



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

Vendita:
UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
Fr. 25.--

Prix au numéro:
Fr. 25.--

Prezzo per esemplare:
Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:
Fr. 80.--
(Form: 701.000.00/1)

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

Prezzo dell'abbonamento:
Fr. 80.--

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

2000 / 1

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

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

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

April / avril / aprile 2000

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2000 / 1****B Verwaltungsverfahrenliche 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. | Lokoop AG vs. SBB | 1 |
| 2. | Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo | 8 |

**4. Beratungen
Conseils
Consulenze**

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens | 12 |
|----|--|----|

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

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Prix des quotidiens tessinois (per l'italiano B 2.2 2.) | 16 |
| 2. | Prezzi dei quotidiani ticinesi (pour le français B 2.2 1.) | 21 |
| 3. | Recommandations de prix pour les boissons servies dans la restauration romande | 25 |
| 4. | BKW FMB Energie AG | 29 |

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

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | Zusammenschlussvorhaben "avec." (SBB, Migros, Kiosk AG) | 36 |
| 2. | Zusammenschluss Basler Kantonalbank / Coop Bank | 40 |
| 3. | Zusammenschlussvorhaben Buchdruckerei Buchs AG / AG für die Neue Zürcher Zeitung | 41 |
| 4. | Création de la société Dow Jones Reuters Business Interactive | 43 |
| 5. | Zusammenschlussvorhaben Freecom/Dangaard Zusammenfassung der Beschlussbegründung | 43 |
| 6. | Zusammenschlussvorhaben Railtour Suisse SA/RailAway AG Zusammenfassung der Beschlussbegründung | 45 |

| | | |
|------------|--|-----|
| 7. | Gemeinschaftsunternehmen Sat.1 (Schweiz)/ Ringier AG | 46 |
| 8. | Zusammenschlussvorhaben Rheinmetall DeTec AG – Oerlikon Contraves AG und Oerlikon Aerospace Inc. | 50 |
| 9. | Zusammenschlussvorhaben Volvo AG – Scania AG | 51 |
| 10. | Beendigung der Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation | 53 |
| 11. | Opération de concentration Gétaz Romang / Miauton | 54 |
| 12. | Zusammenschlussvorhaben Aerospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas; Zusammenfassung der Beschlussbegründung | 66 |
| 13. | Weitere | 69 |
| 5. | Andere Entscheide | |
| | Autres décisions | |
| | Altre decisioni | |
| 1. | Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG | 70 |
| 2. | Obligation de renseigner | 87 |
| 6. | Empfehlungen | |
| | Recommandations | |
| | Raccomandazioni | |
| 1. | Empfehlungen der Wettbewerbskommission (Weko) vom 6. März 2000 gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung, zuhanden der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen | 94 |
| 2. | Recommandations de la Commission de la concurrence (Comco) du 6 mars 2000 selon l'article 45 alinéa 2 LCart à l'attention des collectivités publiques cantonales et communales concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure | 95 |
| 3. | Raccomandazioni della Commissione della concorrenza (Comco) del 6 marzo 2000 secondo l'art. 45 cpv. 2 LCart in merito ai contratti d'affitto per la pubblicità esterna all'indirizzo delle collettività pubbliche cantonali e comunali | 96 |
| 7. | Stellungnahmen | |
| | Préavis | |
| | Preavvisi | |
| 1. | Modification de la loi vaudoise sur la santé publique | 97 |
| B 3 | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen | |
| | Commission de recours pour les questions de concurrence | |
| | Commissione di ricorso in materia di concorrenza | |
| 1. | Mietleitungen | 100 |

| | | |
|------------|---|-----|
| B 4 | Bundesgericht | |
| | Tribunal fédéral | |
| | Tribunale federale | |
| 1. | Envoi postal de médicaments | 107 |
| C | Zivilrechtliche Praxis | |
| | Pratique des tribunaux civils | |
| | Prassi dei tribunali civili | |
| C 2 | Bundesgericht | |
| | Tribunal fédéral | |
| | Tribunale federale | |
| 1. | Patentrecht; Parallelimport | 122 |
| D | Entwicklungen | |
| | Développements | |
| | Sviluppi | |
| D 2 | Bibliographie | |
| | Bibliographie | |
| | Bibliografia | 146 |
| | Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français, italiano) | 148 |
| | Index (deutsch, français, italiano) | 151 |

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

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

| | |
|------------|---|
| B 1 | 1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari |
|------------|---|

| | |
|--------------|--------------------------------|
| B 1.1 | 1. Lokoop AG vs. SBB |
|--------------|--------------------------------|

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 7 LCart

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 15. Februar 2000 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Lokoop AG vs. SBB wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

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

2. Im selben Schreiben stellte die Lokoop AG eine Offertanfrage für diverse Zusatz- und Serviceleistungen in den Bahnhöfen Frauenfeld, St. Gallen, Rorschach, Landquart und Chur. In der Anfrage wurden die SBB

gebeten, für die nachgefragten Leistungen eine möglichst detaillierte Offerte zu unterbreiten. Dies sollte es der Lokoop AG ermöglichen, eine gemischte Leistungserstellung zu prüfen.

3. Mit Schreiben vom 10. März 1999 unterbreiteten die SBB der Lokoop AG ihre Offerte für die nachgefragten Zusatzleistungen. Am 12. März 1999 folgte die Offerte für die Serviceleistungen. Darin halten die SBB u.a. fest, dass die Leistungen als Gesamtpaket offeriert würden.

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

5. Mit Schreiben vom 16. April 1999 setzte das Sekretariat die SBB über die Eingabe der Lokoop AG in Kenntnis und gab ihnen die Gelegenheit, zu deren Vorbringen Stellung zu nehmen. Im selben Schreiben unterbreitete das Sekretariat den SBB mehrere Fragen bezüglich Marktstellung und Herauslösung von Teilleistungen zur Beantwortung. In ihrer Antwort vom 5. Mai 1999 machten die SBB insbesondere geltend, dass sie über keine marktbeherrschende Stellung verfüge und das von ihnen angebotene Gesamtpaket kein unzulässiges Verhalten i.S.v. Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) darstelle und die Bildung eines derartigen Pakets auf sachlogischen, technischen (bahnbetrieblichen) sowie wirtschaftlichen Gründen beruhe.

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

7. In der Folge, d.h. am 19. Mai 1999, eröffnete das Sekretariat gestützt auf Artikel 26 KG eine Vorabklärung, um zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Artikel 7 KG durch die SBB vorliegen. Beiden Parteien wurde zu diesem Zweck ein Fragebogen zugestellt. Die Antworten wurden am 2. bzw. 30. Juli 1999 beim Sekretariat eingereicht. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen sein.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

8. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht

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

1.1 Unternehmen

9. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die SBB sind als ein solches Unternehmen zu qualifizieren.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. Dem KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG).

11. Die Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV; SR 742.122) regelt den Zugang von Unternehmungen zu den Eisenbahnstrecken der SBB und den nach Eisenbahngesetz konzessionierten Eisenbahnunternehmungen. Mit dem Netzzugang verbunden sind verschiedene Leistungen, welche die Infrastrukturbetreiberin erbringen muss. Dazu gehören bspw. die Benutzung der Trasse, einschliesslich der Fahrdienstleistung, und der Bezug von Energie (Art. 21 NZV).

12. In Artikel 22 der NZV wird eine zweite Kategorie von Leistungen definiert, sog. Zusatzleistungen, die ebenfalls nur von der Infrastrukturbetreiberin erbracht werden können, sofern sie über die dazu erforderliche Infrastruktur verfügt. Unter diese Kategorie fallen bspw. das Abstellen von Zugkompositionen und die Benutzung von Verladegleisen und -anlagen (Art. 22 NZV).

13. Eine dritte Kategorie von Leistungen bilden schliesslich die sog. Serviceleistungen, die nicht zum Netzzugang gehören und auch bei anderen Unternehmungen als der Infrastrukturbetreiberin zugekauft werden können (Art. 23 NZV). Die genannte Bestimmung enthält eine nicht abschliessende Aufzählung solcher Serviceleistungen, wie bspw. der Einsatz von Rangierloks und -personal sowie Distributionsleistungen.

14. In Bezug auf die in Frage stehenden Serviceleistungen gibt es folglich keine Vorschriften, die den Wettbewerb ausschliessen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wird denn auch von den Parteien nicht geltend gemacht.

1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen

15. 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).

16. Um festzustellen, ob sich die SBB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

I. Relevanter 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 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

19. Marktgegenseite ist im vorliegenden Fall die Lokoop AG. Bei den von ihr nachgefragten Serviceleistungen handelt es sich insbesondere um Rangierleistungen wie bspw. das Verschieben von Wagen oder das Abhängen und Anfahren von Loks. Daneben werden einige wenige Leistungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung der abfahrenden Züge nachgefragt. Dazu gehören namentlich Bremsproben und das Melden der Fahrbereitschaft.

20. Es stellt sich die Frage, ob die Rangierleistungen und Leistungen, welche im Zusammenhang mit der Vorbereitung der abfahrenden Züge anfallen (Zugsvorbereitungsleistungen), zusammen einen sachlichen Markt oder zwei voneinander zu trennende Märkte bilden. Angesichts der Tatsache, dass beide Leistungen in der Regel von denselben Personen erbracht werden und zeitlich zusammenhängen, kann von einem Markt ausgegangen werden.

21. Für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes ist ferner zu beachten, dass sich die nachgefragten Rangierleistungen auf Normalspurzüge beziehen. Davon abzugrenzen sind Rangierleistungen für Schmalspurzüge. Die Erbringung dieser Leistungen erfordert aufgrund der unterschiedlichen Beschaffenheit der auf der Schmalspur eingesetzten Wagen und Loks ein spezifisches Know-How. Derartige Leistungen werden von der Rätischen Bahn (RhB) auf den Bahnhöfen Landquart und Chur nachgefragt.

22. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sekretariat zum Zwecke dieser Vorabklärung von einem Markt für Rangier- und Zugsvorbereitungsleistungen für Normalspurzüge ausgeht. Da die Rangierleistungen den Grossteil der Leistungen ausmachen, wird der Einfachheit halber nachfolgend nurmehr von einem Markt für Rangierleistungen gesprochen.

b. Räumlich relevanter Markt

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

24. Im vorliegenden Fall geht das Sekretariat im Sinne einer Arbeitshypothese davon aus, dass die Rangierleistungen aus wirtschaftlichen

Überlegungen grundsätzlich am Ort der Leistungserbringung nachgefragt werden. Dabei handelt es sich typischerweise um Bahnhöfe. Somit können fünf räumlich relevante Märkte ausgedehnt werden, nämlich die Bahnhöfe St. Gallen, Frauenfeld, Rorschach, Landquart und Chur.

II. Marktstellung

a. Aktuelle Konkurrenz

25. Gegenwärtig sind die SBB die einzigen Anbieter von Rangierleistungen auf den Bahnhöfen St. Gallen, Frauenfeld, Rorschach, Landquart und Chur. Mit anderen Worten existiert keine aktuelle Konkurrenz.

b. Potenzielle Konkurrenz

26. Im Nachfolgenden geht es um die Beantwortung der Frage, ob es wahrscheinlich ist, dass andere Unternehmen innert relativ kurzer Frist als Anbieter von Rangierleistungen in Konkurrenz zu den SBB treten können. Als potenzielle Konkurrenten dürften dabei folgende Bahnunternehmen in Betracht fallen: MThB (Lokoop AG), die Rätische Bahn und die Bodensee-Toggenburg-Bahn (BT).

27. Beurteilt wird vorerst, ob ein Marktzutritt innert relativ kurzer Frist vollziehbar ist. Dies hängt davon ab, wie rasch die zur Leistungserbringung erforderlichen personellen Mittel und Betriebsmittel bereitgestellt werden können.

28. Sowohl die MThB als auch die BT beschäftigen bereits ausgebildetes Personal. Soweit auf dieses zurückgegriffen würde, wäre ein Marktzutritt rasch möglich. Vorgängig müsste einzig das zum Einsatz bestimmte Personal mit den örtlichen Verhältnissen der in Frage stehenden Bahnhöfe vertraut gemacht werden. Soweit für die Erbringung der Rangierleistungen neues Personal zu rekrutieren und auszubilden wäre, würde ein Marktzutritt freilich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Er dürfte aber auch unter diesen Voraussetzungen relativ rasch erfolgen können.

29. Die RhB verfügt einzig über ausgebildetes Personal für die Schmalspur. Soweit auf dieses Personal zurückgegriffen würde, müsste es vorerst für die Normalspur ausgebildet werden, was allerdings in kurzer Zeit möglich wäre. Soweit neues Personal zu rekrutieren und auszubilden wäre, wird auf die entsprechenden Ausführungen unter vorstehender Ziffer verwiesen.

30. Was die Betriebsmittel betrifft, steht die Bereitstellung von Rangierfahrzeugen und Räumlichkeiten für das Personal im Vordergrund. Die Bereitstellung könnte innert kurzer Frist erfolgen. Keine entscheidende Rolle spielt dabei, ob die potenziellen Konkurrenten bereits teilweise über die erforderlichen Betriebsmittel verfügen (Rangierfahrzeuge) oder ob sämtliche Betriebsmittel vorerst beschafft werden müssten.

31. Zu beurteilen sind des Weiteren der mit einem Marktzutritt verbundene Aufwand und die wirtschaftlichen Erfolgsaussichten. Aufwand entsteht im Zusammenhang mit der allenfalls erforderlichen Rekrutierung und Ausbildung sowie der Bereitstellung der Betriebsmittel. Aus Sicht des Sekretariates dürfte der Aufwand die potenziellen Konkurrenten nicht von einem Marktzutritt abhalten.

32. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Erfolgsaussichten hängt von der Möglichkeit der potenziellen Konkurrenten ab, Rangierleistungen wirtschaftlich produzieren zu können. Diese Möglichkeit existiert auf denjenigen Märkten, wo die potenziellen Konkurrenten bereits tätig sind. Dies trifft einzig auf die RhB in Bezug auf den Bahnhof Landquart zu. Die RhB erbringt dort sämtliche Rangierleistungen auf der Schmalspur (dies im Gegensatz zu Chur, wo die Leistungen durch SBB-Rangierpersonal erbracht werden). Die Gewährleistung einer wirtschaftlichen Produktion von zusätzlichen Rangierleistungen auf der Normalspur würde einzig eine Anpassung der Planung des Mitteleinsatzes bedingen.

33. Allerdings dürfte sich ein möglicher Marktzutritt der RhB auf Leistungen beschränken, welche von auf dem SBB-Netz verkehrenden Dritten nachgefragt werden. Es ist kaum zu erwarten, dass die SBB selber derartige Leistungen an die RhB vergeben würden, käme dies doch einer Schwächung der eigenen Marktstellung gleich. Tatsache ist nun, dass trotz des ab 1. Januar 1999 geltenden freien Netzzugangs nur sehr wenige Dritte auf dem SBB-Netz verkehren und die SBB nach wie vor eine überragende Stellung auf dem Güterverkehrsmarkt einnehmen.

34. Auf den Bahnhöfen St. Gallen, Rorschach, Frauenfeld und Chur ist keiner der drei potenziellen Konkurrenten bereits tätig. Dies gilt des Weiteren für die MThB und BT auf dem Bahnhof Landquart. In diesen Fällen dürfte eine wirtschaftliche Produktion von Rangierleistungen kaum möglich sein. Es stellt sich das Problem der Auslastung des Personals und der Betriebsmittel während den Perioden, die zwischen der Erbringung der nachgefragten Leistungen liegen. Eine genügende Auslastung würde die Erbringung zusätzlicher Rangierleistungen bedingen. Hiefür wären die potenziellen Konkurrenten auf entsprechende Aufträge der SBB angewiesen. Dass die SBB derartige Aufträge vergeben würden, erscheint unwahrscheinlich (vgl. Ziff. 33).

35. Keine Alternative dürfte auch der mobile Einsatz von Personal und Betriebsmitteln darstellen, da auch hier unproduktive Phasen und somit Auslastungsprobleme anfallen, welche die Wirtschaftlichkeit vermindern. Diese Annahme ist in der Untersuchung näher zu prüfen.

36. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergeben sich Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der SBB auf sämtlichen relevanten Märkten.

2 Unzulässige Verhaltensweisen

37. Im vorliegenden Fall kommen zweierlei unzulässige Verhaltensweisen in Betracht.

38. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn es durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Die SBB bestehen darauf, die nachgefragten Rangierleistungen ausschliesslich im Gesamtpaket zu erbringen. Dieses Verhalten ist grundsätzlich dazu geeignet, potenzielle Konkurrenten an der Aufnahme des Wettbewerbs zu hindern. Von einem unzulässigen Verhalten kann indes nur dann gesprochen werden, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (vgl. dazu Ziff. 40).

39. In Betracht fällt ebenfalls der Tatbestand von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG. Dieser Bestimmung folgend gilt als unzulässige Verhaltensweise die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Durch das geschilderte Verhalten sieht sich die Lokoop AG gezwungen, gewisse Leistungen anzunehmen, die unter Umständen bei Dritten zu günstigeren Konditionen eingekauft werden könnten. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die RhB auf eine entsprechende Anfrage der Lokoop AG hin eine Offerte für die Erbringung der nachgefragten Rangierleistungen auf dem Bahnhof Landquart unterbreitete, welche günstiger als diejenige der SBB war.

40. Das Vorliegen einer unzulässigen Verhaltensweise sowohl nach Artikel 7 Absatz 1 KG als auch nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG setzt nun aber voraus, dass sich das gerügte Verhalten nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt. Die SBB machen in ihren Eingaben vom 5. Mai 1999 und 30. Juli 1999 zur Rechtfertigung ihres Verhaltens geltend, dass eine Aufbündelung der fraglichen Leistungen zwar nicht unmöglich sei, aber sachlogisch, technisch sowie wirtschaftlich nicht sinnvoll wäre und zu einer unnötigen Komplizierung der bahntechnischen Abläufe und letztlich zu einer Verteuerung der Leistungen führen würde. Leistungen Dritter müssten in ein ausgeklügeltes, zeitlich vertaktetes und aufeinander abgestimmtes Netz von durch die SBB erbrachten Leistungen integriert werden.

41. Die von den SBB im Rahmen der Vorabklärung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe vermögen die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nicht zu entkräften. Eine schlüssige Beurteilung erfordert allerdings vertiefte Abklärungen, welche im Rahmen einer Untersuchung vorzunehmen sind.

42. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise der SBB i.S.v. Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG vorliegen.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Artikel 7 KG vorliegt;
2. beschliesst die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und holt hierzu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein.

| | |
|-------|--|
| B 1.1 | 2. Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo |
|-------|--|

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 7 LCart

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 Lcart

Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG, Zusammenfassung des Schlussberichtes vom 9. März 2000

1. In der Vorabklärung ging es um die Frage, ob die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) bzw. das Schweizer Fernsehen DRS (SF DRS) durch die Zusammenarbeit ihrer Fernsehsendungen Kassensturz und Puls mit der Consuprint AG (Herausgeberin der Zeitschrift saldo) den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt. Dabei galt es auch zu prüfen, ob eine Quersubventionierung vorlag.

Sachlich relevanter Markt

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

3. In einem ähnlich gelagerten Fall hat die damalige Kartellkommission festgehalten, dass der relevante Markt die Gesamtheit der Informationsmittel (d.h. unabhängig vom Übertragungsmedium) umfassen sollte, mit welchen sich die Konsumenten über Testergebnisse informieren können (vgl. VKKP 2/1996 S. 254).

4. Bei einer derartigen Marktabgrenzung müsste davon ausgegangen werden, dass SF DRS mit seinen Sendungen Kassensturz und Puls keine marktbeherrschende Stellung hat, da eine Vielzahl von Konsumenteninformationen in den verschiedenen Medien erhältlich ist (z.B.

Printmagazine K-Tip, Beobachter und Tip+Test, die Radiosendung Espresso, www.comparis.ch im Internet).

5. Um zu überprüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung von SF DRS mit seinen Sendungen Kassensturz und Puls besteht, wird für den vorliegenden Fall als Arbeitshypothese von einer engeren Marktabgrenzung ausgegangen.

6. Als Arbeitshypothese wird der sachlich relevante Markt auf die im Fernsehen ausgestrahlten Konsumenteninformationen abgegrenzt. Als Konsumenteninformationen können alle, wenigstens zum Teil objektivierte Angaben über Produkte und Dienstleistungen angesehen werden, die von einem durchschnittlichen Haushalt benutzt werden. Darunter fallen alle für den Konsumenten wesentlichen Wirtschafts- und Gesundheitsinformationen, insbesondere die Ergebnisse von Produkttests. Reine Werbung wird durch diesen Ansatz einer Definition ausgeschlossen.

7. Die Anzeigerstellerinnen haben geltend gemacht, dass ihnen Resultate von Produkttests nicht zur Verfügung gestellt werden. Als weiterer sachlich relevanter Markt kann ein Markt für Testergebnisse über konsumentenrelevante Produkte abgegrenzt werden.

Räumlich relevanter Markt

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

9. Konsumenteninformationen sind zu einem Grossteil auf die Produkte und Dienstleistungen des jeweiligen Landes zugeschnitten (z.B. Bank- oder Versicherungsdienstleistungen, Krankenkassen, Telefongtarife). Der räumlich relevante Markt ist daher auf die Schweiz einzugrenzen. Aufgrund der Sprachgrenzen kann er weiter auf die Deutschschweiz abgegrenzt werden.

Marktstellung

10. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten Unternehmen auf einem Markt als marktbeherrschend, wenn sie in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten.

11. Die Frage, ob SF DRS mit seiner Sendung Kassensturz eine marktbeherrschende Stellung im Markt für im Fernsehen ausgestrahlte Konsumenteninformationen hat, kann aber - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - für die kartellrechtliche Beurteilung dieses Falles offen gelassen werden.

12. Weiter ist zu überprüfen, ob SF DRS mit seinen Sendungen Kassensturz und Puls im Markt für Testergebnisse und Berichte über konsumentenrelevante Güter eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die Voraussetzungen zur Durchführung derartiger Tests sind je nach Produkt sehr unterschiedlich. So erfordert der Vergleich zwischen Versicherungs-, Bank- oder Telekommunikationsdienstleistungen vor allem das Zusammenstellen von Unterlagen und deren Vergleich. In diesem Bereich gibt es bereits verschiedene Dienstleister (z.B. www.comparis.ch), und es ist für potenzielle Konkurrenten relativ einfach, solche Tests durchzuführen. Problematischer könnte der Bereich sein, in welchen derartige Tests Spezialwissen (z.B. in technischer oder medizinischer Hinsicht) erfordern und mit entsprechenden Kosten verbunden sind. In solchen Fällen wird in der Regel auf spezialisierte Testinstitute zurückgegriffen. Diese Möglichkeit steht Consuprint in gleicher Weise offen wie SF DRS. SF DRS hat in diesem Bereich sicherlich keine marktbeherrschende Stellung, womit unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG durch die Nichtgewährung des Zugangs zu Testergebnissen oder Berichten nicht weiter in Frage stehen.

Unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG

13. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 KG). In Frage steht im vorliegenden Fall, ob SF DRS durch eine möglicherweise marktbeherrschende Stellung im Fernsehbereich andere Unternehmen im benachbarten Printbereich in unzulässiger Weise benachteiligt.

14. Die enge Zusammenarbeit zwischen SF DRS und Consuprint ist in einer Vereinbarung und einem dazugehörigen Reglement im Wesentlichen wie folgt festgelegt:

| | |
|-----------------------|----------------------|
| Leistungen Consuprint | Leistungen SF DRS |
| [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |

15. Die dargestellte enge Zusammenarbeit zwischen SF DRS und Consuprint ist auch unter dem Gesichtspunkt einer eventuellen marktbe-

herrschenden Stellung von SF DRS nicht als problematisch anzusehen. Zulässiges Verhalten ist nämlich mit Sicherheit anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen in einer bestimmten Situation nicht anders verhält, als dies ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss tun würde (vgl. mit weiteren Hinweisen Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Bruno Schmidhauser, Rz. 40 zu Art. 7). Zwischen Fernsehsendungen und Printmedien sind derartige Kooperationen üblich und sehr verbreitet (z.B. Cash TV, NZZ Format, Gesundheit-SprechStunde, Spiegel TV). Sie entsprechen gerade im Bereich der Konsumenteninformationen dem Publikumsbedürfnis, sich eingehender zu informieren und diese Informationen in schriftlicher Form verfügbar zu haben. Die Tatsache, dass SF DRS in einem teilweise liberalisierten Fernsehmarkt auch derartige Verträge abschliesst, ist somit nicht an sich als wettbewerbsrechtlich problematisch anzusehen.

16. Im Weiteren muss geprüft werden, ob saldo womöglich in unzulässiger Weise durch SF DRS quersubventioniert wird. Consuprint erbringt zugunsten SF DRS die in oben stehender Tabelle erwähnten Leistungen.

17. Konkret wäre zu überprüfen, ob die erbrachten Leistungen zu marktgerechten Preisen abgegolten werden, was sich für die einzelnen erbrachten Leistungen als schwierig erweist. Am ehesten kann der vormalige Vertrag zwischen SF DRS und dem K-Tip als Vergleichsbasis hinzugezogen werden, da dieser ungefähr wiederspiegelt, was ein Unternehmen für die – im Vergleich zum damaligen Vertrag - sehr ähnlichen Leistungen zu zahlen bereit war. Bezogen auf die damalige Auflage des K-Tips nimmt SF DRS mit der neuen Vereinbarung ein Mehrfaches ein. Auch zur Finanzierung des (nicht gewinnstrebigen) saldos haben die Herausgeber plausible Angaben gemacht, die keine Hinweise auf eine Quersubventionierung ergaben. Es kann somit darauf verzichtet werden, weitergehende Abklärungen vorzunehmen, da keine Anhaltspunkte für eine Quersubventionierung vorliegen.

18. Zudem haben die Anzeigeerstatte(r)innen geltend gemacht, dass die Zusammenarbeit von Kassensturz und Puls mit saldo einem Boykott des K-Tips gleichkomme und einen Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG darstelle. Die Zusammenarbeit zwischen Consuprint und SF DRS ist allerdings nicht exklusiver Natur. Von SF DRS können auch andere Medien berücksichtigt werden, was in der Regel durch Medieninformationen auch erfolgt. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht per se einen Kontrahierungszwang für das betreffende Unternehmen schafft (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, Separatdruck, S. 103).

19. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der Zusammenarbeit zwischen SF DRS und Consuprint keine Hinweise für eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 KG zu sehen sind. Daher konnte auch die

Frage des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung offen gelassen werden.

Unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 5 KG

20. Die Anzeigerstellerinnen haben weiter geltend gemacht, dass die Vereinbarung zwischen SF DRS und Consuprint als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG anzusehen sei. Mit Blick auf das oben Geschriebene ist nicht ersichtlich, inwiefern der Wettbewerb gleich auf welchem der genannten Märkte für Konsumenteninformationen erheblich beeinträchtigt würde. Mit dem Auftreten von saldo als Konkurrenzprodukt zum auflagenstarken K-Tip in diesem Markt ist eher von einer Intensivierung des Wettbewerbs auszugehen. Wettbewerbliche Beeinträchtigungen werden durch die Anzeigerstellerinnen auch nicht weiter konkretisiert.

Schlussfolgerungen

21. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, die darauf hindeuten, dass die Zusammenarbeit von SF DRS bzw. seinen Fernsehsendungen Kassensturz und Puls mit der Zeitschrift saldo den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränken würde. Die Vorabklärung ist daher ohne Folgen einzustellen.

B 1

4. Beratungen Conseils Consulenze

B 1.4

1. Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens

Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 5 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 23 Abs. 2 KG

Examen d'opérations de concentrations; art. 5 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; art. 23 al. 2 LCart

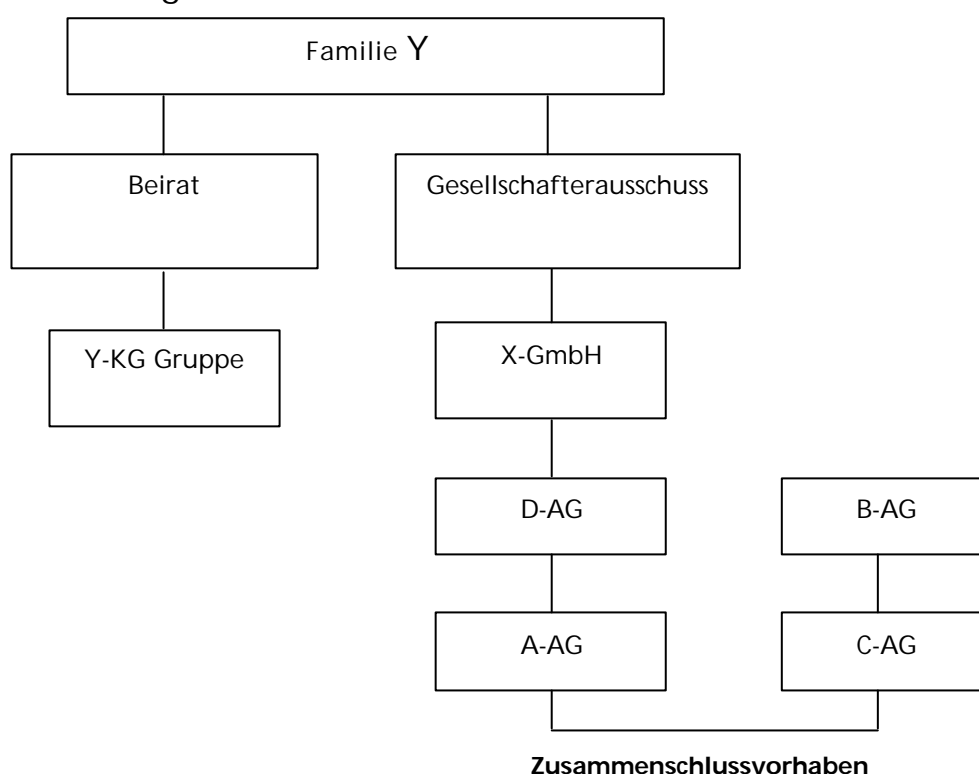
Esame della concentrazione di imprese; art. 5 dell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese; art. 23 cpv. 2 LCart

Zusammenfassung

Der Fragestellung des erwerbenden Unternehmens lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die A AG (Sitz in Deutschland) beabsichtigt, die der B Holding AG zugehörige C AG zu übernehmen (Kontrollerwerb nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Die A AG ist eine Tochtergesellschaft der in Deutschland domi-

zilierten D AG, welche von der ebenfalls in Deutschland ansässigen X GmbH beherrscht wird. Hinsichtlich der X GmbH besteht ein Gesellschafterausschuss, welcher sich aus 13 Personen zusammensetzt, wobei 8 Personen Mitglieder der Familie Y (über 100 Personen) sind. Der Gesellschafterausschuss hat die Funktion eines freiwillig gebildeten Aufsichtsgremiums für Grundsatzentscheidungen der X GmbH. Der erwähnte Gesellschafterausschuss ist personell identisch mit dem Beirat der Gebrüder Y KG-Gruppe, welcher direkt auf die Geschäftsführung der Y KG-Gruppe Einfluss nehmen kann. In diesem Zusammenhang wurde seitens der übernehmenden Gesellschaft die Frage aufgeworfen, ob nebst dem in der Schweiz erzielten Gruppenumsatz der D AG überdies der in der Schweiz erzielte Umsatz der Y KG-Gruppe bei der Umsatzberechnung mit einzubeziehen sei.



Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat dies aus nachfolgenden Gründen bejaht:

Die Unternehmen, deren Umsätze es nach Artikel 5 VKU zu berücksichtigen gilt, sind die beteiligten Unternehmen selbst, ihre Tochter-, Mutter- und Schwesterunternehmen sowie Gemeinschaftsunternehmen von zwei oder mehr dieser Unternehmen. Hinsichtlich vorliegender Sachlage ist demnach von Interesse, ob die D AG (Gruppe) als Schwestergesellschaft (im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VKU) der Y KG-Gruppe anzusehen ist. Die um Beratung ersuchende Gesellschaft räumt in diesem Zusammenhang ein, dass aufgrund der einschlägigen deutschen Normen eine Beeinflussung der strategischen Geschäftsführung der D AG-Gruppe durch die X GmbH unzulässig sei. Artikel 5 Absatz 1 VKU bietet indessen keinen Raum für die Berücksichtigung dieser Ar-

gumentation. Im Sinne der erwähnten Bestimmung ist in casu einzig von Relevanz, dass die X GmbH die Stimmrechtsmehrheit inne hat. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass auch das schweizerische Recht Bestimmungen kennt, welche die Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft in Mutter-Tochter-Beziehungen stark einschränken. Zu denken ist hier exemplarisch an Artikel 716a OR, welcher dem Verwaltungsrat (so z.B. auch dem Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft) die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe einräumt. Selbstverständlich bleibt auch diese Bestimmung – welche nota bene noch einschränkender ist als (der hiermit vergleichbare) § 76 Absatz 1 des deutschen Aktiengesetzes – hinsichtlich der Beeinflussungsmöglichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a VKU unberücksichtigt. Generell kann in diesem Zusammenhang festgehalten werden, dass der Konsolidierungskreis gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU über denjenigen in Artikel 663 e OR hinaus geht (vgl. Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz; Zürich 1997, Ducrey/Drolshammer zu Art. 9 KG Rz. 47).

Der erwähnte Gesellschafterausschuss ist personell identisch mit dem Beirat der Gebrüder Y KG-Gruppe. Der Beirat hat die Möglichkeit, direkt auf die Geschäftsführung der Gebrüder Y KG-Gruppe Einfluss zu nehmen, wogegen der Gesellschafterausschuss zumindest mit Grundsatzentscheidungen auf die X GmbH einwirken kann.

Die aktuelle personelle Identität zwischen Beirat und Gesellschafterausschuss zeigt, dass ein gemeinsames Zentrum zwischen der Y KG-Gruppe und der X GmbH bzw. D AG-Gruppe besteht. Dieses "Zentrum" vertritt vorwiegend die Interessen der Familie Y und stellt zugleich die Verbindung zwischen den verschiedenen Unternehmensgruppen dar und kann - zumindest was Grundsatzfragen betrifft – einheitlich entscheiden und führen. Die Familie Y, vertreten durch den Beirat/Gesellschafterausschuss, übernimmt demgemäss so quasi die Funktion einer Mutterunternehmung.

