlag für diesen Ausgleich stellt die in RZ 12 genannte Frist für den Erstanmelderschutz dar.

11. Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass eine «normale» Registrierung, anlässlich welcher der Gesuchsteller sämtliche für die Registrierung eines Generikums benötigten Unterlagen selber vorlegt, jederzeit möglich bleibt.

12. Da Art. 39 Abs. 3 TRIPS keine zeitliche Begrenzung festlegt, innerhalb welcher der Erstanmelderschutz seine Wirkung entfalten soll, sind die TRIPS-Mitgliedstaaten frei, eine für in ihrem Land geltende Schutzdauer zu bestimmen. Aus diesem Grunde schlägt die Wettbewerbskommission in Präzisierung ihrer Stellungnahme vom 23. Juni 1997 zum E HMG vor, dem von der EU gemachten und auf der EU-Richtlinie 65/65 basierenden Vorschlag einer Abstufung der Dauer des Erstanmelderschutzes zu folgen. Dies bedeutet, dass die Schutzdauer auf 6 resp. 10 Jahre (für technologisch hochwertige Arzneimittel) zu limitieren ist.

13. Zusätzlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Arzneimittelpreisfestsetzungsverfahrens durch das BSV bei Arzneimitteln mit neuen Wirkstoffen gemäss Art. 34 Abs. 2 lit. c der Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ein sogenannter Innovationszuschlag gewährt wird. Mit diesem zusätzlichen Preiselement sollen die dem Arzneimittelhersteller im Hinblick auf die Lancierung des neuen Arzneimittels entstandenen Kosten für Forschung und Entwicklung angemessen vergütet werden. Es ist davon auszugehen, dass für jedes technologisch hochwertige Arzneimittel (Erstanmelderschutz während 10 Jahren) eine Forschungstätigkeit, wie sie mit dem Innovationszuschlag abgegolten wird, verbunden ist. Die Wettbewerbskommission gibt zu bedenken, dass eine 10-jährige Schutzfrist sowie der Innovationszuschlag bei der Festsetzung des Preises eines Arzneimittels eine unter Umständen zu grosszügige finanzielle Entschädigung für die Pharmaunternehmen darstellt. Die 10-jährige Schutzdauer stellt ein ausreichendes finanzielles Korrektiv dar. Die Streichung dieses Innovationszuschlages sollte deshalb ernsthaft in Betracht gezogen werden.

14. Aufgrund der Formulierung «ein gleiches oder im wesentlichen gleiches Arzneimittel» geht nicht klar hervor, ob sich der Erstanmelderschutz lediglich auf Generika oder auch auf parallelimportierte Originalpräparate bezieht. Die Wettbewerbskommission geht deshalb davon aus, dass sich das vereinfachte Registrierungsverfahren (Abstützen auf Ergebnisse eines bereits früher durchgeführten Prüfverfahrens) mit dem damit verbundenen Erstanmelderschutz sowohl auf Generika als auch auf parallelimportierte Arzneimittel bezieht.

15. Da das TRIPS selbst den Umfang der Schutzwirkung nicht festlegt und in den europäischen Staaten unterschiedliche Regelungen zu finden sind (Schutz von neuen Indikationen, Applikationswegen und Dosierungen in Deutschland und Frankreich, Schutz von neuen Indikationen in Grossbritannien, Schutz von neuen Dosierungen in Österreich), sollte hier ebenfalls die wettbewerbsfreundlichste Variante gewählt werden. In diesem Sinne schlägt die Wettbewerbskommission vor, den Erstanmelderschutz auf neue Wirkstoffe zu beschränken.

### **2.1.3 Anträge**

- Das vereinfachte Registrierungsverfahren (Abstützen auf Ergebnisse eines bereits früher durchgeführten Prüfverfahrens) ist sowohl bei Generika wie auch bei parallelimportierten Arzneimitteln anwendbar.
- Der Erstanmelderschutz ist auf 6 Jahre, bei technologisch hochwertigen Arzneimitteln auf 10 Jahre zu beschränken.
- Der Erstanmelderschutz ist auf neue Wirkstoffe zu beschränken.

## **2.2 Nachanalyse importierter Arzneimittel**

### **2.2.1 Vorgesehene Regelung**

16. Art. 24<sup>ter</sup> des Regulativs sieht eine Nachanalyse vor. Danach ist die Vertriebsfirma «verpflichtet, für jede Charge eines Arzneimittels die Übereinstimmung mit der für die Schweiz genehmigten Zusammensetzung, den genehmigten Spezifikationen und den Qualitätsanforderungen sicherzustellen».

17. Bei importierten Arzneimitteln muss der Vertreiber selbst oder eine in der Schweiz domizilierte Firma mit entsprechender Bewilligung (als Hersteller oder Kontrollabor) für jede importierte Charge eine Nachanalyse vornehmen lassen.

18. Gemäss EU-Richtlinie 93/39 kann bei Arzneimittelimporten aus Nicht-EU-Staaten (Drittländern), mit welchen ein entsprechendes Abkommen abgeschlossen worden ist, auf eine chargenweise Nachanalyse verzichtet werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass für die aus sämtlichen übrigen Drittländern in die EU eingeführten und in diesen Drittländern bereits geprüften und zugelassenen Arzneimittel bei jeder Charge eine Nachanalyse durchgeführt werden muss.

19. Art. 24<sup>ter</sup> Abs. 3 des Regulativs sieht ebenfalls die Möglichkeit vor, auf die Nachanalyse zu verzichten, sofern es sich um Arzneimittel handelt, welche aus einem Land importiert werden, mit dem ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der Freigabeanalysen (die im Ausfuhrstaat durchgeführten Nachanalysen) abgeschlossen worden ist.

20. Laut Angaben der IKS wird die Nachanalyse heute längst nicht in allen EU-Mitgliedstaaten gefordert. Zur Zeit sind Frankreich und Belgien die einzigen Staaten, welche konsequent eine Nachanalyse fordern.

21. Die IKS ist der Meinung, dass die Einführung der Nachanalysepflicht zur Erreichung der EU-Kompatibilität der schweizerischen Normen notwendig ist. Jeder importierenden Firma in der Schweiz wird in Zukunft die Pflicht auferlegt, jedes Arzneimittel bzw. jede Charge desselben nachträglich nochmals zu analysieren.

### **2.2.2 Beurteilung**

22. Wie bereits erwähnt, sind Harmonisierungsbestrebungen der Schweiz hinsichtlich der Kompatibilität der schweizerischen Normen und Regelungen im Pharmabereich grundsätzlich begrüßenswert. Dies jedoch nur solange, als die Adaption einer europäischen Regelung als sinnvoll gilt und notwendig ist. Bei der vorliegenden Regelung ist es fraglich, ob diese Voraussetzungen gegeben sind.

23. Analog zu der EU-Regelung, wonach bei Importen aus einem Drittland auf eine Nachanalyse verzichtet werden kann, sofern mit dem Drittland ein entsprechendes Abkommen besteht, soll die Schweiz bei Importen aus einem Land, mit welchem ein Abkommen geschlossen worden ist, auf Nachanalysen verzichten.

24. Aufgrund der europa- bzw. weltweit geltenden hohen Anforderungen an die Arzneimittelkontrollverfahren ist davon auszugehen, dass die Arzneimittelkontrollen und -analysen europa- bzw. weltweit auf dem gleichen Niveau stehen. Aus diesem Grunde ist bei Importen aus OECD-Ländern, zumindest aber der EU, den USA, Kanada und Japan, auf den Abschluss von Abkommen bezüglich Anerkennung der in diesen Staaten bereits vorgenommenen Nachanalysen zu verzichten. Der Kontroll- und Technologiestandard in diesen Ländern bietet Gewähr genug, dass nachfolgende Chargen tatsächlich der Qualität des von der IKS registrierten Arzneimittels entsprechen.

25. Der Abschluss von bilateralen Abkommen betreffend Anerkennung der im Ausfuhrstaat vorgenommenen Nachanalysen sollte nur bei denjenigen Staaten notwendig sein, bei welchen die schweizerischen Behörden begründete Zweifel über die Qualität der in diesen Staaten durchgeführten Kontrollverfahren haben. Zu diesen Staaten sind, wie aus RZ 24 gefolgert werden kann, die Mitgliedstaaten der EU, die USA, Kanada und Japan nicht zu zählen.

26. Im Zusammenhang mit der Nachanalyse von Arzneimitteln sei an dieser Stelle auf die Typengenehmigung von Motorfahrzeugen hingewiesen. Mit der am 19. Juni 1995 in Kraft getretenen Verordnung über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen (TGV) wurde der private Benutzer von der Verpflichtung befreit, für das von ihm in die Schweiz importierte Fahrzeug im Besitz einer Typengenehmigung zu sein. In der Typengenehmigung wird das Muster, das der Zulassung serienmässig hergestellter Fahrzeuge, Fahrgestelle, Fahrzeugsysteme, Fahrzeugteile, Ausrüstungsgegenstände oder Schutzvorrichtungen zugrundeliegt, amtlich genehmigt. Voraussetzung für die Befreiung von der Typengenehmigung ist allerdings, dass eine EG-Übereinstimmungsbescheinigung (die vom Hersteller ausgestellte Bestätigung, dass ein einzelnes Fahrzeug mit einer EG-Gesamtgenehmigung übereinstimmt) vorliegt.

27. Trotz der augenfälligen Unterschiedlichkeit ist ein Vergleich zwischen den beiden Produkten Arzneimittel und Automobile angezeigt. Bei beiden Produkten steht die Übereinstimmung einzelner Lieferungen bzw. von Einzelstücken mit dem bei den zuständigen Behörden registrierten und bewilligten Muster zur Diskussion. Die Übereinstimmungserfordernisse sind bei beiden durch den Schutz von Leib und Leben motiviert. Die Anforderungen an den Nachweis der Übereinstimmung ist bei den Automobilen auf das aus schweizerischer Sicht tiefstmögliche Mindestmass reduziert worden. Dasselbe Vorgehen, nämlich die Beseitigung unnötiger Sicherheits- und Kontrollverfahren, ist nun deshalb auch bei den Arzneimitteln umzusetzen.

28. Soweit die Nachanalysepflicht die Produktesicherheit garantieren soll, ist auf ein weiteres Rechtsinstitut hinzuweisen, welches die Konsumenten vor gesundheitsschädlichen Arzneimitteln schützt. Die Rede ist von der Produkthaftpflicht. Die Einführung des Produkthaftpflichtgesetzes am 1. Januar 1994 führt zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers, Importeurs, Zulieferers und Händlers. Die Haftung bezieht sich dabei sowohl auf Sach- wie auch auf Personenschäden. Für einen Personenschaden, welcher durch ein fehlerhaftes Arzneimittel verursacht worden ist, haftet der Importeur des fraglichen Arzneimittels. Aufgrund dieses Risikos wird der Importeur jedes Interesse daran haben, einwandfreie Arzneimittel, welche dem bei der IKS registrierten Muster entsprechen, einzuführen.

### **2.2.3 Antrag**

- Auf das in Art. 24<sup>ter</sup> IKS-Regulativ 110.1 vorgesehene grundsätzliche Erfordernis einer Nachanalyse importierter Arzneimittel ist zu verzichten.
- Bestehen Zweifel über die Qualität der in einem Land durchgeführten Nachanalysen, so kann die Anerkennung dieser Nachanalysen mittels Abkommen geregelt werden. Die zuständigen Behörden sind besorgt, dass mit möglichst vielen in Frage

kommenden Staaten so schnell als möglich solche Abkommen abgeschlossen werden.

- Bei Arzneimittelimporten aus OECD-Mitgliedstaaten, jedenfalls mindestens aus sämtlichen EU-Staaten, den USA, Kanada und Japan, ist davon auszugehen, dass nachfolgende Chargen dem bei der IKS registrierten Arzneimittel entsprechen. Von in der Schweiz durchgeführten Nachanalysen sowie von Abkommen, welche die Anerkennung der im Herkunftsland bereits durchgeführten Nachanalysen regeln, ist somit abzusehen.

## **2.3 Erstanmelderschutz für Tierarzneimittel**

### **2.3.1 Vorgesehene Regelung**

29. Im Bereich der Tierarzneimittel ist mit der Teilrevision der Richtlinien der IKS vom 23. Mai 1997 betreffend Anforderungen an die Dokumentation für die Registrierung von Tierarzneimitteln dieselbe wie unter dem vorangehenden Punkt 2.1.1 beschriebene Regelung betreffend Erstanmelderschutz vorgesehen.

Analog gilt bei der Anmeldung eines neuen Tierarzneimittels, dass auf die Vorlage einer vollständigen Dokumentation verzichtet werden kann, wenn die darin enthaltenen Wirkstoffe bereits in einem anderen registrierten Tierarzneimittel enthalten sind.

30. Ein weiterer Aspekt, der zum Verzicht auf eine vollständige Dokumentation führen kann, ist der Umstand, dass die Eigenschaften der in dem Tierarzneimittel enthaltenen Wirkstoffe durch ausgedehnte praktische Erfahrungen bereits bekannt sind.

31. Diese beiden Voraussetzungen können kumulativ oder alternativ erfüllt sein.

32. Wie bei den Humanarzneimitteln ist das Abstützen auf die Unterlagen eines früheren Gesuchstellers nur dann möglich, wenn entweder die schriftliche Zustimmung des Erstanmelders vorliegt oder das Tierarzneimittel bereits seit mehr als 10 Jahren in der Schweiz zugelassen ist.

### **2.3.2 Beurteilung**

33. Im wesentlichen sind zu dieser Regelung dieselben Bemerkungen anzubringen wie bei dem für die Humanarzneimittel geltenden Erstanmelderschutz. Eine Ausnahme bildet RZ 13, welches sich speziell auf Humanarzneimittel bezieht.

34. Zusätzlich positiv zu bewerten ist der Umstand, dass auf eine vollständige Dokumentation auch dann verzichtet werden kann, wenn die Eigenschaften der in dem zu registrierenden Arzneimittel enthaltenen Wirkstoffe bereits durch ausgedehnte praktische Erfahrungen bekannt sind. Wie bereits in RZ 31 erwähnt, handelt es sich hier um eine kumulativ oder alternativ zu erfüllende Bedingung.

35. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass Wirkstoffe, deren Eigenschaften bereits durch ausgedehnte praktische Erfahrungen bekannt sind, in den meisten Fällen auch bereits registriert sein werden. Von daher wird diese Bestimmung wohl eher «toter Buchstabe» bleiben und keine zusätzliche Vereinfachung bringen.

36. Wie bei den Humanarzneimitteln ist auch bei der Registrierung von Tierarzneimitteln das Abstützen auf bereits früher eingereichte Unterlagen aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen. Jedoch sollten auch hier die mit dem Erstanmelderschutz verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen auf das Minimum reduziert werden.

37. Der Erstanmelderschutz ist somit lediglich auf neue Wirkstoffe anzuwenden und auf 6 bzw. bei technologisch hochwertigen Tierarzneimitteln auf 10 Jahre zu beschränken.

### 2.3.3 Anträge

- Das vereinfachte Registrierungsverfahren (Abstützen auf Ergebnisse eines bereits früher durchgeführten Prüfverfahrens) ist sowohl bei Generika wie auch bei parallelimportierten Arzneimitteln anwendbar.
- Der Erstanmelderschutz ist auf 6 Jahre, bei technologisch hochwertigen Arzneimitteln auf 10 Jahre zu beschränken.
- Der Erstanmelderschutz ist auf neue Wirkstoffe zu beschränken.

## B 2.3 5. Submissionsgesetzentwürfe der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt

*Empfehlung der Wettbewerbskommission; Art. 8 BGBM, öffentliches Beschaffungswesen.*

*Recommandation de la Commission de la concurrence; art. 8 LMI, marchés publics.*

*Raccomandazione della Commissione della concorrenza; art. 8 LMI, appalti pubblici.*

*Empfehlung der Wettbewerbskommission zu den Submissionsentwürfen der Kantone BL/BS: Anschlusszwang an einen Gesamtarbeitsvertrag; Rechtsschutz*

### 1 Haupt- oder Anschlusspartei eines Gesamtarbeitsvertrages (§ 4 der Entwürfe Submissionsgesetze BS/BL, E-SubmG)

1. In Bezug auf die Bestimmungen betreffend Arbeitsbedingungen hat die Wettbewerbskommission allein zur Problematik von § 4 Abs. 1 lit. a E-SubmG Stellung genommen. Es geht folglich allein um den in diesen Paragraphen statuierten Kontrahierungszwang. Die Wettbe-

werkskommission äussert sich noch nicht zur Problematik des Herkunfts- oder des Leistungsortsprinzips.

2. Gemäss § 4 Abs. 1 lit. a E-SubmG kann nur beauftragt werden, wer als Haupt- oder Anschlusspartei einem GAV angeschlossen ist. Fehlen am Sitz der Anbietenden GAV-Bedingungen, so müssen die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Abs. 2). Ausländische Anbieterinnen haben die GAV-Bestimmungen vor Ort oder die orts- und branchenüblichen Bedingungen einzuhalten (Abs. 3). Gemäss § 6 lit. a E-SubmG wird «in der Regel» vom Verfahren ausgeschlossen, wer die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nicht gewährleistet. Gemäss den Erläuternden Berichten war diese Frage umstritten (BL S. 39, BS S. 15).

3. Wer nicht Haupt- oder Anschlusspartei eines GAV ist, dem wird kein Auftrag erteilt oder der wird vom Verfahren ausgeschlossen. Dadurch wird auf die Anbietenden, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, Druck ausgeübt, Haupt- oder Anschlusspartei eines GAV zu sein. Mit dieser Regelung werden die Anbieterinnen und Anbieter ohne gesetzliche Grundlage einem Kontrahierungszwang ausgesetzt. Ein derartiger Verbandszwang ist als bundesrechtswidrig einzustufen:

- a) da er einen Verstoss gegen die Vertragsfreiheit und das private Freiheitsrecht von Art. 28 ZGB darstellt. (Vischer Frank, Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohnvereinbarung, in: Georg Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M., S. 283 ff., S. 294; ders., Der Arbeitsvertrag; Unveränderter Nachdruck aus «Schweizerisches Privatrecht»: Bd. VII/1, III; 2., vollständig überarbeitete Neuauflage, Basel/Frankfurt a. M., 1994, S. 275 f.; ders., Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP/PJA 5/95, S. 547ff, 549);
- b) da er der grundsätzlichen Ausgestaltung des Institutes des GAV in der Schweiz widerspricht. Der persönliche Geltungsbereich eines GAV erstreckt sich nur auf die Mitglieder der vertragschliessenden Verbände (Art. 356 Abs. 1 OR). Nicht am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Aussenseiter) können nur durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) zur Einhaltung der materiellen Vorschriften des GAV gezwungen werden (Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen AVEG). Selbst in Fällen der AVE werden die Aussenseiter somit nicht zum Beitritt zu oder zum Anschluss an einen GAV gezwungen. Sind die Voraussetzungen einer AVE (Art. 2 und 3 AVEG) nicht gegeben, so können Dritte nicht zur Einhaltung der GAV-Regelung gezwungen werden. An die Nichtigkeit des Verbandszwanges sind ferner auch die an der

Abrede Beteiligten gebunden. So sieht Art. 356a Abs. 1 OR vor: «Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages und Abreden zwischen den Vertragsparteien, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragschliessenden Verband gezwungen werden sollen, sind nichtig»;

- c) da er auch im Widerspruch zum BGBM steht. Der Marktzugang von Ortsfremden, die am Ort ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung einer derartigen Vorschrift nicht unterstehen, wird beschränkt, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt würden. Es ist unverhältnismässig, zur Wahrung des sozialpolitischen Anliegens der Beseitigung der Gefahr von Sozialdumping (Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM) von allen Anbieterinnen und Anbietern zu verlangen, dass sie an einem Gesamtarbeitsvertrag beteiligt sind.
- Empfehlung: Aus den Entwürfen sind die Bestimmungen, die zwingend den Beitritt oder den Anschluss an einen Gesamtarbeitsvertrag vorschreiben, zu streichen ( § 4 Abs. 1 lit. a E-SubmG).