Artikel 5 VKU ist durchaus vergleichbar mit der "Verbundklausel" nach Artikel 5 Absatz 4 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO; vgl. hierzu statt vieler Scherrer; Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren; Diss. Zürich 1996, S. 339). Für das europäische Fusionskontrollverfahren (und somit auch für die Anwendung der VKU) gilt der Grundsatz, dass "die Umsätze von Unternehmen im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit zusammengerechnet" werden (Immenga in Immenga/Mestmäcker EG-WbR, Band I, S. 815, Rz. 14). Die Betrachtungsweise im Lichte einer wirtschaftlichen Einheit führt in casu zum Ergebnis, dass die Gebrüder Y KG-Gruppe und die X GmbH mit der D AG-Gruppe aufgrund des personell identisch besetzten Beirates/Gesellschafterausschusses als wirtschaftliche Einheit angesehen werden muss. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass nach der FKVO die Zurechnung der Umsätze der Schwestergesellschaften auch dann

erfolgt, wenn die Konzernspitze eine reine Holdinggesellschaft ist (Immenga; a.a.o. S. 978 Rz. 43, mit Verweis auf Entscheid Mondi/Frantschach vom 12.5.1992 Tz.9). So gesehen ist also bei der Zurechnung der Umsätze – nur um dieses Problem geht es – der Schwestergesellschaften nicht einmal erforderlich, dass Leitungsmacht effektiv "von oben" ausgeübt wird. In casu ist aber selbst dies der Fall, weil der die Familie Y vertretende Beirat/Gesellschafterausschuss zumindest hinsichtlich der Grundsatzentscheidungen Kompetenzen hat.

Im Übrigen ist es mit dem KG bzw. mit der VKU durchaus vereinbar, dass eine Familie bestehend aus über 100 Mitgliedern als Unternehmung im Sinne des KG bzw. der VKU verstanden werden kann, denn für die Zwecke der Zusammenschlusskontrolle ist davon auszugehen, dass auch natürlichen Personen diese Eigenschaft zukommen kann (vgl. Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Ducrey/Drolshammer, Rz. 6 zu Art. 9 KG). In casu muss dies umso mehr gelten, als sich die Familie Y durch den Beirat/Gesellschafterausschuss eine Organisations- und Entscheidungsstruktur gegeben hat, mit dem Zwecke, Holding- und sogar gemeinsame Leitungsfunktion zu erfüllen. Diese Interpretation steht auch im Einklang mit der ökonomischen Ausrichtung des Unternehmensbegriffes (vgl. Botschaft zum KG, Separatdruck S. 66). Ob nun bezüglich vorliegender Konstellation eine reine Holdinggesellschaft als "Mutterunternehmen" tätig ist oder ob dies eine Familie mit Organisations- und Entscheidungsstruktur ist, kann unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise keinen Unterschied machen.

Aus den erwähnten Gründen kommt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zum Schluss, dass auch die in der Schweiz erzielten Umsätze der Y KG-Gruppe bei der Umsatzberechnung mit einzubeziehen sind.

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2 **2. Untersuchungen**
Enquêtes
Inchieste

| | |
|-------|---|
| B 2.2 | 1. Prix des quotidiens tessinois (per l'italiano B 2.2 2.) |
|-------|---|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 7 février 2000 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart dans le cas Prix des quotidiens tessinois relatif à des accords éventuellement illicites selon l'article 5 LCart

A.1 En fait

1. Au Tessin, il existe actuellement trois quotidiens: le Corriere del Ticino, la Regione et le Giornale del Popolo.
2. Il Corriere del Ticino, fondé en 1891, est un quotidien indépendant d'inspiration libérale. Il est édité par la Società Editrice Corriere del Ticino SA, dont le capital social appartient entièrement à la Fondazione per il Corriere del Ticino, dont le but est de favoriser le développement et la diffusion du journal. La maison d'édition publie également des livres.
3. Le quotidien la Regione, d'inspiration libérale, est né en 1992 de la fusion de deux autres quotidiens, l'Eco di Locarno et le Dovere. Il est édité par la société Regiopress SA.
4. Le Giornale del Popolo est un quotidien d'inspiration catholique qui appartient à l'Eglise de Lugano. Fondé en 1926, il est édité par l'Eglise (Opera Giornale del Popolo).
5. Les trois quotidiens susmentionnés participent aussi à la réalisation de Teleradio 7 SA (programme de télévision édité le vendredi) et de TicinOnline SA (site Internet).
6. Ces trois quotidiens sont membres de l'Associazione Ticinese Editori di Giornali (ci-après ATEG). Au 1er décembre 1998, l'ATEG comptait 13 membres: outre les sociétés éditrices en question, d'autres revues et magazines spécialisés en sont également membres. L'ATEG a pour but la défense des intérêts économiques et moraux de la presse de la Suisse italienne.

7. Depuis de nombreuses années le prix d'abonnement et le prix de vente aux kiosques des trois quotidiens sont exactement les mêmes:

| | Corriere del Ticino | | Giornale del Popolo | | La Regione | |
|------|---------------------|----------|---------------------|----------|-----------------|----------|
| | Abon- nement | kiosques | Abon- nement | kiosques | Abon- nement | kiosques |
| 1989 | 180.-- | 1.-- | 180.-- | 1.-- | - | - |
| 1990 | 190.-- | 1.20 | 190.-- | 1.20 | - | - |
| 1991 | 210.-- | 1.20 | 210.-- | 1.20 | - | - |
| 1992 | 222. | 1.30 | 222.-- | 1.30 | - | - |
| 1993 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.60 |
| 1994 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.60 |
| 1995 | 250.-- | 1.50 | 250.-- | 1.60 | 235.-- | 1.60 |
| 1996 | 260.-- | 1.70. | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1997 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1998 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1999 | 270.-- | 1.70 | 270.-- | 1.70 | 270.-- | 1.70 |

8. Les parts de marché, calculées en tirages (nombre d'abonnés + copies vendues aux kiosques), sont restées quasiment inchangées, comme le démontre le tableau suivant:

| | Corriere del Ticino | Giornale del Popolo | La Regione |
|------|------------------------|------------------------|------------|
| 1994 | 39,8% | 28% | 32,2% |
| 1995 | 40% | 27,6% | 32,4% |
| 1996 | 39,7% | 27,6% | 32,7% |
| 1997 | 39,5% | 27,9% | 32,6% |
| 1998 | 39,4% | 27,8% | 32,8% |

9. Selon les données publiées par Publicitas, le Corriere del Ticino comptait en 1998 129'000 lecteurs, la Regione 110'000 et le Giornale del Popolo 93'000. La même année, le Corriere del Ticino tirait à 38'194 exemplaires, la Regione à 31'454 et le Giornale del Popolo à 27'093.

10. En ce qui concerne la diffusion des trois quotidiens dans le canton du Tessin, les données MediaPerformance (1998) fournies par l'Association des Sociétés Suisses de Publicité, confirment que les trois journaux sont plus ou moins bien implantés suivant la tradition, la religion et le caractère rural ou urbain de la région tessinoise concernée.

11. La campagne d'abonnements pour les trois quotidiens commence chaque année dans le courant du mois d'octobre. En outre, les éditeurs tessinois ont délégué à l'ATEG le soin de préparer des communiqués de presse communs. Le 12 octobre 1998, les trois quotidiens tessinois ont lancé la campagne d'abonnements pour l'année 1999. Le même jour, ils ont publié le communiqué de l'ATEG, informant les lecteurs que l'abonnement 1999 augmenterait de 10 francs, passant ainsi de 260 à 270 francs pour chaque quotidien. Le prix de vente aux kiosques est par contre resté inchangé (1.70 francs).

12. Dans ce communiqué, l'ATEG a justifié l'augmentation du prix de l'abonnement annuel par l'augmentation des tarifs postaux.

13. En 1993, les trois quotidiens tessinois ont conclu une convention publicitaire avec Publicitas, appelée « Tre Top Ticino ». Cette convention permet à l'annonceur désirant couvrir une région économique entière de publier son annonce dans les trois journaux simultanément à un prix compétitif.

A.2 Procédure

14. Suite au communiqué de presse de l'ATEG, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après secrétariat) a envoyé une demande de renseignements aux sociétés éditrices des trois quotidiens ainsi qu'à l'ATEG.

15. Le 30 novembre 1998, le secrétariat a ouvert une enquête préalable selon l'article 26 LCart. Il a conclu à l'existence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence. Le 12 juillet 1999, le secrétariat a dès lors, d'entente avec le Président de la Commission de la concurrence, ouvert une enquête au sens de l'article 27 LCart. L'enquête vise à établir l'existence d'une collusion entre les quotidiens tessinois et à déterminer si cette pratique constitue un accord illicite au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart.

16. L'enquête est dirigée contre la Società Editrice Corriere del Ticino SA, la Regiopress SA, l'Opera Giornale del Popolo et l'ATEG.

17. Dans le cadre de la procédure, plusieurs questionnaires ont été envoyés aux quotidiens ainsi qu'à l'ATEG. Le 5 novembre 1999, une séance a eu lieu entre le secrétariat et les parties, au cours de laquelle ces dernières ont demandé au secrétariat un accord à l'amiable au sens de l'article 29 LCart.

18. Le projet de décision a été envoyé le 11 janvier 2000 aux parties pour prise de position.

B. En droit: Accord à l'amiable (art. 29 LCart)

19. Sur la base des faits qui précèdent, le secrétariat est d'avis qu'il existe un accord sur les prix au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart. Les parties contestent la position du secrétariat. La question du caractère licite ou illicite de l'entente entre les parties peut cependant rester ouverte, étant donné que le secrétariat et les parties ont convenu de conclure un accord à l'amiable au sens de l'article 29 LCart.

20. L'accord à l'amiable devrait permettre de mettre un terme au comportement des parties éventuellement illicite ayant fait l'objet de l'enquête. Il s'ensuit l'accord à l'amiable ci-après entre le secrétariat et les parties à l'enquête:

a. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo et la Regiopress SA s'engagent à renoncer à l'avenir à tout accord portant sur la fixation des prix d'abonnement et de vente aux kiosques.

b. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo, la Regiopress SA et l'ATEG renoncent à la publication commune des prix d'abonnement et de vente aux kiosques. Chaque quotidien s'engage à communiquer au public de façon individuelle les prix pour l'année suivante.

21. Par l'accord à l'amiable, les parties s'engagent dès lors à ne pas se communiquer des informations concernant les prix avant la publication de ces derniers, et s'engagent à renoncer à la fixation commune ainsi qu'à la publication commune des prix. En respectant l'accord à l'amiable, les parties suppriment l'état de fait qui a fait l'objet de l'enquête et aurait pu constituer un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. L'enquête est dès lors close sans examen au fond du comportement des parties à la lumière de la loi sur les cartels.

22. L'accord à l'amiable est approuvé par décision de la Commission de la concurrence selon l'article 29 alinéa 2 LCart.

C. Frais

23. Conformément à l'article 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision, à savoir la Società Editrice Corriere del Ticino SA, la Regiopress SA, l'Opera Giornale del Popolo et l'ATEG.

24. En vertu de l'article 4 alinéas 1er et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à 130 francs l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

25. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer ou d'augmenter les émoluments. Par conséquent, pour les [] heures consacrées à la présente procédure, le montant de Fr. 130.-/h est applicable. Les émoluments (incluant le temps consacré par la Chambre, la Commission et son secrétariat) se montent dès lors à Fr. []. A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphone de 1,5%, soit Fr. [], ce qui porte les frais à un total de Fr. [].

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

D. Dispositif

Considérant ce qui précède, la Commission de la concurrence:

1. Approuve l'accord à l'amiable selon l'article 29 LCart ci-après dans le sens des considérants, conclu entre le secrétariat et les parties (Società Editrice Corriere del Ticino SA, Regiopress SA, Opera Giornale del Popolo et ATEG):
 - a. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo et la Regiopress SA s'engagent à renoncer à l'avenir à tout accord portant sur la fixation des prix d'abonnement et de vente aux kiosques.
 - b. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo, la Regiopress SA et l'ATEG renoncent à la publication commune des prix d'abonnement et de vente aux kiosques. Chaque quotidien s'engage à communiquer au public de façon individuelle les prix pour l'année suivante.
 2. L'enquête au sens de l'article 27 LCart est close.
 3. L'inobservation de la présente décision par les parties sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.
 4. [Frais de la procédure]
 5. [Voies de droit]
 6. [Notification]
-

| | |
|-------|--|
| B 2.2 | 2. Prezzi dei quotidiani ticinesi (pour le français B 2.2 1.) |
|-------|--|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Decisione del 7 febbraio 2000 concernente l'inchiesta ai sensi dell'articolo 27 LCart nel caso Prezzi dei quotidiani ticinesi relativo ad accordi eventualmente illeciti secondo l'articolo 5 LCart

A.1 In fatto

1. In Ticino esistono attualmente tre quotidiani: il Corriere del Ticino, la Regione e il Giornale del Popolo.
 2. Il Corriere del Ticino, fondato nel 1891, è un quotidiano indipendente, d'ispirazione liberale edito dalla Società Editrice Corriere del Ticino SA, il cui capitale sociale appartiene interamente alla Fondazione per il Corriere del Ticino. Scopo della Fondazione è favorire lo sviluppo e la diffusione del giornale. La casa editrice pubblica pure libri.
 3. Il quotidiano la Regione, d'ispirazione liberale, nasce nel 1992 in seguito alla fusione di due altri quotidiani, l'Eco di Locarno e il Dovere. La Regione è edita dalla società Regiopress SA.
 4. Il Giornale del Popolo è un quotidiano d'ispirazione cattolica che appartiene alla Diocesi di Lugano. Fondato nel 1926, è edito dal Vescovo pro tempore di Lugano (Opera Giornale del Popolo).
 5. I tre quotidiani sopracitati partecipano anche alla realizzazione di Teleradio 7 SA (programma televisivo) e di TicinOnline SA (sito Internet).
 6. I tre quotidiani sono membri dell'Associazione Ticinese Editori di Giornali (qui di seguito ATEG). Al primo dicembre 1998, l'ATEG era composta da 13 membri; oltre alle società editrici in questione, altre riviste e giornali specializzati ne fanno parte. L'ATEG ha quale scopo la difesa degli interessi morali ed economici della stampa della Svizzera italiana.
 7. Il canone d'abbonamento e il prezzo di vendita nei chioschi dei tre quotidiani è da molti anni identico:
-

| | Corriere del Ticino | | Giornale del Popolo | | La Regione | |
|------|---------------------|----------|---------------------|----------|-------------|----------|
| | Abbonamento | Chioschi | Abbonamento | Chioschi | Abbonamento | Chioschi |
| 1989 | 180.-- | 1.-- | 180.-- | 1.-- | - | - |
| 1990 | 190.-- | 1.20 | 190.-- | 1.20 | - | - |
| 1991 | 210.-- | 1.20 | 210.-- | 1.20 | - | - |
| 1992 | 222.-- | 1.30 | 222.-- | 1.30 | - | - |
| 1993 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.60 |
| 1994 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.50 | 235.-- | 1.60 |
| 1995 | 250.-- | 1.50 | 250.-- | 1.60 | 235.-- | 1.60 |
| 1996 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1997 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1998 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 | 260.-- | 1.70 |
| 1999 | 270.-- | 1.70 | 270.-- | 1.70 | 270.-- | 1.70 |

8. Le quote di mercato calcolate in tirature (numero abbonati + copie vendute ai chioschi) sono restate praticamente invariate, come si può vedere dalla tabella seguente:

| | Corriere del Ticino | Giornale del Popolo | La Regione |
|------|---------------------|---------------------|------------|
| 1994 | 39,8% | 28% | 32,2% |
| 1995 | 40% | 27,6% | 32,4% |
| 1996 | 39,7% | 27,6% | 32,7% |
| 1997 | 39,5% | 27,9% | 32,6% |
| 1998 | 39,4% | 27,8% | 32,8% |

9. Secondo i dati pubblicati da Publicitas, il Corriere del Ticino contava nel 1998 129'000 lettori, la Regione 110'000 e il Giornale del Popolo 93'000. Durante lo stesso anno, il Corriere del Ticino ha avuto 38'194 tirature, la Regione 31'454 e il Giornale del Popolo 27'093.

10. Per quanto riguarda la diffusione dei tre quotidiani nel canton Ticino, i dati MediaPerformance (1998) forniti dall'Associazione delle Società Svizzere di Pubblicità confermano che i tre giornali sono più o meno ampiamente diffusi a dipendenza della tradizione, della religione e del carattere rurale o urbano della regione ticinese in questione.

11. Ogni anno, nel corso del mese di ottobre, ha inizio la campagna abbonamenti per i tre quotidiani. Inoltre, gli editori ticinesi hanno delegato all'ATEG il compito di preparare i comunicati stampa comuni. Il

12 ottobre 1998, i tre quotidiani hanno avviato la campagna abbonamenti per l'anno 1999. Lo stesso giorno, essi hanno pubblicato il comunicato dell'ATEG, il quale informava i lettori che il canone 1999 sarebbe aumentato di 10 franchi, passando così da 260 a 270 franchi per ogni quotidiano. Il prezzo di vendita nei chioschi è invece rimasto invariato (1.70 franchi).

12. Nel comunicato, l'ATEG ha giustificato l'aumento del canone d'abbonamento annuale con l'incremento delle tariffe postali.

13. Nel 1993, i tre quotidiani ticinesi hanno concluso una convezione pubblicitaria con Publicitas, chiamata « Tre Top Ticino ». Tale convenzione permette all'inserzionista desideroso di coprire una vasta regione economica, di pubblicare il suo annuncio sui tre quotidiani simultaneamente ad un prezzo vantaggioso.

A.2 Procedura

14. In seguito al comunicato stampa dell'ATEG, la segreteria della Commissione della concorrenza (qui di seguito segreteria) ha chiesto dei ragguagli alle società editrici dei tre quotidiani ticinesi e all'ATEG.

15. Il 30 novembre 1998, la segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare ai sensi dell'articolo 26 LCart. L'inchiesta preliminare ha evidenziato l'esistenza di indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Di conseguenza, il 12 luglio 1999, la segreteria ha aperto, d'intesa con il Presidente della Commissione della concorrenza, un'inchiesta secondo l'articolo 27 LCart. L'inchiesta si prefigge di chiarire, se esiste un comportamento concertato fra i quotidiani ticinesi e di stabilire, se tale comportamento costituisce un accordo illecito ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart.

16. L'inchiesta è diretta contro la Società Editrice Corriere del Ticino SA, la Regiopress SA, l'Opera Giornale del Popolo e l'ATEG.

17. Nell'ambito della procedura, sono stati inviati numerosi questionari ai quotidiani e all'ATEG. Il 5 novembre 1999, ha avuto luogo un incontro fra la segreteria e le parti. In tale occasione, le parti hanno chiesto alla segreteria una conciliazione ai sensi dell'articolo 29 LCart.

18. Il progetto di decisione è inviato alle parti per presa di posizione l'11 gennaio 2000.

B. In diritto: Conciliazione (art. 29 LCart)

19. Sulla base dei fatti che precedono, la segreteria ritiene che esiste un accordo sui prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart. Le parti contestano la posizione della segreteria. La questione del carattere lecito o illecito dell'intesa può tuttavia restare aperta, visto che la segreteria e le parti hanno convenuto di risolvere l'inchiesta mediante una conciliazione secondo l'articolo 29 LCart.

20. La conciliazione dovrebbe permettere di porre fine al comportamento eventualmente illecito delle parti, il quale è stato oggetto dell'inchiesta. Ne consegue la conciliazione seguente fra la segreteria e le parti:

a. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo e la Regiopress SA si impegnano a rinunciare in futuro ad ogni accordo sui canoni d'abbonamento e sui prezzi di vendita nei chioschi.

b. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo, la Regiopress SA e l'ATEG rinunciano alla pubblicazione comune dei canoni d'abbonamento e dei prezzi di vendita nei chioschi. Ogni quotidiano si impegna a comunicare al pubblico i prezzi per l'anno seguente in modo individuale.

21. Mediante la conciliazione, le parti si impegnano, di conseguenza, a non comunicarsi informazioni concernenti i prezzi prima della pubblicazione di questi ultimi, e si impegnano a rinunciare alla fissazione comune e alla pubblicazione comune di tali prezzi. Rispettando la conciliazione, le parti annullano i fatti oggetto dell'inchiesta, i quali avrebbero potuto costituire un accordo illecito ai sensi dell'articolo 5 LCart. L'inchiesta è pertanto chiusa senza esame approfondito del comportamento delle parti alla luce della legge sui cartelli.

22. La conciliazione è approvata dalla Commissione della concorrenza ai termini dell'articolo 29 capoverso 2 LCart.

C. Spese

23. Conformemente all'articolo 2 dell'Ordinanza sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli del 25 febbraio 1998 (Ordinanza sugli emolumenti LCart; RS 251.2), è tenuto a pagare gli emolumenti chiunque occasiona un procedimento amministrativo. Nel caso in questione, si tratta dei destinatari della decisione, ossia la Società Editrice Corriere del Ticino SA, la Regiopress SA, l'Opera Giornale del Popolo e l'ATEG.

24. In virtù dell'art. 4 par. 1 e 2 dell'Ordinanza sugli emolumenti LCart, l'emolumento è calcolato in funzione del tempo impiegato. La tariffa oraria ammonta a 130 franchi. L'emolumento può essere aumentato o diminuito della metà al massimo a seconda dell'importanza economica dell'oggetto.

25. Nel caso specifico, la Commissione della concorrenza non vede alcun motivo che giustifichi la diminuzione o l'aumento degli emolumenti. Di conseguenza, per le [] ore consacrate alla presente procedura, è applicabile la tariffa oraria di Fr. 130. Gli emolumenti (incluso il tempo dedicato dalla Camera, dalla Commissione e la sua segreteria), ammontano perciò a Fr. []. A tale importo, va aggiunta una maggiorazione forfetaria per le tasse postali, costi di telefono, telefax e copie dell'1,5%, ossia Fr. []. Le spese totali ammontano dunque a Fr. [].

26. Il totale delle spese di procedura di Fr. [] è a carico, in parti uguali, dei destinatari della decisione, i quali sono tenuti da una responsabilità solidale.

D. Dispositivo

La Commissione della concorrenza, fondandosi sugli sviluppi precedenti:

1. Approva la conciliazione qui di seguito ai termini dell'articolo 29 LCart in virtù dei fatti considerati, conclusa fra la segreteria e le parti (Società Editrice Corriere del Ticino SA, Regiopress SA, Opera Giornale del Popolo e ATEG):

a. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo e la Regiopress SA si impegnano a rinunciare in futuro ad ogni accordo sui canoni d'abbonamento e sui prezzi di vendita nei chioschi.

b. La Società Editrice Corriere del Ticino SA, l'Opera Giornale del Popolo, la Regiopress SA e l'ATEG rinunciano alla pubblicazione comune dei canoni d'abbonamento e dei prezzi di vendita nei chioschi. Ogni quotidiano si impegna a comunicare al pubblico i prezzi per l'anno seguente in modo individuale.

2. L'inchiesta ai termini dell'articolo 27 LCart è chiusa.

3. Infrazioni alla presente decisione da parte delle parti saranno punite dalle sanzioni previste agli articoli 50 e 54 LCart.

4. [Spese procedurali]

5. [Via di ricorso]

6. [Notificazione]

| | |
|-------|--|
| B 2.2 | 3. Recommandations de prix pour les boissons servies dans la restauration romande |
|-------|--|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 7 février 2000 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart dans le cas des recommandations de prix émises par cinq associations cantonales romandes de Gastrosuisse, relatif à des accords éventuellement illicites selon l'article 5 LCart; accord à l'amiable.

A. En fait

1. A la fin novembre 1998, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après secrétariat) a appris par la presse que cinq associations cantonales romandes de GASTROSUISSE (Gastrofribourg, Gastrovalais, Gastrojura, la Société vaudoise des cafetiers, restaurateurs et hôteliers et la Société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève, c'est-à-dire toutes à l'exception de Neuchâtel) avaient émis à l'attention de leurs membres des recommandations de prix pour certaines boissons servies couramment dans la restauration.
 2. Le 25 novembre 1998, le secrétariat a ouvert une enquête préalable afin d'établir si les prix conseillés pouvaient constituer un accord illicite au sens de l'article 5 de la loi sur les cartels (LCart).
 3. Dans le cadre de son enquête préalable, le secrétariat a recueilli des informations auprès des associations concernées. Il a en outre fait parvenir un questionnaire à des restaurateurs afin de vérifier dans quelle mesure la recommandation avait été suivie.
 4. Pour justifier la hausse des prix des boissons, les associations ont invoqué différents arguments (hausse de la TVA de 1% au 1er janvier 1999, stagnation des prix depuis plusieurs années, hausse des salaires, réponse aux besoins exprimés par les restaurateurs).
 5. Sur la base des réponses apportées par les restaurateurs interrogés, reflétant l'écho que les recommandations avaient connu auprès de ces derniers, le secrétariat a conclu à des indices selon lesquels ces recommandations auraient produit un effet de nivellement des prix vers le haut, ce qui aurait pu constituer un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. La hausse des prix observée excédait celle de la TVA.
 6. Le 18 mai 1999, le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a ouvert une enquête afin de vérifier les indices révélés par l'enquête préalable. Il s'agissait notamment d'établir, sur la base d'un échantillon statistique représentatif, si l'effet de nivellement des prix observé au cours de l'enquête préalable était confirmé et si cet état de fait constituait un accord illicite au sens de l'article 5 LCart.
 7. L'ouverture d'enquête a été communiquée aux cinq associations concernées le 18 mai 1999. Elle a par ailleurs fait l'objet d'une communication publiée dans la Feuille fédérale (1999 IV, 1er juin 1999, p. 3397) et dans la Feuille officielle suisse du commerce (26 mai 1999, p. 3504).
 8. Afin de procéder à une récolte de données systématique apte à établir dans quelle mesure les recommandations de prix ont été suivies, le secrétariat s'est adressé à plusieurs instituts spécialisés dans les études de marché. Dans le courant de l'été 1999, le secrétariat a recueilli différentes offres de ces instituts. Il a en outre reçu des données relati-
-

ves aux prix des boissons servies dans la restauration de la part de l'Office fédéral de la statistique.

9. Prévoyant de procéder dans un premier temps à une récolte de données limitée sur le canton de Genève, le secrétariat a invité les cinq associations parties à l'enquête à se prononcer sur cette démarche.

10. Par lettre du 28 septembre 1999, les parties ont informé le secrétariat qu'elles seraient représentées dans cette affaire par leur association faïtière, Gastrosuisse.

11. Dans le courant du mois d'octobre 1999, les parties ont fait usage de la possibilité de consulter le dossier d'enquête. Elles ont en outre exprimé leur intérêt pour une éventuelle solution à l'amiable.

12. Le 16 décembre 1999, lors d'un entretien entre des représentants du secrétariat et ceux de Gastrosuisse, les parties ont présenté un projet pour un accord à l'amiable. Elles ont également exprimé le souhait de mieux connaître la limite entre comportement illicite et comportement licite, de manière à adopter à l'avenir un comportement qui ne pose aucun problème de droit cartellaire tout en rendant service aux restaurateurs membres. Le secrétariat leur a fait part de la Communication "schémas de calcul", qui représente un guide utile dans ce contexte.

B. En droit: Accord à l'amiable (art. 29 LCart)

13. Ayant constaté que la poursuite de l'enquête, nécessitant une étude statistique approfondie, engendrerait des coûts élevés, le secrétariat et les parties ont convenu de conclure un accord à l'amiable au sens de l'article 29 LCart. A ce stade de l'enquête, il est impossible de se prononcer de manière définitive sur l'éventuelle illicéité des recommandations de prix émises par les parties.

14. L'accord à l'amiable devrait dès lors servir à supprimer les comportements des parties éventuellement illicites ayant fait l'objet de l'enquête. Il s'ensuit l'accord à l'amiable ci-après entre le secrétariat et les cinq associations parties à l'enquête:

a) Il est pris acte que les parties déclarent qu'elles n'ont pas visé un accord horizontal sur les prix, chaque restaurateur étant expressément libre de définir ses prix comme il l'entend.

b) Il est en outre constaté que les recommandations de prix émises pour l'année 1999 par les parties auraient pu constituer, d'après le secrétariat de la Commission de la concurrence, des accords illicites au sens de l'article 5 LCart. Par contre, les parties sont d'avis que les recommandations de prix n'ont eu ni pour but, ni pour effet une restriction illicite à la concurrence. Comme les parties s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de recommandations de prix comme celles émises pour l'année 1999, la question de l'illicéité de telles recommandations peut être laissée ouverte.

c) Les cinq associations concernées s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de recommandations de prix comme celles émises pour l'année 1999; elles ne sont désormais plus valables.

15. L'accord à l'amiable implique que les parties s'engagent à ne plus émettre de recommandations de prix, que ce soit de manière explicite ou implicite, de manière directe ou indirecte, par écrit, par oral ou par tout autre moyen.

16. En respectant l'accord à l'amiable, les parties suppriment l'état de fait qui a fait l'objet de l'enquête et aurait pu constituer un accord illécite au sens de l'article 5 LCart. L'enquête au sens de l'article 27 est dès lors close sans examen définitif du comportement des parties à la lumière de la loi sur les cartels.

17. L'accord à l'amiable est approuvé par décision de la Commission de la concurrence selon l'article 29 alinéa 2 LCart.

C. Frais

18. Conformément à l'article 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision, à savoir les cinq associations cantonales romandes de Gasterosuisse qui ont émis pour 1999 des recommandations de prix: Gasterofribourg, Gasterovalais, Gasterojura, la Société vaudoise des cafetiers, restaurateurs et hôteliers et la Société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève.

19. En vertu de l'article 4 alinéas 1er et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à 130 francs l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

20. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer (ou d'augmenter) les émoluments. Par conséquent, pour les [] heures consacrées à la présente procédure, le montant de Frs 130.-/h est applicable. Les émoluments (incluant le temps consacré par la Chambre, la Commission et son secrétariat) se montent dès lors à Frs []. A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphone de 1,5%, soit Frs. [], ce qui porte les frais à un total de Frs. [].

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

D. Dispositif

Considérant ce qui précède, la Commission de la concurrence:

1. Approuve l'accord à l'amiable selon l'article 29 LCart ci-après dans le sens des considérants, conclu entre le secrétariat et les cinq parties (Gastrofribourg, Gastrovalais, Gastrojura, la Société vaudoise des cafetiers, restaurateurs et hôteliers et la Société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève):

a) Il est pris acte que les parties déclarent qu'elles n'ont pas visé un accord horizontal sur les prix, chaque restaurateur étant expressément libre de définir ses prix comme il l'entend.

b) Il est en outre constaté que les recommandations de prix émises pour l'année 1999 par les parties auraient pu constituer, d'après le secrétariat de la Commission de la concurrence, des accords illicites au sens de l'article 5 LCart. Par contre, les parties sont d'avis que les recommandations de prix n'ont eu ni pour but, ni pour effet une restriction illicite à la concurrence. Comme les parties s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de recommandations de prix comme celles émises pour l'année 1999, la question de l'illicéité de telles recommandations peut être laissée ouverte.

c) Les cinq associations concernées s'engagent à ne plus émettre à l'avenir de recommandations de prix comme celles émises pour l'année 1999; elles ne sont désormais plus valables.

2. L'enquête au sens de l'article 27 LCart est close.

3. Toute violation de la présente décision est passible de sanctions au sens des articles 50, respectivement 54 LCart.

4. Les cinq associations Gastrofribourg, Gastrovalais, Gastrojura, la Société vaudoise des cafetiers, restaurateurs et hôteliers et la Société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève sont tenues de communiquer le contenu de la présente décision à leurs membres.

5. [Frais]

6. [Voies de droit]

7. [Notification]

| | |
|-------|------------------------------|
| B 2.2 | 4. BKW FMB Energie AG |
|-------|------------------------------|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Einstellungsverfügung vom 7. Februar 2000 in Sachen BKW FMB Energie AG, Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Verweigerung der Durchleitung von Strom wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Im März 1999 haben die Unternehmen UMS Schweizerische Metallwerke AG (Swissmetal) und Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) vom Sekretariat der Wettbewerbskommission die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens gegen das Unternehmen BKW FMB Energie AG (BKW) verlangt. Sie machten geltend, die BKW missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung in ihrem Versorgungsgebiet, indem sie sich weigere, Strom von der EGL gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zwecks Versorgung einer Betriebsstätte der Swissmetal in Boillat (Gemeinde Reconquillier, Kanton Bern) durchzuleiten.
 2. BKW ist ein vertikal integriertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) mit Sitz in Bern, das in der Schweiz und in Europa in den Bereichen Produktion, Handel, Transport und Verteilung von elektrischer Energie tätig ist. Hauptaktionäre der BKW sind der Kanton Bern (63,5%) und die zum deutschen VEBA-Konzern (Düsseldorf) gehörende PreussenElektra (20%). Die BKW verfügt über weitgehende Kontrollrechte über das Hochspannungsnetz im Kanton Bern.
 3. EGL ist ein EVU mit Sitz in Laufenburg, das in der Schweiz und in Europa in den Bereichen Produktion, Handel, Transport und Verteilung von elektrischer Energie tätig ist. Hauptaktionärin der EGL ist die Watt AG (81,2%).
 4. Das Swissmetal-Werk in Boillat ist eine Zweigniederlassung der UMS Schweizerische Metallwerke AG (Dornach). Die Produktionsstätte von Boillat stellt hauptsächlich Stangen und Drähte aus Metall her. Der jährliche Stromverbrauch beläuft sich auf ca. 30 GWh. Die Giesserei (mit ihren Öfen) und das Presswerk sind die wichtigsten stromverbrauchenden Anlagen des Fabrikationsunternehmens.
 5. Geographisch befindet sich das Swissmetal-Werk im Versorgungsgebiet der BKW. Die Versorgung mit elektrischer Energie wurde bisher vollständig von der BKW gewährleistet, zunächst aufgrund eines durch verschiedene Zusatzvereinbarungen ergänzten Vertrages vom 24. Februar 1972 und nach dessen Kündigung durch die Swissmetal aufgrund kurzfristiger ad hoc Vereinbarungen.
 6. Die beanstandete Verhaltensweise geht auf ein Gesuch der Swissmetal vom 19. Oktober 1998 an die BKW zurück. Swissmetal beantragte per 1. Januar 1999 die Durchleitung von bei der EGL erworbenem Strom, nachdem es am 29. Juni 1998 seinen Liefervertrag mit der BKW ordnungsgemäss gekündigt hatte. Während der darauffolgenden Gespräche hat sich BKW gegenüber der Swissmetal und EGL wiederholt geweigert, über die Möglichkeit einer Durchleitung konkret zu verhandeln.
 7. Die geplante Stromlieferung sollte aufgrund von einem am 25. November 1998 abgeschlossenen "Unterbeteiligungs-Vertrag" zwischen der Swissmetal und der EGL erfolgen. Gegenstand dieses Vertrages ist
-

die Übertragung einer Unterbeteiligung inkl. Strombezugsrecht von EGL an Swissmetal aus der Beteiligung der EGL an der Aktiengesellschaft für Kernenergie-Beteiligungen in Luzern (AKEB).