## **2 Rechtsschutz: § 25, 26 E-SubmG**

4. Die Wettbewerbskommission hat sich ebenfalls zur Regelung des Rechtsschutzes geäussert. Der Rechtsschutz ist gemäss den erläuternden Berichten (BL S. 59 f., BS S. 30) von keinem Schwellenwert abhängig. Diese Regelung entspricht den Anforderungen des BGBM, welches die Gewährung eines Rechtsmittels grundsätzlich nicht von der Erreichung eines Schwellenwertes abhängig macht (Art. 9 Abs. 1 BGBM, Botschaft S. 64). Die Regelung der Entwürfe entspricht dem Standpunkt der Wettbewerbskommission und ist so zu belassen.

### **B 2 4. Diverses** Divers Diversi

#### **B 2.4 1. Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission**

Auf Einladung des Präsidenten der Wettbewerbskommission fand am 13. Juni 1997 in Bern ein Treffen zwischen Delegationen des Bundesgerichts sowie kantonaler Gerichte, einerseits, und einer Delegation der Wettbewerbskommission und seines Sekretariats, andererseits, statt. Die ebenfalls anwesenden Vertreter des Schweizerischen Anwaltverbandes nahmen als Beobachter am Treffen teil. Dabei ging es, vor dem Hintergrund des neuen Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251), um die Beziehungen zwischen den zivilen Richtern und den Wettbe-

werbsbehörden bei Zivilrechtsverfahren, in denen sich wettbewerbsrechtliche Probleme stellen. Die damit verbundenen Fragen bildeten Gegenstand einer breiten Diskussion, deren Ergebnisse nachstehend wiedergegeben werden. Diese Ergebnisse, welche allerdings nur provisorischen Charakter haben, sollen der Praxis als Richtlinien dienen.

Probleme ergeben sich in erster Linie im Zusammenhang mit drei Bestimmungen des neuen Gesetzes:

**Art. 15 KG: «Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung**

<sup>1</sup> Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt.

<sup>2</sup> Wird geltend gemacht, eine an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sei zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig, so entscheidet der Bundesrat.»

**Art. 47 KG: «Gutachten**

<sup>1</sup> Die Wettbewerbskommission verfasst für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Sie kann das Sekretariat in Fällen von untergeordneter Bedeutung beauftragen, an ihrer Stelle Gutachten zu erstellen.

<sup>2</sup> Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat können für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen.»

**Art. 48 KG: «Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen**

<sup>1</sup> Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen.

<sup>2</sup> Die Gerichte stellen dem Sekretariat die Urteile, die in Anwendung dieses Gesetzes gefällt werden, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen.»

## **1 Der Grundsatz**

### **1.1 Pflicht, die Sache der Wettbewerbskommission vorzulegen**

Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 KG ist der Zivilrichter verpflichtet, die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, «wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in einem zivilrechtlichen Verfahren in Frage steht».

1. Die Formulierung von Art. 15 Abs. 1 KG muss so verstanden werden, dass der durch den Richter zu beurteilende Fall ein Problem aufwirft, dessen Lösung nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. Im umgekehrten Fall, d.h. dort, wo objektiv betrachtet kein Zweifel über die Lösung besteht, ist der Richter nicht gehalten, sich an die Kommission zu wenden.

2. Der alleinige Umstand, dass eine Partei bzw. beide Parteien die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage stellen, ist für die Begründung einer derartigen Pflicht nicht ausreichend. Der Richter bleibt frei in seiner Beurteilung.

3. Verzichtet der Richter auf die Einholung eines Gutachtens bei der Kommission, obschon dies im konkreten Fall angezeigt gewesen wäre, kann eine Partei mit den im Zivilrecht zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln die Verletzung von Verfahrensbestimmungen rügen.

### **1.2 Recht, die Sache der Wettbewerbskommission vorzulegen**

4. Unabhängig von Art. 15 KG steht dem Richter gemäss Art. 47 Abs. 1 KG das Recht zu, jederzeit während des Verfahrens die Kommission um die Erstellung eines Gutachtens zu ersuchen.

5. Unabhängig von Art. 47 KG steht dem Richter jederzeit das Recht zu, mit dem Sekretariat der Kommission auf informellem Weg Kontakt aufzunehmen, um weitere Informationen zu allgemeinen Fragen des Kartellrechts zu erhalten.

### **1.3 Besondere Fälle**

6. Wird in einem zivilrechtlichen Verfahren die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangt, ist der Richter nicht gehalten, bei der Kommission ein Gutachten einzuholen (so entschieden vom Präsidenten der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts (Entscheid Blue Window) und vom Präsidenten der Wettbewerbskommission).

7. Im Falle eines Direktprozesses vor Bundesgericht ist die mit dem Fall befasste Abteilung nicht verpflichtet, wettbewerbsrechtliche Fragen, die sich bei der Beurteilung stellen, der Kommission zu unterbreiten, obschon die Einholung eines Gutachtens bei heiklen Fragen opportun erscheinen würde.

8. Die Frage, ob Art. 15 KG auch im Schiedsverfahren Anwendung findet, wurde aufgeworfen, jedoch nicht gelöst.

## **2 Das Verfahren**

### **2.1 Überweisung der Sache**

9. Das Gesuch um die Erstellung eines Gutachtens ist an das Sekretariat der Kommission zu richten. Zu enthalten hat es eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten.

10. Dies setzt in jedem Fall voraus, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen ist, bzw. dass der Richter bestimmte Instruktionsmassnahmen durchgeführt hat, welche die in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen betreffen.

11. Es ist Sache des Richters, gestützt auf die einschlägigen zivilprozessrechtlichen Bestimmungen zu entscheiden, ob sich eine Sistierung des Verfahrens bis zum Erhalt des Gutachtens als notwendig erweist.

## **2.2. Die Erstellung des Gutachtens**

12. Das Sekretariat der Kommission bereitet einen Gutachtenentwurf vor und unterbreitet diesen der Kommission zur Genehmigung.

13. Es ist Sache der Kommission zu entscheiden, welche Bedeutung sie dem Gutachten beimisst. Das Gutachten kann in Form eines ausführlichen Berichts oder einer summarischen Stellungnahme abgefasst werden.

14. Das Sekretariat kann die mit der Erstellung des Gutachtens entstandenen Kosten dem Gericht auferlegen, das sie wiederum auf die Parteien überwälzt (analoge Anwendung von Art. 47 Abs. 2 KG).

## **2.3 Die Bedeutung des Gutachtens**

15. Das Gutachten wird dem Gericht zugestellt. Da es sich um ein juristisches Gutachten handelt, sollte dieses den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet werden.

16. Das Gutachten der Kommission kann nicht angefochten werden. Die Parteien können im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens rügen, dass der Richter bei seinem Urteil dem Gutachten der Kommission gefolgt bzw. nicht gefolgt ist.

## **3 Verhältnis zu den Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden**

### **3.1. Vorabklärungen**

17. Das Sekretariat wird in der Regel keine Vorabklärung eröffnen (Art. 26 KG), wenn bereits ein Zivilprozess hängig ist.

18. Wird das Sekretariat von einem Unternehmen zur Eröffnung einer Vorabklärung aufgefordert, wird es regelmässig darauf verzichten, wenn es der Ansicht ist, dass der Fall ein zivilrechtliches Problem (Wahrung individueller Rechte) und nicht ein solches verwaltungsrechtlicher Natur (generelle, den Wettbewerb betreffende Probleme) aufwirft.

### **3.2. Untersuchungen**

19. Der blosse Umstand, dass die Kommission mit einem Gesuch um die Erstellung eines Gutachtens befasst ist, hindert sie nicht daran, eine Untersuchung zu eröffnen, weil das Problem in ihre Zuständigkeit fällt (Art. 27 KG). Der Rahmen der Untersuchung wird aber nicht zwingenderweise mit demjenigen des Zivilprozesses identisch sein.

20. Die beiden, voneinander unabhängigen Verfahren können Gegenstand unterschiedlicher Beschwerden bilden und, im schlimmsten Fall, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

#### **4 Anrufung des Bundesrates**

Gestützt auf Art. 8 KG können «Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen».

21. Während des Verfahrens steht einer Partei jederzeit die Möglichkeit offen, überwiegende öffentliche Interessen geltend zu machen. Die Geltendmachung derartiger Interessen kann somit selbst noch im Verfahren vor Bundesgericht erfolgen.

22. In diesem Fall muss die Sache dem Eidg. Volkswirtschaftsdepartement zur Behandlung überwiesen werden.

#### **5 Veröffentlichung der zivilgerichtlichen Urteile**

Gestützt auf Art. 48 KG können «die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Die Gerichte stellen dem Sekretariat die Urteile, die in Anwendung des KG gefällt werden, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen».

Insbesondere während der Anfangsphase des Gesetzes ist es von Bedeutung, dass Unternehmen, Anwälte und Richter hinreichend über die sich bildende Praxis informiert werden.

23. Sämtliche Gerichte haben aus diesem Grund die Pflicht, eine vollständige Version sämtlicher Urteile, die in Anwendung des KG ergehen, dem Sekretariat zuzustellen. Dazu gehören ebenfalls die Urteile betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

24. Das Sekretariat entscheidet, ob die Urteile in der Zeitschrift «Recht und Politik des Wettbewerbs», «Droit et politique de la concurrence», «Diritto e politica della concorrenza» veröffentlicht werden. Falls nötig nimmt das Sekretariat vor der Veröffentlichung eines Urteils mit dem betreffenden Gericht Kontakt auf, um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen.

#### **6 Übergangsrecht**

25. Die vorstehenden Grundsätze sind ab Inkrafttreten des Gesetzes, d.h. ab dem 01.07.1996 anwendbar.

26. Sie sind somit auch in Prozessen anwendbar, die derzeit anhängig sind.

## B 2.4 2. Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence

Le 13 juin 1997, une rencontre a eu lieu à Berne, à l'invitation de la Présidence de la Commission de la concurrence, entre des délégations du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux d'une part, et une délégation de la Commission de la Concurrence et de son Secrétariat d'autre part. Des représentants de la Fédération suisse des avocats y ont participé en qualité d'observateurs. Il y fut question des relations qu'impose la nouvelle Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) entre les juges civils et les autorités de la concurrence lorsqu'un procès civil soulève un problème dont la solution dépend de cette loi. Les participants ont procédé à un large échange de vues sur ces questions. Les conclusions auxquelles ils sont arrivés sont reproduites ci-après; il ne s'agit là que de positions provisoires, destinées à orienter la pratique.

Les problèmes sont principalement conditionnés par trois dispositions de la nouvelle loi:

### **Art. 15 LCart: «Appréciation du caractère licite d'une restriction à la concurrence:**

<sup>1</sup> Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Commission de la concurrence.

<sup>2</sup> Lorsqu'une restriction à la concurrence en soit illicite est présentée comme étant nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, la question est transmise au Conseil fédéral, qui statue.»

### **Art. 47 LCart: «Avis**

<sup>1</sup> La commission élabore des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe touchant la concurrence. Dans des cas d'importance mineure, elle peut charger le secrétariat de cette tâche.

<sup>2</sup> La Commission et le secrétariat peuvent pour cela percevoir un émolument destiné à couvrir les frais.»

### **Art. 48 LCart: «Publication de décisions et de jugements**

<sup>1</sup> Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions.

<sup>2</sup> Les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans en être requis, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la présente loi. Le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement.»

## **1 Le principe**

### **1.1 L'obligation de soumettre le dossier à la Commission**

Selon l'art. 15 al. 1 LCart, le juge civil a l'obligation de demander l'avis de la Commission de la concurrence, «lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile».

1. La formule doit être comprise en ce sens que le cas soumis au juge soulève effectivement un problème dont la solution n'est pas évidente; dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'y a objectivement pas de doute, le juge n'est pas tenu de s'adresser à la Commission.

2. Le seul fait qu'une des parties, voire les deux mettent en cause la licéité d'une restriction n'est à lui seul pas suffisant; le juge reste libre d'apprécier.

3. Si le juge renonce à demander l'avis de la Commission dans le cas où il apparaît qu'il aurait dû le faire, une partie peut recourir selon les voies du droit civil pour violation des règles de procédure.

### **1.2 Le droit de soumettre le dossier à la Commission**

4. Conformément à l'article 47 alinéa 1 LCart, un juge civil conserve le droit, indépendamment de l'article 15, de demander un avis à la Commission et ce à n'importe quel stade de la procédure.

5. Même indépendamment de cette règle, un juge civil conserve toujours le droit de prendre un contact informel avec le secrétariat de la Commission s'il souhaite obtenir des informations complémentaires sur le droit des cartels en général.

### **1.3 Cas particuliers**

6. En cas de mesures provisionnelles requises dans une procédure civile, le juge n'est pas tenu de solliciter l'avis de la Commission (solution déjà décidée par le Président de la Première Cour civile du Tribunal fédéral [décision Blue Window] et par le Président de la Commission de la concurrence).

7. En cas de procès direct devant le Tribunal fédéral, la Cour saisie n'a en soi pas l'obligation de soumettre les questions qui surgissent à la Commission, même s'il paraîtrait opportun qu'elle sollicite un avis sur les questions délicates.

8. La question de savoir si l'article 15 LCart est aussi applicable en cas de litige soumis à un tribunal arbitral a été évoquée, mais n'a pas été résolue.

## **2 La procédure**

### **2.1 La transmission du dossier**

9. La demande d'avis doit être adressée au secrétariat de la Commission. Elle doit contenir un état de fait épuré, des questions précises

et, au besoin, toute information complémentaire qui pourrait être nécessaire pour y répondre.

10. Cela suppose en tout cas que soit achevé l'échange des écritures, voire que le juge ait effectué certaines mesures d'instruction touchant précisément les restrictions de concurrence.

11. Il appartient au juge de décider, selon les règles de la procédure civile applicable, s'il est nécessaire de suspendre la cause jusqu'à la réception de l'avis.

## **2.2 L'établissement de l'avis**

12. Le secrétariat de la Commission prépare un projet d'avis, qui est soumis à la Commission pour approbation.

13. Il appartient à la Commission de décider de l'importance de l'avis qu'elle entend donner. Il peut s'agir d'un exposé circonstancié, ou d'une détermination sommaire.

14. Le secrétariat peut faire supporter par le tribunal, qui les répercutera sur les parties, les frais liés à l'établissement de l'avis (application analogique de l'article 47 alinéa 2 LCart).

## **2.3 La portée de l'avis**

15. L'avis est adressé au tribunal. Comme il s'agit d'une forme d'expertise judiciaire, il devrait être soumis aux parties pour détermination.

16. Contre l'avis de la Commission, il n'y a pas de recours possible. Les parties conservent la faculté de remettre en cause selon les voies de la procédure civile la décision finalement prise par le juge civil de suivre ou de ne pas suivre l'avis de la Commission.

# **3 Relations avec des procédures ouvertes par les autorités de concurrence**

## **3.1 Enquêtes préalables**

17. En principe, le secrétariat refusera d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 LCart) lorsqu'est ouverte une procédure civile.

18. Il est fréquent que le secrétariat refuse d'ouvrir une enquête préalable, alors qu'il y est invité par une entreprise, s'il a le sentiment que le cas pose un problème de droit civil (défense des droits individuels) et non de droit administratif (problème général de concurrence).

## **3.2 Enquêtes ordinaires**

19. En soi, il est parfaitement possible que la Commission, saisie d'une demande d'avis par un tribunal, décide d'ouvrir une enquête au fond, parce que le problème entre dans sa compétence (cf. art. 27 LCart). Le cadre de son enquête ne sera toutefois pas nécessairement identique à celui du procès civil.

20. Les deux procédures, qui sont en soi totalement indépendantes l'une de l'autre, peuvent faire l'objet de recours différents et même - dans le pire des cas - aboutir à des résultats différents.

#### **4 Appel au Conseil fédéral**

En vertu de l'article 8 LCart, «les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.»

21. Une partie peut invoquer les motifs prépondérants d'intérêt public dans n'importe quel stade de la procédure; elle peut donc même le faire encore dans la procédure de recours au Tribunal fédéral.

22. Dans ces cas, le dossier doit être transmis au Département fédéral de l'économie publique.

#### **5 Communications des décisions civiles**

En vertu de l'article 48 LCart, «les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions. Les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans en être requis, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la présente loi. Le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement».

Il est essentiel, surtout dans cette phase d'introduction de la loi, que l'on puisse suffisamment informer les entreprises, les avocats et les juges de la pratique qui se dessine.

23. Tous les tribunaux ont de ce fait l'obligation de transmettre un exemplaire en version intégrale de toutes les décisions qu'ils rendent en application de la loi sur les cartels, y compris sur les mesures provisionnelles.

24. Le secrétariat décide si celles-ci seront publiées dans la Revue «Recht und Politik des Wettbewerbs, Droit et politique de la concurrence, Diritto e politica della concorrenza». Au besoin, il prend contact préalablement à cette publication avec le juge du tribunal pour s'assurer qu'il n'y a pas de secrets d'affaires à sauvegarder.

#### **6 Droit transitoire**

25. Les principes qui précèdent s'appliquent à partir de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1er juillet 1996.

26. Ils s'appliquent donc aussi aux procès qui sont actuellement pendants.

**B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

Commission de recours pour les questions de concurrence

Commissione di ricorso in materia di concorrenza

**B 3 1. Recymet SA (Vorsorgliche Massnahmen)**

*Vorsorgliche Massnahmen; Art. 18 und 23 KG i. V. mit Art. 56 VwVG; Beschwerde an die Rekurskommission; Art. 44 KG.*

*Mesures provisionnelles; art. 18 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA; recours à la Commission de recours; art. 44 LCart.*

*Misure cautelari; art. 18 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA; ricorso alla Commissione di ricorso; art. 44 LCart.*

*Beschwerdeentscheid vom 6. November 1997*

In Sachen A. SA, (Beschwerde vom 18. Juli 1997) gegen 1. B. AG, 2. C. AG, 3. D. SA, 4. E. AG, 5. Wettbewerbskommission, (Verfügung vom 7. Juli 1997) betreffend vorsorgliche Massnahmen hat sich ergeben:

**A. Sachverhalt**

(Vgl. RPW / DPC 1997/2, S. 155 ff.)