8. Zuständig für die Lieferung der bezogenen Strommenge an das Swissmetal-Werk in Boillat ist die EGL. Diese ist von der Swissmetal beauftragt worden, die zu liefernde Energie über Netze und Anlagen von der EGL und von Dritten (sprich der BKW) bis an den Übergabepunkt der Betriebsstätte von Swissmetal zu transitieren. Die Abgeltung der im Auftrag von Swissmetal durch EGL zu erbringenden Transporte bzw. Dienstleistungen wird in einem separaten Vertrag zwischen der Swissmetal und der EGL geregelt.

9. Nach der Kündigung des Liefervertrages auf Ende 1998 hat die BKW der Swissmetal ein Angebot für einen neuen Liefervertrag unterbreitet. Nach einer Besprechung mit der BKW hat Swissmetal in einem Schreiben vom 19. Oktober 1998 dieses Angebot mit Hinweis auf die Vereinbarung mit der EGL ausdrücklich abgelehnt und die BKW aufgefordert, zwecks Regelung der Modalitäten für die Durchleitung mit der EGL den Kontakt aufzunehmen.

10. Zu Letzterem hat die EGL der BKW einen ersten Vorschlag am 30. November 1998 und einen Vertragsentwurf am 19. Januar 1999 unterbreitet.

11. Die BKW machte gegenüber der EGL mit Schreiben vom 26. Januar 1999 klar, dass sie vor dem Inkrafttreten des Elektrizitätsmarktgesetzes grundsätzlich nicht bereit sei, über die Durchleitung zu verhandeln.

12. Gegenüber der Swissmetal zeigte sich die BKW anlässlich einer bilateralen Sitzung vom 18. November 1998 mit dem Grundsatz der Durchleitung des Stroms von der EGL anfänglich prinzipiell einverstanden. In ihrer späteren Kommunikation mit der Swissmetal wich sie jedoch grundlegend von dieser anfänglichen Haltung ab und war lediglich bereit, die Fortsetzung eigener Lieferungen an die Swissmetal zu besprechen. Das Prinzip einer gemeinsamen Sitzung (BKW – Swissmetal – EGL) zum Finden einer Lösung hat sie ausdrücklich abgelehnt.

13. Mit Schreiben vom 12. Februar 1999 an die Swissmetal hat die BKW erklärt, dass sie keinesfalls bereit sei, vor Inkrafttreten des Elektrizitätsmarktgesetzes eine Durchleitung zu gewähren. Von dieser Grundhaltung ist sie auch danach in keiner Weise abgewichen.

14. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 17. März 1999 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG gegen die BKW eingeleitet. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurden Informationen u.a. bei der Swissmetal, der EGL und der BKW eingeholt. Aufgrund der in der Vorabklärung aufgetauchten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 13. Juli 1999 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die BKW eröffnet.

15. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat im August 1999 Auskunftsbegehren an verschiedene Unternehmen (EVU und Stromverbraucher der Industrie), Wirtschaftsverbände und Amtsstellen verschickt.

16. Gegen das Eröffnungsschreiben vom 13. Juli 1999 über die Untersuchung hat die BKW mit Beschwerdeschrift des gleichen Tages ergänzt am 24. August 1999 bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) eine Verwaltungsbeschwerde gemäss Artikel 44 KG erhoben. Darin rügte sie die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission und beantragte die Aufhebung der (angeblichen) Zwischenverfügung vom 13. Juli 1999, eventualiter den Erlass einer Verfügung über die Zuständigkeit durch die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG.

17. Mit Schreiben vom 2. September 1999 ersuchte die BKW das Sekretariat der Wettbewerbskommission um eine Erstreckung der Frist für die Einreichung ihrer Antwort auf das Auskunftsbegehren. Das Sekretariat hat das Gesuch (teilweise) gutgeheissen, indem es die Frist bis zum Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aussetzte.

18. Die Akten wurden von der EGL am 27. September 1999 und von Swissmetal am 13. Oktober 1999 im Sekretariat der Wettbewerbskommission eingesehen.

19. Am 17. Dezember 1999 schloss die Swissmetal einen neuen Stromlieferungsvertrag mit der BKW für die vollständige Versorgung ihrer Betriebsstätte in Boillat ab. Der Vertrag läuft ab dem 1. Januar 2000.

20. Mit Schreiben vom 12. Januar 2000 bestätigte die EGL eine mündliche Vereinbarung mit der Swissmetal, wonach der Unterbeteiligungsvertrag vom 19. Oktober 1998 mit Wirkung per 31. Dezember 1999 aufgelöst worden sei und die Swissmetal ihr eine Abfindung in der Höhe von [...] "per Saldo aller Ansprüche aus dem vorgenannten Vertrag" schuldet.

B. Erwägungen

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

a) Beendigung der vermutlich unzulässigen Verhaltensweise der BKW

22. Gegenstand der Untersuchung war die Weigerung der BKW, Strom der EGL über ihr Netz durchzuleiten. Fest steht, dass zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung und während ihrer Durchführung die BKW die Durchleitung von Strom verweigerte und damit Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG gegeben waren.

23. Die im vorliegenden Fall beanstandete Verhaltensweise der BKW betrifft zwei getrennte, jedoch eng miteinander verbundene Märkte: den (vorgelagerten) Stromdurchleitungsmarkt als Dienstleistungsmarkt und den (nachgelagerten) Strombelieferungsmarkt als Produktmarkt. Beide Märkte sind regional abzugrenzen.

24. Es bestanden hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die BKW auf beiden Märkten eine marktbeherrschende Stellung hat. Diese Stellung baut massgeblich auf der Kontrolle über die für die Stromversorgung der Verbraucher notwendigen Leitungen und Anlagen.

25. Gemäss Botschaft zum KG (Sonderdruck, S. 104) ist unter anderem dann von einer unzulässigen Geschäftsverweigerung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG auszugehen, "wenn ein Unternehmen ein öffentlich-rechtliches Monopol hat oder wenn es als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sind". Ob diese Aussage als Anerkennung der insb. im Zusammenhang mit dem US- und EU-Wettbewerbsrecht angesprochenen "Essential Facility"-Doktrin auszulegen ist (K. Schindler, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht; Die "Essential Facility"-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern 1998; B. Hübscher/P. Rieder, Die Bedeutung der "Essential facilities"-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, in sic! 5/1997, 439 ff.; R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 375), kann offen bleiben. Es ist von einem kartellrechtlich unzulässigen Missbrauch gemäss Artikel 7 KG auszugehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich ohne objektive Rechtfertigungsgründe weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig zu werden und auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Ob dieser Tatbestand unter Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG oder der Generalklausel von Artikel 7 Absatz 1 KG zu subsumieren ist, kann ebenfalls offen bleiben.

26. Die Verweigerung der Durchleitung kann auch unter Artikel 7 KG fallen, wenn sie eine Diskriminierung von Handelspartnern durch ein

marktbeherrschendes Unternehmen darstellt. Eine unzulässige Diskriminierung kann vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen eine Dienstleistung, die es einem Unternehmen erbracht hat, einem anderen Unternehmen ohne objektive Rechtfertigungsgründe verweigert (Art. 7 Abs. 1 KG) oder zu ungleichen Bedingungen anbietet (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

27. Indem sich die BKW gegenüber der Swissmetal bzw. der EGL grundsätzlich geweigert hat, über ihre Netze und Anlagen Strom durchzuleiten bzw. Verhandlungen über die Stromdurchleitung für die Versorgung der Swissmetal Produktionsstätte in Boillat durchzuführen, hat sie möglicherweise gegen Artikel 7 KG verstossen.

28. Die BKW bestreitet, dass sie mit der Verweigerung der Durchleitung gegen das KG verstossen hat. Nebst dem Vorliegen von gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG vorbehaltenen Vorschriften, das gegen die Zuständigkeit der Weko sprechen würde, hat sie die Unanwendbarkeit von Artikel 7 KG auf die ihr vorgeworfene Verhaltensweise geltend gemacht. Ob vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegen und ob die Tatbestandselemente von Artikel 7 KG erfüllt waren, kann hier offen bleiben, da das Verfahren in der Zwischenzeit gegenstandslos geworden ist.

29. Mit der Einigung zwischen der Swissmetal und der BKW sowie der anschliessenden Vereinbarung zwischen der Swissmetal und der EGL entfallen nachträglich die Anhaltspunkte für das Weiterbestehen einer unzulässigen Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.

30. Im vorliegenden Fall entfallen die Anhaltspunkte für einen Missbrauch nicht deshalb, weil das die Durchleitung verweigernde Unternehmen dem Durchleitungsbegehren nachgekommen ist, sondern weil der Antrag auf Durchleitung zurückgezogen wurde.

31. Als wettbewerbswidrige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG setzt die Verweigerung der Durchleitung i.d.R. einen hinreichend konkretisierten Antrag auf Durchleitung voraus. Dieser Antrag kann sowohl vom Strombezüger wie auch vom Drittlieferanten stammen. Wird der Antrag ausdrücklich oder stillschweigend zurückgenommen, entfällt die Möglichkeit einer Verweigerung der Durchleitung durch den beanspruchten Netzbetreiber. Der Antrag auf Durchleitung ist im vorliegenden Fall spätestens mit der Vereinbarung zwischen der EGL und der Swissmetal über die Auflösung des Unterbeteiligungsvertrages vom 19. Oktober 1998 gegenstandslos geworden.

b) Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

32. Selbst bei Beendigung einer unzulässigen Verhaltensweise im Laufe des Verfahrens kann eine Untersuchung weitergeführt werden, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse an dessen materiellen Beurteilung besteht.

33. Eine Fortführung des Untersuchungsverfahrens zwecks abschliessender Abklärung des Sachverhalts ist im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Sie würde unverhältnismässig viel Zeit und Ressourcen in Anspruch nehmen und keinem genügenden öffentlichen Interesse dienen.

c) Ergebnis

34. In Würdigung aller Umstände kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung gegen die BKW einzustellen ist.

C. Kosten

35. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

36. Dass die Kartellrechtswidrigkeit der Verhaltensweisen der BKW im vorliegenden Fall nicht rechtsgenüchlich festgestellt wurde, ist für die Gebührenpflicht irrelevant. Gebührenpflichtig ist, wer durch sein Verhalten Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung begründet, unabhängig davon, wie bzw. ob das in Frage stehende Verhalten im Rahmen des Verfahrens beurteilt wird. Die BKW ist aufgrund ihres Verhaltens gegenüber der Swissmetal und der EGL als Verursacherin des vorliegenden Verfahrens anzusehen.

37. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Wie oben dargelegt wurde, bestanden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Die Ausnahmebestimmung in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a KG-Gebührenverordnung kommt also nicht zur Anwendung. Die BKW ist somit als Verursacherin des Verfahrens gebührenpflichtig.

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

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

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

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die BKW FMB Energie AG wird eingestellt.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. Zusammenschlussvorhaben "avec." (SBB, Migros, Kiosk AG)

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

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

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

Am 3. Februar 2000 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), dem Migros Genossenschaftsbund (Migros) und der Kiosk AG ein. Die Parteien beabsichtigen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) in Form einer Aktiengesellschaft mit der Firma "Convenience Management AG".

Nach einer Pilotphase mit drei "avec."-Shops wollen die beteiligten Unternehmen das Projekt dauerhaft etablieren. Ein "avec."-Shop ist ein auf kleinstmöglichem Raum eingerichtetes Dienstleistungszentrum, welches Billetverkauf, Cafébar, Kiosk und Lebensmittelladen beinhaltet. Geplant ist die rasche Realisierung von 30-40 "avec."-Shops. Die SBB AG bezweckt mit diesem alternativen Verkaufskonzept für kleinere Bahnhöfe einerseits die Weiterführung von bedienten Bahnhöfen und andererseits bessere finanzielle Ergebnisse. Der Betrieb der Shops wird im Franchising-System an selbstständige Unternehmer übertragen.

Auf eine Beschreibung der Geschäftstätigkeiten der drei am Projekt "avec." beteiligten Unternehmen kann verzichtet werden, da diese aus anderen Verfahren bekannt sind.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Vorerst ist zu klären, ob es sich bei der vorliegenden Gründung des GU um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss handelt. Insbesondere muss geprüft werden, ob Geschäftstätigkeiten eines kontrollierenden Unternehmens in das GU einfließen (gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU).

Grundsätzlich könnten verschiedene Elemente der geplanten Zusammenarbeit als Geschäftstätigkeiten definiert werden, welche in das GU einfließen. Dazu zählen der Billetverkauf, Know-How (inkl. Kennzeichnungsgüter und Belieferungssystem) von Migros und Kiosk AG sowie die durch die SBB AG vermieteten Lokale. Beim Billetverkauf kann jedoch vorgebracht werden, dass die Bedingungen und Konditionen weiterhin von der SBB AG bestimmt werden und der Billetverkauf keine ins GU eingebrachte Geschäftstätigkeit darstellt. Das Know-How von Migros und Kiosk AG im Detailhandel kann zu einem gewissen Grad als "allgemein bekannt" bezeichnet werden. Jedenfalls ist dieses Know-How weniger spezifisch als beispielsweise die Erfahrung im Telekommunikationswesen, welche im Zusammenschluss-vorhaben DiAx (vgl. RPW 1997/2) als eingebrachte Geschäftstätigkeit bezeichnet wurde. Es kann somit nicht zwingend von einem Einbringen von Geschäftstätigkeiten ausgegangen werden.

Die Vermietung von SBB-Lokalen an das GU muss demgegenüber anders beurteilt werden. Das Projekt "avec." ist für Standorte an (kleineren) SBB-Bahnhöfen konzipiert worden. Ohne SBB-Lokale wären "avec."-Shops nicht denkbar. Die SBB AG verzichtet zugunsten der "avec."-Shops auf eine eigene Nutzung der Lokale. Die SBB AG bringt somit als Geschäftstätigkeit die Vermietung von eigenen Standorten ins GU ein.

Weil das GU zudem auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU) und die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 KG überschreiten, handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Die drei am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weisen in ihren angestammten Märkten (SBB AG: Bahnverkehr; Migros: Detailhandel; Kiosk AG: Kioskbetrieb) starke Marktstellungen auf.

Die geplante Geschäftstätigkeit von "avec." kann nicht einem dieser Märkte zugeordnet werden, sondern stellt eine Art Querschnittsbereich dar. Im Folgenden wird geprüft, welche Auswirkungen der Zusammenschluss erstens im geplanten Geschäftsbereich (siehe unten Convenience-Shops) und zweitens auf den angestammten Märkten von SBB AG, Migros und Kiosk AG hat.

Markt für Convenience-Shops

Convenience-Shops können aufgrund ihrer von anderen Verkaufsgeschäften abweichenden Eigenschaften – längere Öffnungszeiten am Abend und an Wochenenden, relativ schmales Sortiment und häufig einer attraktiven Lage - einem separaten relevanten Markt zugeordnet werden. Insbesondere die längeren Öffnungszeiten – auf die unten zurückzukommen sein wird - sind als spezielle Eigenschaft hervorzuheben. Sie entsprechen einem steigenden Bedürfnis, ausserhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten einzukaufen.

Es ist geplant, an 30-40 Standorten "avec."-Shops zu schaffen. Die "avec."-Shops werden aufgrund der Konzeption ausschliesslich an kleineren Bahnhöfen (vgl. Testshops in Brügg, Schüpfen und Mettmenstetten) errichtet. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gehen davon aus, dass bis ins Jahr 2002 ein Umsatz von CHF 70 Mio. erwirtschaftet werden wird.

Die "avec."-Shops werden in Konkurrenz zu Tankstellen-Shops, Autobahnraststätten und ähnlichen Verkaufslokalen stehen. Die wichtigsten Player in diesem Bereich sind Shell, Esso und BP-Tankstellenshops sowie die Lekkerland (Schweiz) AG. In den letzten Jahren konnte festgestellt werden, dass insbesondere die Tankstellenbetreiber auf das grosse Bedürfnis nach Verkaufslokalen mit längeren Öffnungszeiten reagiert und das entsprechende Angebot massiv erweitert haben. So verfügt heute annähernd jede mittlere oder grössere Tankstelle über ein Angebot an Lebensmittel, Tabakwaren und Presseartikeln. Diese Shops werden von verschiedenen Unternehmen betrieben bzw. beliefert, welche in den angestammten Tätigkeitsgebieten von Migros und Kiosk AG als deren Konkurrenten auftreten.

Verlässliche Marktanteilszahlen zum Convenience-Markt in der Schweiz konnten nicht ermittelt werden. Abgestellt wird daher hauptsächlich auf Schätzungen aus dem Businessplan von "avec. " und auf Angaben aus Geschäftsberichten von Migros und der Kiosk AG.

Als Grundlage für die Schätzung von Marktanteilen wird das von den beteiligten Unternehmen angenommene Marktpotenzial (Geschäftsgeheimnis) verwendet. In den gut 1'100 Tankstellen-Shops der Schweiz werden rund 400 Millionen Franken umgesetzt. Mit den Aral-Tankstellen betreibt die Migros zirka 115 Tankstellen-Shops. Dazu kommen 15 Tankstellen-Shops, die von der Kiosk AG betrieben werden. Insgesamt betreiben die beteiligten Unternehmen also zirka 130 Tankstellen-Shops, die grosszügig gerechnet rund 60 Millionen Franken umsetzen. Die Kiosk AG betreibt an einigen Bahnhöfen Aperto-Lebensmittelgeschäfte. Diese setzen ungefähr 30 Millionen Franken um. Dazu kommen 24 kombinierte Betriebe der Kiosk AG in diesem Bereich, deren Umsatz pauschal auf 30 Millionen Franken geschätzt wird.

Die addierten, zukünftigen Marktanteile liegen nach diesen Schätzungen bei ca. 13%. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass

das Marktpotenzial von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen überschätzt wird und beispielsweise nur halb so hoch wäre, ergibt sich ein Marktanteil der beteiligten Unternehmen von 26%. Marktanteile bis 30% sind im Allgemeinen nicht problematisch (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 352). Es kann davon ausgegangen werden, dass durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet wird.

Wettbewerbsdruck auf Convenience-Shops geht auch vom Lebensmitteldetailhandel und von Restaurationsbetrieben aus. Ob-wohl diese nicht als perfekte Substitute von Convenience-Shops betrachtet werden können und somit nicht demselben relevanten Markt zugeordnet werden, haben sie eine disziplinierende Wirkung auf Betreiber von Convenience-Shops. So können bspw. die Preise für Lebensmittel im "avec."-Shop nicht unabhängig von den Preisen in Lebensmittelläden der näheren Umgebung festgesetzt werden. Dasselbe gilt für die Produkte im Gastrobereich.

Die potenzielle Konkurrenz kann aufgrund des zunehmenden Bedürfnisses nach Convenience-Shops (gesellschaftliche Trends wie Auflösung der traditionellen Haushaltsstrukturen, veränderte Arbeitsgewohnheiten oder grosse Mobilität) grundsätzlich als gross bezeichnet werden. Heute stellen die nach wie vor restriktiven Ladenöffnungszeiten eine Marktzutrittsschranke dar. Davon befreit ist die SBB AG mit dem Nebenbetriebsstatus, welcher bereits heute längere Öffnungszeiten für Lokale in Bahnhöfen zulässt. In Zukunft wird eher mit einer Verlängerung und Lockerung der Laden-öffnungszeiten zu rechnen sein, obwohl diese Forderungen regelmässig zu politischen Diskussionen führen. Es wird wahrscheinlich zu einer Annäherung der üblichen Ladenöffnungszeiten mit denjenigen der Convenience-Shops kommen. Die Verlängerung der Öffnungszeiten wird im Businessplan von "avec." denn auch ausdrücklich als Gefahr für das Projekt bezeichnet.

Zudem soll auf die folgenden Punkte hingewiesen werden, welche die bisher erfolgte Einschätzung der Unbedenklichkeit des Vorhabens unterstützen.

Das Konzept "avec." wird auch längerfristig nur bei maximal 50 kleineren (von insgesamt über 700) SBB-Bahnhöfen umgesetzt werden. An grösseren Bahnhöfen werden parallel anderweitige Modelle geprüft und eingeführt, bei denen sich u.a. auch andere Grossverteiler als die Migros beteiligen werden können.

In den zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen sind keine Exklusivrechte oder Konkurrenzverbote enthalten, die der Migros oder der Kiosk AG untersagen, im jeweiligen Gebiet Geschäfte zu eröffnen. Einzig hinsichtlich des Produktebezugs sind, wie dies bei Franchiseverträgen üblich ist, gewisse Vorzugsbedingungen statuiert.

Die SBB AG hat zur Wahl der Partner im Projekt "avec." mit verschiedenen, potenziellen Vertragspartnern Gespräche geführt. KVZ/Coop reichte keine Offerte ein. Auch mit Alimentana Sista (Hofer & Curti Tochter) wurden Gespräche geführt.

Gestützt auf die gemachten Ausführungen (insbesondere des zu erwartenden Marktanteils von 13%-26% und des Wettbewerbsdrucks aus den benachbarten Bereichen) kann festgestellt werden, dass mit dem Konzept "avec." im Markt für Convenience-Shops keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann.

Weitere Märkte

Die Wettbewerbskommission hat auch die möglichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die angestammten Tätigkeitsgebiete von SBB AG, Migros und Kiosk AG summarisch geprüft. In all diesen Märkten führt der Zusammenschluss zu praktisch keinen Marktanteilsadditionen.

Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

| | |
|-------|---|
| B 2.3 | 2. Zusammenschluss Basler Kantonalbank / Coop Bank |
|-------|---|

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

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

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

Am 17. Januar 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das Beteiligungsvorhaben der Basler Kantonalbank ("BKB") und der Coop Bank ("CB") erhalten.

Die BKB beabsichtigt, 40,7% des Aktienkapitals der CB zu erwerben. Dieser Erwerb bringt der BKB 51% der Stimmen an der CB. Ziel der Beteiligung ist eine enge Kooperation auf allen Gebieten des Retailgeschäfts mit entsprechender Nutzung der Synergien. Die Banken versprechen sich aus diesem Vorhaben eine Ertrags- und Wettbewerbsverbesserung. Beide Banken bleiben als eigene Rechtssubjekte unter ihrer angestammten Firma bestehen.

Die BKB ist mehrheitlich in den Geschäftsbereichen des Retailbankings und des Kommerz mit den Kernsegmenten Privatkunden und KMU-Geschäfte im Wirtschaftsraum Basel (Kantone BL und BS) tätig. Weiter ist die BKB im Private Banking tätig. Es handelt sich somit um eine regional verankerte Universalbank.

Die CB ist schwergewichtig im gesamtschweizerischen Retailbanking, im Kommerz sowie im Private Banking tätig. Sie richtet sich primär an bestehende und potenzielle Kunden der Coop-Gruppe und Gewerkschaftsmitglieder. Es handelt sich somit um eine Universalbank mit den

drei Kernsegmenten Privatkunden, Firmenkunden und Handel/Banken/Institutionelle. Sie verfügt über ein nationales Netz von Niederlassungen.

In räumlicher Sicht ist vorliegend der Wirtschaftsraum Basel, bestehend aus den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt, näher zu betrachten. Die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen, abgesehen vom zu vernachlässigenden Private Banking, überschneiden sich in diesem geographischen Gebiet.

Die Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass die beteiligten Unternehmen in keinem der untersuchten Geschäftsbereiche (im Allgemeinen das Passiv- und Aktivgeschäft und im Besonderen die Hypothekar- und die Firmenkredite unter CHF 2 Mio.) über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% verfügen. Mit der Übernahme der Kontrolle über die CB durch die BKB sind zudem nur geringe Marktanteilsadditionen für die BKB verbunden. Dieses Vorhaben wird an den bestehenden Marktstrukturen demnach nicht viel ändern. Ferner ist zu beachten, dass im Wirtschaftsraum Basel neben der BKB die beiden Grossbanken UBS und Credit Suisse, eine weitere Kantonalbank, die Basellandschaftliche Kantonalbank, sowie die Migros Bank und verschiedene Regionalbanken vertreten sind. Aufgrund dieser Konkurrenzverhältnisse kann ausgeschlossen werden, dass das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung sind demnach nicht gegeben.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 3. Zusammenschlussvorhaben Buchdruckerei Buchs AG / AG für die Neue Zürcher Zeitung |
|-------|--|

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

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

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

Am 5. Januar 2000 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der Buchdruckerei Buchs AG ("BD") und der AG für die Neue Zürcher Zeitung ("NZZ") ein.

Die BD ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Buchs/SG. Die BD gibt eine Tageszeitung heraus (Werdenberger & Obertoggenburger) und ist daneben im Bereich der Akzidenzdruckerei tätig. Die BD steht in einem langfristigen Vertragsverhältnis mit der Gasser Holding Chur AG ("Gasser"). Dieses betrifft die Vermarktung von Anzeigen und eine redaktionelle Zusammenarbeit.

Die NZZ hat Ende 1998 eine 25%-Beteiligung an der BD erworben. In der Folge gelang es der NZZ, weitere 7% des Aktienkapitals der BD zu erwerben.

Im Oktober 1999 unterbreitete Gasser einer Aktionärsgruppe der BD ein Übernahmeangebot. Gedrängt durch die restlichen Aktionäre unterbreitete die NZZ ein Gegenangebot. Der NZZ wurden bis dato weitere 22,8% des Aktienkapitals verkauft.

Der Ausbau der Beteiligung der NZZ an der BD ist darauf angelegt, die Eigenständigkeit der BD zu bewahren und dem Werdenberger & Obertoggenburger eine Weiterexistenz als redaktionell und kommerziell unabhängige Regionalzeitung zu ermöglichen. Die NZZ ist in der Lage, der BD durch Synergiemassnahmen (Beschaffung von Maschinen, Papier etc.) erhebliche Kosteneinsparungen zu verschaffen und ihr auf dieser Weise die Möglichkeit zu geben, auch mittelfristig als Verlagsunternehmen mit eigenständigem Zeitungstitel und einer eigenen Redaktion zu überleben.

Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens wurden auf dem Markt für regionale und lokale Tageszeitungen in der Region Werdenberg und Obertoggenburg, sowie dem Markt für regionale und lokale Anzeigen in der Region Werdenberg, Obertoggenburg und teilweise dem Fürstentum Liechtenstein beurteilt.

Auf beiden oben genannten Märkten ergeben sich nur sehr geringe Marktanteilsadditionen, wodurch keine marktbeherrschende Stellung begründet werden kann. Somit hat der Zusammenschluss kaum spürbare Auswirkungen auf die aktuelle Wettbewerbssituation.

Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind somit nicht gegeben.

| | |
|-------|---|
| B 2.3 | 4. Création de la société Dow Jones Reuters Business Interactive |
|-------|---|

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

Le 20 mai 1999, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que les entreprises Dow Jones & Company et Reuters Group p.l.c. ont décidé de fonder l'entreprise commune Dow Jones Reuters Business Interactive.

Les deux entreprises sont actives sur les marchés de l'information à différents échelons (prestations de services aux professionnels des milieux financiers, juridiques ou des médias, édition de journaux, etc.), Dow Jones étant spécialisé dans le domaine financier.

En créant Dow Jones Reuters Business Interactive, les deux entreprises souhaitent réunir leurs services payants de mise à disposition de bases de données contenant des informations financières, juridiques et fiscales "in near time" (archives) via Internet. Cette opération leur permet de mieux répondre à une demande croissante en offrant un produit plus performant.

S'agissant d'un marché en pleine expansion sur lequel les entreprises concernées n'ont que des parts de marché limitées et étant donné que les barrières à l'entrée sont relativement faibles, la Commission de la concurrence a estimé que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi n'étaient pas remplies. Elle a donc autorisé l'opération de concentration sans réserve le 25 mai 1999.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 5. Zusammenschlussvorhaben Freecom/Dangaard Zusammenfassung der Beschlussbegründung |
|-------|--|

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

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

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

Am 23. November 1999 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen FreeCom Distribution & Service mbH, Trier, und Dangaard Holding A/S, Padborg (DK), ein. Die nachstehend genannten Anteilseigner der beiden Unternehmen beabsichtigen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mittels Einbringen von FreeCom und Dangaard in die zu gründende Dangaard Telecom Holding A/S, Padborg. Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Grosshandel (Belieferung

Einzelhändler) mit frei beweglichen Kommunikationsmitteln wie Mobiltelefonen, Autotelefonen und dazugehörigem Zubehör sowie die entsprechenden, damit im Zusammenhang stehenden Leistungen wie die Logistik, den Kundendienst und den Reparaturservice zum Gegenstand haben.

Mehrheitsbeteiligt an Freecom sind:

- debitel AG, Stuttgart, eine in Deutschland tätige netzunabhängige Service Providerin, welche zu rund 74% im Besitz von Swisscom steht
- BHS Holding GmbH & Co. KG, Düsseldorf, eine Schwester-gesellschaft der Metro Holding AG, Schweiz. In der BHS Holding sind die zukunftsorientierten Aktivitäten der Metro-Gruppe wie Electronic-Commerce, Direkt-Marketing, Venture Capital und Neue Medien gebündelt.

Mehrheitsbeteiligt an Dangaard sind:

- Fleggaard Holding A/S, Padborg, ein diversifiziertes Handels- und Dienstleistungsunternehmen, welches vor allem im Grosshandel mit Konsumgütern und elektronischen Gebrauchsartikeln wie Mobiltelefonen oder Radio- und Fernsehgeräten tätig ist.
- Fleggaard Partners A/S, Padborg, welche als Geschäftstätigkeit die Vermögensverwaltung und insbesondere die Verwaltung und das Management von Beteiligungsgesellschaften aufweist.

Der Zusammenschluss führt in den Märkten für den Grosshandel mit Mobiltelefonen und für die entsprechenden Zusatzdienste wie Kundendienst oder Reparaturservice zu Marktanteilsadditionen. Weiter sind vom Zusammenschluss diejenigen Märkte betroffen, in denen Swisscom als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil in der Schweiz von über 30 Prozent aufweist (gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

Im Markt für den Grosshandel mit Mobiltelefonen und im Markt für die Zusatzdienste bestehen auch nach dem Zusammenschluss namhafte Konkurrenten.

Der Markt für den Grosshandel mit Mobiltelefonen zeichnet sich dadurch aus, dass Grosshändler zunehmend dem Wettbewerb durch Netzbetreiber, die Mobilfunkgeräte über Einzelhandels-Outlets (Shop-in-Shops, Telefonläden) absetzen, ausgesetzt sind. Der relevante Markt ist momentan in einer starken Wachstumsphase. Die Marktzutrittskosten sind verhältnismässig niedrig, sodass mit Marktzutritten gerechnet werden kann. Vor allem für Konkurrenten in räumlich benachbarten Märkten ist es ein Leichtes, auch in der Schweiz tätig zu werden.

Die Zusatzdienste werden neben spezialisierten Unternehmen von den Mobilfunkgeräteherstellern bzw. den jeweiligen Vertretern in der

Schweiz angeboten. Die auch im Markt für Zusatzdienste niedrigen Marktzutrittsschranken ermöglichen in Zukunft weitere Marktzutritte.

In den aufgrund der Marktanteile von Swisscom betroffenen Märkten führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteils-additionen.

Das Zusammenschlussvorhaben war auch in der EU meldepflichtig und wurde gemäss Entscheid vom 1. Dezember 1999 als unbedenklich erachtet.

Aufgrund der Ergebnisse der vorläufigen Prüfung waren die Voraussetzungen zur Einleitung des Prüfungsverfahrens daher nicht gegeben.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 6. Zusammenschlussvorhaben Railtour Suisse SA/RailAway AG Zusammenfassung der Beschlussbegründung |
|-------|--|

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

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

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

Am 31. Dezember 1999 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen Railtour Suisse SA ("Railtour"), bisher zu gut 65% kontrolliert durch die Kuoni Reisen Holding AG, und RailAway AG ("RailAway"), bisher kontrolliert durch SBB AG, ein.

Kuoni und SBB beabsichtigen mittels gegenseitiger gemeinsamer Kontrolle an Railtour bzw. RailAway eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich Bahntourismus. Es ist geplant, dass sich Kuoni mit 30% am Kapital der RailAway beteiligt, während die SBB 70% behalten. Im Gegenzug verkauft Kuoni den SBB Stammaktien der Railtour, womit die Beteiligung der SBB an Railtour insgesamt 7,7% betragen wird.

Die geplante Zusammenarbeit ist aufgrund der Bestimmungen im Joint Venture-Vertrag zwischen Kuoni und SBB als Unternehmenszusammenschluss i.S. von Artikel 4 Absatz 3 KG zu beurteilen, da Railtour und RailAway in Zukunft von Kuoni und SBB gemeinsam geführt und kontrolliert werden (Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU). Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG werden überschritten. Somit liegt ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor.

Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens wurden sowohl in einem weit abgegrenzten Markt für die Veranstaltung von Reisen wie auch in enger abgegrenzten Märkten für Eintagesreisen innerhalb der Schweiz und nach Europa bzw. für Mehrtagesreisen (insbesondere Städtereisen) beurteilt.