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

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; Beschwerdeentscheid der RE-KO/WEF vom 25. April 1997 i. S. S. gegen A., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff., E. 1).
- 1.1. Die von der Beschwerdeführerin angefochtene Entscheidung vom 7. Juli 1997 der Wettbewerbskommission über die Ablehnung von vorsorglichen Massnahmen ist eine Zwischenverfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese kann nach Artikel 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) entsprechend den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71 VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31, AS 1996 1799) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbe-

werbsfragen angefochten werden. Demzufolge ist mit der genannten Verfügung ein Anfechtungsobjekt gegeben.

- 1.2. Zu prüfen ist weiter, ob die A. SA zur Verwaltungsbeschwerde legitimiert ist. In diesem Zusammenhang stellt sich vorweg die Frage nach der Qualifikation der angefochtenen Verfügung. Ist sie eine Endverfügung oder wird sie einer solchen gleichgestellt, so bestimmt sich die Beschwerdebefugnis nach Artikel 48 VwVG. Qualifiziert man die fragliche Verfügung hingegen als Zwischenverfügung, so ist sie nur anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann. Andernfalls kann sie nur im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG).

- 1.2.1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat sich bereits in ihrem Beschwerdeentscheid vom 25. April 1997 (a. a. O., E. 1.3.1 f.) mit dieser Frage auseinandergesetzt und ist unter Bezugnahme auf Rechtslehre und Rechtsprechung zum Ergebnis gelangt, dass vorsorgliche Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren gleich wie vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstaben g VwVG als Zwischenverfügungen zu qualifizieren sind. Unter diesen Umständen ist die Beschwerdebefugnis nur gegeben, wenn die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

- 1.2.2. Die Beschwerdeführerin ist primäre Adressatin der angefochtenen Verfügung. Dabei ist unerheblich, ob sie einen Anspruch auf den Erlass der Verfügung gehabt hat. Diese unterläge selbst dann der Beschwerde, wenn der Antrag der A. SA lediglich den Charakter einer (Aufsichts-)Anzeige hätte (vgl. etwa Alfred Kölz/ Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, RZ 202). Im weiteren wird die Beschwerdeführerin durch die Zwischenverfügung in einem materiellen Sinne beschwert, indem ihr Begehren, von den beschwerdegegnerischen Unternehmen mit Altbatterien beliefert zu werden, abgelehnt wird. Darüber hinaus droht ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, weil das Altbatterieaufkommen, das sie gegenwärtig erreichen kann, für den Betrieb ihrer Anlagen nicht ausreicht.

In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss so beschaffen

sein, dass er nicht wiedergutzumachen ist, damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung als schutzwürdig gilt (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c).

Die A. SA erleidet ohne Zweifel einen wirtschaftlichen Nachteil, wenn die beschwerdegegnerischen Parteien ihr keine Altbatterien liefern müssen. Sie macht sogar geltend, dass ihr Weiterbestand ohne zusätzliche Lieferungen nicht gesichert sei. Unter diesen Umständen erwächst ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, so dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat (Art. 45 Abs. 1 VwVG; Kölz/Häner, a. a. O., Rz 226; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, RZ 1238; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II 379 ff.).

1.3. Im Rahmen der Sachurteilsvoraussetzungen ist weiter zu prüfen, ob die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Zwischenverfügung zuständig ist (vgl. BGE 119 V 317 E. 3; 119 V 11 E. 1b; 115 V 129 E. 1; Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., RZ 950 ff., 1096 ff. und 1217 f.). Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zum Erlass vorsorglicher Massnahmen wird von der E. AG bestritten.

1.3.1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat sich in ihrem Entscheid vom 25. April 1997 (a. a. O., E. 2 u. 3) betreffend vorsorgliche Massnahmen mit der Frage einlässlich beschäftigt, ob vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens zulässig seien. Sie ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass die Wettbewerbskommission, hingegen nicht ihr Sekretariat, vorsorgliche Massnahmen erlassen kann. Im vorliegenden Zusammenhang kann auf jene Erörterungen Bezug genommen werden. Es genügt, die wichtigsten Überlegungen nochmals festzuhalten.

In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass mitunter sofort nach Einleitung eines Verwaltungsverfahrens die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nötig sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden muss. Vorsorgliche Massnahmen zielen sodann darauf ab, den Gegenstand einer Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten (Kölz/Häner, a. a. O., RZ 146; Häner, a. a. O., S. 290 ff.). Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen

unverändert zu erhalten oder als gestaltende (regelnde) Massnahmen, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise zu gestalten (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., RZ 1089; Häner, a. a. O., S. 290 ff.).

Anders als im Beschwerdeverfahren (Art. 55 und 56 VwVG) enthält das VwVG keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Anordnung provisorischer Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. Lehre und Rechtsprechung nehmen diesbezüglich eine Lücke an und bejahen unter Hinweis auf das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen. Verschiedentlich wird die Grundlage des vorläufigen Rechtsschutzes unmittelbar aus den materiellrechtlichen Normen abgeleitet, deren Durchsetzung vorläufig geschützt werden soll (vgl. etwa Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., RZ 1090; Kölz/Häner, a. a. O., RZ 146; Häner, a. a. O., S. 313 f.).

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

Das Verwaltungsverfahren dient nach Artikel 1 KG der Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen sowie anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit der Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Dies gilt unabhängig davon, ob und auf welche Weise die von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ihre Rechte wahrnehmen beziehungsweise auf welche Weise der Rechtsschutz gewährt wird. Zur Verwirklichung dieser Ziele kann auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren erforderlich sein. Der Umstand, dass vorsorgliche Massnahmen gleichen Inhalts auch in einem zivilrechtlichen Verfahren auf Begehren der im Wettbewerb Behinderten erreichbar sind, schränkt die Handlungsmöglichkeiten im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren nicht ein.

Diese Doppelspurigkeit entspricht der Konzeption des KG, das gleiche materielle Regeln sowohl in einem zivil- als auch in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung bringen lässt (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 3.2.3., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.)

- 1.3.2. Im Beschwerdeentscheid vom 25. April 1997 der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen waren, anders als im vorliegenden Zusammenhang, vorsorgliche Massnahmen zu beurteilen, welche das Sekretariat der Wettbewerbskommission aus eigener Initiative anordnete. Im vorliegenden Fall wurde die Wettbewerbskommission auf Antrag der A. SA tätig. Sie trat auf deren Begehren ein, wies es aber ab. Unter diesen Umständen muss nicht geprüft werden, ob im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren ein eigentlicher Rechtsanspruch von Betroffenen auf Erlass vorsorglicher Massnahmen besteht, der in eine direkte Konkurrenz zum vorläufigen Rechtsschutz im Zivilverfahren treten könnte. Wesentlich ist hier, dass die Wettbewerbskommission befugt ist, von sich aus oder auf Antrag beziehungsweise auf Anzeige hin vorsorgliche Massnahmen zu treffen.
- 1.4. Die A. SA beantragte vorsorgliche Massnahmen nicht nur gegen die am Verfahren der Wettbewerbskommission beteiligten Unternehmen, sondern weitete ihr Rechtsbegehren in der Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf weitere 13 Sammler von Altbatterien aus. Mit Zwischenverfügung vom 30. Juli 1997 beschränkte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Einzelrichter) den Schriftenwechsel vorläufig auf die in der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 1997 bezeichneten Adressatinnen; dies mit dem Hinweis darauf, dass es Sache der Beschwerdeführerin sei, gegebenenfalls mit weiteren Anträgen an die Wettbewerbskommission zu gelangen. Diese Zwischenverfügung wurde mangels Anfechtung inzwischen rechtskräftig. Es liegt seither auch kein weiterer Entscheid der Wettbewerbskommission vor, den die A. SA angefochten hätte. Unter diesen Umständen ist das vorliegende Verfahren auf die in der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission genannten Adressatinnen zu beschränken.
- 1.5. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderung an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss entrichtet (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist nach dem Gesagten daher einzutreten.

2. In materieller Hinsicht stellt sich die Frage, ob die Wettbewerbskommission das Begehren der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu Recht abgewiesen hat.
- 2.1. Nach den vorangehenden Ausführungen ist die Wettbewerbskommission befugt, im Rahmen von kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zu treffen, sei es aus eigener Initiative, sei es auf Antrag beziehungsweise Anzeige hin. Offen ist, ob private Wirtschaftssubjekte von der Wettbewerbskommission den Erlass vorsorglicher Massnahmen verlangen können, ob sie, anders gewendet, einen Rechtsanspruch auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegenüber der Wettbewerbskommission haben.

Die Wettbewerbskommission selber scheint implizit von einem solchen Anspruch auszugehen. Dies lässt sich daraus entnehmen, dass sie den Antrag der A. SA aufgrund einer Prüfung und Argumentation abgewiesen hat, wie sie im kartellzivilrechtlichen Verfahren entfaltet wird, wo ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen besteht. Sie hat insbesondere geprüft, ob der A. SA ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe, ob das Hauptbegehren wahrscheinlich begründet und die angeforderten Massnahmen verhältnismässig seien. Allerdings hat sich die Wettbewerbskommission für unzuständig erklärt, vertragsrechtliche Streitfragen zu prüfen. Sie hat sich darauf beschränkt, die angeforderten vorsorglichen Massnahmen unter Aspekten des KG zu beurteilen.

Soweit ersichtlich äussern sich weder die Materialien zum KG noch die bisherige Literatur einlässlich zur Frage, ob private Rechtssubjekte gegenüber der Wettbewerbskommission einen Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen erheben können. Unter diesen Umständen ist auf Lehre und Rechtsprechung zu vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsverfahren im allgemeinen zu greifen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass das KG ein Zivilverfahren zur Verfügung stellt, das dieselben materiellrechtlichen Bestimmungen des KG implementieren will wie das Verwaltungsverfahren. Soll das kartellzivilrechtliche Verfahren seine Funktionalität neben dem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren entfalten können, so ist zu vermeiden, dass die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in einer Weise angewendet werden, welche das Zivilverfahren mehr oder weniger hinfällig machen. Eine solche «Entfunktionalisierung» des Zivilverfahrens könnte eintreten, wenn private Wirtschaftssubjekte durch Anträge an die Wettbewerbskommission kostenlos und ohne Prozessrisiko bei der Wettbewerbskommission einen vorsorglichen Rechtsschutz zu erwirken berechtigt wären und wenn dieser Rechtsschutz keinen funktionalen Zusammenhang

mit der primären Aufgabe der Wettbewerbskommission mehr hätte, welche darin besteht, im öffentlichen Interesse den wirklichen Wettbewerb zu schützen. Anders gewendet steht den Beteiligten zur Wahrung ihrer (privaten) Interessen in erster Linie der zivilrechtliche Weg wegen unzulässiger Behinderung im Wettbewerb sowie auch wegen Vertragsverletzungen offen, einschliesslich des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Artikel 17 KG.

In der Regel können vorsorgliche Massnahmen sowohl von Amtes wegen als auch auf Antrag von Parteien ergehen. Dies ergibt sich insbesondere aus der analogen Anwendung von Artikel 56 VwVG (vgl. auch Häner, a. a. O., S. 366 f.). Im Vordergrund steht indessen der Erlass vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen. Die zuständige Behörde hat immer dann einzuschreiten, wenn dies Sinn und Zweck der Anwendung des materiellen Rechts erfordern (vgl. Häner, a. a. O., S. 367). Der Vorrang von Amtes wegen angeordneter vorsorglicher Massnahmen muss im Kartellverwaltungsrecht besonders betont werden. Solche Massnahmen sind nur im Zusammenhang mit einer Untersuchung nach Artikel 27 KG möglich. Auf deren Eröffnung besteht kein Rechtsanspruch. Marktbeteiligte können lediglich ein Begehren um die Einleitung einer Vorabklärung nach Artikel 26 KG stellen. Ob dem Begehren zu entsprechen ist, entscheidet das Sekretariat der Wettbewerbskommission nach pflichtgemäsem Ermessen. Dabei kann es auch Opportunitätsüberlegungen anstellen. Ein Rechtsanspruch der Beteiligten auf Durchführung einer Vorabklärung besteht daher nicht (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, S. 602). Unter diesen Umständen kann ein Beteiligter jedenfalls vor Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 KG nicht verlangen, dass die Wettbewerbskommission vorsorgliche Massnahmen treffe. Es ist auch zweifelhaft, ob nach Eröffnung einer Untersuchung ein entsprechender Anspruch zuerkannt werden könnte. Wollte man dies vorbehaltlos tun, so könnten Beteiligte die Ausrichtung einer Untersuchung in einer Weise mitbestimmen, welche der Wahrung der öffentlichen Interessen am wirksamen Wettbewerb zuwiderlaufen oder diese im Extremfall sogar vereiteln könnte. Jedenfalls ist zu verhindern, dass Beteiligte die Thematik des «Endentscheids» durch ihre Begehren determinieren. Ähnliche Überlegungen führen auch in Untersuchungsverfahren über die Wettbewerbsbestimmungen der Europäischen Union (Art. 85 f. EGV) zu eingeschränkten Antragsrechten der Beteiligten mit Bezug auf die Einleitung von kartellrechtlichen Untersuchungen und den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die Europäische Kommission (vgl. etwa Ingolf Pernice, in: Kommentar zur Euro-

päischen Union, hrsg. von Eberhard Grabitz/Meinrad Hilf, München, nach Art. 87, Verordnung Nr. 17 (Vorbemerkung), RZ 13 und 41 ff.).

Der vorsorgliche Rechtsschutz nach dem Kartellverwaltungsrecht wirft schliesslich auch die Frage nach der Haftung seitens der Antragsteller auf. Literatur und Rechtsprechung zeigen diesbezüglich Unsicherheiten und Unklarheiten. Diese sind vor allem darauf zurückzuführen, dass das VwVG keine Regelung enthält. Teils wird die Meinung vertreten, für vorsorgliche Massnahmen, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen, richte sich die Haftung nach Artikel 41 OR (vgl. die Hinweise bei Häner, a. a. O., S. 400 f.). Damit ist seitens der antragstellenden Partei ein Verschulden gefordert. Diese Haftung kommt in der Praxis kaum je zum Zuge. Angesichts dieser Konsequenz wird teils auf Artikel 84 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) rekurriert, wonach eine Kausalhaftung eintritt (vgl. die Hinweise bei Häner, a. a. O., S. 401 f.). Auch dieser Rekurs kann indessen nicht ohne weiteres befriedigen. Er führt zu einer sehr strengen Haftung. Im vorliegenden Zusammenhang läge es demgegenüber nahe, sich an der Haftung zu orientieren, die für vorsorgliche Massnahmen nach dem Kartellzivilrecht Platz greift. Artikel 17 Absatz 2 KG verweist diesbezüglich auf Artikel 28f ZGB. Danach gilt primär die Kausalhaftung. Der Richter kann Entschädigungsbegehren bei leichtem oder fehlendem Verschulden indessen herabsetzen oder sogar ganz abweisen. Die Kausalhaftung ist mit anderen Worten durch Einräumung eines gerichtlichen Billigkeitsermessens abgeschwächt (vgl. Stephan V. Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozessrecht, ZSR 1997 II 242). Das Haftungsregime von Artikel 28f ZGB ist nicht nur sachgerechter als dasjenige nach Artikel 41 OR beziehungsweise nach Artikel 84 BZP. Dessen Anwendung auf den vorsorglichen Rechtsschutz auf Antrag von Beteiligten im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren würde zudem die Funktionalität des vorsorglichen Rechtsschutzes nach Kartellzivilrecht sichern. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn auch die Bestimmung über die Sicherheitsleistung herangezogen würde. Nach Artikel 28d Absatz 3 ZGB kann der Richter vom Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung verlangen, wenn die vorsorgliche Massnahme dem Gesuchsgegner schaden kann.

Im vorliegenden Zusammenhang braucht nicht abschliessend entschieden zu werden, ob und wie weit Marktbeteiligte einen Rechtsanspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen von Untersuchungen nach Artikel 27 KG stellen können und wie die Fragen nach der Haftung und Sicherheitsleistung zu beurteilen sind, wenn sich zeigt, dass der Entscheid der Wett-

bewerbskommission angemessen ist. Die vorstehenden Überlegungen lassen es aber bereits als angezeigt erscheinen, die Anforderungen an die Begründung und Ablehnung vorsorglicher Massnahmen durch die Wettbewerbskommission nicht zu hoch zu setzen, soweit es um die privaten Interessen von antragstellenden Personen geht. Ihren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung sowie in der Stellungnahme zur Beschwerde der A. SA ist jedenfalls zu entnehmen, dass sie keinen Anlass gesehen hätte, vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs von Amtes wegen zu treffen. Andererseits ist aber auch zu veranschlagen, dass die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat mit ihrem Verhalten gegenüber der A. SA den Anschein erweckt hat, diese habe einen Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, wenn die «üblichen» Voraussetzungen erfüllt seien. Die A. SA konnte - insbesondere angesichts der noch ungeklärten Rechtslage - darauf vertrauen, dass es nicht nötig sei, vorsorglichen Rechtsschutz nach Kartellzivilrecht zu verlangen.

- 2.2. Damit vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, müssen eine Reihe von materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese sind unterschiedlich, je nachdem, welcher Art die getroffenen Massnahmen sind. Zu unterscheiden sind Regelungs-, Sicherungs- und Sanktionsmassnahmen (vgl. Häner, a. a. O., S. 322 ff.).
  - 2.2.1. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um Regelungsmassnahmen, das heisst um Anordnungen, welche darauf abzielen, die bedrohten rechtlichen Interessen sicherzustellen (vgl. Häner, a. a. O., S. 309). Dies soll dadurch geschehen, dass die B. AG, die C. AG sowie die D. SA die mit wirtschaftlichen Überlebensproblemen kämpfende A. SA mit Altbatterien beliefern.
  - 2.2.2. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen der hier fraglichen Art setzt erstens eine günstige Entscheidprognose, zweitens einen schweren, wahrscheinlich eintretenden Nachteil sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnungen voraus (vgl. Häner, a. a. O., S. 325 ff.; ähnlich Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz 1091). Diese Kriterien hat (unter Bezugnahme auf Literatur zum vorläufigen Rechtsschutz nach dem zivilrechtlichen Teil des früheren Kartellgesetzes vom 20. Dezember 1985 [AS 1986 874, 1992 288]) auch die Vorinstanz zur Anwendung gebracht.
  - 2.2.3. Mit dem Erfordernis der günstigen Entscheidprognose ist gemeint, dass die vorsorgliche Massnahme durch den Entscheid über das (nachfolgende) Hauptbegehren voraussichtlich bestätigt wird. Man kann sich fragen, ob dieses Kriterium im

vorliegenden Zusammenhang ohne weiteres und uneingeschränkt zum Tragen kommt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist bei der Durchführung seiner Untersuchung nicht an Parteibegehren gebunden, sondern hat die Untersuchung aufgrund der Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach pflichtgemäßem Ermessen zu konzipieren und durchzuführen. Das bedeutet insbesondere, dass der Gegenstand der Untersuchung nicht in erster Linie durch allfällige Anträge von Verfahrensbeteiligten umschrieben wird, sondern durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission selber. Dieser Umstand lässt es als geboten erscheinen, die Entscheidungsprognose unter Berücksichtigung des amtlichen Untersuchungskonzepts vorzunehmen.

Die Wettbewerbskommission hat die Prüfung so durchgeführt, wie wenn der Antrag der A. SA auch den Gegenstand des Hauptverfahrens umschreiben würde. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nimmt unter diesen Umständen an, dass der Untersuchungsgegenstand entsprechend ausgerichtet werde.

- 2.2.4. Die Wettbewerbskommission hält, soweit hier von Belang, dafür, dass die heutige Wettbewerbssituation nach summarischer Prüfung nicht Resultat eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens der E. AG, sondern auf die fristlose Auflösung des Liefervertrages durch die B. AG, der wichtigsten Lieferantin der A. SA, zurückzuführen sei. Auch wenn dies faktisch einem «Wettbewerbsausschluss» gleichkomme, sei es nicht Sache der Wettbewerbskommission, zu prüfen, ob diese fristlose Vertragsauflösung aus vertragsrechtlicher Sicht gerechtfertigt gewesen sei. Solange die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gegeben seien, habe die Wettbewerbskommission keinen Anlass zum Eingreifen. Vorliegend sei wirksamer Wettbewerb aufgrund der Stellungnahmen der B. AG, der D. SA, der C. AG sowie der E. AG weiterhin möglich. Der Markt sei nicht, wie von der A. SA behauptet, durch ein ganzes Netz von exklusiven Vertikalverträgen abgeschlossen. Die bestehenden Exklusivverträge beträfen maximal einen Zehntel des gesamten Marktes. Die Situation, dass auf dem Markt allenfalls nur ein Versorgungsunternehmen übrigbleiben könnte, sei aus wettbewerbsrechtlicher Sicht in der laufenden Untersuchung zu prüfen.

Die A. SA macht geltend, die Wettbewerbskommission habe den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt, Bundesrecht verletzt sowie bei der Würdigung des Sachverhalts Ermessensfehler begangen.

Bei diesen Rügen übersieht die Beschwerdeführerin, dass der Sachverhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch abzuklären und auf Beweiserhebungen grundsätzlich zu verzichten ist. Man spricht insofern gerne von einem «Prima facie»-Entscheid (vgl. etwa Häner, a. a. O., S. 371 ff.; BGE 99 Ib 215 E. 5). Im übrigen wird das Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) in einem Verfahren, das auf Begehren einer Partei eingeleitet worden ist, abgeschwächt (Art. 13 Abs. 1 lit. a VwVG). Die antragstellende Partei ist verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.

Der A. SA ist es nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht gelungen, glaubhaft darzutun, dass ihre wirtschaftlichen Schwierigkeiten das Ergebnis unzulässiger Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) oder unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) seien. Dies gilt auch, wenn zu veranschlagen ist, dass die E. AG mit verschiedenen Beteiligten und Interessierten am Markt für Altbatterien institutionelle und personelle Verbindungen hat. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin lässt sich das Verhalten der E. AG betriebswirtschaftlich nicht nur damit erklären, dass diese nach dem Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus dem Markt die Preise wieder anheben wolle. Die B. AG hat plausible geschäftliche Gründe («legitimate business reasons») dafür vorgetragen, weshalb sie die Geschäftsbeziehungen zur Beschwerdeführerin abgebrochen hat und statt dessen nur noch die E. AG beliefert. Es kommt hinzu, dass die A. SA keine näheren Angaben über ihre früheren Bezüge von den Adressatinnen ihrer Lieferbegehren gemacht hat, sondern ohne nähere Begründung eine hälftige Belieferung anstrebt. Sie setzt diese Forderung auch nicht in eine nähere Beziehung zu ihrem früheren Marktanteil. Dieser scheint 30% nicht überschritten zu haben. Die A. SA macht nämlich geltend, der frühere Marktanteil der E. AG habe 70% erreicht, während der heutige 90 bis 95% betrage. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erachtet es als glaubwürdig, dass der Grund für den Boykott der A. SA nicht bei kartellistischen Absprachen beziehungsweise Verhaltensweisen liegt, sondern bei ihrem Markt- und Zahlungsverhalten. Die behaupteten Preisvorteile gegenüber der E. AG sind unter diesen Umständen möglicherweise zu wenig attraktiv. Im übrigen macht die E. AG geltend, die Preisunterschiede seien auf ein unterschiedliches Angebot und nicht auf unterschiedliche Leistungsfähigkeit zurückzuführen.

Entgegen der Meinung der A. SA sind auch Gegenparteien wie die B. AG nicht verpflichtet, ihre Behauptungen im Rah-

men vorsorglicher Massnahmen strikte zu beweisen. Es genügt ein Glaubhaftmachen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gelangt gesamthaft zu einer überwiegend negativen Erfolgsprognose, wenn nicht sogar zu einer überwiegenden Unwahrscheinlichkeit des Erfolgs. Unter diesen Umständen müssten jedenfalls ganz gewichtige Nachteile die Anordnung einer Regelungsmassnahme rechtfertigen (vgl. Häner, a. a. O., S. 328 f. und S. 342).

- 2.2.5. Der schwere, wahrscheinlich eintretende Nachteil liegt nach der Behauptung der Beschwerdeführerin darin, dass sie für das wirtschaftliche Überleben auf die beantragten Lieferungen angewiesen sei.

Dieses Argument ist zwar nicht leicht zu nehmen. Indessen sieht sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht in der Lage, seine Begründetheit besser als die Wettbewerbskommission einzuschätzen. Sie vermag aufgrund der Aktenlage auch nicht hinreichend zuverlässig abzuschätzen, ob die beantragten Lieferungen das wirtschaftliche Überleben zu sichern vermöchten. In diesem Kontext ist nicht ohne Bedeutung, dass aus den Eingaben der E. AG und der A. SA explizit beziehungsweise implizit hervorgeht, am Markt sei nur für eines der beiden Unternehmen Platz. Die Wettbewerbskommission hat sich diesbezüglich zu Recht auf den Standpunkt gestellt, dass die kartellrechtliche Beurteilung der Eventualität des Ausscheidens eines Marktteilnehmers erst im Untersuchungsverfahren möglich sei.

Zu fragen ist, ob das Risiko der A. SA, aus dem Markt auszuscheiden, bevor die laufende Untersuchung des Sekretariates der Wettbewerbskommission abgeschlossen und die Eventualität eines Nachfragemonopols kartellrechtlich beurteilt ist, den Erlass vorsorglicher Massnahmen der beantragten Art trotz einer überwiegend negativen Entscheidungsprognose (bzw. einer Unwahrscheinlichkeit des Erfolgs) zu rechtfertigen vermöge. Die angeforderte Belieferung würde die Weiterexistenz der Beschwerdeführerin möglicherweise mindestens vorübergehend erleichtern oder sogar sichern. Die Erleichterung bei der A. SA wäre andererseits mit einer Verschlechterung der Situation der E. AG verbunden.

Die Beschwerdeführerin hat nicht dargetan, dass sie wirtschaftlich nicht bis zum Abschluss der laufenden Untersuchung überleben könnte. Laut Auskunft des Sekretariates der Wettbewerbskommission sollen die Ergebnisse voraussichtlich noch vor Ende Jahr vorliegen. Sodann ist in diesem Zusammenhang zu beachten und geradezu ausschlaggebend, dass

die Lieferungsverweigerungen gegenüber der A. SA und deren wirtschaftliche Schwierigkeiten aufgrund einer summarischen Prüfung nicht kausal mit der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung, sondern glaubhaft mit behaupteten Vertragsverletzungen durch die Beschwerdeführerin begründet werden. Auf diesen Zusammenhang macht die Wettbewerbskommission in ihrer Entscheidung zu Recht aufmerksam.

Unter diesen Umständen kann nicht von einem wettbewerbsrechtlich kausalen schweren, wahrscheinlich eintretenden Nachteil ausgegangen werden.

- 2.2.6. Was die Verhältnismässigkeit der angebehrten Massnahmen betrifft, so gelangt die Wettbewerbskommission ebenfalls zu einer negativen Beurteilung. Sie macht insbesondere geltend, die beantragten Massnahmen richteten sich nicht gegen die E. AG, sondern gegen Marktteilnehmer, von denen ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten nicht glaubhaft nachgewiesen sei. Allfällige Massnahmen müssten sich daher gegen die E. AG richten. Im übrigen sei die Nichtbelieferung Folge von Vertragsverletzungen. Zu ihrer Beseitigung müsse die A. SA den zivilrechtlichen Weg einschlagen. Dies betreffe insbesondere die Anfechtung der fristlosen Vertragsauflösung, welche offensichtlich nichts mit einer Wettbewerbsbeschränkung zu tun habe, durch die wichtigste Lieferantin, nämlich die B. AG.

Angesichts der überwiegend negativen Erfolgsprognose beziehungsweise sogar deren Unwahrscheinlichkeit sind die Interessen der Gegenparteien besonders zu gewichten. Unter diesen Umständen ist die Beurteilung der Wettbewerbskommission im Ergebnis mindestens vertretbar. Es kann nicht der Sinn vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahrens sein, vertragsrechtliche Streitigkeiten zu erledigen. Damit würde das KG disfunktional eingesetzt, was nicht zuletzt den schützenswerten Interessen der Gegenparteien zuwiderliefe.

3. Nach dem bisher Gesagten kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Beschwerde unbegründet und daher abzuweisen ist. Im Ergebnis vermochte die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft darzutun, dass die Wettbewerbskommission den rechtserheblichen Sachverhalt im Rahmen der summarischen Prüfung nicht vertretbar gewürdigt hätte.
4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat die Verfahrenskosten, einschliesslich jener für die Zwischenverfügung vom 30. Juli 1997, zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem geleiste-

ten Kostenvorschuss von CHF 1'500.- verrechnet. Eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG.).

Der B. AG ist - entgegen ihrem Antrag - keine Parteientschädigung zuzusprechen, da die Voraussetzungen von Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung, SR 172.041.0) vorliegend nicht erfüllt sind. Andererseits ist der obsiegenden E. AG zulasten der unterliegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten der Vertretung zuzusprechen. Mangels einer detaillierten Kostennote wird die Entschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 u. 2 lit. a Kostenverordnung).

### **Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde der A. SA vom 18. Juli 1997 wird abgewiesen.
2. Kosten [...].
3. Parteientschädigung [...].
4. [Rechtsmittel].
5. Mitteilungen an: [...].

### **B 3      2. Telecom PTT / Blue Window (Abschreibungsverfügung)**

*Beschwerde an die Rekurskommission, Art. 44 KG.*

*Recours à la Commission de recours, art. 44 LCart.*

*Ricorso alla Commissione di ricorso, art. 44 LCart.*

*Abschreibungsverfügung vom 22. Dezember 1997 in Sachen S. AG, (Beschwerde vom 16. Juni 1997) gegen 1. E., 2. Wettbewerbskommission (Verfügung vom 5./14. Mai 1997,) betreffend unzulässige Verhaltensweisen*

#### **wird nach Einsicht in:**

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5./14. Mai 1997,
- die dagegen von der S. AG (Beschwerdeführerin) am 16. Juni 1997 eingereichte Verwaltungsbeschwerde (inkl. Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung),
- die zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung ergangene Stellungnahme der T. (ab 01. 10. 1997: S.) vom 4. Juli 1997 und die gleichentags vom Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereichte Vernehmlassung,

- die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juli 1997,
- die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 18. August 1997 zur Hauptsache,
- die entsprechende Stellungnahme der T. vom 8. September 1997,
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. November 1997,
- das Gesuch der S. vom 24. November 1997 um Zusprechung einer Parteientschädigung sowie
- die übrigen sich bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befindlichen Akten

**und in Erwägung:**

dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. November 1997 ihre Beschwerde zurückgezogen hat;

dass die Sache deshalb als durch Rückzug erledigt von der Geschäftskontrolle abgeschrieben werden kann;

dass grundsätzlich die Prozesskosten zu tragen hat, wer ein Verfahren durch Rückzug der Beschwerde zur Erledigung bringt, da er als unterliegende Partei zu betrachten ist (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 327; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, RZ 297 sowie Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 146);

dass die Beschwerdeführerin angesichts des Beschwerderückzugs als grundsätzlich kostenpflichtig zu betrachten ist (Gygi, a. a. O., S. 327 und Kölz/Häner, a. a. O., RZ 297);

dass der Erlass der Zwischenverfügung vom 30. Juli 1997 bereits mit Aufwand verbunden war, welcher der kostenpflichtigen Beschwerdeführerin aufzuerlegen ist (Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021);

dass der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in bezug auf das Hauptverfahren bereits kostenpflichtiger Aufwand erwachsen ist;

dass daher der Beschwerdeführerin auch die diesbezüglichen Verfahrenskosten aufzuerlegen sind;

dass die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten mit dem am 3. Juli 1997 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu verrechnen sind;

dass die S. mit Eingabe vom 24. November 1997 eine Entschädigung in der Höhe der Kosten des von ihr extern für die Beratung zugezogenen Anwalts von CHF ... beantragt hat;

dass die S. als Beschwerdegegnerin infolge Beschwerderückzugs als obsiegende Partei zu betrachten ist, weshalb sie grundsätzlich Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 8 Abs. 7 der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0);

dass sich die S. hier nicht im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a Kostenverordnung anwaltlich vertreten liess;

dass auch Honorare externer Experten, soweit im Sinne von Artikel 64 Absatz 1 VwVG notwendig, als Barauslagen in Betracht fallen können (vgl. betr. Parteigutachten; REKO/EVD 95/4K-005, publiziert in: VPB 61.36);

dass die Notwendigkeit des Beizugs von Experten nur beurteilt werden kann, wenn deren Beitrag zum Verfahren erkennbar ist;

dass die S. den Beitrag der von ihr zugezogenen Anwälte in keiner Weise als Expertengutachten kenntlich gemacht, sondern lediglich die von ihr verfassten Rechtsschriften eingereicht hat,

dass daher die geltend gemachten Beratungskosten durch externe Anwälte keine entschädigungsfähige Barauslage darstellen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b Kostenverordnung).

**Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. Kosten [...].
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. [Rechtsmittel]
5. Mitteilungen an: [...].

**B 4 Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

**B 4 1. Künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen)**

*Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer; Art. 98 lit. e OG.*

*Recours de droit administratif devant le TF; art 98 let. e OJ.*

*Ricorso di diritto amministrativo davanti al TF; art. 98 let. e OG.*

*Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 1997 in Sachen EVD, Beschwerdeführer, gegen 1. Schweizerischer Verband für künstliche Besamung (SVKB), 2. A. Beschwerdegegner, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, betreffend vorsorgliche Massnahmen*

hat sich ergeben:

**A.**

Das Sekretariat der (damaligen) Kartellkommission führte vom 4. März bis 28. Juni 1996 aufgrund einer Meldung der Einzelfirma A., gegen den Schweizerischen Verband für künstliche Besamung (im folgenden: Verband) eine Vorabklärung durch.

Am 5. September 1996 ersuchte die B. das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gegen den Verband vorsorgliche Massnahmen zu treffen, weil dieser sie auf unzulässige Weise an der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs hindere. Das Sekretariat teilte dem Verband am 9. September 1996 mit, dass es eine Untersuchung über dessen Verhalten im Bereich der Beschaffung, der Verteilung und der Lagerung von Stiersamen eröffnet habe. Gleichzeitig räumte es ihm Frist zur Vernehmlassung in bezug auf beabsichtigte vorsorgliche Massnahmen ein.

Mit Verfügung vom 11. September 1996 ordnete das Sekretariat - mit Zustimmung des Präsidenten - gegen den Verband vorsorgliche Massnahmen an. Es verbot dem Verband jede Form von Exklusivitätsklauseln in den Verträgen mit den Tierärzten und verpflichtete ihn überdies, den Tierärzten, mit denen solche Verträge bereits abgeschlossen worden waren, mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln nicht angewendet würden.

**B.**

Der Schweizerische Verband für künstliche Besamung erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbe-

werbsfragen. Er stellte sich auf den Standpunkt, der Wettbewerbskommission fehle die sachliche Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zivilrechtlichen Inhalts; zudem sei die angeordnete Massnahme auch sachlich nicht gerechtfertigt.

Mit Entscheid vom 25. April 1997 hiess die Rekurskommission die Beschwerde gut und hob die angefochtene Verfügung auf. Die Rekurskommission verwarf zwar die Auffassung, die Wettbewerbskommission sei nicht zuständig, vorsorgliche Massnahmen der angeordneten Art zu erlassen; doch gelangte sie zum Schluss, dass nicht das Sekretariat mit Zustimmung des Präsidenten, sondern die Wettbewerbskommission selber entscheiden müsste.

### C.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat am 7. Mai 1997 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Es beantragt, den Entscheid der Rekurskommission vom 25. April 1997 aufzuheben und die Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 11. September 1996 zu bestätigen.

Der Schweizerische Verband für künstliche Besamung beantragt in seiner Vernehmlassung, die Beschwerde abzuweisen, eventuell die Sache an die Rekurskommission zurückzuweisen, damit diese die Frage der intertemporalrechtlichen Zulässigkeit der Anhebung einer Untersuchung prüfe und entscheide. Die Rekurskommission stellt in ihrer Vernehmlassung keinen bestimmten Antrag. Die A. hat mit Schreiben vom 18. August 1997 erklärt, sie unterziehe sich dem Urteil.

#### **Das Bundesgericht zieht in Erwägung:**

1.a) Nach Art. 103 lit. b OG ist das in der Sache zuständige Departement berechtigt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission zu erheben. Gestützt auf diese Bestimmung hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bezweifelt in ihrer Vernehmlassung, ob dies im Blick auf die Verwaltungsunabhängigkeit der Wettbewerbskommission zulässig sei. Zudem stelle sich die Frage, ob die Beschwerdelegitimation des Departements auch auf Zwischenverfügungen Anwendung finde.

1.b) Die Beschwerdelegitimation nach Art. 103 lit. b OG bezweckt, das allgemeine öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung und rechtsgleichen Anwendung des Bundesrechts zu wahren. Die Behördenbeschwerde des Bundes ist vor allem dann angebracht, wenn die betreffende Verwaltungsstelle nicht kraft dienstlicher Weisungsgewalt zum Rechten sehen kann (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 164). Sie ist gemäss Art. 103 lit. b OG zulässig «gegen die Verfügung einer eidgenössischen Re-

kurskommission, einer eidgenössischen Schiedskommission, einer letzten kantonalen Instanz oder einer Vorinstanz im Sinne von Artikel 98 Buchstabe h» (mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung). Massgebend ist, ob der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbare Entscheid von einer dieser Vorinstanzen ausgegangen ist, was bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Fall ist. Auf die Stellung der erstinstanzlich zuständigen Wettbewerbskommission kommt es daher nicht an, so dass nicht zu prüfen ist, ob sich die Beschwerdebefugnis des Departements auch auf Verfügungen der Wettbewerbskommission beziehen würde, wenn diese unmittelbar beim Bundesgericht anfechtbar wären (vgl. Art. 98 lit. d OG [autonome eidgenössische Anstalten und Betriebe]; Art. 98 lit. f OG [andere eidgenössische Kommissionen]; gegen deren Entscheide ist die Legitimation des Departements in Art. 103 lit. b OG jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen; siehe dazu auch BGE 105 Ib 348 E. 3 und 4, S. 355 ff.).