Sowohl bei weiteren (Reiseveranstaltermarkt) wie auch bei engeren Marktabgrenzungen ergibt sich aufgrund der starken Position von Kuoni, dass die Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vom Zusammenschluss betroffen sind. Allerdings sind die Marktanteilsadditionen durch den Zusammenschluss sehr gering bzw. es liegen bei der engeren Marktabgrenzung gar keine Marktanteilsadditionen vor. Der Zusammenschluss hat somit nur kaum spürbare Auswirkungen auf die aktuelle Wettbewerbssituation.

Gerade bei Eintages- und Städtereisen, welche im Zentrum des vorliegenden Zusammenschlusses stehen, kann festgestellt werden, dass ein recht grosser Teil (45% gemäss einer Studie der Elvia über Reiseversicherungen) der effektiv durchgeführten Reisen von den Reisenden selber organisiert wird. Dies kann u.a. als Indiz dafür gewertet werden, dass die Marktzutrittsschranken nicht sehr hoch sind. So sind denn auch immer wieder Marktzutritte beobachtbar. Beispielsweise kann die Frosch Touristik GmbH erwähnt werden, welche sich nach dem Marktzutritt innerhalb von 5 Jahren mit einem Umsatz von CHF 115 Mio. als Reiseveranstalterin etabliert hat. Zudem werden laufend kleinere und mittlere Reiseveranstalter gegründet oder treten aus räumlich benachbarten Märkten in den Schweizer Markt ein.

Zusammenfassend ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind somit nicht gegeben.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 7. Gemeinschaftsunternehmen Sat.1 (Schweiz)/ Ringier AG |
|-------|--|

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

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

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

Am 18. Januar 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Ringier AG, Zofingen ("Ringier"), beteiligt sich mit 50% an der Sat.1 (Schweiz) AG, Zug. Sat.1 (Schweiz) war bisher vollständig unter der Kontrolle der Sat. 1 Satellitenfernsehen GmbH, Mainz und Berlin ("Sat.1"). Es ist vorgesehen, die bereits bestehende Zusammenarbeit im schweizerischen Fernsehmarkt zu verstärken und auf eine neue rechtliche Grundlage zu stellen.

Unternehmenszusammenschluss

An Sat.1 (Schweiz) werden Ringier und Sat.1 je 50% der Anteile halten. Die Ausübung der Stimmrechte soll gemäss Aktionärsvertrag vom 14. Oktober 1999 koordiniert werden. Der Verwaltungsrat soll paritätisch aus Vertretern der beiden Unternehmen zusammengesetzt und dessen Präsident gemeinsam bezeichnet werden. Das Vorhaben kann als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 1 VKU qualifiziert werden.

Meldepflicht

Ringier ist ein international tätiges Medienunternehmen. Geschäftsaktivitäten hat Ringier in den Bereichen Zeitungen und Zeitschriften (u.a. Blick, Cash, Schweizer Illustrierte), Druck/Print, Verlag von Büchern, Online Services und in weiteren Bereichen. Innerhalb der Konzession der Presse TV AG produziert die Ringier-Tochtergesellschaft Rincovision AG, Zürich, die auf SF 2 ausgestrahlten Sendungen Cash-TV, Gesundheit-SprechStunde, MotorShow und Marktplatz. Ringier hält an der Presse TV AG eine Minderheitsbeteiligung von 30%. Die genannten Sendungen werden durch die Rincovision produziert und sind mit den gleichnamigen Printmedien aus dem Hause Ringier verbunden. Die Sendungen sind Bestandteil des Schweizer Fernsehmarktes und daher Ringier zuzurechnen.

Haupttätigkeit von Sat.1 ist die Veranstaltung und Verbreitung des gleichnamigen Fernsehprogrammes in Deutschland. Das Programm von Sat.1 ist auch in der Schweiz zu empfangen. Mit 59% mehrheitsbeteiligt an Sat.1 ist die PKS Programmgesellschaft für Kabel- und Satellitenrundfunk, München. PKS ihrerseits ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Kirch-Gruppe.

Die Kirch-Gruppe ist einer der beiden grossen deutschen Medienkonzerne. Die Hauptaktivitäten liegen im Free-TV-Bereich (Sat.1, Pro 7, Kabel1), im Pay-TV-Bereich (Premiere, DF 1, Beteiligung am Teleclub, Schweiz) und in vielen damit verbundenen Aktivitäten (u.a. Produktion von Spielfilmen, Rechtehandel, Kinobeteiligungen). Sat.1 (Schweiz) betreibt ein vorabendliches Programmfenster in der Schweiz und überträgt am Wochenende Fussballspiele der schweizerischen NLA. Für die Beurteilung des Vorhabens ist es nicht notwendig, auf die übrigen Tätigkeiten und die komplizierte Struktur der Kirch-Gruppe einzugehen.

Da es in diesem Fall um Unternehmen geht, die vorwiegend als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen tätig sind, kommen die niedrigeren Schwellenwerte des Medienbereichs gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG zur Anwendung. Die Umsatzschwellen werden von den beteiligten Unternehmen erreicht. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Beurteilung nach Artikel 10 KG

Als Ansatz einer Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes könnte der Markt für frei zu empfangende Fernsehprogramme dienen. Ähnlich wie in der Praxis der EU wird für diesen Fall davon ausgegangen, dass Abonnementsfernsehen (z.B. Teleclub) einen eigenen sachlich relevanten Markt bildet. Es wird aber zu zeigen sein, dass eine Marktabgrenzung unter Einbezug des Abonnements-fernsehens zu keinem anderen Ergebnis führen würde.

Der räumlich relevante Markt kann aufgrund der Sprachgrenzen auf die Deutschschweiz abgegrenzt werden. Fremdsprachige Programme erfüllen nur begrenzt die gleichen Bedürfnisse. Dies kann auch durch das Konsumverhalten in den Sprachregionen hinsichtlich ausländischer Programme der gleichen Sprache gezeigt werden.

Demnach kann als Ansatz einer Abgrenzung des relevanten Marktes der Markt für frei zu empfangende Fernsehprogramme in der Deutschschweiz dienen.

Die Programme der Kirch-Gruppe hatten die in der untenstehenden Tabelle angegebenen Einschaltquoten. Abgestellt wird auf Datenmaterial der Jahre 1998 und 1999. Das auf dem Kanal von Sat.1 ausgestrahlte Schweizer Fenster beschränkt sich auf den Vorabend und auf die Übertragung von Fussballspielen aus der Schweizer NLA. Das deutsche Programm von Sat.1 (7% MAZ) und das Schweizer Fenster von Sat.1 (10% MAZ) können grundsätzlich nicht gleichzeitig empfangen werden. Aufgrund der begrenzten zeitlichen Dauer des Schweizer Fensters wird pauschal ein Marktanteil der Zuschauer von 8% angenommen.

Für Ringier werden die auf SF 2 ausgestrahlten Sendungen Cash-TV, Gesundheit-SprechStunde, MotorShow und Marktplatz berücksichtigt. Es wird der ungefähre Durchschnitt der Sendungen im letzten Jahr (rund 8% MAZ) einbezogen. Der Durchschnitt der Marktanteile dieser einzelnen Sendungen kann jedoch nicht einfach mit den Marktanteilen der Anbieter von Programmen wie Sat.1 oder Pro 7 verglichen werden. Die Marktanteile dieser Programme werden über die Einschaltquoten (Mo. – So., 24 h.) errechnet. Demgegenüber sind bei Ringier nur einzelne Sendungen betroffen. Es erweist sich als äusserst schwierig, diese Einschaltquoten in nützlicher Weise zu berücksichtigen. Als Annäherung könnten die Marktanteile der Ringier-Sendungen mit dem Korrekturfaktor von 0,1 multipliziert werden, da diese Sendungen weniger als 10% des Programms von SF 2 ausmachen.

| Sender | Marktanteil der Zuschauer (MAZ) |
|--|---------------------------------|
| (Sat.1 / Schweizer Fenster) Pauschal | (10% / 7%) 8% |
| Pro 7 | 7% |
| Kabel 1 | 2% |
| Ringier (auf SF 2 mit Korrekturfaktor 0.1) | 0,8% |
| Total | 17,8% |

Der Zusammenschluss führt also weder zu Marktanteilsadditionen über die 20%-Schwelle, noch erreicht eines der beiden Unternehmen in der Schweiz alleine einen Marktanteil von 30% oder mehr im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Es ist somit auszuschliessen, dass durch das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet wird.

Selbst bei einer Marktabgrenzung unter Einbezug des Pay-TV-Bereichs (Beteiligungen an Teleclub von der Kirch-Gruppe und von Ringier) könnte das Vorhaben aus wettbewerblicher Sicht als unbedenklich bezeichnet werden.

Im Weiteren wäre es möglich, die aus den Marktabgrenzungen im Printmedienbereich bekannte Hebelwirkung zwischen Werbe- und Mediennutzermärkten einzubeziehen. Aus den im Folgenden dargelegten Gründen erscheint dies weder sachdienlich noch notwendig. SF 1 und SF 2 sind partiell gebührenfinanziert, womit die Hebelwirkung teilweise entfällt. Die Werbeumsätze der Programme der Kirch-Gruppe werden hauptsächlich auf dem deutschen Markt generiert. Für die letztes Jahr eingeführten Werbefenster in der Schweiz sind noch keine verlässlichen Zahlen erhältlich. Der Hauptgrund, der die Berücksichtigung des Werbemarktes als unnötig erscheinen lässt, ist aber der bezüglich der Zuschauer resultierende Marktanteil von 17,8%.

Gestützt auf die gemachten Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 8. Zusammenschlussvorhaben Rheinmetall DeTec AG – Oerlikon Contraves AG und Oerlikon Aerospace Inc. |
|-------|--|

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

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

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

Zusammenfassung

Am 12. November 1999 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung zum oben genannten Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Rheinmetall DeTec AG, Ratingen (Deutschland), 100% der Aktien der Oerlikon Contraves AG, Zürich, und der Oerlikon Aerospace Inc., Saint-Jean-sur-Richelieu (Kanada), zu erwerben. Die DeTec AG und die Contraves AG sind vorwiegend in der Wehrtechnik tätig. Die Aerospace Inc. produziert u.a. das ADATS Lenkwaffensystem gegen Luft- und terrestrische Ziele. Der Geschäftsbereich Wehrtechnik der Contraves AG ist weitgehend komplementär zum Wehrbereich der DeTec AG.

In einzelnen betroffenen Märkten (terrestrische Flugabwehr, Munition für Mittelkaliber-Maschinenkanonen, Dronen-Aufklärungssysteme, wehrtechnische Simulations- und Messgeräte, Fahrsimulatoren, Treibladungen für Artilleriegeschosse, Treibladungspulver für Munition) sind Marktanteile von bis zu 90% zu verzeichnen. Diese hohen Marktanteile sind jedoch aus kartellrechtlicher Sicht in casu nicht problematisch: Die unstetige Nachfrage ist eine Besonderheit des wehrtechnischen Marktes und kann zu ausserordentlich hohen Marktanteilen wie auch zu ebenso grossen Marktanteilsveränderungen führen. Die Bestellung von Wehrmaterial erfolgt i.d.R. unregelmässig, in grossen zeitlichen Abständen und in grossen Mengen. Dies kann Marktanteile von bis zu 100% zur Folge haben, die aber bei der darauffolgenden Beschaffung, insbesondere bei einer Systemänderung, auf 0% sinken können (vgl. auch RPW 1997/4, S. 532 ff.). Die in der Schweiz teilweise festgestellten hohen Marktanteile werden durch den Zusammenschluss nicht verstärkt. Auf allen betroffenen Märkten sind mehrere (mindestens acht) Anbieter tätig. Zu einer Marktanteilsaddition kommt es einzig im Markt für wehrtechnische Simulations- und Messgeräte. Auf diesem Markt sind jedoch auch weitere schweizerische und ausländische Anbieter aktiv.

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

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 9. Zusammenschlussvorhaben Volvo AG – Scania 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

Zusammenfassung

Am 7. Dezember 1999 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung zum oben genannten Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Volvo AG, Göteborg (Schweden), die bisher von der Investor AG – einer schwedischen Investitionsholding – gehaltenen Aktien der Scania AG, Södertälje (Schweden), zu kaufen. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um eine Kontrollübernahme i.S.v. Artikel 1 VKU. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen i.S.v. Artikel 9 Absatz 1 KG.

Die Volvo AG und die Scania AG sind in der Produktion von Lastwagen, Personenbussen und in der Motorenherstellung für Industrieanlagen und Schiffe tätig. Volvo hat bekanntgegeben, dass die beiden Marken nach dem Zusammenschluss mit einer "dual-brand"-Strategie weitergeführt werden und dementsprechend die Vertriebsorganisationen in der Schweiz getrennt bleiben werden.

In verschiedenen Entscheiden hat die EU-Kommission den Markt für Lastwagen wie folgt abgegrenzt: "Light-duty segment" (unter 5 Tonnen), "Medium-duty segment" (zwischen 5 und 16 Tonnen) und "Heavy-duty segment" (über 16 Tonnen). Es stellt sich die Frage, ob in der Schweiz der sachlich relevante Markt aufgrund gewisser Regulierungsbestimmungen nicht anders abgegrenzt werden müsste. Durch die Einführung der Lastwagenschwerverkehrsabgabe (LSVA) auf den 1. Januar 2001 wird unterschieden zwischen nicht-abgabepflichtigen Lastwagen unter 3,5 Tonnen und abgabepflichtigen Lastwagen über 3,5 Tonnen. Des Weiteren werden für die Berechnung der LSVA auch die Limiten 12/18/22/25 Tonnen herangezogen. Für den Kaufentscheid eines schweizerischen Nachfragers können diese Limiten und die damit verbundenen fiskalischen Belastungen von Bedeutung sein. Auch das Bundesamt für Statistik rechnet im Gegensatz zu den meldenden Parteien mit den Limiten unter bzw. über 3,5 Tonnen und 7,8/18/25/26 Tonnen. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses kann jedoch offengelassen werden, ob der sachlich relevante Markt für Lastwagen nach den Gewichtsklassen der EU oder denjenigen der Schweiz abgegrenzt werden soll; in beiden Fällen wird es nicht zu Marktanteilsadditionen kommen, die aus kartellrechtlicher Sicht zu Bedenken Anlass geben könnten.

Die meldenden Parteien vertreten die Meinung, dass aus Sicht des Anbieters der Markt global betrachtet werden müsste. Die Hersteller

von Lastwagen und Personenbussen sind in der Tat weltweit tätig. Aus Sicht der Nachfrager muss der Markt wohl aber enger abgegrenzt werden. Schweizerische Nachfrager haben kaum die Möglichkeit, ihre Einkäufe ausserhalb der Schweiz zu tätigen. Auch die meldenden Parteien konnten nicht glaubhaft darlegen, dass Parallelimporte in die Schweiz ohne weiteres möglich sind: Für die Einfuhr von Lastwagen in die Schweiz ist eine Typenbescheinigung notwendig. Diese wird vom Hersteller bzw. offiziellen Importeur ausgestellt. Es besteht Grund zur Annahme, dass die Beschaffung einer Typenbestätigung nicht problemlos ist, weil der Importeur kein Interesse hat, solche Parallelimporte zu fördern. Eine Einzelabnahme des importierten Lastwagens in der Schweiz, die notwendig wird, wenn keine Typenbestätigung vorliegt, ist jedoch mit sehr hohen Kosten verbunden (CHF 20'000 bis 30'000), so dass die Paralleleinfuhr kaum mehr Preisvorteile bringen dürfte. V.a. Unternehmen mit einem kleinen Fuhrpark, die keinen Druck auf den offiziellen Importeur ausüben können, werden ihre Käufe ausschliesslich im Inland tätigen. Zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens hat die Wettbewerbskommission deshalb eine vorsichtige Hypothese betreffend der Marktabgrenzung angenommen (Schweiz als räumlich relevanter Markt).

Der Markt für schwere Lastwagen über 16 Tonnen ist i.S.v. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU der einzig betroffene Markt. Auf diesem Markt sind viele weitere Wettbewerber aktiv, die z.T. grössere Marktanteile generieren als Volvo/Scania. Die Entwicklung der Marktanteile in den vergangenen 3 Jahren weist überdies auf einen dynamischen Markt hin: Die Marktanteile haben z.T. recht starke Veränderungen erfahren.

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

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 10. Beendigung der Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation |
|-------|--|

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

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

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

Zusammenfassung

Die Muttergesellschaften der Mineralölkonzerne der BP- und der Mobil-Gruppen haben im Jahr 1996 zwei europaweite Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) vereinbart: Ein "Fuels Joint Venture" für das Treibstoff- und Brennstoffgeschäft (Beteiligung 70% BP, 30% Mobil, operativ von BP geführt) und ein "Lubricants Joint Venture" für das Schmiermittelgeschäft (Beteiligung 49% BP, 51% Mobil, operativ von Mobil geführt). Die Joint Ventures, in denen strategisch wichtige Entscheide partnerschaftlich zu treffen waren, wurden in den einzelnen Ländern von den jeweiligen BP- bzw. Mobil Oil-Gesellschaften geführt. Im Herbst 1999 haben die EU-Wettbewerbsbehörden dem Zusammenschluss Exxon/Mobil unter der Auflage zugestimmt, dass die Joint Ventures zwischen BP und Mobil aufgelöst werden. Am 31. Dezember 1999 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung zur Auflösung dieser Joint Ventures erhalten. Folgendes ist in der Schweiz vorgesehen:

Fuels Joint Venture

BP (Switzerland) kauft den 30%igen Anteil, den Mobil Oil (Switzerland) am Joint Venture hält. Das Joint Venture wird damit aufgelöst und die Geschäftstätigkeiten laufen weiter unter BP (Switzerland). Vorliegend handelt es sich um eine Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 1 VKU.

Lubricants Joint Venture

Das Joint Venture wird aufgelöst, indem BP (Switzerland) und Mobil Oil (Switzerland) im Wesentlichen je ihre Anteile wertmässig wieder zurücknehmen, wobei BP das Geschäft für Kraftfahrzeuge und Mobil Oil das industrielle Geschäft erhält. Dieser Vorgang ist nicht meldepflichtig, weil bisher gehaltene Anteile wieder zu den jeweiligen Muttergesellschaften rückgeführt werden.

Die BP Amoco p.l.c., London, ist wie auch ihre (indirekte) Tochtergesellschaft BP (Switzerland), Zug, im Mineralölgeschäft tätig. Die Mobil Corporation, Fairfax (USA), und ihre (indirekte) Tochtergesellschaft Mobil Oil (Switzerland), Zug, gehören zur Exxon/Mobil-Gruppe. Auch sie sind im Mineralölgeschäft tätig.

Es bestehen keine betroffenen Märkte i.S.v. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, die von der Beendigung des Fuels Joint Ventures

berührt würden. Es kommt auch zu keinen Marktanteilsadditionen, weil BP (Switzerland) im Bereich des Brenn- und Treibstoffgeschäftes nicht ausserhalb des Fuels Joint Ventures tätig war. Zudem gibt Mobil Oil (Switzerland) bei der beabsichtigten Beendigung des Joint Ventures ihre bisher ausgeübten Tätigkeiten auf dem Markt für Brenn- und Treibstoff auf und BP (Switzerland) führt ihre Tätigkeiten nunmehr allein aus. Es bestehen somit gleich viele Marktteilnehmer wie vorher.

Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass die Auflösung des Joint Ventures und die damit verbundene Kontrollübernahme eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

| | |
|-------|--|
| B 2.3 | 11. Opération de concentration Gétaz Romang / Miauton |
|-------|--|

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

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

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

A. En fait

A.1 Opération de concentration et parties

1. Le 11 novembre 1999, la Commission de la concurrence (ci-après: la Commission) a reçu la notification de l'opération de concentration. Aux termes de cette notification, les groupes Gétaz Romang SA, Vevey (Gétaz Romang) et Miauton Holding SA, Montreux (Miauton), tous deux actifs dans la branche de la construction, projetaient de fusionner.

2. Avec 27 centres de distribution principalement en Romandie mais aussi en Suisse alémanique, Gétaz Romang est actif dans la distribution de matériaux de construction, de bois, de salles de bains, de carrelages en pierre et marbre et d'agencement de cuisines. Le groupe se compose des entreprises suivantes:

- SABEZ Sanitär-Bedarf AG, Volketswil
- Sanitär Material AG, Lucerne
- Rapin Matériaux SA, Payerne
- Glasson Matériaux SA, Bulle
- Vallon SA, Vevey
- Société financière de promotion et participation immobilière SA, Vevey
- SI Grand Air, Genève
- Bois et Matériaux de Construction SA, Carouge

- Matco, Matériaux de Construction SA, Sion
 - Décrind SA, Gruyères
3. Miauton est leader en Suisse romande dans la distribution des produits sidérurgiques destinés à l'industrie, l'artisanat ainsi qu'à la construction. Miauton contrôle les entreprises suivantes:
- Miauton SA, Montreux, qui contrôle à son tour les entreprises suivantes:
 - Kimmerlé Armatures SA, Carouge
 - Acitec SA (France), Pont St. Maxence , (en liquidation)
 - Acitec Rhône Alpes SA, Aime
 - Kimmerle Arthaud SA, Carouge
 - J.&A. Glasson Bulle SA, Bulle
 - Acitec SA, Genève
 - Snickers original SA, Lausanne
4. Les activités concrètes de Gétaz Romang et de Miauton peuvent être reprises du point B.2.1.a portant sur les marchés de produits pertinents.

B. En droit

B.1 Champ d'application

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

B.1.1.a Entreprises

6. Sont considérées comme entreprises toutes les entités indépendantes qui interviennent au niveau de l'offre ou de la demande dans le cadre de leur activité économique. Les partenaires à la fusion sont des entreprises au sens de la définition précitée.

B.1.1.b Opération de concentration

7. L'opération de concentration consiste en une augmentation du capital-action de Gétaz Romang SA par l'apport en nature des actions de Miauton Holding SA. Il s'agit d'une concentration au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre a LCart.

B.1.2 Obligation de notifier

8. Le chiffre d'affaires de Gétaz Romang pour l'exercice 1998 se monte à CHF 398 millions, celui de Miauton à CHF 119 millions. Le

chiffre d'affaires cumulé des partenaires à la concentration s'élève ainsi à CHF 517 millions.

9. Les valeurs seuils des chiffres d'affaires de l'article 9 alinéa 1 lettres a et b LCart étant atteintes, il y a obligation de notifier.

B.2 Appréciation de l'opération de concentration

B.2.1 Marchés pertinents

10. L'appréciation de l'opération de concentration nécessite une délimitation préalable des marchés de produits et géographiques pertinents.

B.2.1.a Marchés de produits pertinents

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

12. Les parties ont délimité les marchés de produits pertinents suivants:

- **"Matériaux de construction"**

Ce marché comprend les matériaux de construction tels que le ciment, le béton, les crépis, briques, tuiles, coffrages, panneaux, isolations, etc. Ceux-ci se trouvent en règle générale chez tous les vendeurs de matériaux de construction.

- **"Bois"**

Ce marché comprend les produits en bois de divers types et à divers stades de confection (p. ex: bois massif, bois travaillé, panneaux, portes, parquets, etc.).

- **"Salles de bains"**

Ce marché comprend les installations de salles de bains de toutes sortes (p. ex: baignoires, lavabos, installations de WC, robinetterie, armoires de toilette, douches, accessoires, etc.).

- **"Carrelage, pierre et marbre"**

Ce marché comprend les carrelages de toutes sortes pour salles de bains, cuisines, terrasses, etc.

- **"Cuisines"**

Ce marché comprend les meubles de cuisine et les appareils électroménagers (p. ex: fours, cuisinières, réfrigérateurs, etc.).

- **"Tuyauterie sanitaire"**

Ce marché comprend les produits tuyauterie, accessoires, systèmes, écoulement; il s'agit des amenées, distribution et évacuation d'eau

"derrière le mur" ou dans des locaux techniques à l'intérieur des bâtiments.

- **"Aciers"**

Ce marché comprend divers produits longs, produits plats, profils et aciers spéciaux (excepté les aciers d'armature).

- **"Aciers d'armature"**

Ce marché comprend les aciers d'armature de toutes sortes (p. ex: façonnage, treillis et accessoires, etc.).

- **"Pression"**

Ce marché comprend, contrairement au marché de la tuyauterie sanitaire, la tuyauterie (adduction d'eau) en fonte ou en plastique à l'extérieur des bâtiments.

- **"Ferblanterie"**

Ce marché comprend les produits utilisés dans les ferblanteries comme les métaux livrés en bobines ou en feuilles, les semi-fabriqués (p. ex: chéneaux, tuyaux, etc.).

- **"Candélabres"**

Ce marché comprend les candélabres et les mâts servant à l'éclairage public, les installations sportives (stades) ou pour les télécommunications.

- **"Outillage, visserie, ferrements"**

Ce marché comprend l'outillage (outillage conventionnel, matériaux de fixation), du matériel de fixation et divers produits sidérurgiques (p. ex: serrures, poignées de portes, charnières, etc.).

13. Bien que les produits compris dans les marchés de produits ne soient pas substituables du point de vue des partenaires potentiels de l'échange au sens de l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE, les marchés peuvent être délimités ainsi pour les raisons suivantes (cf. également la concentration Migros / Globus dans DPC 1997/3, p. 366ss).

- Les partenaires potentiels de l'échange se composent principalement de différents corps de métiers de l'industrie du bâtiment, sauf dans le cas de l'agencement de cuisines et d'appareils électro-ménagers où les clients privés sont majoritaires. Une petite partie de la demande est chaque fois formée de revendeurs.

Pour tous ces acheteurs, il est important que le vendeur ait un assortiment plus ou moins complet pour limiter les coûts de transactions. C'est pourquoi les divers assortiments peuvent être considérés comme substituables du point de vue des partenaires potentiels de l'échange selon l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE (concept d'assortiment). Les différents produits peuvent être inclus

dans des catégories ou groupes de biens plus larges, qui constituent alors les marchés de produits pertinents.

- Les concurrents sont en mesure de proposer tous les produits correspondants aux marchés de produits pertinents décrits et d'adapter ou d'étendre rapidement leur assortiment en fonction des besoins. On peut donc partir du principe qu'il y a une flexibilité du côté de l'offre qui renforce la délimitation du marché adoptée.
- Les investigations du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) ont démontré, que les concurrents interrogés ainsi que les partenaires potentiels de l'échange jugent la délimitation du marché de produits proposée correcte.

B.2.1.b Marchés géographiques pertinents

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

15. La Commission considère que les marchés de produits, sauf les candélabres, peuvent géographiquement être délimités en Romandie pour les raisons suivantes:

- Les deux groupes sont principalement établis en Suisse romande: Miauton a des centres de distribution exclusivement en Romandie et réalise seulement 4% de son chiffre d'affaires en Suisse alémanique et dans la Suisse italienne. Gétaz Romang est aussi principalement présent en Romandie, où il réalise environ 80% de son chiffre d'affaires.

Les partenaires potentiels de l'échange se fournissent en biens et produits sur le marché régional à cause des coûts de transport. Cependant, la proximité du distributeur n'est pas essentielle car à cause du poids et du caractère encombrant des biens concernés, le critère déterminant est l'entreposage plutôt que le temps de transport. Ainsi, une délimitation plus étroite du marché (que le marché romand) n'est pas appropriée. De plus, la barrière des langues va dans le sens de la délimitation.

- Les concurrents et clients de Gétaz Romang et de Miauton interrogés jugent la délimitation régionale du marché correcte.

16. Le marché de produits "Candélabres" s'étend par contre à l'ensemble de la Suisse. En effet, Miauton livre ses clients dans toute la Suisse vu les coûts de transport relativement bas (par rapport au prix final). Cette délimitation géographique a été approuvée par les partenaires potentiels de l'échange.

B.2.2 Position prévisible sur les marchés affectés

17. Aux termes de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE, seuls les marchés de produits et géographiques dans lesquels la part de marché totale en Suisse est de 20% ou plus, ou la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus, seront soumis à une analyse approfondie (on parle alors de "marchés affectés par la concentration"). Lorsque ces seuils ne sont pas atteints, la concentration ne pose en principe pas de problème du point de vue du droit de la concurrence. En règle générale, un examen approfondi n'est alors pas nécessaire.

18. Le tableau suivant fait état des parts de marché estimées des partenaires à la concentration dans les marchés de produits et géographiques pertinents tels que délimités ci-dessus et des parts de marché cumulées dans toute la Suisse durant l'exercice 1998.

Tableau 1: parts de marché estimées des partenaires à la concentration

| Marchés de produits | Parts de marché de Gétaz Romang | Parts de marché de Miauton | Parts de marché cumulées en Romandie | Parts de marché cumulées dans toute la Suisse |
|-----------------------------|---------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|---|
| Matériaux de construction | < 35% | < 5% | < 40% | [...] ¹⁾ |
| Bois | [...] ¹⁾ | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |
| Cuisines | [...] ¹⁾ | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |
| Carrelage, pierre et marbre | < 50% | - ²⁾ | < 50% | [...] ¹⁾ |
| Salles de bains | < 50% | - ²⁾ | < 50% | [...] ¹⁾ |
| Tuyauterie sanitaire | - ²⁾ | < 35% | < 35% | [...] ¹⁾ |
| Aciers | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |
| Aciers d'armature | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |

¹⁾ Secrets d'affaires

²⁾ Pas d'activité sur ce marché

| Marchés de produits | Parts de marché de Gétaz Romang | Parts de marché de Miauton | Parts de marché cumulées en Romandie | Parts de marché cumulées dans toute la Suisse |
|---------------------|---------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|---|
| Pression | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| Ferblanterie | - ²⁾ | < 40% | < 40% | [...] ¹⁾ |
| Candélabres | - ²⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | < 60% |
| Outillage, visserie, ferrements | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ | [...] ¹⁾ |

¹⁾ Secrets d'affaires

²⁾ Pas d'activité sur ce marché

19. Les marchés suivants sont ainsi affectés par la concentration: "Matériaux de construction", "Carrelage, pierre et marbre", "Salles de bains", "Tuyauterie sanitaire", "Ferblanterie" et "Candélabres".

20. Selon les informations des partenaires à la concentration, le marché de produits "Pression" n'est pas affecté. Un concurrent a cependant affirmé à ce sujet:

"[...] la concentration Gétaz Romang-Miauton pourra conduire à une position dominante dans le domaine de la tuyauterie en plastique (adduction d'eau) à l'extérieur des bâtiments. En effet, l'assortiment des deux entreprises est très largement identique et la fusion en cours élimine donc un concurrent sur le marché".

21. Gétaz Romang et Miauton ont, relativement à cette affirmation et à la substituabilité de la tuyauterie en fonte et en plastique, pris position dans un courrier du 26 novembre 1999 comme suit:

"[...] Miauton SA confirme sa part de marché romand de 5 à 10%. Gétaz Romang SA confirme quant à elle ne pas être active sur le marché "Pression" (sauf ventes anecdotiques, en tout cas moins de 1% du marché romand)."

"Du point de vue technique, la fonte est toujours substituable au plastique. Toutefois, du point de vue des prix, le plastique est généralement plus économique."

22. Même si l'on admettait que la tuyauterie en plastique (PVC) n'est pas substituable à la tuyauterie en fonte, les investigations du secrétariat ont révélé que d'autres concurrents proposent de la tuyauterie en plastique. Aucun autre concurrent ou client ne soulève de problème sous l'angle de la concurrence. Par conséquent, le secrétariat n'a pas entrepris d'autres investigations sur ce marché.

B.2.2.a Remarques générales

23. Le tableau 1 sous le point B.2.2 démontre que seuls les marchés "Matériaux de construction" et "Outillage, visserie, ferrements" connaissent de petites additions de parts de marché. Sur tous les autres marchés, les activités des deux groupes sont complémentaires.

24. Sur la base de la flexibilité de l'offre déjà évoquée, on peut admettre que Gétaz Romang et Miauton seraient des concurrents potentiels sans la concentration, c'est-à-dire que les deux entreprises pourraient adapter ou étendre leur offre rapidement à d'autres marchés en fonction des besoins

25. Comme Gétaz Romang et Miauton ont des positions relativement fortes sur différents marchés (cf. tableau 1 ci-dessus), le secrétariat s'est informé auprès de 18 concurrents et de 46 clients (tous choisis au hasard parmi la clientèle des partenaires à la concentration) pour que ces derniers prennent position sur les effets de l'opération de concentration projetée sur la concurrence.

26. La Commission pense que les concurrents et les partenaires potentiels de l'échange ont tout intérêt à communiquer l'existence d'indices permettant de conclure à la création ou au renforcement d'une position dominante suite à la concentration. En effet, ils subiraient directement les conséquences négatives de la création ou du renforcement d'une telle position dominante.

27. Si un accord sur les prix au sens de l'article 5 LCart entre concurrents devait exister, il est probable que les entreprises concurrentes parties à un tel accord chercheraient à cacher l'existence de restrictions à la concurrence. En revanche, il n'en va pas de même des partenaires potentiels de l'échange. Ainsi, un acheteur de produits sanitaires a dénoncé la tenue d'assemblées annuelles entre grossistes de la branche sanitaire pour fixer conjointement les prix et conditions de vente. Qu'un accord en matière de concurrence existe ou non ne change rien au présent examen; si tel devait être le cas, il faudrait de toute manière apprécier et clarifier l'état de fait indépendamment de cette concentration.

28. Les investigations du secrétariat ont révélé que les partenaires à la concentration restent et resteront soumis dans tous les marchés affectés à une concurrence actuelle efficace.

29. En outre, il faut considérer les entreprises du reste de la Suisse comme des concurrents potentiels sur tous les marchés, car elles ont le savoir-faire nécessaire et accès à un marché d'approvisionnement leur permettant de s'implanter en Romandie par le biais de filiales. De plus, les investigations du secrétariat ont révélé que les divers concurrents disposent d'un réseau de distribution en Romandie leur permettant, au sens d'une flexibilité de l'offre, d'étendre leurs activités à d'autres marchés pertinents de produits

30. Enfin, notons que les petits clients et les clients privés en particulier peuvent se fournir en produits de construction auprès des grands distributeurs (p.ex. Do it, Jumbo, Migros et Coop; cf. Concentration Migros / Globus, DPC 1997/3).