1.c) Dass das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement als das in der Sache zuständige Departement zu betrachten ist, steht ausser Frage. Es ist sodann nicht einzusehen, weshalb seine Beschwerdebefugnis nicht gegeben sein sollte, weil dem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission zugrunde liegt. Die Behördenbeschwerde ist im Unterschied zur Beschwerdebefugnis von Privatpersonen (Art. 103 lit. a OG) nicht von der Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses abhängig, sondern es genügt das öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung des Rechts. Das Departement ist vorliegend der Auffassung, die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbskommission wäre gefährdet, wenn das Sekretariat nicht befugt sei, (mit Zustimmung des Präsidenten) vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Dies genügt für die Ergreifung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch das Departement und entspricht der Funktion, welche der Behördenbeschwerde zugemessen wird.

2.a) Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1). Der Bundesrat bestellt die Wettbewerbskommission und bestimmt die drei Mitglieder des Präsidiums (Art. 18 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie kann sich in Kam-

mern mit selbständiger Entscheidbefugnis gliedern. Sie kann ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen (Art. 19 Abs. 1 KG). Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission erlässt ein Geschäftsreglement; darin regelt sie insbesondere die Einzelheiten der Organisation, namentlich die Zuständigkeiten des Präsidiums, der einzelnen Kammern und der Gesamtkommission (Art. 20 Abs. 1 KG).

Gemäss dem Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (Geschäftsreglement; SR 251.1) treffen die Entscheidungen im Namen der Wettbewerbskommission: a) die Kommission, b) die drei Kammern, c) das Präsidium und d) die einzelnen Präsidiumsmitglieder (Art. 1 Abs. 1). Die Kommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ zugewiesen sind (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsreglement). Das Sekretariat bereitet gemäss Art. 12 Abs. 1 Geschäftsreglement die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht ihre Entscheide; es führt diese Aufgaben unter Vorbehalt der Kompetenzen der Kommission selbständig durch; insbesondere leitet es die Untersuchungshandlungen (lit. b) und legt es die Dossiers der Kommission oder der Kammer mit einem begründeten Antrag zum Entscheid vor (lit. c).

2.b) Grundsätzlich ist in Übereinstimmung mit der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission davon auszugehen, dass die Wettbewerbskommission im Verfahren der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 27 ff. KG) befugt ist, vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Dass nach dem Kartellgesetz gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen auch auf zivilrechtlichem Weg vorgegangen werden kann (Art. 12 ff. KG) und gemäss Art. 17 KG durch das Gericht vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, hindert deren Anordnung im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht. Es entspricht der Konzeption des Kartellgesetzes, dass die gleichen Wettbewerbsbeschränkungen Gegenstand eines zivil- oder eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens bilden können. In beiden Verfahren kommt daher - entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners (Schweizerischer Verband für künstliche Besamung) - grundsätzlich auch die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Betracht. Während die Frage für das zivilrechtliche Verfahren in Art. 17 KG ausdrücklich geregelt ist, fehlt zwar eine entsprechende Norm für das verwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission. Doch verweist Art. 39 KG generell auf die entsprechen-

den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Jenes enthält zwar für das nichtstreitige (erstinstanzliche) Verwaltungsverfahren - im Unterschied zum Beschwerdeverfahren (Art. 55 und Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG; SR 172.021) - keine ausdrückliche Regelung der vorsorglichen Massnahmen, doch sind solche im Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach Lehre und Rechtsprechung trotzdem zulässig (BGE 121 V 112 ff.; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 95). Die Zulässigkeit wird teilweise bereits aus dem materiellen Recht abgeleitet, dessen Durchsetzung vorläufig gesichert werden soll (Christoph Schaub, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Diss. Zürich 1990, passim, insbesondere S. 41 ff., 61 ff.; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: ZSR 1997 II 313 ff.); oder es wird angenommen, dass eine Lücke vorliege, die zu schliessen sei (Kölz/Häner, a.a.O., S. 95; vgl. die analoge Anwendung von Art. 79 BZP in BGE 121 V 112 S. 115 f.). Sind vorsorgliche Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren grundsätzlich zulässig, können auch im Untersuchungsverfahren nach dem Kartellgesetz, soweit notwendig, derartige Anordnungen getroffen werden (Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, in: Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 172); ebenso Walter A. Stoffel, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [SZW], Sondernummer, Zürich 1996, S. 48).

3.a) Während die Vorinstanz erkannte, vorsorgliche Massnahmen im Verfahren der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen seien durch die Wettbewerbskommission anzuordnen, vertritt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement die Auffassung, das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums sei hiefür zuständig.

3.b) Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer andern Behörde vorbehalten sind. Es kommt demnach darauf an, ob eine andere Bestimmung des Kartellgesetzes die Zuständigkeit des Sekretariats vorsieht. Dabei fällt Art. 23 Abs. 1 KG in Betracht, wonach das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vorbereitet, die Untersuchungen durchführt und zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen erlässt. Der Begriff der «verfahrensleitenden Verfügung» ist nicht eindeutig. In Lehre und Rechtsprechung werden zwar Anordnungen über die aufschiebende Wirkung und über vorsorgliche Massnahmen gelegentlich als prozessleitende Verfügungen bezeichnet (Gygi, a.a.O., S. 245; Kölz/Häner, a.a.O., S. 173; BGE 111 Ib 182 E. 2b, 112 V 74 E. 3b), doch kann der Begriff der Prozess- oder Verfah-

rensleitung auch einschränkender verstanden werden. Namentlich trifft nicht zu, dass die Zuständigkeit zur Prozessleitung ohne weiteres diejenige zum Erlass vorsorglicher Massnahmen umfasst. So kann etwa im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde oder der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Instruktion dem Instruktionsrichter übertragen werden (Art. 91 und Art. 95 OG bzw. Art. 113 OG), während für vorsorgliche Massnahmen in jedem Fall der Präsident zuständig bleibt (Art. 94 OG bzw. Art. 111 Abs. 2 OG. Vgl. auch Art. 80 BZP: Soweit die Zuständigkeit des Präsidenten oder des Instruktionsrichters gegeben ist, können vorsorgliche Verfügungen an das Gericht weitergezogen werden; das ist bei prozessleitenden Verfügungen des Instruktionsrichters [Art. 5 BZP] nicht der Fall [vgl. immerhin Art. 67 Abs. 2 BZP]). Entscheide über die unentgeltliche Rechtspflege, die in einem weitem Sinn ebenfalls der Prozessleitung zugeordnet werden können, werden gar in Form eines Beschlusses durch die zuständige Abteilung getroffen (Art. 152 OG). Mangels ausdrücklicher Regelung im Kartellgesetz kann jedenfalls nicht bereits aus dem Wortlaut abgeleitet werden, die Zuständigkeit zum Erlass verfahrensleitender Verfügungen erfasse ohne weiteres auch jene zum Erlass vorsorglicher Massnahmen. Die Frage ist vielmehr unter Berücksichtigung weiterer Kriterien zu entscheiden.

3.c) Das der Wettbewerbskommission beigeordnete Sekretariat hat im wesentlichen die Aufgabe, die Entscheidungen der Kommission beschlussreif vorzubereiten (Botschaft, BBl 1995 I 525). Ihm ist daher die Kompetenz übertragen, die Untersuchungen durchzuführen (Art. 23 Abs. 1 KG). Das wird in Art. 12 des Geschäftsreglements dahin präzisiert, dass das Sekretariat die Untersuchungshandlungen leitet und der Kommission oder der Kammer die Dossiers mit einem begründeten Antrag zum Entscheid vorlegt. Auch das Geschäftsreglement überträgt dem Sekretariat nicht die Aufgabe, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen. Das Sekretariat ist Untersuchungsorgan, die Wettbewerbskommission Entscheidungsorgan (BBl 1995 I 525). Die dem Sekretariat obliegende Aufgabe und Funktion, die Untersuchung durchzuführen und die Entscheide beschlussreif vorzubereiten, kann wahrgenommen werden, ohne dass das Sekretariat zugleich auch über vorsorgliche Massnahmen entscheidet. Die Untersuchung, die nach Art. 23 KG dem Sekretariat übertragen ist, hat namentlich die Anhörung der Parteien, die Erhebung von Beweisen und die Abklärung des Sachverhalts zum Gegenstand. Darauf beziehen sich die verfahrensleitenden Verfügungen, die das Sekretariat gemäss Art. 23 KG zu treffen befugt ist. Es erscheint naheliegend, die Verfügungskompetenz des Sekretariats im Lichte seiner Funktion, nämlich der Durchführung der Untersuchung, zu verstehen. Vorsorgliche Massnahmen stehen nun weniger der Untersuchung als vielmehr dem Sachentscheid nahe. Sie dienen nicht dazu, die Grundlagen für den Endentscheid zu beschaffen und diesen vorzubereiten. Vielmehr ha-

ben sie zum Zweck, die Wirksamkeit des Endentscheids zu sichern. Sie erhalten oder schaffen die Sachlage, wie sie teilweise oder ganz durch den Endentscheid hergestellt werden soll. Sie stehen daher in einem engen Verhältnis zum Endentscheid, nehmen diesen ganz oder teilweise vorweg und schränken die Handlungsmöglichkeiten der betroffenen Wirtschaftssubjekte unter Umständen in ähnlich empfindlicher Weise bereits ein. Die Nähe vorsorglicher Massnahmen zum Endentscheid spricht dafür, dass sie durch die Wettbewerbskommission selber getroffen werden. Jedenfalls ist das Sekretariat zur Durchführung der Untersuchung nicht darauf angewiesen, vorsorgliche Massnahmen erlassen zu können. Der Zweck der gesetzlichen Regelung, dem Sekretariat die erforderlichen Mittel zur Durchführung der Untersuchung beizugeben und damit seiner Aufgabe gerecht zu werden, verlangt nicht, den Begriff der verfahrensleitenden Verfügungen weit auszulegen, sondern gegenteils, diese zweckbezogen, auf die Durchführung der Untersuchung zu beschränken.

3.d) Gegen eine Kompetenz des Sekretariats, vorsorgliche Massnahmen zu treffen, sprechen des weitern gesetzssystematische Überlegungen. Während im Kartellgesetz bei der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen eine Regelung der vorsorglichen Massnahmen fehlt, ist eine solche bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ausdrücklich vorgesehen: Art. 32 Abs. 2 KG bestimmt, dass die beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens den Zusammenschluss nicht vollziehen dürfen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies aus wichtigen Gründen bewilligt. Wird die Durchführung einer Prüfung beschlossen, so entscheidet erneut die Wettbewerbskommission, ob der Zusammenschluss vorläufig vollzogen werden kann oder für die Dauer der Prüfung aufgeschoben bleibt (vgl. Art. 33 KG). Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement macht geltend, der Gesetzgeber hätte die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bei der Fusionskontrolle nicht ausdrücklich normieren müssen, wenn jene ohnehin in allgemeiner Weise für vorsorgliche Massnahmen zuständig sei (Beschwerde Ziff. 3.3, S. 6 f.). Dass der Gesetzgeber hier eine ausdrückliche Regelung erlassen hat, ist aber nicht darin begründet, die Zuständigkeit zu regeln, sondern in der Notwendigkeit, den präventiven Charakter der Fusionskontrolle zu gewährleisten, gleichzeitig aber Ausnahmen zu ermöglichen (BBl 1995 I 607 f.). Der Gesetzgeber hat also nicht deshalb bei der Fusionskontrolle eine ausdrückliche Regelung der vorsorglichen Massnahmen getroffen, weil er von der ordentlichen Zuständigkeitsregelung (nach Meinung des Departements das Sekretariat) abweichen wollte, sondern weil er den Zeitpunkt des Vollzugs der Fusion als regelungsbedürftig erachtete. Dann aber bestätigt der Umstand, dass bei der Fusionskontrolle die Wettbewerbskommission als zuständig erklärt wird und nicht das Sekretariat, die aus dem Gesetzeszweck hergeleitete Auffassung, wonach vorsorgli-

che Massnahmen nicht verfahrensleitende Verfügungen im Sinne von Art. 23 KG sind. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Zuständigkeit beim Untersuchungsverfahren abweichend von jener bei der Fusionskontrolle hätte geregelt werden sollen.

Zu beachten ist weiter, dass gemäss Art. 27 Abs. 2 KG die Wettbewerbskommission entscheidet, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind. Ist es also Sache der Wettbewerbskommission, die Prioritäten festzulegen (BBI 1995 I 603), so wäre es widersprüchlich, wenn das Sekretariat befugt wäre, in eigener Kompetenz vorsorgliche Massnahmen zu erlassen. Vorsorgliche Massnahmen müssen zwangsläufig auf den Zeitplan abgestimmt sein, in dem ein Verfahren durchgeführt wird. Eine auseinanderfallende Kompetenzordnung wäre deshalb kaum sachgerecht.

3.e) Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement weist schliesslich darauf hin, die vom Kartellgesetz vorgesehene Behördenstruktur sei dem Modell der Eidgenössischen Bankenkommission nachgebildet (Botschaft, BBI 1995 I 524). Dieses sei dahin ausgelegt worden, dass das Sekretariat der Bankenkommission das ganze Verwaltungsverfahren selbständig durchführe. Somit müssten auch dem Sekretariat der Wettbewerbskommission umfassende Kompetenzen im Untersuchungsverfahren zuerkannt werden.

Es trifft zwar zu, dass das Sekretariat der Bankenkommission das ganze Verwaltungsverfahren führt (Art. 51a Abs. 3 der Bankenverordnung; SR 952.02). Doch ist diese Zuständigkeit gerade nicht dahin ausgelegt worden, dass das Sekretariat befugt wäre, sämtliche Zwischenverfügungen (einschliesslich vorsorgliche Massnahmen) selbständig zu erlassen. Das Bundesgericht hat wiederholt Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Zwischenverfügungen der Bankenkommission beurteilt, die von der Kommission getroffen wurden und nicht etwa von deren Sekretariat (BGE 121 II 147 ff. sowie unveröffentlichtes Urteil vom 11. November 1991 i.S. SEC Securities Equity & Currencies AG c. Eidg. Bankenkommission). Das Argument, die Organisationsstruktur der Wettbewerbskommission sei jener der Bankenkommission nachgebildet, spricht daher gegen die These, das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei befugt, sämtliche Zwischenverfügungen zu erlassen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach die vorsorgliche Massnahme gegen den Schweizerischen Verband für künstliche Besamung durch die Wettbewerbskommission und nicht durch deren Sekretariat hätte angeordnet werden müssen, Bundesrecht nicht verletzt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements ist daher als unbegründet abzuweisen.

Dem beschwerdeführenden Departement sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat es dem Schweizeri-

schen Verband für künstliche Besamung eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. [Parteientschädigung].
4. Mitteilungen an:[...].

**C Zivilrechtliche Praxis  
Pratique des tribunaux civils  
Prassi dei tribunali civili**

**C 1 Kantonale Gerichte  
Tribunaux cantonaux  
Tribunali cantonali**

**C 1 1. Teilnahme an einer Fachmesse (Handelsgericht  
des Kt. Aargau)**

*Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, Art. 7 Abs. 2 lit a KG; vorsorgliche Massnahmen, Art. 17 Abs. 1 und 2 KG.*

*Pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante, art. 7 al. 2 let. a LCart.; mesures provisionnelles, art. 17 al. 1 et 2 LCart.*

*Pratiche illecite di un'impresa che domina il mercato, art. 7 cpv. 2 let. a LCart; misure cautelari; art. 17 cpv. 1 e 2 LCart.*

*Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. September 1997*

Im vorsorglichen Massnahmeverfahren des X, Gesuchsteller, gegen Y, Gesuchsgegnerin,

**wird den Akten entnommen:**

**A.**

Der Zweck der Einzelunternehmung des Gesuchstellers besteht im Handel mit Musikinstrumenten und musikelektronischen Geräten. Sie ist seit 4. Februar 1997 im Handelsregister eingetragen.

Die Gesuchsgegnerin bezweckt u.a. die Organisation von Ausstellungen und Fachmessen sowie den Standbau. Sie ist Veranstalterin und Organisatorin der Schweizerischen Musikmesse, welche vom 3. - 6. Oktober 1997 in Luzern stattfinden wird (im folgenden Schweizerische Musikmesse 1997).

Mit Schreiben vom 27. Juni 1997 teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller mit, seine Teilnahme an der Schweizerischen Musikmesse 1997 werde abgelehnt, da hiezu nur Grossisten zugelassen würden. Die vom Gesuchsteller geleisteten Nachweise für seine «Grossistentätigkeit» seien ungenügend. Auf die Stellungnahme des Gesuchstellers vom 3. Juli 1997 zu diesem Schreiben und die Intervention seines Rechtsvertreters vom 22. Juli 1997 reagierte die Gesuchsgegnerin nicht mehr.

## B.

1. Mit vorsorglichem Massnahmebegehren vom 28. August 1997 liess der Gesuchsteller folgende Rechtsbegehren stellen:

- «1. a) Mittels vorsorglicher Verfügung sei die Beklagte zu verpflichten, den Kläger zur Musik Messe, Ausstellungsgelände Allmend Luzern (5 Schweizerische Fachmesse für elektronische und akustische Instrumente, Licht, Ton und Multimedia) vom 3. - 6. Oktober 1997 zuzulassen und die notwendigen Anordnungen wie namentlich die Zuweisung eines geeigneten Standplatzes zu treffen.
- b) Der Entscheid sei als sofort vollstreckbar zu erklären und der Beklagten sei im Widerhandlungsfall Strafe wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) anzudrohen.
2. Die unter RZ 1 gestellten Begehren seien sofort als vorläufige Massnahmen zu verfügen und deren Vollstreckbarkeit anzuordnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, das Unternehmen des Gesuchstellers sei sowohl im Grosshandel als auch im Detailhandel tätig. Anlässlich der Musikmesse Frankfurt vom 26. Februar - 2. März 1997 habe A, zuständiger Projektleiter der Gesuchsgegnerin für die Schweizerische Musikmesse 1997, B, Geschäftsführer des Gesuchstellers, die Teilnahme an der diesjährigen Musikmesse in Luzern zugesagt. Es sei der Stand Nr. [...] vorgesehen worden. Der Gesuchsteller sei in der Folge aufgefordert worden, seine Grossistentätigkeit nachzuweisen. Er sei dieser Aufforderung nachgekommen und habe der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 10. Juni und 3. Juli 1997 verschiedene Bestätigungen unterbreitet, wonach er exklusiver Vertreter/Verkäufer

von importierten Produkten in der Schweiz sei. Bereits daraus ergebe sich, dass der Gesuchsteller nicht ausschliesslich Detailhändler sei. Zwar verkaufe der Gesuchsteller seine Produkte auch direkt an private Kunden, doch gehörten mehrere Detailhändler, Installationsunternehmen und Verleihfirmen zu seiner Kundenschaft.

2. Mit Verfügung vom 29. August 1997 wurde das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme abgewiesen und für den Fall, dass die Gesuchsgegnerin Einwendungen erhebe, zur Verhandlung auf den 10. September 1997 vorgeladen. Die Gesuchsgegnerin erhob innert der gesetzten Frist keine Einwendungen. Zwecks Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts wurde an der Durchführung der Verhandlung vom 10. September 1997 dennoch festgehalten (Verfügung vom 8. September 1997).
3. Anlässlich der heutigen Verhandlung wurden die Parteien und der Zeuge A befragt.

#### **Der Vizepräsident zieht in Erwägung:**

1. a) Der Gesuchsteller stützt sein vorsorgliches Rechtsschutzbegehren in materieller Hinsicht einerseits auf eine vertragliche, andererseits auf eine kartellrechtliche Anspruchsgrundlage. Ein vorsorglicher Rechtsschutzanspruch kann auch die Realerfüllung eines Vertrages beinhalten. Formellrechtliche Rechtsgrundlage bildet hierfür die kantonale Bestimmung von § 302 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach der Richter vorsorgliche Verfügungen zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils erlässt. Demgegenüber ist der vorsorgliche Rechtsschutz für kartellrechtliche Ansprüche bundesrechtlich geregelt. Art. 17 Abs. 1 KG statuiert den Grundsatz, wonach der Richter zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnet; Abs. 2 dieser Bestimmung verweist im übrigen auf die Regelung des vorsorglichen Rechtsschutzes in Art. 28c - 28f ZGB. Die Voraussetzungen des vorsorglichen Schutzes von kartellrechtlichen Ansprüchen sind in Art. 28c Abs. 1 ZGB gleich geregelt wie in § 302 Abs. 1 lit. b ZPO: drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil aus Verletzung eines Anspruchs. Übereinstimmung besteht zwischen der kantonal- und der bundesrechtlichen Regelung des vorsorglichen Rechtsschutzes auch bezüglich des erforderlichen Beweismasses. Es genügt Glaubhaftmachung sowohl des behaupteten, vorsorglich zu schätzenden Rechts als auch des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und der (aus der Rechts-

natur des vorsorglichen Rechtsschutzes fliessenden) Dringlichkeit (§ 302 Abs. 2 ZPO, Art. 28c Abs. 1 ZGB).

- b) Die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahme ist demgemäss an die folgenden drei Voraussetzungen geknüpft:
1. Glaubhaftmachung des vorsorglich zu schützenden Rechts (Hauptsachenprognose). Bei der diesbezüglichen rechtlichen Vorprüfung ist mit Bezug auf vorsorgliche Vollstreckungsmassnahmen (sog. Leistungsmassnahmen) wegen der damit für den Gesuchsgegner in der Regel verbundenen einschneidenden Konsequenzen erforderlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (BGE 104 Ia 414, 100 Ia 22, 97 I 486 f.; O. Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980 S. 97; Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 7 zu § 110; Eichenberger, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, N 9 zu § 302).
  2. Glaubhaftmachung, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (Nachteilsprognose). Gleich wie bei der Hauptsachenprognose sind an die nicht leichte Ersetzbarkeit des drohenden Nachteils strengere Anforderungen zu stellen, wenn die vorsorgliche Vollstreckung eines Anspruches und nicht bloss die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes (sog. Sicherungsmassnahmen) verlangt wird. In solchen Fällen müssen die Interessen der Parteien sorgfältig gegen einander abgewogen werden. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, wenn dieser nicht oder nur schwer mit Geld ausgeglichen werden kann. Die Gefährdung einer Schadenersatzforderung stellt einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, wenn entweder die Solvenz der Gegenpartei als zweifelhaft erscheinen lässt, ob Schadensausgleich überhaupt zu erreichen ist, oder aber der Schadensnachweis mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f. Erw. 2b und c; 94 I 11 Erw. 8; Vogel, a.a.O., S. 96; Eichenberger, a.a.O., N 8 zu § 302).
  3. Glaubhaftmachung einer relativen Dringlichkeit in dem Sinne, dass der drohende Schaden nur durch eine vor-

sorgliche Massnahme abgewendet werden kann (Alder, a.a.O., S. 83).

2. Der Gesuchsteller stützt seinen Anspruch auf Zulassung zur Schweizerischen Musikmesse 1997 zunächst auf eine Zusicherung, die seinem Geschäftsführer B anlässlich der Frankfurter Musikmesse Ende Februar oder anfangs März 1997 von A namens der Gesuchsgegnerin erteilt worden sei. Indessen hat B anlässlich der Parteibefragung vom 10. September 1997 selbst zugestanden, dass bei diesem Gespräch auch für ihn klar gewesen sei, dass Ausstellungsverträge von der Gesuchsgegnerin ausschliesslich schriftlich nach Massgabe der Anmeldeunterlagen und einer Teilnahmebestätigung abgeschlossen werden. Die Gesuchsgegnerin hat demgemäss in einer für den Gesuchsteller erkennbaren Weise den Abschluss von Ausstellungsverträgen an einen (konkludenten) Formvorbehalt gebunden, weshalb eine vertragliche Verpflichtung, den Gesuchsteller an der Schweizerischen Musikmesse 1997 teilnehmen zu lassen, gestützt auf das erwähnte formlose (mündliche) Gespräch zwischen B und A nicht entstehen konnte (Art. 16 Abs. 1 OR). Die vom Gesuchsteller behauptete vertragliche Anspruchsgrundlage ist folglich nicht gegeben.
3. a) Der Gesuchsteller macht sodann einen kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch gestützt auf Art. 7 KG geltend. Nach dieser Bestimmung verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweise gilt insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG).
- b) Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Wie das Kartellgesetz im allgemeinen, so knüpft auch Art. 7 KG beim sachlichen Geltungsbereich an den Unternehmensbegriff an und visiert diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - als Anbieter oder Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Grundlegendes Kriterium der Marktbeherrschung ist ein grosser Anteil am jeweils relevanten Markt. Im Sinne einer sog. Daumenregel kann gesagt werden, dass ein Marktanteil von mindestens 50% gegeben sein muss, damit ein Anbieter marktbeherrschend ist (Wohlmann, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, SZW-Sondernummer 1996, S. 23). Ob Marktbeherrschung

vorliegt, hängt jedoch nicht allein von der aktuellen Wettbewerbssituation, sondern auch von der Zahl, Qualität und Stellung der potentiellen Wettbewerber ab (Sonderdruck der Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 82).

- c) Die Bestimmung des Markteinflusses eines Unternehmens setzt die Begrenzung des relevanten Marktes voraus. Hiezu steht nach bisheriger Praxis der Kartellkommission das Kriterium im Vordergrund, ob ein Produkt bzw. eine Dienstleistung gegenüber einem andern bzw. einer anderen austauschbar ist (Schmidhauser et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, N 58 zu Art. 4 KG). In gleicher Weise wird der sachlich relevante Markt auch im Recht der Europäischen Union bestimmt, an welche sich das Kartellgesetz im Bereich der marktbeherrschenden Unternehmen anlehnt (Meier-Schatz, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, in Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 56). Der relevante Markt für eine bestimmte Dienstleistung wird nach Gemeinschaftsrecht ebenfalls durch die Ausweichdienstleistungen bestimmt (Zäch, Grundzüge des europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich 1996, S. 269). Hauptkriterium für die Bestimmung des relevanten Marktes ist deshalb die Substituierbarkeit einer Dienstleistung durch den Abnehmer aufgrund ihrer Eigenschaften und ihrer Preislage (Wohlmann, a.a.O., S. 23).
4. a) Als Organisatorin und Veranstalterin der Schweizerischen Musikmesse 1997 bietet die Gesuchsgegnerin Herstellern und Händlern von Musikinstrumenten und elektronischen Zusatzgeräten Gelegenheit, ihre Produkte auszustellen und zum Abschluss von Kaufverträgen. Die Gesuchsgegnerin ist somit Anbieterin einer Dienstleistung, welche darin besteht, Herstellern und Händlern der genannten Produkte eine Ausstellungs- und Vertriebsmöglichkeit zu bieten. Relevanter Markt ist deshalb im vorliegenden Fall der Fachmessemarkt für Musikinstrumente und elektronische Zusatzgeräte.
- b) Anlässlich der Verhandlung vom 10. September 1997 hat der Zeuge A dargelegt, dass in der Schweiz seit fünf Jahren lediglich noch eine einzige mit der Schweizerischen Musikmesse vergleichbare Fachmesse als «Anhängsel» zur Buchmesse in Genf durchgeführt wird. Die entsprechenden Depositionen des Zeugen A wurden von beiden Parteien als zutreffend bestätigt. Demgemäss ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin einen Anteil von mindestens 50% des

Fachmessemarktes für Musikinstrumente und elektronische Zusatzgeräte innehat. Die wettbewerbliche Bedeutung der Genfer Musikmesse, welche nicht selbständig, sondern als «Anhängsel» zu einer Buchmesse veranstaltet wird, dürfte nur schon aus geographischen Gründen jedenfalls für die deutschschweizerischen Hersteller und Händler von Musikinstrumenten und Zusatzgeräten eher geringer sein als diejenige der Schweizerischen Musikmesse Luzern, und zwar obwohl die Genfer Musikmesse - wie der Zeuge A deponiert hat - über eine grössere Zahl von Ausstellern verfügt. Es erscheint folglich zumindest als glaubhaft, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin auf dem hier relevanten Fachmessemarkt für Musikinstrumente und Zusatzgeräte um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt.

- c) Durch den Ausschluss des Gesuchstellers von der Schweizerischen Musikmesse 1997 wird es diesem verunmöglicht, seine Produkte über den Fachmessemarkt zu vertreiben und auszustellen. Damit wird er in der Ausübung des Wettbewerbs offensichtlich behindert. Der Ausschluss des Gesuchstellers von der Schweizerischen Musikmesse 1997 stellt daher eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG dar. Im Gegensatz zum Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) sind in Art. 7 KG keine Rechtfertigungsgründe vorgesehen, auf welche sich ein marktbeherrschendes Unternehmen berufen könnte. Sind also die Voraussetzungen der Marktbeherrschung und eine Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KG gegeben, so liegt ohne weiteres ein unzulässiges Wettbewerbsverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens vor, welches kartellrechtlich untersagt ist. Ein allfälliges Messereglement, welches dem Messeveranstalter ein Recht auf Ausschluss von Ausstellern ohne Angabe von Gründen einräumt, wäre daher kartellrechtswidrig und unbeachtlich.
- d) Der von der Gesuchsgegnerin anlässlich der Verhandlung vom 10. September 1997 erhobene Einwand, nach ihrem Messereglement seien nur Allein- bzw. Generalimporteure sowie Hersteller von Musikinstrumenten und Zusatzgeräten sowie Aussteller mit gleichem Angebot wie jene zugelassen, kann schon aus formellrechtlichen Gründen nicht gehört werden. Denn die Gesuchsgegnerin hat innert der ihr gesetzten Frist keine Einwendungen gegen das vorsorgliche Massnahmebegehren erhoben und kann deshalb zum Beweis ihrer diesbezüglichen Parteibehauptung nicht zugelassen werden. Aber selbst wenn dieser Einwand beachtlich und kartellrechtlich von Belang wäre, stünde ihm entgegen, dass der Gesuchsteller urkundlich nachgewiesen hat, dass er

auch Alleinimporteur der Produkte von sechs Herstellern von Gitarren, Schlagzeugen, Verstärkern, Mischpulten und anderen Zusatzgeräten sowie Zubehör zu Musikinstrumenten ist. Der Status als Alleinimporteur könnte dem Gesuchsteller daher selbst dann nicht abgesprochen werden, wenn dieser Umstand für den geltend gemachten kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch beachtlich wäre. Andererseits könnte die nicht bestrittene Tatsache, dass der Gesuchsteller an seinem Geschäftssitz in Niederlenz auch Detailhandel betreibt, nicht dazu führen, das streitige Wettbewerbsverhalten der Gesuchsgegnerin als sachlich begründet und damit als kartellrechtlich zulässig zu qualifizieren.

- e) Zusammenfassend ist eine positive Hauptsachenprognose für den geltend gemachten kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch zu bejahen.
5. Dass dem Gesuchsteller durch die Verweigerung der Teilnahme an der Schweizerischen Musikmesse 1997 ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, erscheint ebenfalls als glaubhaft. Denn der Gesuchsteller ist erst seit Frühjahr 1997 auf dem schweizerischen Markt tätig und hat sich erstmals um eine Teilnahme an der Schweizerischen Musikmesse beworben. Er verfügt daher über keinerlei Erfahrungszahlen betreffend die an der Schweizerischen Musikmesse erzielbaren Umsätze. Demzufolge wäre ein allfälliger Schadenersatzanspruch gar nicht oder nur sehr schwer beweisbar.
  6. Die erforderliche Dringlichkeit des beantragten vorsorglichen Rechtsschutzes ergibt sich ohne weiteres daraus, dass die Schweizerische Musikmesse 1997 bereits in drei Wochen stattfindet.
  7. Zusammenfassend ist das vorsorgliche Rechtsschutzbegehren RZ 1 aus den dargelegten Gründen gutzuheissen, wobei es dahin einzuschränken ist, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, den Gesuchsteller zu denselben Gegenleistungen und den gleichen Zahlungsbedingungen an der Schweizerischen Musikmesse 1997 teilnehmen zu lassen, wie sie für die übrigen Aussteller gelten.
  8. a) Gemäss Art. 28e Abs. 2 ZGB hat der Richter bei Erlass einer vorsorglichen Massnahme vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses eine Frist von 30 Tagen zur Anhebung der Klage anzusetzen und damit die Androhung zu verbinden, dass die vorsorgliche Massnahme im Säumnisfall dahinfällt. Diese Fristansetzung kann unterbleiben, wenn sie sinnlos oder unnötig ist. Das trifft u.a. zu, wenn eine vorsorgliche Massnahme eine nicht rückgängig zu machende antizipierte Vollstreckung beinhaltet, so dass dem Gesuchsgegner einzig die Möglichkeit einer Schadenersatzklage für den durch die angeordnete vorsorgliche Massnahme verursachten Schaden verbleibt, falls sich deren Erlass nachträglich als unbegrün-

det herausstellt. Diesfalls kann dem Gesuchsteller bei bloss glaubhaft gemachtem Anspruch nach Massgabe von Art. 28d Abs. 2 ZGB eine Sicherheitsleistung auferlegt und dem Gesuchsgegner Frist zur Anhebung der Schadenersatzklage angesetzt werden verbunden mit der Androhung der Freigabe der Kautions im Falle der Säumnis (Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., Bern 1995, N 1b zu Art. 330).

- b) Gegenstand der im vorliegenden Fall anzuordnenden vorsorglichen Massnahme ist die antizipierte Vollstreckung einer Kontrahierungspflicht. Nach ihrem Vollzug ist die streitige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen beseitigt und der gerichtlich erzwungene Ausstellungsvertrag erfüllt. Es wäre sinnlos, diesen Anspruch in einem nachfolgenden Hauptprozess noch definitiv zu beurteilen. Von der Ansetzung einer Klagefrist zur Einleitung des Hauptprozesses durch den Gesuchsteller ist daher abzusehen. Hingegen ist vom Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung zu verlangen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Anhebung einer Schadenersatzklage anzusetzen. Für den Säumnisfall ist dem Gesuchsteller das Dahinfallen der angeordneten vorsorglichen Massnahme und der Gesuchsgegnerin die Freigabe der geleisteten Kautions anzudrohen.

9. Ausgangsgemäss ist die Gesuchsgegnerin kostenpflichtig (§ 112 Abs. 1 ZPO). Aus zeitlichen Gründen ist die Höhe der Parteikostenersatzforderung des Gesuchstellers nachträglich festzusetzen.

**Gestützt darauf wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung des Gesuchs wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, den Gesuchsteller an der Schweizerischen Musikmesse Luzern 1997 vom 3. - 6. Oktober 1997 zu denselben Gegenleistungen und Zahlungsbedingungen teilnehmen zu lassen, wie sie den andern Ausstellern gewährt werden; die Gesuchsgegnerin hat sofort die hierfür notwendigen Anordnungen zu treffen, namentlich dem Gesuchsteller einen geeigneten Ausstellungsplatz zuzuweisen.
2. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die in vorstehender Dispositiv RZ 1 getroffenen Anordnungen wird den verantwortlichen Organen und geschäftsführenden Personen der Gesuchsgegnerin Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB angedroht. Diese Bestimmung lautet:

«Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung

nicht Folge leistet, wird mit Haft oder mit Busse bestraft.»

3. a) Der Gesuchsteller wird verpflichtet, innert einer nicht erstreckbaren Frist von 5 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Aargau Sicherheit im Umfang von CHF 10'000.-- zugunsten der Gesuchsgegnerin zu leisten durch Hinterlegung von Geld, Wertpapieren oder einer unwiderruflichen, unbedingten und unbefristeten Bankgarantie einer in der Schweiz domizilierten, erstklassigen Bank.
- b) Im Falle der Säumnis fällt die vorsorgliche Massnahme gemäss vorstehender Dispositiv RZ 1 dahin.
4. a) Der Gesuchsgegnerin wird für die Erhebung einer allfälligen Schadenersatzklage eine Frist von 60 Tagen angesetzt.
- b) Im Falle der Säumnis wird die vom Gesuchsteller gemäss Dispositiv RZ 3 lit. a geleistete Sicherheit freigegeben.
5. Kosten [...].
6. [Parteientschädigung].
7. Mitteilungen an: [...].

## C 1 **2. Fluggesellschaften (Handelsgericht des Kt. Zürich)**

*Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, Art. 7 Abs. 2 lit. a KG; vorsorgliche Massnahmen, Art. 17 Abs. 1 und 2 KG.*

*Pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante, art. 7 al. 2 let a LCart.; mesures provisionnelles, art. 17 al. 1 et 2 LCart.*

*Pratiche illecite di un'impresa che domina il mercato, art. 7 cpv. 2 let. a LCart; misure cautelari; art. 17 cpv. 1 e 2 LCart.*

*Beschluss vom 30. Oktober 1997 in Sachen Alp Reisen AG, Klägerin gegen Turkish Airlines Inc. betreffend Forderung (vorsorgliche Massnahme)*

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### **A.**

1. Mit Eingabe vom 12. September 1997 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren hierorts rechtshängig, u.a. mit dem Begehren, «es sei die Beklagte zu verpflichten, die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der Klägerin zu unterlassen und mit der Klägerin einen branchenüblichen Agenturvertrag ab-

zuschliessen»; zudem macht sie Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend. In nämlicher Eingabe stellte sie das Gesuch, «es sei die Beklagte für die Dauer des Prozesses im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, unverzüglich die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der Klägerin zu unterlassen und mit der Klägerin einen branchenüblichen Agenturvertrag abzuschliessen».