B.2.2.b Marchés affectés

31. Les remarques suivantes se limitent aux investigations du secrétariat auprès des principaux concurrents actuels de même qu'auprès de clients de Gétaz Romang et Miauton.

32. Vu la concurrence actuelle, nous ne développerons pas l'aspect de la concurrence potentielle sur les divers marchés affectés. Bien entendu, les développements sous le point B.2.2.a restent valables.

I. Matériaux de construction

33. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché correspondantes sont Gétaz Romang / Miauton, HG Commerciale (Zürich), Jérôme Ch. & Cie (Genève), A. Michel SA (Villars-sur-Glâne), Dubath C. SA (Yverdon).

34. Aucun de ces concurrents ne prévoit de conséquences problématiques sous l'angle du droit de la concurrence suite à la concentration projetée.

35. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de:

| | |
|----------------|-----------|
| clients privés | 3% / 1% |
| professionnels | 91% / 97% |
| revendeurs | 6% / 2% |

36. Les neuf acheteurs interrogés à propos de l'opération de concentration considèrent également que la réalisation de la concentration n'entraînera pas de conséquences négatives sur la concurrence.

37. L'examen préalable n'a ainsi pas révélé d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

II. Carrelage, pierre et marbre

38. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché sont Gétaz Romang, Sabag Tavelli (Nyon), HG Commerciale (Zürich), A. Michel SA (Villars-sur-Glâne).

39. Bien que Gétaz Romang, avec < 50% des parts de marché, dispose d'une position relativement forte, aucun de ces concurrents ne prévoit de conséquences problématiques sous l'angle de la concurrence suite à la concentration. L'offre sur ce marché était très fortement atomisée: il y a en tout 78 points de vente en Romandie; Gétaz Romang en a 12.

40. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de:

| | |
|----------------|-----|
| clients privés | 17% |
| professionnels | 80% |
| revendeurs | 3% |

41. Les huit acheteurs interrogés à propos de l'opération de concentration considèrent que la réalisation de la concentration n'entraînera pas de conséquences négatives sur la concurrence.

42. L'examen préalable n'a ainsi pas révélé d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

III. Salles de bains

43. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché sont Gétaz Romang, Sanitas Troesch (Bern), Sabag Tavelli (Nyon).

44. Aucun de ces concurrents ne prévoit de conséquences problématiques sous l'angle du droit de la concurrence suite à la concentration. Sur un total de quarante points de vente en Romandie, Gétaz Romang en a dix.

45. Il faut également mentionner la fusion des concurrents Tavelli Noverraz et Sabag. La nouvelle entité Sabag Tavelli SA a son siège à Nyon avec des filiales à Genève, Lausanne, Neuchâtel et en Valais. Sabag Tavelli SA est active non seulement sur le marché "Salle de bains" mais aussi sur d'autres marchés (p. ex. "Carrelages, pierre et marbre", "Cuisines", "Ferblanterie" etc.).

46. En outre, d'après l'Union Suisse des Grossistes de la Branche Sanitaire (ci-après: USGBS), les groupes Gétaz Romang, Jura-Holding (participation majoritaire au groupe Sanico Wunderli) et Sabag étaient, en avril 1999, les membres les plus importants de l'association. Sanitas Troesch, qui n'est pas membre de l'USGBS, aurait environ 30% des parts de tout le marché suisse. D'après les données de l'USGBS, le chiffre d'affaires de la branche sanitaire, depuis plusieurs années déjà, a fortement augmenté non seulement par le biais des commerces sanitaires spécialisés mais aussi par celui d'autres canaux de distribution comme les marchés de la construction et les grands distributeurs. La prise en compte de ces agents économiques entraîne une baisse des parts de marché estimées des commerces sanitaires.

47. Selon un courrier du 27 octobre 1999 de l'USGBS à ses membres, un questionnaire concernant le commerce sanitaire a révélé les aspects suivants (valables pour toute la Suisse): "Nous avons alors constaté que le nombre de points de vente externes au canal sanitaire spécialisé s'est une fois encore accru. Nous vous en donnons ci-après un tableau comparatif":

| | 1997 | 1999 |
|---|------------|------------|
| - Commerces sanitaires spécialisés (sans membres USGBS et Sanitas Troesch) | 76 | 96 |
| - Bâti-centres | 87 | 130 |
| - Cuisines et salles de bains (y compris menuisiers) | 118 | 191 |
| - Autres | 29 | 32 |
| TOTAL | 310 | 449 |

48. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de:

| | |
|----------------|-----|
| clients privés | 17% |
| professionnels | 80% |
| revendeurs | 3% |

49. Les treize acheteurs interrogés à propos de la concentration, excepté l'un d'entre eux (cf. chiffre 28), considèrent que la réalisation de la concentration n'entraînera pas de conséquences négatives sur la concurrence.

50. L'examen préalable a révélé l'existence d'une concurrence actuelle et potentielle sur ce marché, malgré la structure oligopolistique de celui-ci; il n'y a ainsi pas d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

IV. Tuyauterie sanitaire

51. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché sont Miauton, Debrunner-Acifer (St. Gallen), Sabag Tavelli (Nyon), Veuthey & Cie (Martigny).

52. Aucun de ces concurrents ne prévoit de conséquences problématiques sous l'angle du droit de la concurrence suite à la concentration.

53. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de la manière suivante:

| | |
|----------------|------|
| clients privés | 0,3% |
| professionnels | 82% |
| revendeurs | 18% |

54. Sur la base de la concurrence actuelle et comme les parts de marché estimées de Miauton s'élèvent à < 35%, le secrétariat n'a pas demandé aux partenaires potentiels de l'échange de prendre position sur cette concentration.

55. L'examen préalable n'a ainsi pas révélé d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

V. Ferblanterie

56. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché sont Miauton, Sabag Tavelli (Nyon), Debrunner-Acifer (St. Gallen), Gabs (Tägerwilen).

57. Aucun de ces concurrents ne prévoit de conséquences problématiques sous l'angle du droit de la concurrence suite à la concentration.

58. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de la manière suivante:

| | |
|----------------|------|
| clients privés | 0,5% |
| professionnels | 88% |
| revendeurs | 11% |

59. Comme Miauton a une position sur le marché relativement forte (< 40% des parts de marché), le secrétariat a demandé aux partenaires potentiels de l'échange de prendre position sur l'opération de concentration. Les six acheteurs interrogés considèrent que la réalisation de la concentration n'entraînera pas de conséquences négatives sur la concurrence.

60. L'examen préalable n'a ainsi pas révélé d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

VI. Candélabres

61. Les concurrents les plus importants et les estimations de leurs parts de marché sont Miauton (en tant que distributeur des produits de Petitjean, France), Conimast (Saint Florentin, France), Valmont Sermeto (Chameil, France), Tecnopali SPA (Parma, Italie).

62. Comme ces concurrents se trouvent tous à l'étranger, le secrétariat n'a pu s'informer auprès de ces derniers durant le délai d'un mois imparti pour l'enquête préalable pour des raisons administratives.

63. Les partenaires potentiels de l'échange de Gétaz Romang / Miauton se composent de la manière suivante:

| | |
|--|--------|
| - "fabricants transformateurs de produits bruts qui réalisent des opérations de galvanisation et de transformation (mise aux normes du marché Suisse)" | 30% |
| - "collectivités locales, services industriels et entreprises électriques" | 40-50% |
| - revendeurs | 20% |

64. Comme les concurrents n'ont pu prendre position, le secrétariat a demandé aux partenaires potentiels de l'échange de prendre position à propos de la concentration. Il découle des informations fournies par les

dix acheteurs interrogés que Miauton a une position relativement forte sur ce marché mais que d'autres concurrents sont présents sur le marché et que l'opération de concentration n'entraînera pas de conséquences négatives sur la concurrence.

65. Cette clientèle étant totalement différente de celle des autres marchés décrits, la concentration ne créera pas d'effets de synergie au niveau de l'offre, de telle sorte qu'il n'y aura pas de conséquences négatives sur la concurrence.

66. L'examen préalable n'a ainsi pas révélé d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante.

C. Conclusions

67. Pour les raisons mentionnées dans ce rapport, l'examen préalable n'a pas révélé d'indices que la concentration projetée créera ou renforcera une position dominante. Les conditions nécessaires à l'introduction d'une enquête au sens de l'article 10 LCart ne sont ainsi pas remplies.

| | |
|-------|---|
| B 2.3 | 12. Zusammenschlussvorhaben Aerospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas; Zusammenfassung der Beschlussbegründung |
|-------|---|

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

1. Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 1. März 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige erleichterte Meldung zum oben genannten Zusammenschlussvorhaben erhalten.

2. Die drei Unternehmen Lagardère S.C.A., Paris, Frankreich (Lagardère), DaimlerChrysler AG, Stuttgart, Deutschland (DaimlerChrysler), und Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, Madrid, Spanien (SEPI), beabsichtigen, die über ihre nachfolgend genannten Tochtergesellschaften ausgeübten Aktivitäten in den Bereichen Luftfahrt, Raumfahrt und Rüstung zusammenzuführen:

- Aérospatiale-Matra S.A., Paris, Frankreich (AM); kontrolliert durch Lagardère und den französischen Staat;
- DaimlerChrysler Aerospace AG, München, Deutschland (DASA); kontrolliert durch DaimlerChrysler;
- Construcciones Aeronáuticas S.A., Madrid, Spanien (CASA); kontrolliert durch SEPI.

3. Beim gemeldeten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG i.V.m. Artikel 2 Absatz 2 VKU. Das neu gegründete Unternehmen mit dem Namen European Aeronautics, Defense & Space Company N.V. (EADS), wird den Sitz in Amsterdam, Holland, haben.

4. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Herstellung, Verkauf, Unterhalt und Wartung grosser ziviler Passagier-, Geschäfts-, Regional- und Kleinflugzeuge, Frachtflugzeug-Umbau und zivile Überprüfungs-systeme;
- Telekommunikationsausrüstungen und -systeme;
- zivile und militärische Helikopter;
- Raumfahrzeuge und Weltrauminfrastruktur;
- Raketen und unbemannte Flugkörper;
- Militärflugzeuge und
- Rüstungselektronik.

2. Erwägungen zu den betroffenen Märkten

5. Im Folgenden werden die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU genannt. Diese Märkte zeichnen sich ausnahmslos dadurch aus, dass sie von mindestens europäischer bis weltweiter Ausdehnung sind. Des Weiteren sind die Märkte in der Schweiz durch eine geringe Anzahl an Nachfragern und abgesetzten Einheiten charakterisiert.

6. **Zivile Grossflugzeuge** (über 100 Sitzplätze pro Flugzeug):

- Die Tätigkeiten von AM, DASA und CASA im Bereich der Herstellung und des Verkaufs grosser Flugzeuge für kommerzielle Zwecke sind bereits heute in Airbus Industries GIE (Airbus) integriert; das Zusammenschlussvorhaben führt somit zu keiner Änderung der Kontrollverhältnisse an Airbus bzw. des Wettbewerbs zwischen Airbus und Boeing / McDonnell Douglas.
 - Einzige Abnehmerinnen für Flugzeuge dieser Grössenordnung in der Schweiz sind die für den Flugbetrieb verantwortlichen Tochtergesellschaften der Sair Group bzw. die ebenfalls zur SAir Group gehörende Flightlease AG. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Swissair zu Beginn der neunziger Jahre damit begonnen hat, ihre Flotte aus Kostengründen zu vereinheitlichen und vollständig auf Airbus-Flugzeuge umzustellen. Dies erklärt, weshalb Airbus seit einigen Jahren in der Schweiz einen Marktanteil von fast 100% erreicht.
-

7. **Geschäftsflugzeuge:**

- Auf dem Markt für Geschäftsflugzeuge ist AM über ihre Beteiligung an Dassault Aviation (Dassault) aktiv. Dassault stellt Geschäftsflugzeuge kleinerer und mittlerer Grösse her. DASA und CASA sind in diesem Markt nicht tätig; das Zusammenschluss-vorhaben führt somit zu keiner Marktanteilsaddition.
- Dassault ist und bleibt wirksamer aktueller Konkurrenz ausgesetzt. Die wichtigsten Konkurrenten sind: Bombardier, Cessna und Gulfstream. Die Marktanteile dieser Anbieter unterlagen in den letzten drei Jahren grossen Schwankungen.

8. **Frachtflugzeug-Umbauten** (Umbau von Passagierflugzeugen zu Frachtflugzeugen):

- DASA ist in diesem Markt über die Tochtergesellschaft Elbe Flugzeugwerke GmbH (EFW) und AM über Sogerma tätig. Diese bieten sogenannte Umbaukits für Airbus A300-B4 und A310-200 an. Weitere Kits sind in Vorbereitung.
- Der Markt ist relativ neu und es werden enorme Zuwachsraten erwartet (Begründung: tiefere Kosten als Kauf in Frachtversion; einfachere Zulassungsbedingungen der Luftfahrtbehörden). Der Markt zeichnet sich dadurch aus, dass weltweit immer mehr spezialisierte Unternehmen Umbau-Kits anbieten.
- Der weltweite Marktanteil von EADS beträgt weniger als 10%. In der EU ist der Markt von Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen.

9. **Helikopter:**

- In sachlicher Hinsicht sind zivile und militärische Helikopter als verschiedene relevante Märkte zu betrachten.
 - AM und Messerschmitt-Bölkov-Blohm, eine Tochtergesellschaft von DASA bzw. DaimlerChrysler, sind bereits über das Gemeinschaftsunternehmen Eurocopter im Bereich zivile und militärische Helikopter tätig. Der Zusammenschluss hat somit keinen Kontrollwechsel in Bezug auf Eurocopter zur Folge. CASA stellt lediglich einzelne Komponenten für Helikopter her und ist ebenfalls, insbesondere für die spanische Regierung, im Bereich Unterhalt und Wartung tätig. Der Zusammenschluss zeitigt somit nur geringe Auswirkungen auf den Märkten für zivile und militärische Helikopter.
 - Die wichtigsten Abnehmer von zivilen Helikoptern sind Helikoptertransport-Unternehmen sowie die Rettungsflugwacht. Einziger Nachfrager nach militärischen Helikoptern in der Schweiz ist das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS).
 - Eurocopter ist und bleibt wirksamer aktueller Konkurrenz ausgesetzt. Die wichtigsten Konkurrenten von Eurocopter sind, sowohl für zivile
-

als auch militärische Helikopter: Bell, Sikorsky, Agusta / Westland und Boeing. Die Marktanteile für zivile Helikopter sind grossen Schwankungen unterworfen; der Marktanteil für militärische Helikopter von 100% erklärt sich durch einen Grundsatzentscheid zugunsten eines bestimmten Transporthelikopter-Typs (Super-Puma).

3. Weitere Bemerkungen

10. Die allgemeinen Feststellungen zu den betroffenen Märkten in Ziffer 5 gelten auch für die anderen Geschäftsbereiche der Zusammenschlusspartner: Einerseits sind die räumlich relevanten Märkte viel grösser als die Schweiz, andererseits sind sie durch eine geringe Anzahl von Nachfragern gekennzeichnet, die in der Regel zyklisch beschaffen.

11. So sind die oben genannten Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben teilweise nur zufällig betroffen. Es ist sehr wahrscheinlich, dass unter Berücksichtigung anderer Jahre auch andere/weitere Märkte vom Zusammenschluss betroffen wären gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

12. Vor allem im Rüstungsbereich könnte dies der Fall sein. Da in Zukunft wieder Investitionsentscheide anfallen, hat das Sekretariat verschiedene Auskünfte beim Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) eingeholt. Diese Abklärungen haben ergeben, dass als Folge des Zusammenschlusses keine wettbewerblichen Probleme zu erwarten seien; in den relevanten Märkten stünden nach wie vor verschiedene Anbieter zur Auswahl.

4. Schlussfolgerungen

13. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat für keinen Markt Anhaltspunkte ergeben, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung nach Artikel 10 Absatz 1 KG sind somit nicht gegeben.

| | |
|-------|--------------------|
| B 2.3 | 13. Weitere |
|-------|--------------------|

Actebis Holding GmbH – CHS Electronics Distribution & Service AG und Wyrsh Trading AG

| | |
|-------|--|
| B 2 | 5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni |
| B 2.5 | 1. Interkonnectionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG |

Gutachten gemäss Art. 47 Abs. 1KG und Art. 11 Abs. 3 FMG

Avis selon art. 47 al. 1 LCart et art. 11 al. 3 LTC

Parere secondo art. 47 cpv. 1 LCart e art. 11 cpv. 3 LTC

*Gutachten vom 7. Februar 2000 in Sachen Interkonnectionsverfahren
Commcare AG vs. Swisscom AG betreffend Beurteilung der Marktstel-
lung gemäss Artikel 11 Absatz 3 FMG*

A. Sachverhalt

1. Am 21. September 1998 hat Commcare AG Communications & Networks, Schlieren ("Commcare"), bei der Kommunikationskommission ("ComCom") ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonnection gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (FMG) in Verbindung mit Artikel 43 ff. Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) eingereicht. Gleichzeitig hat Commcare ein Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen mit identischem Inhalt gestellt. Commcare verlangt von Swisscom Interkonnection auf Mietleitungen und auf sogenannten Übertragungsmedien.

2. Swisscom bietet Mietleitungen und Übertragungsmedien kommerziell direkt Endverbrauchern (Retail-Portfolio) sowie Fernmelde-dienstanbieterinnen ("FDA") zwecks Wiederverkaufs an (Wholesale-Portfolio). Für FDA hätte Interkonnection auf Mietleitungen den Vorteil, dass Swisscom die Mietleitungen zu kostenorientierten Preisen anbieten müsste.

3. Commcare realisiert und betreibt Telekommunikationslösungen. Dies umfasst das Engineering, die Planung, die Realisation, den Betrieb sowie die Wartung von Telekommunikationsnetzen im Datenbereich. Ihre Kunden sind in der Regel Unternehmen, die die kommunikations-technische Verbindung ihrer einzelnen Standorte mittels eines Netz-werks sowie dessen Unterhalt nachfragen. Im Wesentlichen geht es um die Sicherstellung des unternehmensinternen Transfers von Daten und Sprache.

4. Commcare verfügt nicht über eine eigene, vollständige Telekom-munikationsnetz-Infrastruktur. Zur Erbringung ihrer Dienstleistungen ist sie somit weitgehend auf Infrastruktur anderer FDA angewiesen.

5. Die Interkonnectionsverhandlungen zwischen Commcare und Swisscom sind gescheitert. Während Commcare Interkonnection auf Mietleitungen schlechthin verlangt, bestreitet Swisscom, dass es Inter-

konnektion auf ein abstraktes Mietleitungsangebot geben könne. Ausserdem ist strittig, ob eine Marktbeherrschung von Swisscom im Bereich der Mietleitungen überhaupt besteht.

6. Die Wettbewerbskommission ("WEKO") wurde im Rahmen des Massnahmenverfahrens am 23. Oktober 1998 durch das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM") gestützt auf Artikel 11 Absatz 3 FMG in Verbindung mit Artikel 45 FDV ein erstes Mal beauftragt zu beurteilen, ob eine Marktbeherrschung von Swisscom vorliegt. Im Gutachten vom 7. Dezember 1998 kommt die WEKO zum vorläufigen Schluss, dass zumindest in jenen Gegenden Indizien für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Markt für Mietleitungen bestehen, in welchen keine alternative Telekommunikationsnetz-Infrastruktur existiert. In Ballungszentren, wo andere FDA teilweise eigene Infrastruktur gebaut haben, kann eine Marktbeherrschung auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Eine abschliessende Beurteilung lässt sich indessen nur im Einzelfall auf der Grundlage von Erhebungen im Markt vornehmen. Sollte das BAKOM im Rahmen eines allfälligen Hauptverfahrens die WEKO zur Frage der Marktbeherrschung nochmals konsultieren, ist diesen Erfordernissen Rechnung zu tragen (Gutachten WEKO, 7. Dezember 1998, Rz. 50).

7. In der Zwischenzeit hat die ComCom mit Verfügung vom 28. Juni 1999 einen Massnahmenentscheid gefällt. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen wurde dabei abgelehnt. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht gestützt (Entscheid Bundesgericht vom 17. Dezember 1999).

8. Da das Gutachten der WEKO vom 7. Dezember 1998 keine abschliessende Beurteilung über die Frage der Marktbeherrschung der Swisscom enthielt, stellt sich diese Frage im Rahmen des Hauptverfahrens erneut. Das BAKOM hat deshalb die WEKO mit Schreiben vom 9. Dezember 1999 aufgefordert, ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom im Bereich der Mietleitungen und Übertragungsmedien zu erstellen.

9. Als Grundlage dieses Gutachtens dienen die vom BAKOM zur Verfügung gestellten Akten aus dem vorliegenden Verfahren (inkl. Akten aus dem Massnahmeverfahren), insbesondere die von Commcare (22. November 1999) und Swisscom (25. November 1999) ausgefüllten Fragebogen "Marktbeherrschende Unternehmen" sowie die bei weiteren Unternehmen zusätzlich eingeholten Informationen (vgl. nächster Abschnitt).

10. Die Angaben von Commcare und Swisscom wurden mittels einer Umfrage bei verschiedenen FDA (Sunrise, DiAx, Colt, MCI Worldcom, AEW Litecom), Kabelfernsehbetreibern und Elektrizitätswerken (Cab- lecom, Télégénève, Romande Energie, Energie Seeland, Telezug, Balcab, Technische Betriebe Wil, Video2000 Neuchâtel, Service d'Electricité de la Ville de Lausanne) ergänzt bzw. verifiziert. Die Fragen betrafen den

Umfang des jeweiligen Mietleitungsangebotes, die räumliche Ausdehnung des Angebotes, die benutzte Infrastruktur (eigene oder zugemietete) und die Substituierbarkeit der eigenen Dienste mit den Mietleitungen von Swisscom. Die Ergebnisse der Umfrage werden unten in Kapitel "Aktueller Wettbewerb" zusammengefasst.

11. Die Frist von vier Wochen für die Stellungnahme der WEKO (gemäss Art. 45 FDV) endete unter Berücksichtigung des Friststillstandes gemäss Artikel 22a des Verwaltungsverfahrensgesetzes am 24. Januar 2000. Es war nicht möglich, die Marktstellung von Swisscom im Mietleitungsmarkt aufgrund der von Swisscom und Commcare ausgefüllten Fragebogen zu beurteilen. Wegen der zusätzlich einzuholenden Informationen bei weiteren Unternehmen konnte die Frist nicht eingehalten werden.

B. Beurteilung

I Marktbeherrschendes Unternehmen

12. 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).

13. Um festzustellen, ob sich Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

I.1 Der relevante Markt

I.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

15. Unter Mietleitung wird gemäss Artikel 1 Buchstabe b. der Verordnung über Fernmeldedienste ("FDV") das "Bereitstellen von Übertragungskapazität im Sinne der ONP-Richtlinie 92/44 EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzuganges bei Mietleitungen" verstanden. Die Richtlinie führt in Artikel 2(2) verdeutlichend aus, dass es sich dabei um "im Zusammenhang mit der Einrichtung, der Entwicklung und dem Betrieb des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellte Telekommunikationseinrichtungen, die transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlusspunkten, jedoch keine Vermittlungsfunktion, die der Benutzer selbst als Bestandteil des Mietleitungsangebots steuern kann (on-demand switching), zur Verfügung stellen", handelt.

16. Mietleitungen sind somit Punkt-zu-Punkt-Verbindungen, welche dem Benutzer in der gewünschten Kapazität proprietär und zur Übertragung von Informationen (Sprache, Daten oder Bilder) zur Verfügung gestellt werden. Mietleitungen werden auf dem bestehenden Telekommunikationsnetz angeboten. Nicht massgebend ist dabei das Übertragungsmedium (z.B. Kupfer- oder Glasfaserleitungen), auf welchem die Mietleitung im Einzelfall geschaltet ist. Dieses ist grundsätzlich vorgegeben durch die zwischen den gewünschten Endpunkten tatsächlich vorhandene Netzinfrastruktur.

17. Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kann neben der Eigenschaft, dass zwei Endpunkte für die Zwecke der Kommunikation miteinander verbunden werden, der Grad der angebotenen Qualität bzw. des Mehrwertes herbeigezogen werden. Diesbezüglich können Mietleitungen und die darauf aufbauenden Mehrwertdienste sowie sogenannte "Übertragungsmedien" abgegrenzt werden. Bei Mietleitungen wird durch den Einsatz von Kommunikationsausrüstungen (wie Verstärker, Multiplexer oder Modems) eine bestimmte Übertragungskapazität dauernd garantiert. Übertragungsmedien unterscheiden sich von den Mietleitungen durch die nicht angebotenen Kontroll- und Überwachungsdienste. Die Übertragungsmedien stellen somit eine rein physische Verbindung zweier Endpunkte dar. Kommunikation wird auf solchen Verbindungen erst durch den Einsatz von Kommunikationsausrüstungen des Nachfragers oder Dritter ermöglicht.

18. Es erweist sich als äusserst komplex, aufgrund der Eigenschaft Qualität bzw. Mehrwert eine Marktabgrenzung vornehmen zu wollen. Die Grenzen zwischen den verschiedenen Diensten sind fließend und aufgrund der nach wie vor rasanten Innovationstätigkeit in der Telekommunikationsbranche entstehen auch immer neue Angebote. Als Beispiel kann die Produktlinie "Direct Link" von Swisscom genannt werden. Technisch zwischen Mietleitungen und reinen Übertragungsmedien angesiedelt, geht es hierbei um proprietäre Übertragungskapazität auf kurzen Strecken, wo Kommunikation auch ohne die Benutzung der Infrastruktur-Plattform (u.a. Kontroll- und Überwachungsdienste) ohne wesentliche Qualitätsverluste möglich ist. Im Gegensatz zu den reinen Übertragungsmedien werden dem Endkunden aber Punkt-zu-Punkt-Verbindungen im Nahbereich nach definierten Bandbreiten zur Verfügung gestellt.

19. Die Angebotsvielfalt ist objektiv determiniert durch die Verbindungsstrecke. Während im Nahbereich alle drei Dienste in Anspruch genommen werden können, kommen im Fernbereich nur Mietleitungen in Frage. In subjektiver Hinsicht sind die qualitativen Anforderungen massgebend. Soll eine bestimmte Qualität und Übertragungskapazität auch im Nahbereich garantiert sein, ist selbst für kurze Verbindungen eine Mietleitung unerlässlich.

20. Aufgrund der technischen Voraussetzungen ergeben sich für den Kunden folgende Auswahlmöglichkeiten in Abhängigkeit von der Verbindungsstrecke sowie der gewünschten garantierten Leistungsmerkmale:

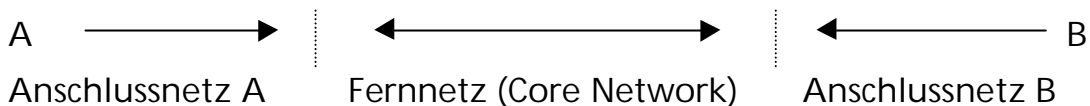
| Distanz | Kapazität / Qualität | Produkt |
|-------------|----------------------|------------------------------|
| Fernbereich | garantiert (immer) | Mietleitung |
| Nahbereich | garantiert | Mietleitung oder Direct Link |
| Nahbereich | nicht garantiert | Übertragungsmedien |

21. FDA, welche bei Swisscom Übertragungskapazität nachfragen und im vorliegenden Gutachten als Marktgegenseite zu betrachten sind, benötigen diese letztlich, um die Kapazität ihren Endkunden weiterzuverkaufen. Weiterverkaufen kann hier sowohl das einfache Zurverfügungstellen der Kapazität als auch das Schliessen von Lücken bei der eigenen Infrastruktur (z.B. zur Ermöglichung eines Internetangebotes) bedeuten. Im Fall der FDA ist die Frage, ob eher Mietleitungen oder Übertragungsmedien nachgefragt werden, schwierig zu beantworten. Es kann davon ausgegangen werden, dass FDA zu einem gewissen Teil selber in der Lage sind, Kontroll- und Überwachungsfunktionen für ihre Kunden zu übernehmen. Demzufolge werden FDA in der Regel neben Mietleitungen auch reine Übertragungsmedien nachfragen.

22. Es ist jedoch nicht möglich, aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes Aussagen zu machen, welche Dienste (Mietleitungen oder reine Übertragungskapazität) die Nachfrageseite exakt wünscht. Es wird davon ausgegangen, dass in Abhängigkeit von zu verbindenden Punkten und vom gewünschten Verwendungszweck auch unterschiedliche Dienste nachgefragt werden.

23. Für die Zwecke des Gutachtens wird somit in der Folge von einem relevanten Markt "Mietleitungen" ausgegangen, welcher sowohl Mietleitungen wie auch reine Übertragungsmedien beinhaltet.

24. Als weitere mögliche Abgrenzung kommt die Unterscheidung zwischen Mietleitungen im Nah- bzw. im Fernbereich in Betracht. Schematisch kann eine Mietleitung zwischen zwei Punkten A und B wie folgt dargestellt werden:



25. Eine Zuordnung von Anschluss- bzw. Fernnetz in verschiedene relevante Märkte kann sich dann rechtfertigen, wenn unterschiedliche Eigenschaften oder Verwendungszwecke vorliegen.

26. Mietleitungen im Anschlussnetz weisen folgende Eigenschaften auf: Mit den Mietleitungen wird die Verbindung zwischen dem Anschluss (in obenstehender Grafik A bzw. B) und dem Fernnetz sicherge-

stellt. Es ist auch denkbar, dass Mietleitungen im Anschlussnetz zwei Anschlüsse innerhalb desselben Anschlussnetzes verbinden. Mietleitungen im Anschlussnetz ermöglichen aber keine Verbindung von zwei verschiedenen Anschlussnetzen. Die Bereitstellung der lokalen Mietleitungskomponenten erfolgt über teilnehmerspezifische Einrichtungen ("eine Leitung für einen Anschluss").

27. Mietleitungen im Fernnetz verbinden verschiedene Anschlussnetze. Sie ermöglichen aber in der Regel nicht die Verbindung von zwei Anschlüssen (in obenstehender Grafik A bzw. B). Dies wäre nur mittels Durchlaufen des Anschlussnetzes möglich. Die Bereitstellung der Fernverbindungen erfolgt über auslastungs- bzw. kapazitätsabhängige Übertragungseinrichtungen, welche von verschiedenen zu transportierenden Informationen (Daten und Sprache) und verschiedenen gleichzeitig geführten Kommunikationen gemeinsam genutzt werden ("eine Leitung für viele Anschlüsse").

28. Mietleitungen im Anschluss- bzw. Fernnetz stellen somit keine Substitute dar. Vielmehr stehen sie in einer komplementären Beziehung. Für eine Mietleitung zwischen zwei Anschlüssen wird in der Regel Netzinfrastruktur in zwei Anschlussnetzen und im Fernnetz benötigt.

29. Diese engere Marktabgrenzung lässt sich im vorliegenden Gutachten dadurch rechtfertigen, dass auf der Marktgegenseite andere FDA stehen. Diese benötigen Mietleitungen häufig nur zur Ergänzung eigener oder andersweitig zugemieteter Infrastruktur. Die FDA sind im Unterschied zu den Telekommunikationsnutzern auch in der Lage, Infrastruktur verschiedener Anbieter miteinander zu verbinden, so dass eine durchgehende Kommunikation möglich wird. Demgegenüber sind Endkunden - als reine Anwender - auf durchgehende Verbindungen aus einer Hand zwischen den gewünschten Anschlüssen A und B angewiesen.

30. Die oben beschriebene Marktabgrenzung wird auch im internationalen Umfeld angewandt.

31. Die engere Marktabgrenzung drängt sich auch aus regulierungstheoretischer Sicht auf. Eine ex-ante Regulierung ist nur in denjenigen Bereichen eines Marktes zulässig, wo ein Unternehmen eine nicht-angreifbare Stellung einnimmt. Dies ist typischerweise der Fall, wenn Grössenvorteile (economies of scale) und irreversible Kosten (sunk cost) vorliegen. Mit einer engen Marktabgrenzung können diese Bottleneck-Bereiche bzw. die Bereiche mit stabiler Marktmacht identifiziert werden. Dies ist von Bedeutung, weil der Fehler "1. Ordnung" - ein Eingriff der Behörden in den Wettbewerbsprozess, obwohl der Wettbewerb funktionsfähig ist und kein staatlicher Handlungsbedarf besteht - auf dynamischen Märkten besonders schwerwiegende Folgen hat. Insbesondere werden sowohl für etablierte wie neue Marktteilnehmer Anreizverzerrungen geschaffen.

32. Im Folgenden soll kurz geprüft werden, ob neben den heute existierenden Telekommunikationsnetzen andere Netze oder neue Technologien vorhanden sind, welche allenfalls als Ersatz für Mietleitungen dienen könnten.

33. Ähnliche Eigenschaften wie Telekommunikationsnetze weisen Kabelfernseh-Netze (CATV-Netze) auf. Hinsichtlich der verfügbaren Bandbreiten sind sie vergleichbar. Bezüglich der Anschlussdichte kann festgestellt werden, dass am Swisscom-Netz praktisch 100% aller Haushalte angeschlossen sind und die CATV-Netze eine Abdeckung von immerhin ca. 85% (vgl. Gutachten zu IC-Verfahren Regio Online – Balcab vom 6. November 1998, Rz. 14) erreichen. Somit sind die beiden Netzinfrastrukturen teilweise vergleichbar.

34. Inwiefern CATV-Netze auch aus technischer Sicht bereits heute eine Alternative zu den Telekommunikationsnetzen darstellen, wird im Kapitel "Marktstellung" beurteilt.

35. Eine weitere Alternativerschliessung im Anschlussnetz ist kurz vor der Markteinführung. Im Frühjahr 2000 werden in der Schweiz Wireless Local Loop ("WLL")-Konzessionen versteigert. Diese Technologie ist bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck vergleichbar mit dem Festnetz. Mietleitungen über WLL können in Zukunft wenigstens teilweise als substituierbare Leistungen betrachtet werden. Welche Wettbewerbswirkungen diese alternative Erschliessung erzielt, wird ebenfalls im Kapitel "Marktstellung" analysiert.