2. a) Die Klägerin begründet ihr Massnahmebegehren im wesentlichen damit, die Beklagte missbrauche als nationale türkische Fluggesellschaft ihre marktbeherrschende Stellung. Ihr Ziel sei es, die «türkischen» Verkaufsagenturen in der Schweiz exklusiv an sich zu binden. Eine Verkaufstätigkeit für andere Verkehrsgesellschaften, wie die Klägerin sie ausübe, werde von der Beklagten nicht akzeptiert. Eine solche Geschäftspolitik stelle aber keinen sachlichen Grund dar, um die Geschäftsbeziehungen zur Klägerin einzustellen und ihr die Vertretungsrechte zu entziehen. Durch das grundlos diskriminierende Verhalten der Beklagten werde die Klägerin in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert. Sie sei darauf angewiesen, auch Flugreisen der nationalen türkischen Fluggesellschaft anbieten zu können. Der Schaden, den die Klägerin dadurch erleide, vergrössere sich ständig. Es rechtfertige sich daher, dass die Beklagte schon während des Prozesses unverzüglich die Geschäftsbeziehungen wiederaufnehme.
- b) Die Beklagte beantragte in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 1997 die Abweisung des Massnahmebegehrens mit der Begründung, der Entzug der Vertretungsrechte sei erfolgt, weil die Klägerin sie u.a. gegenüber der Presse schlecht gemacht habe, indem sie anfangs Juni 1997 an einer «Pressekonferenz» Vorwürfe gegen sie erhob. Damit habe ein sachlicher Grund für den Abbruch der Geschäftsbeziehungen vorgelegen, weshalb von einem Missbrauch bzw. einer grundlosen Diskriminierung nicht die Rede sein könne. Es treffe zudem nicht zu, dass sie über eine «marktbeherrschende Stellung» verfüge.

## **B.**

1. Zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen (Art. 17 Abs. 1 KG). Insbesondere kann auch der in Art. 13 lit. b KG vorgesehene Kontrahierungszwang als vorsorgliche Massnahme verfügt werden (Homburger, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990, N 26 zu Art. 13 a KG). Das Gesetz verweist im

übrigen auf die sinngemässe Anwendung der Regelung von Art. 28c-28f ZGB (Art. 17 Abs. 2 KG).

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind somit das Glaubhaftmachen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Stoffel, in Zäch: [Hrsg.]. Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 117 ff.). Von einer Vorbegutachtung durch die Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 Abs. 1 KG kann bei vorsorglichen Massnahmen abgesehen werden (Stoffel, a.a.O. S. 105).

2. a) Die Klägerin wirft der Beklagten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung, insbesondere missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, vor. Unter diesen Tatbestand fallen auch die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Kunden (Botschaft zum KG vom 23. November 1994, BB1 1995 I S. 548). Das Gesetz verpönt indes lediglich solches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, das ohne sachlich nachvollziehbaren (kaufmännischen) Grund andere Unternehmen in der Aufnahme des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Unzulässig ist somit ein Verhalten, das auf Willkür oder auf wirtschaftsfremden Erwägungen beruht, gesetz- oder sittenwidrig ist, leichtfertig oder mit verwerflicher Zielsetzung erfolgt. Von einem Missbrauch kann zudem dann nicht gesprochen werden, wenn ein Mittel gewählt wird, das auch irgendeinem Konkurrenten ohne erhöhten Markteinfluss zur Verfügung stünde (Meier-Schatz, in: Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 55; Botschaft, a.a.O., S. 569, 571).
- b) Am 22. Oktober/1. November 1996 schlossen die Parteien eine Preisvereinbarung für Flüge der Beklagten in die Türkei ab. Mit Schreiben vom 28. Oktober 1996 protestierte die Klägerin erstmals gegen ein Inserat der Beklagten, weil sie darin nicht als «ermächtigte Agentur» aufgeführt worden sei. Mit Schreiben vom 19. November 1996 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass sie (die Klägerin) eher für andere nationale Fluggesellschaften tätig sei und die Beklagte lediglich als Alternative betrachte; sie brachte zudem ihre Freude über die Zusammenarbeit der Klägerin mit anderen IATA-Mitgliedern und der Swissair zum Ausdruck. Mit Schreiben vom 22. November 1996 wiederholte die Klägerin ihren Protest und verlangte die Berichtigung des gemachten Fehlers. Mit Telefax vom 25. November 1995 warf die Klägerin der Beklagten Voreingenommenheit vor und kündigte an, alle an die Beklagte gerichteten Antwortschreiben ins-

künftig an die Presse weiterzuleiten, gemäss dem Vermerk «cc» auch bereits die vorliegende Telefax-Mitteilung selbst. Mit Schreiben vom 26. November 1996 wies die Beklagte die Forderungen der Klägerin zurück und verwies auf ihr Schreiben vom 19. desselben Monats; zugleich forderte sie die Klägerin auf, sich an die Regeln der offiziellen Geschäftskorrespondenz zu halten. Mit Schreiben vom 30. November 1996 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie finde es bedenklich, dass die Beklagte einerseits mit verantwortlichen Agenten überflüssigen Briefverkehr verhindern wolle und andererseits Inserate mit Unteragenten publiziere; die Vorschriften müssten für alle Agenten gleich sein; die Beklagte werde noch einmal eingeladen, ihre Fehler zu korrigieren. Mit Schreiben vom 9. Januar 1997 entzog die Beklagte der Klägerin die Vertretungsrechte, mit der Begründung, sie könne sich mit deren Marketing-Aktivitäten nicht länger identifizieren.

- c) Aufgrund der geführten Korrespondenz kann nicht gesagt werden, die Aufkündigung der Geschäftsbeziehungen seitens der Beklagten sei willkürlich erfolgt, beruhe auf wirtschaftsfremden Erwägungen und habe einzig dem Ziel gedient, die Klägerin als «türkisches» Reisebüro an sich zu binden bzw. diese zu zwingen, nur ihre Flüge zu vermitteln. Die Tatsache, dass die Beklagte mit der Klägerin im November 1996 einen Agenturvertrag abschloss, sowie das Schreiben der Beklagten vom 19. November 1996, worin sie ihre Freude über die Kooperation der Klägerin mit anderen Fluggesellschaften ausdrückte, sprechen eine andere Sprache. Die Beklagte hat ihre in den Schreiben der Jahre 1989 und 1990 geäusserte Auffassung offenbar revidiert. Der Abbruch der Geschäftsbeziehungen erscheint denn auch primär als Folge des klägerischen Protestes gegen die Werbemethoden der Beklagten sowie der Drohung, die Presse inskünftig über die von der Klägerin an die Beklagte gerichtete Korrespondenz zu informieren. Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass weder die zwischen den Parteien erfolgte Preisabsprache noch das «Passenger Sales Agency Agreement» der IATA der Beklagten hinsichtlich der von ihr zu betreibenden Werbung irgendwelche Restriktionen auferlegen. Solche lassen sich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere aus Art. 418f OR, nicht ableiten. Sie war daher nicht verpflichtet, ihre Werbung mit der Klägerin abzusprechen oder gar von deren Zustimmung abhängig zu machen. Demgegenüber stellte die von der Klägerin angekündigte bzw. bereits in die Wege geleitete Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte, insbesondere an die Presse, einen schweren Vertrau-

ensbruch dar. Als Beauftragte bzw. Agentin der Beklagten war die Klägerin verpflichtet, Stillschweigen über das im Rahmen des Vertragsverhältnisses Anvertraute zu bewahren (Art. 418d Abs. 1 OR, Art. 398 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 418b und 425 Abs. 2 OR). Sie hatte nicht nur die Nennung nachteiliger Umstände, sondern allgemein unnötige Publizität zu vermeiden (OR-Weber, N 12 zu Art. 398 OR). Ebenso sah Ziffer 11.3 des Agreement der IATA vor., dass «the Agent agrees that the Agent and its officers, employees and any other person acting on the Agent's behalf will treat information and data relating to the Carrier coming into its possession as confidential except to the extent required by law». Der von der Klägerin an den Tag gelegte Mangel an Diskretion und Verschwiegenheit war - selbst unter Ausserachtlassung der Vorwürfe, die sie anlässlich einer Pressekonferenz gegen die Beklagte erhoben haben soll - aber ohne weiteres geeignet, eine nachhaltige Störung des zwischen den Parteien bestehenden Vertrauensverhältnisses zu bewirken, so dass von einer reibungslosen Vertragsabwicklung nicht mehr die Rede sein konnte. Wenn die Beklagte den Agenturvertrag unter diesen Umständen nicht mehr weiterführen wollte und die Zusammenarbeit mit der Klägerin beendete, kann dies nicht weiter erstaunen, aber zumindest nicht als sachfremdes oder geschäftsmässig unbegründetes, mitunter missbräuchliches Verhalten im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden. So besehen, hat es die Klägerin nach summarischer Prüfung weitgehend selbst zu vertreten, wenn ihr die Zusammenarbeit mit der Beklagten aufgekündigt worden ist. Die Kündigung stellt im übrigen eine Massnahme dar, welche jedem Konkurrenten, sei er marktmächtig oder nicht, zu Gebote steht. Ob eine fristlose Kündigung zulässig war bzw. wichtige Gründe im Sinne von Art. 418r Abs. 1 OR vorlagen, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn ein allfälliger Verstoss gegen obligationenrechtliche Bestimmungen hätte lediglich zu Schadenersatzansprüchen der Klägerin gegenüber der Beklagten geführt, nicht jedoch zu einem Anspruch auf Abschluss eines (neuen) Agenturvertrags.

3. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein unzulässiges Verhalten der Beklagten nicht als wahrscheinlich erscheint. Vielmehr ist es dieser gelungen, die Glaubhaftigkeit der klägerischen Darstellung zu erschüttern. Vorsorgliche Massnahmen sind aber nur zu treffen, wenn die Voraussetzungen auch wirklich erfüllt sind, insbesondere wenn - wie hier - die im Hauptprozess umstrittene Leistung mittels vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Hauptprozesses vorweg durchgesetzt werden soll. Das Begehren der

Klägerin um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist daher abzuweisen. Dabei kann offen gelassen werden, ob die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen auftritt und der Klägerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

### C.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind mit dem Endentscheid zu regeln (§ 71 ZPO).

#### **Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Das Gesuch der Klägerin um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme wird abgewiesen.
2. [Mitteilungen].

## **C 2 Bundesgericht** Tribunal fédéral Tribunale federale

### **C 2 1. Heures de fermeture des magasins**

*Art. 31 BV; Übergangsbestimmung Art. 2 BV; Genfer Ladenschlussgesetz (LHFM); ArG.*

*Art. 31 cst.; art. 2 disp. trans. cst.; loi genevoise sur les heures de fermeture des magasins (LHFM); LTr.*

*Art. 31 Cost; art. 2 disp. trans Cost; legge del Cantone di Ginevra sulla chiusura dei negozi (LHFM); LL.*

*Audience du 21 mars 1997 liberté du commerce et de l'industrie. heures de fermeture des magasins. mesure de politique économique prohibée. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève*

1. Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le travail, les cantons ne sont plus autorisés à prendre des dispositions en faveur de la protection des travailleurs et ne peuvent en principe plus justifier les prescriptions sur les heures de fermeture des magasins pour ce motif.
2. Le droit cantonal ne peut apporter des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie fondées sur des motifs de politique économique et intervenant dans la libre concurrence pour favoriser certaines branches d'activité ou certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale.
3. Les mesures de politique sociale prises par les cantons sont admissibles tant qu'elles n'ont pas pour objectif d'intervenir dans la libre

concurrence, mais sont destinées à accroître le bien-être général de l'ensemble ou d'une grande partie de la population par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs.

4. Une règle cantonale qui a pour but principal de protéger les petits commerces par rapport à leurs concurrents n'est pas admissible.

#### **Faits:**

A. La loi genevoise sur les heures de fermeture des magasins du 15 novembre 1968 (en abrégé: LHFM), dans la teneur applicable dès le 24 décembre 1994, prescrit ce qui suit au sujet des heures normales de fermeture:

«Art. 9. — 1 Sous réserve des régimes particuliers indiqués ci-après, ou prévus par le règlement, et des dispositions relatives aux fermetures retardées, les magasins doivent être fermés, du lundi au vendredi à 19 h.30, le samedi à 18 h. pour les magasins appartenant essentiellement à la branche de l'alimentation et à 17 h. pour les autres magasins.

2 Sous les mêmes réserves, le personnel de vente occupé dans les magasins assujettis doit être libéré au plus tard à 19 h. du lundi au vendredi, et à l'heure de fermeture légale le samedi.

3 (...)

Les commerces assujettis à la loi (art. 3 et 5 LHFM) ont également l'obligation de fermer une demi-journée par semaine en plus du dimanche (art. 24), à moins que leur personnel ne bénéficie de la semaine de 5 jours (art. 25A).

L'art. 4 let. h LHFM, dans sa nouvelle teneur applicable dès le 18 novembre 1995, soustrait toutefois à l'application de la loi:

«Les magasins et les étalages de marchés considérés comme entreprises familiales au sens de l'article 4 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales des magasins, et qu'ils observent au moins un jour de fermeture hebdomadaire.»

B. A la suite de contrôles effectués au centre commercial «Eaux-Vives 2000», le Département de l'économie publique a constaté que le personnel occupé dans le magasin Coop était libéré plus tard que l'heure autorisée, fixée à 19 h. selon l'art. 9 al. 2 LHFM. Il en a d'abord averti la direction du magasin, puis, par décision du 23 août 1995 notifiée à Coop-Genève, il a prescrit sans délai la libération du personnel de vente occupé dans le magasin Coop du centre des «Eaux-Vives 2000» à 19 h. au plus tard, à défaut de quoi la fermeture de ce maga-

sin pourrait être ordonnée, en sus du dimanche, une demi-journée par semaine dès 13 h.

Coop-Genève a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Genève en se plaignant d'une violation de la force dérogatoire du droit fédéral et d'une inégalité de traitement contraire à l'art. 31 Cst., subsidiairement 4 Cst., dans la mesure où l'art. 9 al. 2 LHFm n'avait pour but que de protéger le personnel de vente et désavantageait les grandes exploitations, telles que son centre commercial, qui étaient obligées de fermer leurs portes à 18 h 45, voire 18 h 30, pour pouvoir libérer leur personnel à 19 h.

C. Par arrêt du 29 mai 1996, le Tribunal administratif a rejeté le recours. Il a reconnu qu'à l'origine, la différenciation entre la libération du personnel à 19 h. et l'heure de fermeture à 19 h 30 avait été motivée tant par la protection des travailleurs que par la possibilité données aux petits commerces de survivre à la concurrence des grands magasins en réalisant quelques ventes supplémentaires après la fermeture de ces derniers. En fixant une heure de libération du personnel le législateur avait donc voulu instituer une réglementation indirecte et différenciée des heures de fermeture des grands, moyens et petits magasins. Ce système était compatible avec l'art. 71 let. c de la loi fédérale du 13 mai 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail; LTr; RS 822.11) qui laisse aux cantons la compétence de fixer les heures de fermeture des magasins sans en fixer le but. Pour le reste, le Tribunal administratif a retenu que l'avantage concédé aux petits commerçants relevait d'une mesure de politique sociale admissible, car il n'était pas principalement motivé par le désir de favoriser cette branche de l'activité lucrative, mais bien plutôt par celui de maintenir une animation de quartier et de tenir compte des habitudes des consommateurs.

D. Agissant par la voie du recours de droit public, Coop-Genève conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 29 mai 1996, la cause étant renvoyée à cette juridiction pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle invoque principalement l'inconstitutionnalité de l'art. 9 al. 2 LHFm pour cause de violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral et prétend, à titre subsidiaire, que cette disposition viole le principe de l'égalité de traitement garanti, en matière économique, par l'art. 31 Cst.

### **Droit:**

2. a) Invoquant l'art. 2 disp. trans. Cst., la recourante soutient principalement que l'art. 9 al. 2 LHFm tend exclusivement à la protection du personnel de vente et sort des objectifs de police réservés par l'art. 71 let. c LTr qui laisse notamment aux cantons la possibilité d'édicter des dispositions relatives à la fermeture des magasins.

Le Tribunal administratif dans l'arrêt attaqué, comme le Département de l'économie publique dans ses observations sur le recours, soutiennent qu'en édictant l'art. 9 al. 2 LHFM, le législateur cantonal a voulu prendre une mesure de politique sociale, qui poursuit un double but de protection, tant à l'égard du personnel de vente qu'en faveur des petits commerçants.

Dans ces conditions, avant de déterminer si la mesure de politique sociale instaurée par l'art. 9 al. 2 LHFM s'inscrit dans le cadre de la liberté de commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 Cst. et les principes posés par la jurisprudence depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 mars 1971 en la cause Griessen (ATF 97 I 499 ss), il y a lieu d'examiner au préalable si l'art. 9 al. 2 LHFM poursuit, à l'égard des travailleurs, un but de protection compatible ou non avec l'art. 71 let. c LTr.

b) Le principe de la force dérogatoire (ou de la primauté) du droit fédéral énoncé à l'art. 2 disp. trans. Cst. veut que le droit fédéral prime sur le droit cantonal dans les domaines que la Constitution ou un arrêté fédéral urgent place dans la compétence de la Confédération et que celle-ci a effectivement réglementé (ATF 122 I 139 consid. 4a p. 145; 120 la 89 consid. 2 p. 90, 299 consid. 2c p. 303). Les normes cantonales qui seraient contraires au droit fédéral, notamment par leur but ou les moyens qu'elles mettent en œuvre, doivent ainsi céder le pas devant le droit fédéral. Ce principe n'exclut cependant toute réglementation cantonale que dans les matières que le législateur fédéral a entendu régler de façon exhaustive, les cantons restant au surplus compétents pour édicter des dispositions de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral (ATF 114 la 350 consid. 4a 355 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine en principe librement, dans chaque espèce, si les normes de droit cantonal sont compatibles avec le droit fédéral (ATF 118 la 299 consid. 3a p. 301).

c) Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le travail, le 1er février 1966, les cantons ne sont plus autorisés à prendre des dispositions en faveur de la protection des travailleurs et ne peuvent donc en principe plus justifier les prescriptions sur les heures de fermeture des magasins pour ce motif, ainsi que le Tribunal fédéral l'avait admis à propos de la fermeture des magasins une demi-journée par semaine, qui tendait à la fois à la protection du personnel de vente et à celle des exploitants indépendants (Voir ATF 73 I 97 ss pour tous les commerces du canton de Saint-Gall; 86 I 272 ss pour les auberges du canton de Bâle-Campagne; 91 I 98 ss pour les magasins de la commune de Wohlen (AG) ou 96 I 364 ss pour les pharmacies de Lugano (TI), en laissant toutefois à celles-ci le choix entre le samedi après-midi ou le lundi matin). L'art. 71 let. c LTr réserve certes les prescriptions cantonales et communales de police sur les heures d'ouverture des entre-

prises de vente au détail, soit les dispositions qui servent à la protection de la tranquillité et de l'ordre publics, mais cette réserve ne comprend pas la protection du personnel qui est réglée de manière exhaustive par la loi fédérale (ATF 122 I 90 consid. 2c p. 93 et les arrêts cités; FF 1960 II p. 901; Arthur Haefliger, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu kantonalen und kommunalen Ladenschlussbestimmungen*, in ZBl 76 (1975) p. 411). En revanche, selon la jurisprudence, les cantons ont toujours la faculté d'édicter des prescriptions de protection du travail pour les personnes et les entreprises qui ne sont pas soumises à la loi sur le travail (Walther Hug, *Commentaire sur la loi fédérale sur le travail*, p. 23), comme le demi-jour de fermeture permettant au chef d'entreprise et à leur famille, de même qu'aux employés exerçant une fonction dirigeante, de bénéficier de la même possibilité de repos et de loisir que leurs employés (ATF 98 Ia 395, consid. 3 p. 401; 97 I 499 consid. 5b p. 507/508), bien qu'une telle protection puisse être discutée au vu de la situation actuelle (voir déjà les critiques d'Arthur Haefliger, *op. cit.* p. 412/ 413). Cette question n'a cependant pas à être approfondie, dans la mesure où les entreprises familiales au sens de l'art. 4 LTr sont de toute façon exclues du champ d'application de la loi cantonale (art. 4 let. h LHF), c'est-à-dire les entreprises purement familiales où ne travaillent que des proches parents tels que les énumère l'art. 4 al. 1er LTr, auxquelles sont venus s'ajouter, depuis le 18 novembre 1995, les entreprises familiales mixtes, soit celles qui emploient également des tiers, où seul le chef d'entreprise et les proches parents qui travaillent avec lui à titre bénévole échappent à la loi fédérale (voir art. 4 al. 2 LTr; FF 1960 II p. 909; Walther Hug, *op. cit.*, p. 68/69).

d) En l'espèce, la réglementation de l'art. 9 al. 2 LHF n'est pas nouvelle, puisqu'elle date de 1941. Il s'agissait alors, selon l'amendement du député Guinand, de prolonger l'heure de fermeture des magasins de 19 h. à 19 h 30, tout en évitant que le personnel de vente, qui terminait son travail les cinq premiers jours de la semaine à 19 h., perde cet avantage (voir *Mémorial des séances du Grand Conseil genevois* du 5 avril 1941, p. 207 ss). A cette époque déjà, le Conseiller d'Etat Picot avait attiré l'attention des députés sur le fait que cet amendement tendait à introduire dans la loi traitant des heures de fermeture des magasins des notions relevant d'un tout autre domaine, soit des rapports entre patrons et ouvriers (*Mémorial précité* p. 208). En priant les députés de repousser l'amendement, il avait aussi relevé qu'il serait impossible de se représenter et de contrôler un magasin fermé à 19 h. pour le personnel et restant ouvert jusqu'à 19 h 30 pour les patrons (*Mémorial* du 9 avril 1941 p. 251). L'amendement a cependant été adopté en troisième débat (*Mémorial précité* p. 252), non sans qu'un député ait fait remarquer qu'il y avait trop de commerces où le travail ne pouvait s'accomplir sans que les employés soient à leur poste et qu'il paraissait difficile d'obliger cer-

tains commerçants à libérer le personnel et à fermer à 19 h., pendant que d'autres continueraient à travailler sans personnel (Mémorial précité p. 244). La majorité du Grand Conseil a ainsi voulu «faire œuvre de législation sociale», d'une part en permettant aux employés d'être libérés une demi-heure avant la fermeture des magasins, notamment afin qu'ils puissent «faire des achats souvent indispensables» et, d'autre part, en donnant au petit commerçant la possibilité de vendre lui-même pendant cette demi-heure (Mémorial précité p. 247).

e) Il résulte donc clairement du contexte dans lequel a été édicté l'art. 9 al. 2 LHFM que le législateur entendait préserver les droits acquis du personnel de vente lorsqu'il a décidé de prolonger l'heure d'ouverture des magasins à 19 h 30. Ce faisant, il a bien pris une mesure de protection des travailleurs qui, à l'heure actuelle, n'entre pas dans le cadre de la réserve de l'art. 71 let. c LTr, contrairement à ce qu'a admis le Tribunal administratif en se fondant sur la thèse soutenue par Alexandre Berenstein, (voir l'article de ce dernier: Les compétences du législateur cantonal en matière de protection des travailleurs sous le régime de la loi sur le travail, in *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, p. 199 ss). Cet auteur estime en effet que si le législateur cantonal n'a plus la compétence de régler la durée maximum du travail des employés des magasins, régie par les art. 9 ss LTr, la durée minimum des congés hebdomadaires (art. 18 et 21 LTr), ainsi que les limites du travail de jour (art. 10 LTr), il a toujours la faculté de fixer des heures d'ouverture des magasins à l'intérieur de ces limites, quel que soit le but en vue duquel ces règles sont édictées (op. cit., p. 220 et 223). On ne saurait toutefois admettre que cette compétence s'exerce principalement pour assurer la protection des travailleurs, régie maintenant exclusivement par la loi fédérale (voir ci-dessus consid. 2c).

En l'espèce, la libération du personnel à 19 h., comme le prévoit l'art. 9 al. 2 LHFM, est avant tout une mesure de protection du personnel, plus qu'une disposition sur l'heure de fermeture des magasins, même si elle a évidemment un effet sur celle-ci. Le but de protection sociale des travailleurs poursuivi par cette disposition n'est donc nullement la conséquence secondaire d'un désir de protéger le public en général (cf. Walther Hug, op. cit., p. 453); partant, il est contraire au droit fédéral.

3. Il reste dès lors à examiner si, en imposant indirectement aux magasins qui ne peuvent pas fonctionner sans leurs employés une heure de fermeture différente de l'heure normale prévue à 19 h 30 en Ville de Genève, l'art. 9 al. 2 LHFM viole également l'art. 31 Cst. ou si la finalité de politique sociale recherchée en faveur du petit commerce de détail justifie de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

a) Sur ce point, la recourante prétend que la norme cantonale incriminée poursuit un objectif de politique économique contraire au principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 31 Cst., dans la mesure où elle vise à protéger le petit commerce de détail. Toutes les entreprises familiales, qu'elles emploient ou non du personnel extérieur, peuvent en effet bénéficier d'un régime normal d'ouverture jusqu'à 19 h 30 les cinq premiers jours de la semaine (voir art. 4 let. h LHFM), alors que les grands magasins sont obligés de fermer avant 19 h. afin de pouvoir libérer leur personnel.

b) En vertu de l'art. 31 al. 2 Cst., les cantons peuvent apporter des restrictions de police au droit d'exercer librement une activité économique. Les restrictions cantonales doivent cependant reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF 122 I 130 consid. 3a p. 133; 121 I 129 consid. 3b p. 132, 326 consid. 2b p. 329; 120 la 67 consid. 2a p. 69/70, 126 consid. 4a p. 132). De surcroît, elles ne peuvent se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines branches d'activité ou certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 120 la 67 consid. 2a p. 70; 119 la 348 consid. 2b p. 353/354, et les arrêts cités). A cet égard, les personnes appartenant à la même branche économique, qui entendent se prévaloir d'une inégalité de traitement, peuvent invoquer l'art. 31 Cst. qui offre une protection plus étendue que l'art. 4 Cst. (ATF 121 I 129 consid. 3 p. 135).

c) En l'espèce, le grief d'inégalité de traitement soulevé par la recourante concerne uniquement l'heure de fermeture normale fixée à 19 h 30 du lundi au vendredi. En revanche, l'intéressée ne se plaint pas du fait que si la vente est assurée par le chef d'entreprise et sa famille proche, soit par des personnes non assujetties à la loi sur le travail, les entreprises familiales n'ont plus de limites de fermeture le soir et peuvent même rester ouvertes le dimanche, leur seule contrainte étant de fermer un jour par semaine. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question. Tout au plus peut-on remarquer que les dispositions permettant d'étendre les heures d'ouverture des magasins desservis par des personnes non soumises à la loi fédérale sur le travail ne reposent évidemment pas sur les considérations de politique sociale tendant à assurer un repos minimum aux indépendants et aux employés dirigeants, que le Tribunal fédéral a reconnues depuis l'arrêt Griessen (ATF 97 I 499 consid. 5 p. 506 ss; 98 la 395 consid. 5 p. 402 ss; 101 la 484 consid. 8a p. 488; 102 la 452 consid. 6 p. 455; voir aussi arrêt du 13 février 1987 en la cause association d'intérêts centre commercial la Gottaz, publié in SJ 1987 p. 513 ss).

Dans le cas particulier, les autorités cantonales ne sauraient soutenir, comme dans l'arrêt Griessen, que la règle incriminée constitue une mesure de politique sociale en faveur des petits commerçants, du moment que ces derniers sont appelés à travailler davantage que leur personnel et les employés des grands magasins. Elles font ainsi valoir que la différence de traitement entre les magasins constitués en entreprises familiales et les autres commerces n'a que peu d'incidence sur la concurrence économique et peut dès lors être considérée comme une mesure de politique sociale admissible. En effet, selon elles, cette mesure viserait avant tout à conserver le rôle complémentaire des petits commerces, indispensables aux personnes habitant la ville et qui ne disposent pas d'un véhicule, et à maintenir une animation de quartier en tenant compte des habitudes des consommateurs, notamment des mères de famille qui travaillent dans les grands magasins et qui peuvent effectuer leurs achats après 19 h. avant de rentrer à la maison.

d) Selon la jurisprudence, les mesures de politique sociale prises par les cantons sont admissibles tant qu'elles n'ont pas pour objectif d'intervenir dans la libre concurrence, mais sont destinées à accroître le bien-être général de l'ensemble ou d'une grande partie de la population par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (ATF 109 Ia 348 consid. 2b p. 353/354 et les arrêts cités; 99 Ia 370 consid. 4c p. 379, 604 consid. 5a p. 619); Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3e éd., Berne 1994, p. 120 ss). Il s'agit donc de déterminer si la finalité de la mesure en cause justifie la restriction imposée à la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que ses effets sur la concurrence (R. Rhinow, *Commentaire de la Constitution fédérale ad art. 31 Cst.*, n. 206; Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991, p. 369/370; Blaise Knapp, *Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie*, in ZBl 91 (1990) p. 251; pour la liste des mesures admises par le Tribunal fédéral voir Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, vol. II, n. 721 p. 115). D'un point de vue objectif, une mesure ne sera en principe pas qualifiée de «sociale», si elle est de nature à déployer des effets essentiellement économiques, soit sur le fonctionnement d'un marché, soit sur la prospérité d'un métier (Etienne Grisel, *op. cit.*, n. 725 p. 117).

En ce qui concerne plus particulièrement la fermeture des magasins, le Tribunal fédéral a admis le caractère social d'une mesure qui visait à augmenter le temps de repos et de loisir de chacun en rendant obligatoire la fermeture de tous les magasins (ATF 97 I 499 consid. 5b p. 507), mais a jugé excessif d'ordonner cette fermeture pendant un jour ouvrable entier (ATF 98 Ia 395 consid. 5b p. 403) ou d'imposer à l'ensemble des exploitations la même journée de fermeture (ATF 101 Ia 484 consid. 8 p. 487 ss; voir également Arthur Haefli-

ger, op. cit. p. 415, qui préconise une solution différenciée pour chaque catégorie de commerce).

e) Dans le cas particulier, force est toutefois de constater que les raisons avancées par les autorités cantonales apparaissent tout à fait secondaires par rapport au but principal de protection des petits commerces poursuivi par l'art. 9 LHFM (en relation avec l'art. 4 let. h LHFM). Bien que le Tribunal fédéral ait reconnu, en 1971 déjà, qu'il y avait lieu de prendre en considération les besoins des acheteurs qui ont un intérêt à pouvoir faire leur achats à n'importe quel moment (ATF 101 Ia 484 consid. 8b/cc p. 490), la réglementation genevoise va nettement au-delà, dès lors qu'elle tend à favoriser les achats en fin de journée dans certains commerces. Par ailleurs, l'ouverture des petits magasins jusqu'à 19 h 30 (ou au-delà s'ils libèrent leur personnel salarié) ne modifierait pas l'animation des quartiers de façon sensible; au reste, dans la mesure où celle-ci devrait se réaliser par ce biais, elle serait certainement beaucoup plus grande si tous les commerces restaient ouverts. Ce facteur n'a donc en tout cas rien de comparable avec les motifs d'aménagement du territoire pour lesquels le Tribunal fédéral a admis l'existence d'une mesure restrictive compatible avec l'art. 31 Cst., même si elle avait un effet indirect de protection des magasins existants contre la concurrence (ATF 110 Ia 167 consid. 7 p. 169 ss; 102 Ia 104 consid. 6 p. 117 ss).

Il s'ensuit que la réglementation qui empêche la recourante d'ouvrir ses magasins jusqu'à l'heure de fermeture légale (19 h 30 selon l'art. 9 al. 1er LHFM) intervient dans les relations de concurrence entre les différents commerces genevois et instaure une inégalité de traitement contraire à l'art. 31 Cst. Elle ne peut dès lors être reconnue comme une mesure de politique sociale admissible.

4. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé.

## **D            Entwicklungen Développements Sviluppi**

### **D            1.    Bibliographie                  Bibliographie                  Bibliografia**

#### **1.    Aufsätze und Zeitungsartikel/Articles/Articoli**

BÜHLER STEFAN/LEHMANN URS, Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung im neuen Kartellgesetz, AJP 1997, 651 ff.

DÄHLER ROLF, Konzentration - Die Fakten und das Recht, Gauch/Fleiner/Volkjen (Hrsg.), Die Schweiz im Umbruch, Freiburg 1997, 97 ff.

HÜBSCHER BARBARA/RIEDER PIERRE, Die Bedeutung der «Essential facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997/5, 439 ff.

KRONENBERG OLIVER P., Swiss Merger Control, European Competition Law Review 1997, 361 ff.

PERRET FRANCOIS, Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle; L'arrêt «Chanel» du Tribunal fédéral, SZIER/RSDIE, 3/97, 267 ss.

RAASS ADRIAN, Branchenvereinbarungen - Auf Kollisionskurs mit dem Kartellrecht?, Umweltrecht in der Praxis, Band 11, Heft 5, 402 ff.

SCHERRER FRANK, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, AJP 1997, 1381 ff.

STOFFEL WALTER A., Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, SZW/RSDA 1997, 249 ff.

#### **2.    Kommentare / Commentaires / Commenti**

HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich, Zweite Lieferung 1997 (Abschluss der Kommentierung)

## Abkürzungsverzeichnis Registre des abréviations Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>		Cost	Costituzione federale
AF	Arrêté fédéral	CPC	Code (cantonal) de procédure civile
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	CPS	Code pénal suisse
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	cst	Constitution fédérale
aKG	altes Kartellgesetz	<b>D</b>	
aLCD	ancienne LF sur la concurrence déloyale	DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
Amtl Bull	Amtliches Bulletin	DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
ArG	Arbeitsgesetz	DFEP	Département fédéral de l'économie publique
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	DG	Direction Générale (UE)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	<b>E</b>	
<b>B</b>		EBK	Eidg. Bankenkommission
BA	Bundesamt	EntG	BG über die Enteignung
BAG	Bundesamt für Gesundheit	EU	Europäische Union
BB	Bundesbeschluss	EVD	Eidg. Volkswirtschafts- departement
BBl	Bundesblatt	<b>F</b>	
BEW	Bundesamt für Energiewirtschaft	FF	Feuille fédérale
BG	Bundesgesetz	FMG	Fernmeldegesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt	<b>G</b>	
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
BGer	Bundesgericht	GDA	Groupement de l'armement
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
BLW	Bundesamt für Landwirtschaft	GR	Gruppe Rustung
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	GU	Gemeinschaftsunternehmen
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen	GVO	Gruppenfreistellungs- verordnung
BR	Bundesrat	<b>H</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	HGer	Handelsgericht
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	HMG	Heilmittelgesetz
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	<b>I</b>	
BV	Bundesverfassung	IPRG	BG über das internationale Privatrecht
BZP	BG über den Bundeszivilprozess	IVoB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
<b>C</b>		<b>J</b>	
CC	Code civil	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
CE	Communauté Européenne	JdT	Journal des Tribunaux
CE	Conseil des Etats	<b>K</b>	
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne	KG	Kartellgesetz
CF	Conseil fédéral	KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	KVG	BG über die Krankenversicherung
CO	Code des obligations	<b>L</b>	
		LAA	LF sur l'assurance-accidents
		LAMal	LF sur l'assurance-maladie

LCA	LF sur le contrat d'assurance	OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence	OUs	O sur les objets usuels
LCD	LF contre la concurrence déloyale	OUsO	Ordinanza sugli oggetti d'uso
LCsl	LF contro la concorrenza sleale	<b>P</b>	
LDA	LF sur le droit d'auteur	PA	LF sur la procédure administrative
LDIP	LF sur le droit international privé	PCF	LF sur la procédure civile fédérale
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce	PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
LF	Loi fédérale / Legge federale	pLLCA	projet de LF sur la libre circulation des avocats
LL	LF sul lavoro	Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
LMG	BG uber Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände	PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
LMI	LF sur le marché intérieur	PTT-OG	PTT-Organisationsgesetz
LMP	LF sur les marchés publics	Publ CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio		Preisüberwachungsgesetz
LP	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite	PuG	
LPE	LF sur la protection de l'environnement	<b>Q</b>	
LPM	LF sur la protection des marques	<b>R</b>	
LPN	LF sur la protection de la nature et du paysage	RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
LTr	LF sur le travail	REKO	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
<b>M</b>		Rep	Repertorio di Giurisprudenza Patria
MWSTV	Verordnung über die Mehrwertsteuer	RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
<b>N</b>		RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier (=ZBGR)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
<b>O</b>		RPG	BG über die Raumplanung
O	Ordonnance	RPV	Verordnung über die Raumplanung
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	RR	Regierungsrat
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail	RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	RTVG	BG über Radio und Fernsehen
OGer	Obergericht	<b>S</b>	
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OMC	Organisation mondiale du commerce	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OMP	O sur les marchés publics	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OR	Obligationenrecht	SJ	La semaine judiciaire
ORC	O sur le registre du commerce	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
ORF	O sur le registre foncier		
OSubst	O sur les substances		
OTC	O sur le traitement de déchets		

SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch	ZHVG	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
StoV	Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung)	ZPO	Zivilprozessordnung
StR	Ständerat	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)		
<b>T</b>			
TA	Tribunal administratif		
TApp	Tribunale d'Appello		
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale		
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale		
THG	BG über technische Handelshemmnisse		
TRIPS	Trade Related Aspects on intellectual Property		
TVA	Technische Verordnung über Abfälle		
<b>U</b>			
UE	Union Européenne		
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro		
URG	BG über das Urheberrecht		
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)		
USG	BG über den Umweltschutz		
UVG	BG über die Unfallversicherung		
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb		
<b>V</b>			
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers		
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen		
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen		
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)		
VVG	BG über den Versicherungsvertrag		
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren		
<b>W</b>			
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)		
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb		
<b>X</b>			
<b>Y</b>			
<b>Z</b>			
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)		
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)		