36. Der weiteren Beurteilung werden im vorliegenden Fall sachlich relevante Märkte für Mietleitungen im Anschlussnetz und Mietleitungen im Fernnetz zugrunde gelegt. Dabei spielt es unter Berücksichtigung der genannten Eigenschaften und des Verwendungszweckes keine Rolle, auf welcher technischen Grundlage (bspw. Telekommunikations- oder CATV-Netz) die Mietleitungen angeboten werden.

I.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

38. Im vorliegenden Fall werden die FDA als Marktgegenseite betrachtet. Sie bieten ihren Endkunden gemäss deren Bedürfnissen Mietleitungen zwischen bestimmten Anschlüssen an. Sie fragen aus räumlicher Sicht bei Swisscom Mietleitungen nach, wo sie für ihre Kommunikationsbedürfnisse bzw. diejenigen ihrer Endkunden keine oder zu geringe eigene Infrastruktur bzw. Kapazitäten aufweisen. Da dabei eine Verbindung von A nach B nicht substituierbar ist mit der Verbindung zwischen C und D, könnte theoretisch abgeleitet werden, dass jede Verbindung zweier Anschlüsse einen eigenen räumlichen Markt darstellt. Diese Marktabgrenzung ist aber sicherlich zu eng, wie nachstehende Überlegungen zeigen.

39. Für die räumliche Abgrenzung sind vielmehr die Nachfrage in ihrer Gesamtheit und die Angebots- bzw. Nachfragebedingungen zu berücksichtigen. Die FDA fragen in der ganzen Schweiz Mietleitungen nach. Im vorliegenden Fall ist die Nachfrage von Commcare nach Mietleitungen nicht auf einzelne Regionen begrenzt. Sie verlangt Interkonnektion auf das gesamte Mietleitungsangebot von Swisscom. Die Angebotsbedingungen der Swisscom in der Schweiz sind – u.a. auch aufgrund regionalpolitisch bedingter Ziele des Mehrheitseigentümers – weitgehend homogen.

40. Dies lässt den Schluss zu, dass für die weitere Beurteilung der Marktstellung von Swisscom von einem räumlich relevanten Markt Schweiz ausgegangen werden kann.

41. Die vorstehenden Erwägungen zum räumlich relevanten Markt sind für beide sachlich relevanten Märkte im Anschluss- und im Fernnetz gültig.

I.2 Marktstellung

I.2.1 Aktueller Wettbewerb

42. Der Telekommunikationsmarkt ist seit dem 1. Januar 1998 vollständig liberalisiert. Im vorliegenden Gutachten ist insbesondere von Bedeutung, dass alle konzessionierten Unternehmen berechtigt sind, eine eigene Netzinfrastruktur zu bauen und zu betreiben. Auf diesen Netzen können u.a. Mietleitungen angeboten werden.

43. Im Gutachten der Weko vom 7. Dezember 1998 wurde der aktuelle Wettbewerb zusammengefasst wie folgt charakterisiert: Neben Swisscom mit einem flächendeckenden Angebot sind verschiedene FDA in der Lage, zwischen einigen Ballungszentren eigene Mietleitungen anzubieten. Im Local Loop ist jedoch mit Ausnahme von einzelnen Gebieten in grossen Städten keine alternative Infrastruktur vorhanden. Die FDA sind gezwungen, Lücken der eigenen Infrastruktur mit Hilfe des Swisscom Wholesale-Angebots zu schliessen.

44. Die Situation hat sich im Verlaufe des letzten Jahres teilweise verändert. Swisscom ist aufgrund ihrer flächendeckenden Erschliessung der Schweiz nach wie vor in der Lage, jede beliebige Punkt-zu-Punkt-Verbindung mittels Mietleitung anzubieten. Verschiedene FDA haben weitere Netzerschliessungen im Fern- und Lokalbereich vorgenommen. Daneben war insbesondere zu beobachten, dass einige Kabelfernsehanbieterinnen ihre Netze aufgerüstet haben und mittlerweile Internet-Zugangsdienste anbieten.

45. Zur Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs werden i.d.R. Marktanteile als Indikatoren betrachtet. Nach wie vor ist es jedoch praktisch nicht möglich, diese Marktanteile im Mietleitungsmarkt zu eruieren. Ein Eruieren würde den zeitlich begrenzten Rahmen dieses Gutachtens sprengen. Die Kenntnis der genauen Marktanteile ist allerdings für die

Erstellung des Gutachtens auch nicht notwendig. Unabhängig vom Vorliegen der Marktanteilsdaten ist davon auszugehen, dass Swisscom noch immer mit Abstand die grösste Anbieterin von Mietleitungen sowohl im Geschäft mit Endkunden als auch mit FDA ist. Prinzipiell könnten auch Hilfsindikatoren wie die Anzahl der verfügbaren Mietleitungsendpunkte zur Analyse der Marktstellung eingesetzt werden. Diese Daten sind in der Schweiz ebenfalls nicht verfügbar. Doch auch hier kann zumindest festgestellt werden, dass Swisscom als einzige Anbieterin die Möglichkeit hat, alle in der Schweiz vorhandenen Anschlüsse mittels Mietleitung zu erreichen.

46. Für die im Verlaufe des letzten Jahres stattgefundenene Entwicklung des Mietleitungsmarktes in Richtung wirksameren Wettbewerb sprechen die von Swisscom durchgeführten Preissenkungen.

47. Aufschluss über die aktuelle Konkurrenz geben einerseits die Eingaben von Swisscom (insbesondere die beigelegte Umfrage zum Mietleitungsmarkt) und Commcare. Andererseits wurde wie erwähnt eine Umfrage unter einigen FDA und Kabelfernsehbetreiberinnen durchgeführt (vgl. Rz. 10). Die Ergebnisse der beiden Umfragen decken sich weitgehend. Bei den Mietleistungsangeboten der CATV-Betreiber ergeben sich teilweise Differenzen, was u.U. auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass die Umfrage der Swisscom den Blickwinkel Mietleistungsangebote für Endkunden hatte, währenddem bei der Umfrage des BAKOM die FDA als Marktgegenseite im Zentrum standen.

48. Die Umfrage des BAKOM ergab zusammengefasst folgende Ergebnisse (zum Vergleich wird auch das Angebot von Swisscom angeführt):

| Unternehmen | Angebot von Mietleitungen (basierend auf eigener Infrastruktur) im Anschlussbereich | Angebot von Mietleitungen (basierend auf eigener Infrastruktur) im Fernbereich |
|--------------------|--|---|
| FDA | | |
| Swisscom | Ja, flächendeckend | Ja, flächendeckend |

| Unternehmen | Angebot von Mietleitungen (basierend auf eigener Infrastruktur) im Anschlussbereich | Angebot von Mietleitungen (basierend auf eigener Infrastruktur) im Fernbereich |
|--------------------|---|---|
| Sunrise | Anschlusspunkte in ca. 20 Städten, Anschlüsse in der Nähe dieser Anschlusspunkte werden selber garantiert, restliche Anschlussleitungen jedoch in aller Regel via Swisscom (vereinzelt Colt, Thermelec in Genf, Ubatel in Lausanne) sichergestellt. | Ja, nicht flächendeckend |
| DiAx | Anschlusspunkte in verschiedenen Städten und Regionen, Anschlüsse in der Nähe dieser Anschlusspunkte werden selber garantiert, restliche Anschlussleitungen jedoch via Swisscom, Colt, Litecom, Thermelec sichergestellt | Ja, nicht flächendeckend |
| Colt | Ja, in Zürich und Genf besteht eigene Infrastruktur. Jedoch können nur diejenigen Anschlüsse/Kunden bedient werden, welche in der Nähe der verlegten City-Ringnetze liegen. | Nein |
| MCI Worldcom | Ja, in Zürich und Genf. Allerdings müssen Mietleitungen zugemietet werden, wenn der Kundenstandort nicht mit der Linienführung der eigenen Glasfaserringe zusammenfällt. | Ja, Verbindungen zwischen ca. 8 Städten |
| Unternehmen | Angebot von Mietleitungen (basierend auf | Angebot von Mietleitungen (basierend auf |

| men | eigener Infrastruktur) im Anschlussbereich | eigener Infrastruktur) im Fernbereich |
|-----------------------------------|---|---|
| AEW Litecom | Ausgewählte Standorte im Kanton Aargau | Nur Kanton Aargau |
| Kabelfernsehbetreiberinnen | | |
| Cablecom | Ja. Die Angebote be- schränken sich jedoch einerseits auf diejeni- gen Versorgungsgebiete der Cablecom mit entsprechend ausgerüs- teten Netzen (ca. 25% des Cablecom Versor- gungsgebietes). Ande- rerseits bestehen auch Kapazitätsgrenzen aufgrund der für Ka- belfernsehen und nicht Telekommunikation ausgerichteten Netze. | Teilweise eigenes Fern- netz, aber auch zuge- mietet von verschiede- nen FDA |
| Télégenève | Es werden keine Miet- leitungen angeboten | Nein |
| Energie See- land | Mietleitungen mit klei- nerer Verfügbarkeit in der Region Solothurn, Grenchen, Herzogen- buchsee, Lyss (im Ver- bund mit BESONET) | Nein |
| Telezug | Mietleitungen in der Region Zug. Substitu- ierbarkeit mit Mietlei- tungen der Swisscom ist gegeben. | Nein |
| Balcab | Infrastruktur in Basel und Region; es werden jedoch heute keine Mietleitungen angebo- ten. | Nein |

| Unterneh- | Angebot von Mietlei- tungen (basierend auf | Angebot von Mietlei- tungen (basierend auf |
|------------------|---|---|
|------------------|---|---|

| men | eigener Infrastruktur) im Anschlussbereich | eigener Infrastruktur) im Fernbereich |
|---|--|--|
| Technische Betriebe Wil | In der Region Wil werden Standleitungen zum Internet angeboten. Substituierbarkeit mit Mietleitungen der Swisscom wird verneint. | Nein |
| Video2000 | Infrastruktur in der Region Neuenburg, Substituierbarkeit mit Mietleitungen der Swisscom wird verneint. | Nein |
| Service d'Electricité de la Ville de Lausanne | Infrastruktur in der Region Lausanne. Obwohl technisch möglich, werden heute (noch) keine Mietleitungen angeboten. | Nein |

49. Die Resultate der Umfrage zeigen, dass verschiedene FDA mittels ihrer Infrastruktur in bestimmten Gebieten als Konkurrenz zu Swisscom auftreten. Andererseits zeigt sich aber auch, dass die CATV-Netze häufig noch nicht so weit aufgerüstet sind, dass sie als aktuelle Wettbewerber in die Beurteilung miteinbezogen werden können. Das gilt insbesondere auch für Cablecom, in deren Versorgungsgebiet erst 25% der Netze entsprechend aufgerüstet sind.

50. Die obenstehenden Erwägungen betreffen beide relevanten Märkte. Im Folgenden wird nun auf die spezifische Situation im Fern- bzw. Anschlussbereich eingegangen.

a. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

51. Gemäss Umfrage des BAKOM sind heute verschiedene FDA im Besitz eigener Infrastruktur im Fernnetzbereich. Ebenso bieten diese FDA basierend auf ihrer Infrastruktur anderen FDA und Endkunden Mietleitungen an.

52. Obwohl davon auszugehen ist, dass die Infrastruktur der neu in den Markt eingetretenen Unternehmen weder in einer Einzelbetrachtung pro Unternehmen noch in einer Gesamtbetrachtung für alle neuen FDA ein flächendeckendes Angebot an Mietleitungen im Fernnetz erlaubt, bestehen heute weitgehende Möglichkeiten, die Angebote von Swisscom zu umgehen. Die absolute Abhängigkeit der FDA (und der Endkunden) von Swisscom besteht somit nicht mehr. Verschiedene der

befragten Unternehmen geben an, dass sie im Fernnetz auf Mietleitungen anderer FDA zurückgreifen.

53. Die Umfrage ergab, dass Sunrise im Fernnetz praktisch ausschliesslich auf eigene Infrastruktur zurückgreift. DiAx benützt die Infrastruktur anderer FDA hauptsächlich zur Vervollständigung der eigenen Infrastruktur im Anschlussnetz. Dies bedeutet, dass die Fernverbindungen grösstenteils auf eigener Infrastruktur basieren. MCI Worldcom ihrerseits kann mit ihrer Infrastruktur zumindest die Fernverbindungen zwischen 8 Städten in der Schweiz sicherstellen.

54. Im Weiteren ist zu beachten, dass für eine Mietleitung im Fernnetz von A nach B nicht zwingend die direkteste Verbindung zwischen diesen Punkten gewählt werden muss. Jede indirekte Verbindung (z.B. auch via Ausland) kann als Alternative betrachtet werden. Dies bedeutet, dass u.U. auch ohne alternatives, flächendeckendes Fernnetz ein Grossteil der Punkt-zu-Punkt-Verbindungen möglich ist. Dies im Gegensatz zum Anschlussbereich, wo zwingend die Anschlussleitung zwischen der Zentrale und dem Hausanschluss durchlaufen werden muss.

55. Als weiteres Indiz für effektiv vorhandene Alternativen zu Mietleitungen der Swisscom können die seit der Marktöffnung auch im Mietleitungsmarkt verschiedentlich durchgeführten Preissenkungen der Swisscom genannt werden. Ohne einen gewissen aktuellen oder potenziellen Druck von Konkurrenten könnten diese Preissenkungen weder aus wirtschaftlicher noch aus strategischer Sicht als rational bezeichnet werden.

56. Von den befragten Unternehmen wird denn auch nicht der Fernsondern der Anschlussbereich als aus wettbewerblicher Sicht problematisch bezeichnet.

57. Es ergeben sich aufgrund der vorliegenden, empirisch abgestützten Angaben Anhaltspunkte dafür, dass sich der Markt für Mietleitungen im Fernnetz so entwickelt hat, dass nicht mehr von einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom ausgegangen werden kann. Selbst wenn die Angebote der anderen FDA nicht in der gesamten Schweiz zur Verfügung stehen, besteht ein Wettbewerbsdruck, der es Swisscom verunmöglicht, sich im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG unabhängig zu verhalten.

58. Falls sich in einem konkreten Einzelfall ergeben sollte, dass eine bestimmte Mietleitung im Fernnetz ausschliesslich von Swisscom angeboten werden kann (kein aktueller Wettbewerb) und es nicht absehbar ist, dass diese Verbindung in naher Zukunft von anderen FDA angeboten wird (kein potenzieller Wettbewerb), würde dies u.U. bedeuten, dass Swisscom für diese Mietleitung eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Eine engere Marktabgrenzung als im vorliegenden Gutachten könnte sich im konkreten Einzelfall als zulässig erweisen. Die Weigerung von Swisscom, diese spezifische Mietleitung anzubieten, könnte

möglicherweise eine im Sinne von Artikel 7 KG unzulässige Verhaltensweise darstellen und von der Weko verboten werden.

59. Die Frage, inwiefern das Verhalten von Swisscom auch von potenziellen Konkurrenten beeinflusst werden kann, wird im Kapitel "potenzieller Wettbewerb" geprüft.

b. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

60. Die Umfrage hat ergeben, dass insbesondere in den Städten Zürich und Genf mehrere FDA eigene Infrastruktur gebaut haben. Weitere FDA haben in verschiedenen Städten Anschlusspunkte an ihr Netz.

61. Allen diesen alternativen Netzen ist jedoch zumindest ein Mangel im Vergleich zum Netz der Swisscom gemeinsam. Weder eines dieser Netze, noch alle alternativen Netze zusammen können auch nur annähernd eine Flächendeckung erreichen. Damit ist auch klar, dass nur Swisscom jede beliebige Punkt-zu-Punkt-Verbindung garantieren kann. Es bleibt nun zu klären, ob für Swisscom aufgrunddessen unabhängiges Verhalten möglich ist.

62. Die Stadtnetze verschiedener FDA im In- und Ausland zeichnen sich durch ihre Ringstruktur aus. Die Ringstruktur hat zur Folge, dass "nur" diejenigen Anschlüsse mit eigener Infrastruktur abgedeckt werden können, welche in unmittelbarer Nähe der Ring-Linienführung liegen. Überall sonst muss in der Regel auf die Mietleitungen von Swisscom zurückgegriffen werden.

63. Dasselbe gilt für diejenigen FDA, welche zwar keine Stadtnetze bauen, aber zumindest Anschlusspunkte an ihr Netz in verschiedenen Städten aufweisen. Auch sie erschliessen v.a. wirtschaftlich interessante Kunden in der Nähe der Anschlusspunkte selber. Zur Erschliessung potenzieller Kunden, welche nicht in der Nähe der Anschlusspunkte angesiedelt sind, bietet sich nur die Infrastruktur der Swisscom als Alternative.

64. Als weitere mögliche Alternative zum Netz der Swisscom kommen die CATV-Netze in Frage. Die CATV-Netze sind für die Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen gebaut worden. Dies hat zur Folge, dass die Netze in ihrer ursprünglichen Form nur für unidirektionale Kommunikation ausgestattet und benutzt wurden. Anstrengungen, die CATV-Netze auszubauen und damit bidirektional hohe Datentransfers zu ermöglichen, sind im Gang und entsprechende Investitionen wurden und werden getätigt. Allerdings ist der Ausbaustand zum gegenwärtigen Zeitpunkt über weite Teile der CATV-Netze noch nicht geeignet, Sprache und Daten in beide Richtungen transportieren zu können. Viele CATV Betreiber bieten beispielsweise Internet-Zugang an. Die CATV Netze sind dafür geeignet, weil sich der Internet-Verkehr dadurch auszeichnet, dass nur in einer Richtung grössere Datenmengen transportiert werden (Download). Vom Nutzer in Richtung Internet werden jedoch in aller Regel nur geringe Datenmengen geschickt. Von echter

Substituierbarkeit kann somit erst nach einem vollständigen Ausbau (ev. in ein bis zwei Jahren) ausgegangen werden.

65. Aufgrund der Umfrage hat sich insbesondere ergeben, dass das aufgrund der grössten Abdeckung (ca. 50% des CATV-Marktes) sicherlich am besten geeignete Netz der Cablecom offenbar nur vereinzelt so weit aufgerüstet ist, dass es für Zwecke der Telekommunikation genutzt werden kann. Cablecom gibt an, dass nur ca. 25% des Netzes für bidirektionale Kommunikation geeignet sei. Weiter bestehen gemäss Angaben der Cablecom auch bei diesen bereits aufgerüsteten Netzen Einschränkungen bezüglich Kapazität.

66. Die übrigen befragten CATV-Betreiber weisen sehr unterschiedlich aufgerüstete Netze auf. Während einige bereits heute Mietleitungen anbieten, sind andere dazu noch nicht in der Lage. Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass im gesamten relevanten Markt der Ausbaustand der Cablecom-Netze durchaus als repräsentativ betrachtet werden kann. Dies bedeutet, dass nur auf rund einem Viertel der CATV-Netze bereits heute Mietleitungen angeboten werden können.

67. Bidirektionale proprietäre Übertragungskapazität kann somit in einem Grossteil des relevanten Marktes zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur über die Telekommunikationsnetze angeboten werden.

68. Neben den in Städten teilweise vorhandenen Alternativen zur Infrastruktur der Swisscom und vereinzelt vorhandenen Alternativen in sonstigen Gebieten (v.a. CATV) bestehen heute für FDA keine weiteren Alternativen zur Umgehung der Swisscom. Die Zahl der möglichen Mietleitungsendpunkte, welche von alternativen FDA erschlossen werden, ist im Vergleich zur gesamten Anzahl der Mietleitungsendpunkte sehr gering.

69. Da vorliegend von einem schweizweiten relevanten Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich ausgegangen werden kann (vgl. Kap. räumlich relevanter Markt), besteht im jetzigen Zeitpunkt nicht genügend aktueller Wettbewerb, um ein unabhängiges Verhalten und damit eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom auszuschliessen.

I.2.2 Potenzieller Wettbewerb

a. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

70. Die seit der Liberalisierung des Fernmeldemarktes beobachtbare Entwicklung entspricht den theoretischen Erkenntnissen, dass der Markt für Telekommunikationsinfrastruktur im Fernnetz nicht die Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist. Die Markteintritte zeigen, dass die Zutrittsschranken überwindbar sind.

71. Die neuen FDA setzen dabei u.a. auf die Übertragungswege der Bahnen oder der Elektrizitätsgesellschaften. Weiter ist es in der Praxis auch möglich, Kabel entlang von Autobahnen zu verlegen.

72. Als hauptsächliche potenzielle Konkurrenten dürften die Unternehmen bezeichnet werden, welche bereits teilweise eine eigene Infrastruktur im Fernnetz gebaut haben. Diese werden versuchen, ihr Netz zu komplettieren.

73. Demgegenüber ist nicht davon auszugehen, dass in Zukunft noch viele weitere FDA mit dem Ziel, eigene Infrastruktur zu bauen, in den Markt eintreten werden. Allgemein wird für die Zukunft erwartet, dass FDA versuchen werden, mit Diensten und Inhalten Geld zu verdienen. Die Infrastruktur wird dagegen zur "commodity" werden.

74. Der potenzielle Wettbewerb wird jedoch trotz der Tatsache, dass nicht unzählige Markteintritte zu erwarten sind, eine den aktuellen Wettbewerb unterstützende Wirkung erzielen. Dadurch wird der Handlungsspielraum der Swisscom so beschränkt, dass ein unabhängiges Verhalten im Markt für Mietleitungen im Fernnetz nicht mehr möglich ist.

b. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

75. Möglicher potenzieller Wettbewerb im Anschlussbereich geht hauptsächlich von aufgerüsteten CATV-Netzen und der technisch neuartigen drahtlosen Erschliessung (Wireless Local Loop, WLL) aus.

76. Dagegen ist aufgrund ökonomischer Begebenheiten (Grössenvorteile und hohe sunk cost) nicht davon auszugehen, dass im Anschlussnetz fixe Leitungen durch andere FDA flächendeckend dupliziert werden. Ausgenommen von dieser Aussage sind Anschlüsse bei bzw. Leitungen zu Grösstkunden, wo sich der Bau einer neuen Anschlussleitung für FDA u.U. wirtschaftlich auszahlen kann. Die Marktzutrittsschranken sind auch im Vergleich zum Fernnetz sehr hoch.

77. Die Beurteilung der Auswirkungen von WLL und CATV-Netzen ist schwierig, da nicht klar ist, innerhalb welcher Zeitdauer diese Lösungen zu einer effektiven Alternative der bestehenden Netze im Anschlussbereich werden können.

78. Im Fall des WLL besteht in der Schweiz von regulatorischer Seite ein Zeitplan zur Vergabe von Konzessionen mittels Auktion. Diese Auktion wird im Zeitraum Februar bis April 2000 durchgeführt werden. Anschliessend sind die Konzessionäre frei, in einzelnen Regionen oder auch flächendeckend (in Abhängigkeit von der ersteigerten Konzession) WLL-Infrastruktur zu bauen und zu betreiben. Neben dem üblichen Zeitbedarf für Planung, Bestellung, Bau und Test der Anlagen könnte erschwerend dazu kommen, dass WLL ähnlich wie der Mobilfunk Antennen benötigt und eine gewisse Strahlung verursacht. Die heute im Markt tätigen Mobilfunkanbieter sehen sich bezüglich Bewilligungen für Antennenstandorte einem massiven Druck aus der Bevölkerung ausgesetzt. Dies kann zu erheblichen Verzögerungen im Netzaufbau führen. Mit ähnlichen Schwierigkeiten werden auch die zukünftigen WLL-Konzessionären zu rechnen haben. Es bestehen zudem gewisse

Bedenken hinsichtlich der Übertragungskapazität bei schlechten Wetterbedingungen. Aufgrund dieser zeitlichen Unsicherheiten hat WLL heute nur begrenzt eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom.

79. Bezüglich des potenziellen Wettbewerbs, welcher von CATV-Netzen ausgeht, lassen sich keine genauen Aussagen machen. Gemäss Angaben von Cablecom geht der schrittweise Ausbau der Netze nur langsam voran. Wann CATV-Netze mehr oder weniger flächendeckend zur effektiven Alternative zum Anschlussnetz der Swisscom werden, lässt sich jedenfalls heute nicht schlüssig feststellen.

80. Insgesamt kann die Wirkung, welche vom potenziellen Wettbewerb im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz ausgeht, aufgrund zeitlicher und technischer Unsicherheiten nur ungenügend beurteilt werden. Da auch die auf dem Markt tätigen Unternehmen denselben Unsicherheiten unterliegen, muss im vorliegenden Gutachten davon ausgegangen werden, dass die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs nicht genügt, um Swisscom ein unabhängiges Verhalten zu verunmöglichen.

C. Ergebnis

a. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

81. Die vorstehende Beurteilung der Marktstellung von Swisscom im Markt für Mietleitungen im Fernnetz hat ergeben, dass mittlerweile verschiedene andere FDA eigene Infrastruktur gebaut haben. Obwohl diese alternative Infrastruktur heute (noch) nicht ein vollständig flächendeckendes Mietleitungsangebot ermöglicht, besteht ein erheblicher Wettbewerbsdruck auf Swisscom.

82. Weiter gehen vom potenziellen Wettbewerb Wirkungen aus, welche den aktuellen Wettbewerb unterstützen. Dies v.a. aufgrund der Tatsache, dass die Marktzutrittsbarrieren im Fernnetz überwindbar sind, was u.a. durch die bis heute erfolgten Marktzutritte belegt wird.

83. Die Wettbewerbskommission kommt zum Schluss, dass aufgrund des aktuellen Wettbewerbs und der vom potenziellen Wettbewerb ausgehenden Wirkung Swisscom im Markt für Mietleitungen im Fernnetz keine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG mehr einnimmt.

84. Die im Einzelfall möglicherweise auftretende Problematik, dass eine bestimmte Mietleitung nur von Swisscom bereitgestellt werden kann, muss unseres Erachtens nicht mittels einer Interkonnectionsregulierung gelöst werden. Die Weigerung von Swisscom, diese spezifische Mietleitung anzubieten, könnte u.U. eine im Sinne von Artikel 7 KG unzulässige Verhaltensweise darstellen und von der Weko verboten werden.

b. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

85. Die Beurteilung der Marktstellung von Swisscom im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz hat ergeben, dass heute nur vereinzelt alternative Infrastruktur im Anschlussnetz besteht. Die FDA sind heute weitgehend auf das Mietleitungsangebot von Swisscom angewiesen. Die Wirkung, welche von den vorhandenen Stadtnetzen und den Anschlusspunkten der FDA ausgeht, ist nicht geeignet, unabhängiges Verhalten von Swisscom zu verunmöglichen.

86. In Zukunft können mittels CATV-Netzen und WLL möglicherweise Mietleitungen basierend auf dem herkömmlichen Telekommunikationsnetz der Swisscom bzw. anderer FDA substituiert werden. Insbesondere aufgrund zeitlicher und technischer Unsicherheiten ist die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs heute als gering einzuschätzen.

87. Die Wettbewerbskommission kommt zum Schluss, dass Swisscom im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG einnimmt.

88. Diese Beurteilung kann sich v.a. in Abhängigkeit der weiteren Aufrüstung der CATV-Netze und der Entwicklung von WLL-Erschliessungen verändern.

| | |
|-------|------------------------------------|
| B 2.5 | 2. Obligation de renseigner |
|-------|------------------------------------|

Art. 26 und 40 KG

art. 26 et 40 LCart

art. 26 e 40 LCart

Décision incidente du 28 février 2000 concernant l'obligation de renseigner au sens de l'article 40 LCart dans le cadre de l'enquête préalable (art. 26 LCart) sur le cas [...] relatif à de prétendus accords illicites au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart

A. En fait

1. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert le 18 juin 1999 une enquête préalable contre l'[...] (ci-après [...]), conformément à l'article 26 de la loi sur les cartels (LCart, RS 251).

2. La procédure donne suite à une plainte d'un particulier et vise à vérifier s'il existe un ou plusieurs accords illicites en matière de prix au sens de l'article 5 LCart, notamment sous forme de recommandations de l'[...] à ses membres.

3. Le jour de l'ouverture de l'enquête préalable, le secrétariat a adressé une demande de renseignements à l'[...]. L'[...] a partiellement répondu à cette demande par courrier du 16 juillet 1999.

4. A la suite de cette réponse partielle, le secrétariat a à nouveau adressé par courrier du 3 août 1999 une demande de renseignements à

l'[...] avec invitation de répondre jusqu'au 31 août 1999. A ce jour, cette demande est restée sans réponse.

5. Après l'octroi d'un délai supplémentaire jusqu'à mi-septembre 1999, le secrétariat a constaté par courrier recommandé du 4 octobre 1999 qu'il n'avait pas reçu de réponse. Il a par ailleurs invité l'[...] à répondre jusqu'au 13 octobre tout en exposant les motifs de son abstention.

6. Par courrier du 13 octobre 1999, le secrétariat a confirmé la teneur d'une conversation téléphonique au cours de laquelle le Président de l'[...] a déclaré ne pas être disposé à répondre aux questions posées le 3 août 1999 et a invoqué les trois motifs suivants pour justifier son refus: (1) dans son courrier du 16 juillet 1999, l'[...] a communiqué au secrétariat qu'elle n'a émis aucune sorte de recommandation de prix à ses membres, (2) un membre du secrétariat lui aurait communiqué par téléphone que l'affaire serait close après réception du courrier du 16 juillet 1999, (3) les pièces demandées seraient secrètes et ne pourraient dès lors être communiquées au secrétariat.

7. Invitée à prendre position sur la teneur de ce courrier, l'[...] n'a pas réagi à ce jour.

8. Par courrier recommandé du 16 décembre 1999, l'[...] a une dernière fois été invitée à répondre au questionnaire du 3 août 1999 jusqu'au 30 janvier 2000. Elle a également été rendue attentive aux sanctions auxquelles s'exposent les contrevenants.

B. En droit

9. La présente décision vise à obtenir les informations demandées à l'[...] par les courriers des 3 août et 16 décembre 1999.

Compétence

10. En vertu de l'article 23 alinéa 1 LCart, les décisions de procédure sont prises par le secrétariat de la Commission de la concurrence avec un membre de la présidence. La présente décision constitue une décision de procédure au sens de cette disposition. Elle est en effet directement liée à l'établissement des faits ainsi qu'à la fonction d'instruction dévolue au secrétariat (arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 1997, DPC 1997/4, p. 618, section C 3.c).

L'obligation de renseigner

11. En vertu de l'article 40 LCart, les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires.

12. L'inobservation de l'obligation de renseigner peut faire l'objet de sanctions administratives (art. 52 et 53 LCart) et pénales (art. 55-57 LCart).

Soumission à l'obligation de renseigner

13. L'[...] est soumise à l'obligation de renseigner prévue à l'article 40 LCart dans la mesure où c'est dans son enceinte que l'entente visée a pu se concrétiser.

14. La notion d'ententes visée par l'article 40 LCart est apparentée à celle d'accords en matière de concurrence de l'article 4 alinéa 1 LCart, c'est-à-dire de conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que de pratiques concertées d'entreprises visant ou entraînant une restriction à la concurrence, de même qu'à celle d'accords illicites de l'article 5 alinéa 1 LCart, c'est-à-dire d'accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace.

15. On relève cependant que l'article 40 LCart n'utilise ni le terme d'"accords en matière de concurrence" ("Wettbewerbsabrede") ni celui d'"accords illicites" ("unzulässige Wettbewerbsabrede"), mais bien celui d'"ententes" ("Abrede"). Cette différence sémantique indique que les personnes soumises à l'obligation de renseigner ne doivent pas être effectivement parties à un accord en matière de concurrence ou à un accord illicite au sens des définitions légales. L'utilisation du terme "ententes" suggère que c'est l'élément de collusion, indépendamment de ses conséquences effectives (notions de "conventions" et de "pratiques concertées" de la définition de l'art. 4 al. 1 LCart), plutôt que la restriction de concurrence qui est déterminant au titre de l'article 40 LCart. Cette interprétation est confortée par le fait que, à côté des parties à des ententes, l'article 40 LCart mentionne les "entreprises puissantes sur le marché" et non pas les entreprises ayant commis un abus de position dominante (art. 4 al. 2, art. 7 LCart).

16. La soumission à l'obligation de renseigner ne suppose en tout cas pas que l'autorité de concurrence établisse de façon définitive l'existence d'un accord en matière de concurrence ou d'un accord illicite. Il n'est pas non plus nécessaire que l'autorité rende une décision séparée sur ce sujet. Il suffit qu'il existe des indices suffisants tendant à confirmer l'existence d'un tel accord (dans le même sens pour la LCart de 1985, voir Publ. CCSPR 1a/1996, p. 179, ch. 4 c, cc ; dans le même sens pour la LSPR, voir Commission de recours pour les questions de concurrence, décision du 25 novembre 1998, DPC 1998/5, p. 875, ch. 3.1.).

17. Le stade de la procédure devrait également avoir un effet sur le standard applicable à l'évaluation (enquête préalable, art. 26 LCart; enquête, art. 27 LCart). Dans le cadre de l'enquête préalable, qui a précisément pour objet de déterminer si, dans un cas déterminé, il exis-

te des indices d'une restriction illicite à la concurrence (voir art. 27 al. 1 LCart), ce standard ne saurait être particulièrement élevé (par analogie avec la LCart de 1985, voir. Publ. CCSPr 1a/1996, p. 179, ch. 5 b).

18. Dans le cas d'espèce, il existe suffisamment d'indices tendant à confirmer l'existence d'une entente, voire celle d'un accord (illicite) en matière de concurrence entrant dans le champ d'application de la LCart.

19. Les membres de l'[...] sont majoritairement des sociétés commerciales (la plupart d'entre elles sont des sociétés anonymes) ayant manifestement qualité d'entreprises au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart.

20. Dès lors que les membres de l'[...] exercent leur activité commerciale en Suisse, les pratiques anticoncurrentielles devraient déployer leurs effets en Suisse (art. 2 al. 2 LCart).

21. Il ressort de ses rapports annuels que l'[...] est une association regroupant plusieurs dizaines d'exploitants de remontées mécaniques actifs dans le canton [...]. Il apparaît évident que l'[...], en tant qu'association défendant notamment les intérêts économiques de ses membres, puisse favoriser une collusion dans divers domaines d'activité des entreprises qui en font partie et, en particulier, dans des domaines relevant pour la concurrence.

22. Il existe également des indices suffisants que l'[...] puisse constituer un forum au sein duquel ses membres restreignent la concurrence en s'entendant sur les prix. Ainsi, le rapport annuel pour l'année 1993 (p. 23) confirme l'existence d'une commission des tarifs au sein de l'[...]. De même, le rapport annuel de 1998 (p. 8) contient une proposition à ses membres de diminuer certains rabais.

23. Selon la lettre de l'article 40 LCart, ce sont les parties à des ententes qui sont soumises à l'obligation de renseigner. On peut dès lors se demander si seuls les membres de l'[...] ou également l'[...] elle-même sont concernés par l'obligation. Au vu de l'interprétation large qui est faite de la définition de l'article 4 alinéa 1 LCart, qui saisit non seulement la collusion "directe" entre entreprises, mais également les recommandations d'associations professionnelles (R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, ch. 267-268), il paraît logique que l'[...] puisse également être soumise à l'obligation de renseigner.

24. Sur la base de ce qui précède, l'[...] doit être assimilée à une entente au titre de l'article 40 LCart ; elle est donc soumise à l'obligation de renseigner.

Respect du principe de proportionnalité

25. Dans la mesure où l'obligation de renseigner est en principe donnée, il faut encore vérifier le respect du principe de proportionnalité. Ce principe est respecté dès lors que les informations et les documents demandés constituent un moyen approprié et nécessaire au but de la procédure et qu'ils sont raisonnables par rapport à l'atteinte à la liberté de la personne en principe soumise à l'obligation de renseigner (voir Commission de recours pour les questions de concurrence, décision du 25 novembre 1998, DPC 1998/5, p. 875, ch. 3.2.).

26. L'enquête préalable (art. 26 LCart) ouverte par le secrétariat vise à déterminer s'il existe ou non des indices suffisants pour motiver l'ouverture d'une enquête (art. 27 LCart). La procédure vise concrètement à déterminer s'il existe ou non un accord en matière de concurrence en matière de prix entre les entreprises concernées. Les informations requises par le secrétariat ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire au but de la procédure.

27. La demande d'informations du secrétariat est en effet clairement délimitée. S'agissant des documents à produire, elle ne comprend que des documents de base dont l'[...] pourrait être en possession: statuts (voir art. 60 CC) et règlements de l'association, divers procès-verbaux des trois dernières années, liste des membres. Le secrétariat s'est en particulier abstenu à ce stade de la procédure de demander des documents exigeant des efforts « créatifs » et des recherches particulières de la part du destinataire. S'agissant des renseignements demandés, ils se limitent à deux points directement liés à la recherche d'indices concernant une collusion en matière de prix: des explications au sujet d'une déclaration contenue dans le rapport annuel de 1998 (p. 8) où il est expressément question d'une proposition de diminution des rabais accordés ainsi que des explications au sujet de la "commission des tarifs" dont il est question dans le rapport annuel de 1993 (p. 23).

28. On relèvera que l'[...] n'a pas jugé utile de donner suite à la mise en demeure qui lui a été notifiée par courrier recommandé du 16 décembre 1999 soit en répondant aux questions posées soit en exposant par écrit les motifs de son refus de fournir les informations demandées. Elle n'a notamment fait valoir aucun des motifs prévus par l'article 16 LPA qui, en vertu de l'article 40 LCart, régit le droit de refuser de fournir des renseignements.

29. Les motifs que le Président de l'[...] a fait valoir auprès du secrétariat par téléphone le 6 octobre 1999 (voir ci-dessus état de fait ch. 6) sont irrelevants au titre de l'obligation de renseigner de l'article 40 LCart:

- Premier motif - Au vu des circonstances, il apparaît évident que l'autorité de concurrence est libre de ne pas renoncer à requérir les informations demandées sur la seule base d'une simple déclaration
-

selon laquelle l'ASC et l'[...] ne donnent pas de directives en matière de tarifs à leurs membres (voir à ce propos art. 40 PCF).

- Deuxième motif – Une déclaration orale d'un membre du secrétariat ne suffit pas à clôturer une enquête préalable en cours. On soulignera par ailleurs que ladite déclaration se fondait sur la prémisse que l'[...] allait fournir l'ensemble des informations demandées, ce qu'elle n'a précisément pas fait.
- Troisième motif – L'article 40 LCart couvre également les informations constituant des secrets d'affaires (M. Dietrich, Art. 40, ch. 22, in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997). En contrepartie, l'autorité de concurrence est tenue de respecter les secrets d'affaires (art. 25 LCart).

Recours et retrait de l'effet suspensif

30. Le secrétariat est d'avis que la présente décision ne constitue pas une décision incidente susceptible de faire l'objet d'un recours indépendant d'une éventuelle décision finale. L'exécution immédiate de la présente décision ne serait en effet pas à l'origine d'un préjudice irréparable subi par son destinataire (art. 45 al. 1 LPA).

31. Selon l'article 55 alinéa 2 LPA, la décision de l'autorité inférieure peut prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif. Le retrait de l'effet suspensif n'a pas à être motivé par des circonstances exceptionnelles. Il suffit que l'intérêt de l'autorité au retrait de l'effet suspensif l'emporte sur l'intérêt du recourant à son maintien. L'analyse des intérêts en présence peut tenir compte des chances de succès du procès (A. Kölz/I. Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, ch. 650).

32. En l'espèce, les intérêts en présence et la situation juridique apparaissent suffisamment claires pour justifier le retrait de l'effet suspensif. L'obligation de renseigner est clairement établie (voir ci-dessus ch. 10ss). Il faut par ailleurs à nouveau souligner que l'objet de la procédure en cours (enquête préalable, art. 26 LCart) se limite à la recherche d'indices à une restriction illicite à la concurrence. Il n'est à ce stade nullement question d'une décision finale constatant le caractère illicite de certains comportements et enjoignant le destinataire d'y mettre fin. La seule conséquence du retrait de l'effet suspensif est l'exécution immédiate de l'obligation de fournir un certain nombre d'informations dont l'autorité est légalement tenue de garantir la confidentialité (art. 25 LCart).

C. Dispositif

Se fondant sur les faits dont il a connaissance et les développements qui précèdent, le secrétariat de la Commission de la concurrence avec un membre de la présidence:

1. Constate que l'[...] est soumise à l'obligation de renseigner prévue par l'article 40 LCart.
 2. Ordonne à l'[...] de faire parvenir les documents suivants dans les 30 jours au secrétariat de la Commission de la concurrence:
 - Les statuts de l'[...];
 - tous les éventuels règlements de l'association;
 - les procès-verbaux des trois dernières assemblées générales;
 - les procès-verbaux des séances de direction des trois dernières années (1997, 1998, 1999);
 - les procès-verbaux des séances de la commission des tarifs des trois dernières années (1997, 1998, 1999);
 - la liste des membres de l'association avec adresse et numéros de téléphone.
 3. Ordonne à l'[...] de répondre aux deux questions suivantes dans les 30 jours:
 - Dans son rapport annuel de 1998, la direction de l'[...] propose sous le titre "Einheimische Tarife" (p. 8 du rapport) de réduire les rabais. Aux yeux du secrétariat de la commission de la concurrence, cette recommandation est susceptible d'uniformiser la structure des tarifs. Pour quelles raisons la direction de l'association fait-elle ces propositions et pour quelles raisons la politique en matière de rabais n'est-elle pas exclusivement laissée aux exploitants de remontées mécaniques?
 - Le rapport annuel de 1993 mentionne à la p. 23 une commission des tarifs. Cette commission existe-t-elle encore? Si oui, quelles sont ses compétences?
 4. Rappelle qu'une violation de la présente décision peut faire l'objet de sanctions conformément aux articles 52 et 53 LCart ainsi qu'à l'article 55 LCart.
 5. Retire l'effet suspensif à un éventuel recours dirigé contre la présente décision.
 6. [voies de droit]
 7. [notification]
-

| | |
|-------|--|
| B 2 | 6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni |
| B 2.6 | 1. Empfehlungen der Wettbewerbskommission (Weko) vom 6. März 2000 gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung, zuhanden der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen |

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG

Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart

Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart

Die Weko hat anlässlich ihrer Sitzung vom 6. März 2000 beschlossen, ihre Empfehlungen vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu erneuern (siehe dazu RPW 1999/2 S. 260 ff. oder www.wettbewerbskommission.ch unter Praxis, RPW 1999/2).

Sie stützt sich dabei auf Artikel 45 Absatz 2 KG und nicht mehr (wie am 17. Mai 1999) auf BGBM. Materiell ändert sich am Inhalt der Empfehlungen dadurch nichts.

Gemäss Artikel 45 Absatz 2 Kartellgesetz (KG) kann nämlich die Weko den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten.

Die Wettbewerbskommission empfiehlt den Gemeinwesen:

1. Vorhaben für den Abschluss von Pachtverträgen mit Aussenwerbeengesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung im offenen Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen;
2. Die Laufzeit von Pachtverträgen mit Aussenwerbeengesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung auf die betriebswirtschaftlich notwendige Dauer zu beschränken;
3. Laufende Pachtverträge mit stillschweigender Vertragserneuerung auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen, sowie beim Abschluss neuer Pachtverträge auf Klauseln betreffend stillschweigende Vertragserneuerungen zu verzichten;
4. Laufende Pachtverträge mit Optionsklauseln auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen sowie beim Abschluss von neuen Pachtverträgen auf Optionsklauseln zu verzichten.

| | |
|-------|---|
| B 2.6 | 2. Recommandations de la Commission de la concurrence (Comco) du 6 mars 2000 selon l'article 45 alinéa 2 LCart à l'attention des collectivités publiques cantonales et communales concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure |
|-------|---|

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG

Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart

Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart

Lors de sa séance du 6 mars 2000, la Commission de la concurrence a décidé de renouveler ses recommandations du 17 mai 1999 concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (cf. DPC 1999/2 p. 260ss ou www.wettbewerbskommission.ch sous Concurrence en pratique, DPC 1999/2).

Cependant, ces recommandations se fondent désormais sur l'article 45 alinéa 2 de la loi sur les cartels (LCart) et non plus sur la LMI (comme celles du 17 mai 1999). Leur contenu matériel reste toutefois inchangé.

En effet, selon l'article 45 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace.

La Commission de la concurrence recommande aux collectivités publiques de:

1. soumettre les projets pour la conclusion de contrats de bail à ferme avec des sociétés de publicité extérieure concernant l'octroi de concessions pour la publicité extérieure à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et d'attribution;
2. limiter la durée de validité des contrats de bail à ferme avec les sociétés de publicité extérieure concernant l'octroi de concessions pour la publicité extérieure à ce qui est économiquement nécessaire;
3. résilier les contrats de bail à ferme en cours qui prévoient une reconduction tacite lors de l'expiration de la durée normale des contrats, les soumettre à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et d'attribution, renoncer à des clauses prévoyant la reconduction tacite de la concession lors de la conclusion de nouveaux contrats de bail à ferme;
4. résilier les contrats de bail à ferme en cours qui contiennent des clauses d'option, les soumettre à une procédure d'adjudication publique avec publication de tous les critères de participation et d'attribution, renoncer à des clauses d'option lors de la conclusion de nouveaux contrats de bail à ferme.

| | |
|-------|---|
| B 2.6 | 3. Raccomandazioni della Commissione della concorrenza (Comco) del 6 marzo 2000 secondo l'articolo 45 capoverso 2 LCart in merito ai contratti d'affitto per la pubblicità esterna all'indirizzo delle collettività pubbliche cantonali e comunali |
|-------|---|

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG

Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart

Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart

La Comco ha deciso in occasione della riunione del 6 marzo 2000 di rinnovare le sue raccomandazioni del 17 maggio 1999 relative ai contratti d'affitto per la pubblicità esterna (cf. DPC 1999/2 p. 260 ss o www.wettbewerbskommission.ch sotto Concurrence en pra-tique, DPC 1999/2).

Queste raccomandazioni si fondano adesso sull'articolo 45 capoverso 2 LCart e non più – come quelle del 17 maggio 1999 - sulla LMI. A livello materiale, il contenuto delle raccomandazioni non cambia.

In effetti, giusta l'articolo 45 capoverso 2 della legge sui cartelli (LCart), la Comco può sottoporre alle autorità delle raccomandazioni per il promovimento di una concorrenza efficace.

La Commissione della concorrenza raccomanda alle collettività pubbliche di:

1. sottoporre i progetti per la conclusione di un contratto d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna, ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione;
 2. limitare la durata della validità dei contratti d'affitto con le società di pubblicità esterna per l'attribuzione di concessioni per la pubblicità esterna a ciò che è economicamente necessario;
 3. disdire i contratti per l'affissione in corso che contengono un rinnovo tacito alla scadenza della durata normale dei contratti, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole che prevedono il rinnovo tacito della concessione al momento della conclusione di nuovi contratti;
 4. disdire i contratti d'affitto in corso che contengono delle clausole d'opzione, sottoporli ad una procedura d'appalto pubblica con pubblicazione di tutti i criteri di partecipazione e di aggiudicazione, rinunciare a delle clausole d'opzione al momento della conclusione di nuovi contratti per l'affissione.
-

| | |
|-------|---|
| B 2 | 7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi |
| B 2.7 | 1. Modification de la loi vaudoise sur la santé publique |

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

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart

1. Généralités

Les prescriptions étatiques qui excluent de la concurrence certains biens ou services ne sont pas soumises à l'application de la loi sur les cartels (art. 3 al. 1 LCart).

Néanmoins, la Commission de la concurrence est habilitée à se prononcer sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal qui influencent la concurrence. Elle le fait par des préavis (art. 46 al. 2 LCart).

2. La publicité, moteur de la concurrence

Dans une économie de marché, la concurrence tend à garantir la répartition des ressources économiques de la façon la plus efficace. Elle améliore aussi le rapport qualité-prix, augmente les possibilités de choix et permet d'organiser les services de la façon la plus novatrice et la plus efficace possible.

La publicité protégée par l'article 94 de la Constitution fédérale - est une des composantes essentielles permettant à la concurrence d'exister ou de se développer. En effet, grâce aux informations véhiculées par la publicité, les consommateurs ont connaissance des biens et services disponibles. Ainsi renseignés, ils peuvent choisir convenablement leurs prestataires de services et opter pour le meilleur rapport qualité-prix. Ce faisant, la publicité améliore l'efficacité et stimule l'innovation.

Inversement, les restrictions à la liberté de faire de la publicité, imposée aux fournisseurs de biens ou aux prestataires de services, limitent très sérieusement la concurrence, ou son efficacité, au détriment des consommateurs. Si ces derniers ne disposent pas d'informations sur les divers fournisseurs ou prestataires, ils ne peuvent pas choisir en connaissance de cause; et sans un tel choix, il ne peut y avoir concurrence. Cette absence de concurrence favorise en général les intérêts des prestataires bien implantés, aux dépens des consommateurs et des praticiens moins importants ou établis de moins longue date.

3. La publicité dans les professions de la santé

Les professions libérales, surtout dans le domaine de la santé, offrent des prestations qui entrent dans la catégorie des "biens acquis en con-

fiance". En effet, ignorant les services dont il a besoin - il faut des années d'expérience pour arriver à diagnostiquer des maladies ou prescrire les médicaments adéquats -, le patient doit se fier à l'avis et à la réputation du professionnel auquel il fait appel. Cette problématique est connue sous le nom d'"asymétrie de l'information".

L'asymétrie de l'information peut conduire à certaines défaillances du marché. La réaction classique à ces risques de défaillances réside dans la réglementation. Même si certaines règles peuvent être nécessaires pour garantir la qualité des services, d'autres méthodes faisant appel aux mécanismes du marché peuvent contribuer à atténuer les problèmes de défaillances du marché. Ainsi, la publicité permet de compenser ou de corriger les défaillances issues de l'asymétrie de l'information dans la mesure où elle porte à la connaissance du public les nouveaux produits, services et prestataires de soins disponibles sur le marché.

Afin de réduire les problèmes liés à l'asymétrie de l'information, la Commission de la concurrence estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé doit être garantie.

4. Le projet de révision de l'article 82 de la loi sur la santé publique

L'actuel article 82 de la loi vaudoise sur la santé publique interdit en principe aux professionnels de la santé de faire de la publicité. Le projet de révision de cette disposition prévoit que "les personnes titulaires de l'autorisation de pratiquer [...] peuvent faire de la réclame concernant leur activité dans l'exercice de leur profession de la santé. [...] La réclame ne doit être ni excessive ni trompeuse".

Le projet de révision de cette disposition, tel qu'il a été mis en procédure de consultation, prévoit un véritable assouplissement de l'interdiction actuelle. Il a suscité quelques réactions positives mais beaucoup de réactions négatives. Ainsi, de nombreuses personnes ont exprimé leur crainte que cette libéralisation conduise à un accroissement de la consommation de soins. Suite à ces réactions mitigées, il est prévu d'insister dans le projet définitif "sur le caractère informatif que doit revêtir la publicité, de la limiter aux faits objectivement vérifiables en s'abstenant de faire état de résultats thérapeutiques ou de discréditer d'autres fournisseurs de soins".

La Commission de la concurrence est d'avis que le projet initial de l'article 82 de la loi sur la santé publique ne nécessite aucune modification dans la mesure où il est nécessaire et suffisant pour libéraliser la publicité des professionnels de la santé.

Le projet de l'article 82 de la loi sur la santé publique est nécessaire car la libéralisation de la publicité dans les professions de la santé:

- est motivée par des considérations de politique de la santé. L'augmentation des informations à disposition des patients renforce la

confiance que ces derniers portent aux fournisseurs de soins qu'ils choisissent en connaissance de cause. Elle permet également de mettre fin aux tabous entourant certaines maladies, et par conséquent de déculpabiliser les patients qui en sont atteints. Ainsi renseignés, les malades consulteront un professionnel de la santé avant qu'il ne soit trop tard. Cette attitude aura un effet bénéfique sur les coûts de la santé – qui n'ont cessé d'augmenter ces dernières années, alors que la publicité était largement interdite – dans la mesure où elle permet de prévenir ou de soigner plus rapidement certaines maladies. Par contre, il est erroné de croire que la libéralisation de la publicité favorise obligatoirement une sur-consommation de prestations médicales et, partant, une augmentation incontrôlée des coûts de la santé. Le canton de Berne n'a pas connu d'augmentation significative des prestations médicales après avoir libéralisé la publicité des professionnels de la santé (cf. art. 29 de la loi bernoise sur la santé).

- se justifie sur le plan économique. En effet, la libéralisation de la publicité favorise l'efficacité et l'innovation. Elle permet aussi aux (nouveaux) prestataires de soins de se faire connaître et d'entrer plus facilement sur le marché. Meilleure sera l'information, plus critique sera l'attitude du patient face aux prescriptions et aux traitements médicaux. Cette attitude contribuera à favoriser la concurrence dans ce domaine, respectivement à diminuer les coûts imputables aux fournisseurs de prestations. Il est faux de croire que la publicité se focalisera uniquement sur de simples comparaisons de prix, chassant les professionnels les plus aptes dans leur art au profit des seuls gestionnaires. Le marché de la santé reste un domaine où la qualité joue un rôle plus important que les prix encore largement prescrits par l'Etat. Cette qualité est du reste mieux assurée par les normes garantissant un certain standard de qualité que par des limitations de la publicité.
- répond à un véritable besoin. Ainsi, même dans les cantons connaissant une interdiction de principe de faire de la publicité (FR-GE-NE-VS), les prestataires de services de la santé font de la publicité, "créant de fait un flou artistique entre ce qui est permis et ce qui est toléré" (Le Temps, 22.10.1999, p. 15).

Le projet de l'article 82 de la loi sur la santé publique est aussi suffisant car:

- la publicité trompeuse ou mensongère est déjà réprimée par la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241). Il n'est donc pas absolument nécessaire de vouloir limiter la publicité "aux faits objectivement vérifiables en s'abstenant de faire état de résultats thérapeutiques ou de discréditer d'autres fournisseurs de soins";
 - les professionnels de la santé sont aussi soumis au secret médical. Cette obligation évite que les professionnels de la santé fassent de la
-

réclame médicale "personnalisée". Vouloir introduire de nouvelles limitations à la publicité ne supprimera pas tous les dérapages. Cela risque par contre d'empêcher l'innovation, de renchérir les services et surtout de maintenir les patients dans une certaine ignorance.

5. Les préavis de la Commission de la concurrence

Par ces motifs et se basant sur l'article 46 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence:

- estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé doit être garantie;
- appuie les efforts du Conseil d'Etat vaudois en vue d'une libéralisation de la publicité des professionnels de la santé dans le canton de Vaud, tel que le prévoit l'article 82 du projet de loi sur la santé publique;
- encourage le Conseil d'Etat vaudois à maintenir la formulation de l'article 82 du projet de loi sanitaire, tel qu'il a été mis en procédure de consultation.

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

| | |
|-----|-------------------------|
| B 3 | 1. Mietleitungen |
|-----|-------------------------|

Entscheid vom 9. März 2000 in Sachen C. (Beschwerde vom 17. September 1999) gegen das Sekretariat der Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern (Schlussbericht vom 31. August 1999) betreffend Vorabklärung hat sich ergeben:

A. Die S. bietet Mietleitungen und Übertragungsmedien kommerziell direkt Endverbrauchern (Retail-Portfolio) sowie Fernmeldedienstanbieterinnen zwecks Wiederverkaufs (Wholesale-Portfolio) an.

Aus Pressemeldungen wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission darauf aufmerksam, dass die S. im Mietleitungsportfolio auf den 1. Januar 1998 Anpassungen vorgenommen habe und seither einerseits gewisse Dienste nicht mehr anbiete und andererseits die Preise massiv erhöht habe. Da durch die Preis- und Angebotspolitik der S. das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellgesetzes als möglich erschien, eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 25. März 1998 eine (erste) Vorabklärung gegen die S. In der Folge beklagten sich der Verband X, sowie der Schweizerische Verband Y mit Schreiben vom 14. April 1998 und 16. April 1998 im Namen ihrer Mitglieder beim Bundesamt für Kommuni-

kation, bei der Kommunikationskommission, beim Preisüberwacher und bei der Wettbewerbskommission über denselben Sachverhalt. Die angerufenen Behörden einigten sich darauf, dass das Bundesamt für Kommunikation die Federführung für die Beantwortung der Schreiben dieser beiden Verbände übernehmen werde, da es sich bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Fernmeldediensteanbieterinnen gemäss Fernmeldegesetz in aller Regel um Interkonnectionsfragen handle und Entscheidungen darüber in die Zuständigkeit der Kommunikationskommission beziehungsweise des Bundesamtes für Kommunikation fielen. Aus diesem Grund stellte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Vorabklärung am 5. Juni 1998 ein und teilte dies den Beteiligten mit.

Mit Schreiben vom 29. Juli 1998 und 5. August 1998 wandten sich der Verband X sowie der Schweizerische Verband Y mit demselben nach wie vor ungelösten Sachverhalt erneut an die Wettbewerbskommission, worauf deren Sekretariat am 13. August 1998 eine zweite Vorabklärung gegen die S. eröffnete und dies den Beteiligten bekannt gab.

Mit Eingabe vom 10. Februar 1999 ersuchte sodann die Fernmeldediensteanbieterin C., vertreten durch Rechtsanwalt (...), die Wettbewerbskommission um Eröffnung einer Untersuchung gegen die S. wegen Diskriminierung beim Wholesale-Angebot für Mietleitungen. Dabei verlangte sie im Wesentlichen, es sei festzustellen, dass die S.

- beim Angebot von Mietleitungen als marktbeherrschendes Unternehmen gelte,
- beim Angebot von Mietleitungen über ihr Wholesale-Angebot andere Erbringer von Fernmeldediensten auf dem dem Mietleitungsmarkt nachgelagerten Markt der übrigen Fernmeldedienste diskriminiert habe, indem sie Informationen nicht, nicht zeitgerecht oder nicht vollständig zur Verfügung gestellt und mit dem Wholesale-Angebot verbundene Rabatte nicht, nicht zeitgerecht oder nicht vollständig gewährt habe,
- durch überhöhte Preise auf dem von ihr beherrschten vorgelagerten Markt für Mietleitungen und Übertragungsmedien ihre übrigen Dienstleistungen und Produkte im nachgelagerten Markt der Telekommunikationslösungen in LAN-, WAN- und weiteren Bereichen (ATM-Netze, Frame-Relay-Netze, übriger Carrier Service- und Bandbreitendienst, Engineering wie Projektplanung und Realisierung, Unterhalt und Wartung solcher Lösungen, Netzbetrieb, Lieferung von Hard- und Software) quersubventioniert und dadurch die übrigen Fernmeldediensteanbieter diskriminiert habe,

und es seien diese Verhaltensweisen der S. zu verbieten.

Da es sich bei der Eingabe der C. um Sachverhalte handelte, welche bereits Gegenstand der eröffneten (zweiten) Vorabklärung bildeten, leitete das Sekretariat der Wettbewerbskommission keine weitere, se-

parate Vorabklärung ein, sondern führte die laufende Vorabklärung gegen die S. weiter.

Mit Schlussbericht vom 31. August 1999 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der C. die vorbehaltlose Einstellung der Vorabklärung mit, da die Abklärungen ergeben hätten, dass zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der S. im Mietleistungsmarkt bestünden, dass indessen bei keinem der untersuchten Vorwürfe gegen die S. (Angebots- und Preispolitik, Informationstätigkeit) Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 Kartellgesetz vorliegen würden.

B. Gegen diesen Schlussbericht erhob die C. (Beschwerdeführerin), vertreten durch ihren Rechtsanwalt, am 17. September 1999 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Dabei beantragte sie, "es sei die Feststellungsverfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 31. August 1999, wonach bei keinem der untersuchten Vorwürfe gegen die S. Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen, aufzuheben und die Wettbewerbskommission anzuweisen, eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG zu eröffnen". Zur Begründung führte sie unter anderem aus, im angefochtenen Schlussbericht habe das Sekretariat der Wettbewerbskommission beschlossen, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen. Damit sei es auf das Begehren der Beschwerdeführerin um Durchführung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG nicht eingetreten, weshalb eine beschwerdefähige Verfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VwVG vorliege. Falls dem Schlussbericht die Verfügungsqualität abgesprochen würde, wäre die vorliegende Beschwerde als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen, weil das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu Unrecht die Eröffnung einer Untersuchung verweigere. An Stelle der Durchführung eines förmlichen Untersuchungsverfahrens habe das Sekretariat der Wettbewerbskommission eigentliche Untersuchungshandlungen fälschlicherweise in das Verfahren der Vorabklärung verlegt. In materieller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin eine Diskriminierung beim Wholesale-Angebot sowie bei der Informationsvermittlung und -praxis der S., die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und von Rabatten, die Quersubventionierung und den Preismissbrauch durch die S. geltend. Dabei zitierte sie jeweils die entsprechenden Ausführungen in ihrer Eingabe vom 10. Februar 1999.

C. Mit Vernehmlassung vom 24. November 1999 beantragte die Wettbewerbskommission, ihre erst nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist eingereichte Stellungnahme sei im Sinne von Artikel 32 Absatz 2 VwVG dennoch zu berücksichtigen, und es sei auf die Verwaltungsbeschwerde nicht einzutreten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Schlussbericht vom 31. August 1999 könne weder als Gestaltungsverfügung noch als Feststellungs- oder Nichteintretensverfü-

gung qualifiziert werden. Deshalb sei eine Anfechtung mittels Verwaltungsbeschwerde nicht möglich. Ebenso wenig könne die Eingabe der Beschwerdeführerin als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegengenommen werden, da es einerseits am Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erlass einer Verfügung mangle und andererseits kein Unterlassen der angerufenen Behörde vorliege, weil diese mit dem erwähnten Schlussbericht auf die Eingabe der Beschwerdeführerin reagiert habe.

D. Mit Schreiben vom 7. Januar 2000 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin darauf hin, dass im vorliegenden Verfahren keine mündliche und öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 73 mit Hinweisen).

1.1. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, beim Schlussbericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 31. August 1999 handle es sich um eine anfechtbare Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021, Art. 5 Abs. 1 Bst. c), denn das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei auf ihr am 10. Februar 1999 eingereichtes Begehren um Durchführung einer Untersuchung gegen die S. nach Massgabe des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251, Art. 27) nicht eingetreten.

Im Nachfolgenden ist somit vorab die Rechtsnatur des erwähnten Schlussberichts vom 31. August 1999 zu prüfen.

1.2. Gemäss Artikel 26 KG kann das Sekretariat Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Abs. 1). Es kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (Abs. 2). Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (Abs. 3).

Gemäss Artikel 27 KG eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das

Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Abs. 1). Die Wettbewerbskommission entscheidet, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind (Abs. 2).

1.2.1. Den Akten ist zu entnehmen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Ersuchen der Beschwerdeführerin vom 10. Februar 1999 um Eröffnung einer Untersuchung in die bereits gegen die S. laufende Vorabklärung integriert hat. Die Beschwerdeführerin rügt dieses Vorgehen, da ihres Erachtens das Sekretariat der Wettbewerbskommission aufgrund ihrer Eingabe hinreichende Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung gehabt habe und sie durch die Vorabklärung um die Parteirechte gebracht worden sei, die ihr in einer Untersuchung zustehen würden. Das Kartellgesetz räumt jedoch dem Sekretariat die Möglichkeit ein, als Erstes eine Vorabklärung durchzuführen. Ein Anspruch Privater auf die Eröffnung einer Untersuchung ohne vorgängige Vorabklärung ist aus dem Gesetz nicht abzuleiten.

1.2.2. Die Beschwerdeführerin beruft sich sodann darauf, dass Vorabklärungen und Untersuchungsverfahren dem Verwaltungsverfahrensgesetz unterstehen. Nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VwVG sei die Anordnung einer Behörde eine Verfügung, wenn sie das Nichteintreten auf ein Begehren um Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand habe. Sie leitet daraus ab, dass der Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VwVG darstelle, da das Sekretariat darin auf ihr Begehren um Eröffnung einer Untersuchung nicht eintrete.

Die Weigerung, auf ein Begehren einzutreten, ist indessen nur dann eine Verfügung, wenn das Begehren ein Handeln verlangt, zu dem die Behörde rechtlich verpflichtet ist (vgl. Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 213). Das Kartellgesetz sieht jedoch keine Verpflichtung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vor, auf Begehren eines Privaten eine Untersuchung zu eröffnen. Das Sekretariat leitet vielmehr dann eine Untersuchung ein, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine möglicherweise unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs bestehen. Es liegt im Ermessen der Behörde zu beurteilen, ob die Anhaltspunkte ausreichen, und das Kartellgesetz gibt dem Privaten keinen Anspruch auf die Durchführung einer Untersuchung (vgl. Bruno Schmidhauser in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rzn. 4 und 9 zu Art. 27 KG). Desgleichen hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in einem Entscheid aus dem Jahre 1997 festgehalten, dass kein Rechtsanspruch auf Eröffnung einer Untersuchung bestehe (vgl. REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.).

Auch wenn der Schlussbericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission im Widerspruch zum Begehren eines Privaten nicht zur Eröffnung einer Untersuchung führt, kann deshalb darin keine Verfügung gesehen werden. Die Vorabklärung stellt ein informelles Verfahren dar, das dazu dient, die untersuchungswürdigen Fälle auszuondern (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft, BBl 1995 I 468 ff., S. 602; vgl. auch Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 610; vgl. ferner Bruno Schmidhauser, a. a. O., Rzn. 5 und 6 zu Art. 26 KG). Im Verfahren der Vorabklärung ist ganz bewusst auf Verfügungsmöglichkeiten verzichtet worden. So sind auch keine Endverfügungen vorgesehen (vgl. Bruno Schmidhauser, a. a. O., Rz. 21 zu Art. 26 KG). Im Gegensatz zum Untersuchungsverfahren wird die Vorabklärung nicht mit einem formellen Entscheid abgeschlossen, sondern entweder mit der Einleitung eines formellen Untersuchungsverfahrens oder mit dem formlosen Abschluss des Vorabklärungsverfahrens (vgl. Jürg Borer, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, S. 344, Rz. 10 zu Art. 26 KG).

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Schlussbericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 31. August 1999 keine Verfügung im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes darstellt und folglich nicht mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden kann (vgl. Art. 5 und Art. 44 VwVG i. V. m. Art. 39 und Art. 44 KG). Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass auf die Verwaltungsbeschwerde vom 17. September 1999 mangels eines zulässigen Anfechtungsobjektes nicht eingetreten werden kann.

1.3. Die Beschwerdeführerin führt im Weiteren aus, "selbst wenn dem Schlussbericht die Verfügungsqualität im Sinne von Artikel 5 VwVG abgesprochen würde, wäre die vorliegende Beschwerde als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen, weil das Sekretariat zu Unrecht die Eröffnung einer Untersuchung verweigert".

Eine Rechtsverweigerung setzt gleich wie der Verfügungscharakter einer ausdrücklichen Gesuchsablehnung (vgl. E. 1.2.2) eine Rechtspflicht der Behörde zum Handeln voraus (vgl. Alfred Kölz / Isabelle Häner, a. a. O., Rzn. 719, 724 und 725). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat darüber jedoch nicht zu entscheiden. Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist an die Aufsichtsbehörde zu richten (Art. 70 Abs. 1 VwVG). Im Bereich der Zuständigkeiten des Sekretariates der Wettbewerbskommission ist der Präsident der Wettbewerbskommission Aufsichtsbehörde (vgl. Art. 8 Bst. b des Geschäftsreglementes der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1). Schliesslich ist zu vermerken, dass es der Beschwerdeführerin unbenommen bleibt, zum Schutze ihrer privaten Interessen ein zivilrechtliches Verfahren einzuleiten (vgl. Art. 12 ff. KG).

2. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass auf die Verwaltungsbeschwerde vom 17. September 1999 nicht eingetreten werden kann. Bezüglich der Rüge der Rechtsverweigerung wird die Beschwerde nach Massgabe von Artikel 8 VwVG an den Präsidenten der Wettbewerbskommission als Aufsichtsbehörde des Sekretariates der Wettbewerbskommission überwiesen.

3. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 4a Bst. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Einer obsiegenden Partei dürfen nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat (Art. 63 Abs. 3 VwVG). - Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Diese werden mit dem von ihr am 1. Oktober 1999 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2 000.- verrechnet (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 2. Bezüglich der Rüge der Rechtsverweigerung wird die Beschwerde an den Präsidenten der Wettbewerbskommission als Aufsichtsbehörde des Sekretariates der Wettbewerbskommission überwiesen.
 3. [Verfahrenskosten]
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
 5. [Eröffnung]
-

B 4 Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

| | |
|-----|---------------------------------------|
| B 4 | 1. Envoi postal de médicaments |
|-----|---------------------------------------|

Art. 2 und 3 BGBM

art. 2 et 3 LMI

art. 2 e 3 LMI

Das Urteil des Bundesgerichts (II. Zivilabteilung) vom 1. Oktober 1999 in Sachen MediService SA gegen le Règlement sur la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments hat ergeben:

A. La société MediService SA (ci-après: MediService), dont le siège social est à Zuchwil (Soleure), a été inscrite au Registre du commerce le 13 février 1997. Son but social est la vente de médicaments par la poste et/ou par des entreprises de transports privées ainsi que, à ces fins, les achats, les dispensations de médicaments, les livraisons, l'élaboration des données, l'exécution des prestations, l'établissement de listes et une surveillance de la consommation des médicaments (présente, rétrospective, future).

Le 28 février 1997, MediService a requis du pharmacien cantonal du canton de Soleure l'autorisation d'exploiter une pharmacie traditionnelle ainsi qu'un service d'envoi postal de médicaments, appelé "Direktserviceapotheke". En annexe, elle déposait un document décrivant comme suit ce système:

Seuls les médicaments figurant sur une ordonnance sont livrés par poste. A leur arrivée, les commandes accompagnées de l'ordonnance médicale sont triées, introduites dans un ordinateur et contrôlées sous l'angle d'éventuelles incompatibilités entre médicaments. En cas de problème, le pharmacien contacte le médecin ou le client. Lors de l'enregistrement de la commande, l'ordinateur imprime simultanément le bon de livraison ou de préparation, la fiche pharmaceutique personnelle du client ainsi que l'étiquette de dosage. La commande prête pour expédition, assortie de la fiche précitée actualisée ainsi que d'une plaquette d'informations pour les médicaments les plus courants, est à nouveau contrôlée, puis scellée et visée par un pharmacien. Les médicaments sont ensuite emballés de manière neutre et munis de l'adresse du destinataire, les produits sensibles étant placés dans des éléments réfrigérants. Les colis sont relevés par la poste deux fois par jour. Celle-ci s'est du reste engagée par convention particulière à, notamment, distribuer les colis à domicile contre signature du destinataire, lequel peut, en cas d'absence, obtenir une seconde livraison. MediService propose en outre un service client disposant des données les plus importantes afin d'offrir un conseil compétent par téléphone. MediService

assume la responsabilité de la préparation de la commande sur la base de l'ordonnance, et garantit notamment qu'aucun colis ne soit expédié sans le contrôle et le visa d'un pharmacien. C'est ensuite la poste qui est responsable du transport et de la livraison.

Le 26 mars 1997, MediService a obtenu, ainsi qu'Andreas Maritz, titulaire d'un diplôme fédéral de pharmacien, l'autorisation d'exploiter une pharmacie officielle à Zuchwil. Ce document autorise l'intéressée à vendre des médicaments dans son officine ainsi qu'à les livrer par la poste, à condition qu'ils ne soient pas livrés dans des cantons où l'envoi de médicaments est interdit (ch. 4.3), qu'ils soient prescrits par ordonnance médicale (ch. 4.4) et que le concept de sécurité et de qualité présenté le 28 février 1997 soit impérativement respecté (ch. 4.5).

Dès avril 1997, MediService a commencé à exploiter simultanément une pharmacie traditionnelle à Zuchwil et un service d'envoi postal de médicaments à destination d'autres cantons, dont le canton de Vaud.

Le 28 janvier 1998, le Conseil d'Etat du canton de Vaud a adopté le Règlement sur la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments (ci-après: le Règlement), en application des articles 3 et 175 de la loi cantonale du 29 mai 1985 sur la santé publique. Le Règlement, dont l'article 6 précisait qu'il entrerait immédiatement en vigueur, a été publié dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud le 3 février 1998 dans la teneur suivante:

"Art. 1er: Le présent règlement a pour objet la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments par les pharmacies et drogueries.

Art. 2: Par vente par correspondance on entend l'envoi préalable au client potentiel d'un catalogue, prix-courant ou autre offre lui proposant de passer une commande.

Par envoi postal on entend l'envoi de médicaments au client qui a envoyé de lui-même une commande ou une ordonnance au fournisseur.

Art. 3: La vente par correspondance de médicaments est interdite.

Art. 4: L'envoi postal de médicaments par les pharmacies et les drogueries et la livraison par porteur sont autorisés dans des cas particuliers justifiés, comme l'absence du domicile ou l'impossibilité du patient à se déplacer.

Les médicaments doivent être emballés séparément pour chaque destinataire et porter son nom et son adresse."

Par lettre du 17 février 1998, le pharmacien cantonal du canton de Vaud a informé MediService que le Règlement s'opposait à un approvisionnement régulier de patients en médicaments par la poste, de sorte qu'il convenait qu'elle mette un terme à ses activités dans le canton.

B. Agissant le 2 mars 1998 par la voie du recours de droit public, MediService demande au Tribunal fédéral d'annuler le Règlement précité. Elle invoque la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst.), le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 Disp. trans. Cst.), le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 4 Cst.) et la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). MediService soutient en bref que le système d'envoi postal qu'elle a aménagé offre une dispensation de médicaments répondant, à moindres coûts, aux conditions de sécurité et de qualité exigées par la santé publique.

Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours et s'en remet à la justice quant à la recevabilité de celui-ci. Au terme d'un second échange d'écritures, les parties ont maintenu leurs conclusions.

C. Par ordonnance du 21 avril 1998, le Président de la IIe Cour de droit public a rejeté la demande d'effet suspensif présentée par MediService.

Considérant en droit:

1. Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 125 I 14 consid. 2a p. 16, 253 consid. 1a p. 254).

a) Le recours de droit public est recevable lorsqu'il est formé, comme en l'espèce, contre un arrêté cantonal de portée générale pour violation des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 lettre a OJ).

Le recours de droit public étant subsidiaire, il convient d'examiner si une autre voie de recours fédérale est à disposition de la recourante (art. 84 al. 2 OJ). En l'occurrence, le recours de droit administratif est irrecevable, l'acte incriminé étant une norme cantonale (cf. art. 97 OJ a contrario; voir aussi ATF 124.I 145 consid. 1a p. 148). Il en va de même du recours administratif au Conseil fédéral, car la recourante se prévaut, à l'égard de la loi sur le marché intérieur, de l'article 2 Disp. trans. Cst., grief qui ressortit à la compétence du Tribunal fédéral en vertu de l'art. 73 al. 2 lettre a PA (ATF 125 II 440 consid. 1a p. 441; 123 I 313 consid. 1b p. 316; SJ 1998 489 consid. 1a). Le recours de droit public est dès lors recevable de ce point de vue.

b) L'exigence de l'épuisement des voies de droit cantonales prévue par l'article 86 alinéa 1 OJ vaut également pour les recours de droit public formés contre les arrêtés cantonaux de portée générale (ATF 124 I II consid. 1a p. 13, 159 consid. 1b p. 161; 119 la 321 consid. 2a p. 324; SJ 1998 489 consid. 1b). Le droit vaudois ne prévoyant aucune procédure de contrôle abstrait des règlements cantonaux (cf. art. 4 et 29 de la loi cantonale vaudoise du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives), le présent recours interjeté directement devant le Tribunal fédéral est donc recevable.

c) Le délai de trente jours prévu à l'article 89 alinéa 1 OJ pour déposer un recours de droit public contre un arrêté de portée générale a

commencé à courir dès la publication de cet acte dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud, soit, en l'espèce, le 3 février 1998 (cf. ATF 125 II 440 consid. 1b p. 442 et 124 I 145 consid. 1b p. 148). Posté le 2 mars 1998, le présent recours a été déposé en temps utile.

d) Lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre un arrêté de portée générale, la qualité pour recourir, au sens de l'article 88 OJ, est reconnue à toute personne dont les intérêts juridiquement protégés sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour (ATF 125 II 440 consid. 1c p. 442; 125 I 173 consid. 1b p. 174 et la jurisprudence citée).

aa) En l'espèce, la recourante a son siège et exploite une pharmacie traditionnelle dans le canton de Soleure exclusivement, de sorte que la seule législation cantonale applicable à cette activité est celle de ce canton. S'agissant de l'envoi postal de médicaments, les fonctions de réception des commandes, de contrôle, d'étiquetage, d'emballage, d'expédition et de service de conseil téléphonique sont également toutes exécutées dans le canton de Soleure. Le seul point de rattachement de cette activité avec les autres cantons, dont Vaud, est le domicile des destinataires des envois. Dans ces circonstances, dès lors que la recourante ne prétend pas avoir le dessein de s'établir un jour dans le canton de Vaud, il faut examiner si le service d'envoi postal de médicaments qu'elle exploite est néanmoins soumis à la souveraineté de ce canton, partant, s'il heurte le Règlement litigieux, sans quoi elle n'aurait pas d'intérêt à l'annulation de cet arrêté au sens l'article 88 OJ. Certes, l'autorisation qui lui a été délivrée par le canton de Soleure est subordonnée à la condition que les cantons de destination autorisent eux-mêmes cette activité (ch. 4.3), mais cette clause, qui ne fait pas l'objet du présent recours et qui est vraisemblablement entrée en force, relève exclusivement de la compétence du canton de Soleure et ne suffit pas à fonder la qualité pour recourir de la recourante. A supposer que l'activité d'envoi postal de médicaments exercée par la recourante ne soit pas soumise au Règlement litigieux, il lui appartiendrait, en vue de poursuivre ses expéditions dans le canton de Vaud, de solliciter des autorités du canton de Soleure la modification du ch. 4.3 de l'autorisation accordée.

bb) Le Tribunal fédéral s'est déjà penché, à l'occasion de recours fondés sur la liberté du commerce et de l'industrie, sur la question de l'étendue du champ d'application territorial des lois cantonales de police. Selon la jurisprudence, les articles 3 et 5 Cst. contraignent les cantons à tenir compte de la souveraineté des autres membres de la Confédération en matière de police, de sorte que les prescriptions de police du commerce édictées par les cantons conformément à l'article 31 alinéa 2 Cst. ne valent que dans les limites du territoire cantonal (ATF 87 I 451 consid. 5 p. 454; 53 I 204 consid. 2 p. 210). Ces prescriptions peuvent viser uniquement les activités industrielles ou commerciales qui sont en

rapport avec le territoire cantonal de manière importante, soit parce qu'elles sont exercées dans les limites du territoire lui-même, soit parce que leurs résultats adviennent sur le territoire cantonal et peuvent être soumis à la réglementation de police (ATF 95 I 422 consid. 6 p. 426; 87 I 451 consid. 5 p. 454 ss; 65 I 85 consid. 2 p. 87; voir aussi ATF 102 Ia 201 consid. 3 p. 205, Blaise Knapp, Commentaire de la Constitution fédérale, 1986, n^{os} 29 ss ad art, 5, et Hans Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Bâle 1976, n^o 167 p. 97/98.

En particulier, le Tribunal fédéral a considéré qu'un vendeur n'exerce pas son activité seulement au lieu d'où il expédie la marchandise par poste, chemin de fer ou d'autres moyens de transport, mais là aussi où la marchandise parvient à l'acheteur, si bien qu'un canton est habilité à soumettre à son autorisation le commerce en gros des médicaments, exercé par une société établie hors du canton, car la vente aux détaillants est une activité subordonnée à la loi du territoire (ATF 95 I 422 consid. 6 p. 426; 54 I 25 consid. 2 p. 30). Le Tribunal fédéral a également constaté qu'un pharmacien installé hors du canton mais fournissant un dépôt de pharmacie sis dans le canton exerçait sa profession sur le territoire cantonal et était subordonné pour cette activité à la souveraineté du canton, de sorte que le canton pouvait le soumettre à son autorisation (ATF 91 I 457 consid. 3b p. 465). De même, le vendeur de bétail qui livre à l'acheteur sis dans un autre canton accomplit sur le territoire de celui-ci l'une des opérations constituant l'exécution du contrat, partant, est soumis pour cette vente à la souveraineté de ce canton. En revanche, si la vente a été conclue et la marchandise livrée à l'acheteur dans le canton du vendeur, le canton où cette marchandise a été expédiée par l'acheteur lui-même ne peut étendre sa souveraineté sur cette vente (ATF 53 I 204 consid. 2 p. 210).

cc) En l'espèce, comme on l'a vu, la recourante envoie depuis le canton de Soleure des médicaments à des acheteurs domiciliés dans le canton de Vaud, de sorte que, selon la jurisprudence précitée, cette activité est soumise à la souveraineté du canton de Vaud. Peu importe à cet égard que le canton de Vaud ne s'en prenne qu'au mode de dispensation - par correspondance - des médicaments et ne soutienne pas que la vente de certains médicaments distribués par la recourante serait, en tant que telle, interdite sur son territoire ou subordonnée à des conditions plus sévères en matière d'ordonnance, ni que la recourante ne pourrait bénéficier d'une autorisation de pratiquer la pharmacie sur son territoire.

dd) L'activité d'envoi postal de médicaments exercée par la recourante dans le canton de Vaud étant régie par le Règlement litigieux, la recourante a la qualité pour agir par la voie du recours de droit public.

e) La recourante conclut à l'annulation du Règlement dans son intégralité. Toutefois, seul la concerne directement l'article 4 du Règlement en tant qu'il traite de l'envoi postal de médicaments par des

pharmacies, au sens de l'article 2 alinéa 2 du Règlement. En outre, il n'apparaît pas, et la recourante ne le soutient du reste pas, que l'annulation de cette partie de l'article 4 du Règlement devrait entraîner celle de l'arrêté tout entier. Au demeurant, la recourante ne critique de manière conforme à l'article 90 alinéa 1 lettre b OJ (cf. ATF 125 I 71 consid. 1c p. 76; 122 I 70 consid. 1c p. 73, 168 consid. 2b p. 172/173; 121 I 334 consid. 1b p. 337) que la partie de l'article 4 du Règlement afférente à l'envoi postal de médicaments par des pharmacies. Dans ces conditions, le recours est irrecevable dans la mesure où il conclut à l'annulation du solde de l'article 4 du Règlement et à celle des autres dispositions de cet arrêté.

2. La recourante soutient que la disposition litigieuse viole l'article 2 Dispositions transitoires Constitution en étant contraire à la loi sur le marché intérieur, soit aux articles 2 et 3 LMI.

a) En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 Disp. trans. Cst.), les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les domaines exhaustivement réglementés par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit qui ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qui n'en compromettent pas la réalisation (ATF 125 II 56 consid. 2b p. 58, 315 consid. 2a p. 316; 124 I 107 consid. 2a. p. 109; 123 I 313 consid. 2b p. 316). Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes fondé sur l'article 2 Dispositions transitoires Constitution, le Tribunal fédéral examine librement la conformité de la règle de droit cantonal avec le droit fédéral (ATF 125 II 440 consid. 1d p. 443; 123 I 313 consid. 2b p. 317; 122 I 18 consid. 2b/aa p. 20 et les références citées); toutefois, il n'annule la disposition cantonale en cause que si elle n'est pas susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral (ATF 125 II 440 consid. 1d. p. 443; 123 I 313 consid. 2b p. 317; 122 I 343 consid. 3a p. 345 et les références citées).

b) L'arrêté attaqué du 28 janvier 1998 a été adopté avant l'échéance du délai d'adaptation de deux ans prévu à l'article 11 alinéa 1 LMI, soit le 1er juillet 1998, mais après l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1996, de ladite loi, de sorte que les dispositions matérielles de celle-ci sont applicables en l'espèce (cf. ATF 123 I 313 consid. 3 p. 318/ 319; voir aussi Thomas Cottier/Benoît Merkt, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique, in Etudes Aubert, Bâle 1996, p. 449 ss, spéc. p. 464).

c) La loi sur le marché intérieur garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Par activité lucrative au sens de ladite loi, on entend toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 1 al. 3 LMI). Ainsi, selon l'article 2 alinéa 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des

marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.

Des restrictions à ce principe ne sont licites que si elles remplissent les conditions cumulatives de l'article 3 LMI. D'après cette disposition, la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (lettre a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (lettre b) et répondent au principe de la proportionnalité (lettre c). Par intérêts publics prépondérants, on entend en particulier la protection de la vie et de la santé de l'être humain (art. 3 al. 2 lettre a LMI). Les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque (art. 3 al. 3 LMI) la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (lettre a), il est tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance (lettre b), le siège ou l'établissement au lieu de destination ne constitue pas une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative (lettre c). Enfin, selon l'article 3 alinéa 4 LMI, les restrictions visées au 1er alinéa ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux.

d) En l'espèce, l'article 4 du Règlement, qui n'autorise l'envoi postal de médicaments que dans des cas particuliers, équivaut en fait à interdire l'envoi postal régulier de médicaments tel que l'exerce la recourante. Or, cette activité tombe dans le domaine d'application de la loi sur le marché intérieur (cf. art. 1 al. 1 et 3 LMI), dès lors que la liberté du commerce et de l'industrie protège en particulier la fabrication et la vente des médicaments, ainsi que l'activité du pharmacien qui exerce une profession libérale (ATF 118 la 175 consid. 1 p. 176; 111 la 184 consid. 2a p. 186 et la jurisprudence citée). De plus, cette activité est licite dans le canton de Soleure où la recourante a son siège – aux conditions posées par l'autorisation octroyée – si bien que la recourante a en principe le droit d'offrir ses services sur tout le territoire suisse, soit en particulier dans le canton de Vaud. En conséquence, la restriction à la liberté d'accès au marché du canton de Vaud que constitue l'article 4 du Règlement attaqué ne peut être admise qu'aux conditions de l'article 3 LMI.

A cet égard, il n'est pas contesté que le Règlement attaqué répond à un intérêt public important expressément mentionné à l'article 3 alinéa 2 lettre a LMI, soit la protection de la vie et de la santé de l'être humain. Encore faut-il toutefois que la restriction litigieuse soit nécessaire et

respecte le principe de la proportionnalité au sens de l'article 3 alinéa 3 LMI.

3. Selon la jurisprudence relative aux libertés fondamentales, en particulier à la liberté du commerce et de l'industrie, le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 209 consid. 10d/aa p. 223; 123 I 112 consid. 4e p. 121; 122 I 236 consid. 4e/bb p. 246).

Lorsque le principe de la proportionnalité est appliqué dans le cadre de la loi sur le marché intérieur, il doit être apprécié plus spécifiquement au regard des buts poursuivis par cette loi, ainsi qu'ils sont expressément mentionnés à l'article 1 alinéa 2 LMI. Selon cette disposition, la loi vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse. La liberté d'accès au marché, telle qu'elle ressort de cette loi, a ainsi une portée constitutive positive. En conséquence pèsent du même côté de la balance des intérêts, tant le droit individuel à la liberté d'accès au marché que la garantie institutionnelle d'un marché intérieur unique. Du reste, dans son Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (FF 1995 I 1193 ss, spéc. p. 1246, voir aussi p. 1199/1200), le Conseil fédéral a précisé que, "dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient d'attribuer à l'idée du marché intérieur au moins autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici". Autrement dit, pour que la loi sur le marché intérieur puisse atteindre ses buts, le principe de la proportionnalité doit être appliqué strictement aux restrictions posées par un canton à l'égard d'offreurs externes respectant les réglementations en vigueur dans leur propre canton (Vincent Martenet/Christophe Rapin, *Le marché intérieur suisse*, Berne 1999, p. 27/28; Rhinow/Schmid/Biaggini, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, n° 60 p. 159; Kilian Wunder, *Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbebefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft*, thèse Bâle 1998, p. 158/159; Fritz Gygi/Paul Richli, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2e éd., Berne 1997, p. 15).

Selon l'article 3 alinéa 3 lettre a LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. Cette exigence est

fondée sur le principe dit du "Cassis-de-Dijon", tiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui constitue l'un des fondements essentiels de la loi sur le marché intérieur. Selon ce principe, l'autorisation de commercialisation de marchandises, de services et d'autres activités lucratives doit être régie par les prescriptions en vigueur au lieu de provenance. Adapté à cette occasion au cadre juridique suisse, il établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives bénéficiant de la protection de la liberté sur le commerce et l'industrie sont équivalentes, de sorte que la personne qui a obtenu l'autorisation d'exercer une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'il ne soit démontré, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte, d'éventuels intérêts publics prépondérants demeurant en principe réservés (Message, op. cit. p. 1194, 1236 et 1243). En conséquence, l'offreur externe dont la liberté d'accès au marché est restreinte n'a pas à démontrer que la réglementation qui s'oppose à son activité économique dans le lieu de destination viole le principe de la proportionnalité. C'est au canton de destination qu'il appartient d'établir que la norme en vigueur au lieu de provenance ne permet pas d'atteindre le degré de protection recherché (Wunder, op. cit. p. 159). Encore doit-on préciser que la loi sur le marché intérieur n'exige pas que des restrictions identiques s'appliquent sur tout le territoire suisse, mais tend uniquement à la suppression, dans la mesure nécessaire, des obstacles de droit public à la concurrence entre les cantons (cf. Message, op. cit. p. 1260; Wunder, op. Cit. p. 158).

4. a) aa) Selon l'article 29 du Règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 (CICM; RS 812.101), à laquelle tous les cantons ont adhéré, l'Office intercantonal du contrôle des médicaments classe les substances médicamenteuses selon les modes de vente suivants: A vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale à ne pas renouveler sans l'autorisation du médecin; B vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale renouvelable par le pharmacien; C vente dans les pharmacies sans ordonnance médicale; D vente dans les pharmacies et drogueries et E vente libre dans tous les commerces.

Par ailleurs, il existe plusieurs systèmes de vente de médicaments en interaction avec la poste (cf. Message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux [loi sur les produits thérapeutiques; LPT; FF 1999 3151], ad art. 27 p. 3209; Recommandation de la Commission de la concurrence du 7 décembre 1998 aux cantons concernant l'autorisation de la vente par correspondance de médicaments [ci-après: Recommandation de la Commission de la concurrence], n^o 5 ss p. 3; Rapport du 22 avril 1998 du groupe de travail ad hoc "vente par correspondance" de la Commission spéciale des cantons, Office intercantonal de contrôle des médicaments [ci-après: Rapport OICM], p. 7 ss). Il s'agit notamment de la vente de

médicaments par correspondance proprement dite (Versandhandel) qui tend à susciter une commande chez le client potentiel par catalogue, prospectus, annonce, liste de prix ou autres offres de ce type. On distingue ensuite la livraison subséquente de médicaments (Nachversand), soit l'envoi postal de médicaments au client qui, après avoir bénéficié d'un conseil professionnel, passe de lui-même une commande à la pharmacie. Ce système ne constitue pas l'activité principale du pharmacien, mais un service d'appoint usuel et nécessaire dans des cas d'espèce, par exemple en cas de rupture de stock ou lorsque le client séjourne momentanément hors de son domicile ou ne peut se déplacer. Enfin, "l'envoi direct" de médicaments par poste (Direktversand) consiste en la vente de médicaments commandés spontanément par le client, avec ou sans ordonnance, type de commerce que le Conseil fédéral inclut dans la vente par correspondance (Message, loc. cit.).

Les conditions auxquelles peut être subordonnée la vente de médicaments en interaction avec la poste dépendent à la fois du type de substance médicamenteuse vendue et du système de vente en cause. Par exemple, l'envoi régulier de préparations E serait *prima facie* admissible sans exigence particulière, car ces produits ne nécessitent pas la surveillance ou le conseil de spécialistes, si bien qu'ils peuvent être traités comme des marchandises ordinaires (cf. Message, ad art. 23 al. 2 p. 3206 et ad art. 27 al. 1 p. 3209; Rapport OICM, p. 8). En revanche, les substances des listes C et D, disponibles sans ordonnance, pourraient difficilement être vendues par correspondance, car il n'est pas concevable que la clientèle puisse accéder à de tels produits sans un contrôle suffisant de la consommation (Rapport OICM, p. 9).

bb) En l'espèce, l'autorisation délivrée par le canton de Soleure le 26 mars 1997 réserve le service d'envoi postal aux seuls médicaments prescrits par ordonnance médicale, sans égard à leur classification. Autrement dit, toutes les substances médicamenteuses précitées (y compris celles des listes C, D et E) peuvent être expédiées à domicile, à condition toutefois qu'elles soient prescrites par un médecin.

b) La réglementation litigieuse met en jeu, d'un côté, l'intérêt privé de la recourante à exercer son activité d'envoi direct de médicaments dans le canton de Vaud et, comme on l'a vu, l'intérêt public à la réalisation d'un marché intérieur unique. De l'autre côté est en cause l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain. Il faut encore tenir compte de l'intérêt public à lutter contre les coûts de la santé, étant rappelé que celui-ci cède le pas devant l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain (ATF 123 I 201; 111 la 184 consid. 2b p. 186; 110 la 99 consid. 5d p. 105).

S'agissant de la vente de médicaments en interaction avec la poste, la sauvegarde de la santé publique doit être examinée sous trois aspects. En premier lieu, la sécurité des produits doit être garantie. Ainsi, les

préparations doivent être effectuées correctement, les médicaments doivent échapper à tout dommage pendant le transport (pas d'écoulement, de vol, de brisure, de contamination ni d'influences préjudiciables telles que la chaleur, le froid, la lumière, l'humidité, etc.) et être livrés au bon destinataire (pas de remise à un enfant par exemple). Puis, la protection du patient doit également être assurée. En particulier, le mode de vente doit contribuer à lutter contre la consommation excessive ou abusive de médicaments, notamment par un accès limité et une restriction de la publicité (ATF 123 I 201 consid. 4 p. 205; 99 la 370 consid. 4a p. 376); il doit empêcher que des erreurs quant aux médicaments dispensés ou quant aux dosages résultent d'un déficit en conseil ou surveillance. Troisièmement, le système de dispensation doit permettre un approvisionnement médicamenteux sûr, de proximité, réparti de manière raisonnable sur le plan géographique et accessible à l'ensemble de la population, notamment dans les endroits retirés où l'ouverture d'une pharmacie traditionnelle n'est pas rentable (ATF 119 la 433 consid. 4 p. 439 ss; 118 la 175; 99 la 370 consid. 4a p. 376/377; voir aussi Recommandation de la Commission de la concurrence n^{os} 23 ss p. 7 à 11).

c) aa) En l'espèce, la recourante soutient que le canton de Vaud ne démontre pas que la protection recherchée de la vie et de la santé de l'être humain ne peut être obtenue par les prescriptions et restrictions qui lui ont été imposées par le canton de Soleure, si bien qu'une interdiction quasi absolue de l'envoi postal de médicaments tel qu'il le conçoit est disproportionnée. Elle allègue à cet égard ce qui suit:

En premier lieu, la protection du client est assurée du fait que seuls les médicaments prescrits par ordonnance médicale sont expédiés. Les tâches de surveillance dévolues aux pharmacies sont également respectées, dès lors que toutes les ordonnances, introduites dans l'ordinateur, sont vérifiées par un pharmacien non seulement sous l'angle des éventuelles interactions, mais aussi des quantités et du dosage. La mission de renseignement et de conseil est de même remplie grâce aux plaquettes d'informations et, surtout, à une ligne téléphonique ouverte 24 heures sur 24. Un questionnaire de santé, qui peut être rempli volontairement par le patient et qui l'est d'ailleurs à 95%, permet au pharmacien en ligne de conseiller et d'informer le patient d'une manière fiable et efficace, tout comme la fiche pharmaceutique personnelle actualisée indiquant l'ensemble des médicaments livrés et à livrer, les coordonnées du médecin, la date de la livraison et le dosage. Enfin, le système est avant tout destiné aux patients qui ont régulièrement besoin de médicaments et qui connaissent bien tant leur maladie que le mode de prise de ceux-ci, tels que les patients chroniques. Du reste, la majorité des clients de la recourante sont des personnes de moins de 65 ans exerçant une activité lucrative.

Puis, les risques inhérents à l'expédition postale ont été éliminés de manière suffisante dans la mesure où, notamment, la poste s'est engagée à livrer les envois le jour ouvrable suivant la remise du paquet, cela dans toute la Suisse, les envois devant être délivrés le samedi étant adressés en express. Par ailleurs, le système accède aux lieux les plus éloignés, où l'exploitation d'une officine traditionnelle ne serait pas rentable. Enfin, il contribue, et c'est son objectif, à lutter contre l'explosion des coûts de la maladie.

bb) Quant à elle, l'autorité intimée soutient que l'interdiction de l'envoi postal de médicaments est proportionnée à la sauvegarde de la santé publique. Elle avance à ce propos les arguments suivants:

Seuls un contact visuel et un dialogue direct entre le pharmacien et le patient permettent au pharmacien d'accomplir au mieux ses tâches de contrôle, d'information et de conseil. En effet, certains clients ont du mal à s'exprimer par téléphone, en particulier les étrangers ou les personnes âgées. Le pharmacien a également de la peine à constater par téléphone si le client a bien compris les informations données, et à remarquer si, par exemple, l'état de santé du patient nécessite d'autres mesures. Surtout, il est plus difficile de surveiller et de motiver les patients par le biais d'un téléphone impersonnel, alors que ce sont justement les patients chroniques, dont la thérapie est souvent associée à un changement durable de mode de vie ou à un régime, qui doivent être constamment contrôlés et stimulés. Du reste, s'il est vrai que certains patients chroniques disposent d'une faculté d'autonomie et de responsabilisation suffisante, il est difficile de distinguer par téléphone ces personnes de celles qui nécessitent une aide particulière, de sorte que la protection des personnes les plus vulnérables n'est pas assurée par un contact téléphonique. Par ailleurs, les patients, surtout les personnes âgées, sont souvent soumis à plusieurs médications, les unes concernant une maladie chronique ou de longue durée, les autres portant sur des cas aigus ou exceptionnels. Ils doivent par conséquent gérer deux sources d'approvisionnement, l'une auprès du service d'envoi postal, l'autre auprès de la pharmacie de proximité, ce qui peut non seulement entraîner des confusions dans la prise de médicaments mais également porter préjudice aux malades incapables de distinguer les cas dans lesquels ils doivent renoncer à l'envoi postal et se rendre dans une officine traditionnelle.

Puis, l'envoi postal ne peut répondre à une demande urgente et comporte des risques de retard ou d'erreur. De plus, il n'est pas certain que le système préconisé par la recourante permette de réduire les coûts de la santé.

Enfin, admettre ce système dans son principe conduirait probablement à la prolifération de sociétés analogues à la recourante, ce qui menacerait la survie économique de nombreuses officines et amincirait le réseau des

pharmacies, partant, affaiblirait, la sûreté de l'approvisionnement en médicaments.

d) Il résulte de ce qui précède que l'admissibilité du système d'envoi postal de médicaments mis sur pied par la recourante donne lieu à une controverse serrée. Du reste, ce sujet fait l'objet de vifs débats à l'occasion, en particulier, de l'élaboration de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques, destinée à remplacer la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments. Le Conseil fédéral a présenté à l'Assemblée fédérale à ce propos un article 27 libellé dans les termes suivants:

"Vente par correspondance de médicaments:

1. La vente par correspondance de médicaments prêts à l'emploi est interdite.
2. Le Conseil fédéral peut toutefois autoriser la vente par correspondance d'un médicament prêt à l'emploi:
 - a. qui fait l'objet d'une ordonnance médicale;
 - b. si aucune exigence en matière de sécurité ne s'y oppose;
 - c. si les conseils sont fournis dans les règles de l'art;
 - d. si une surveillance médicale suffisante de l'action du médicament est garantie."

La solution adoptée par le canton de Vaud, qui interdit l'envoi régulier de médicaments, peu important à cet égard que la commande soit accompagnée ou non d'une ordonnance, est donc encore plus rigoureuse que celle de l'article 27 alinéa 2 du projet de la loi sur les produits thérapeutiques. Toutefois, il ne s'agit que d'une proposition du Conseil fédéral, qui doit faire encore l'objet des débats de l'Assemblée fédérale dont on ne saurait préjuger l'issue, ni dans le sens d'un assouplissement, ni dans celui d'un durcissement.

e) Force est de constater que les deux systèmes comportent des avantages et des inconvénients.

aa) Sur le plan de la protection du patient, le système prôné par la recourante souffre de carences qui ne sont pas sans entraîner des risques. Notamment, il supprime le contact direct entre le pharmacien et la personne qui a besoin du médicament, ce qui implique certains dangers dans l'exercice d'une activité de conseil professionnel. Le contact direct ne peut être remplacé, sans perte, par un dialogue téléphonique, dès lors que celui-ci ne permet pas au pharmacien de saisir au mieux l'état de santé, le degré d'autonomie, la capacité de compréhension et l'aptitude à se responsabiliser du client. En conséquence, l'efficacité du contrôle, par le pharmacien, de la prise des médicaments par le client s'en trouve diminuée. De plus, le système présente un danger supplémentaire dans la mesure où il entraîne le plus souvent un

dédoublément des sources d'approvisionnement pour le client, ce qui peut entraîner des confusions.

D'un autre côté, la limitation de l'envoi postal aux seuls médicaments assortis d'une ordonnance constitue un gage de sécurité. En effet, l'ordonnance témoigne qu'un médecin a déjà effectué un contrôle, tant de l'adéquation que de la quantité et du dosage du médicament, ce qui permet d'éviter en particulier une consommation abusive ou erronée. De plus, les ordonnances sont systématiquement vérifiées par un pharmacien, au vu des données informatisées qu'il possède déjà sur le patient. Des erreurs peuvent certes se produire dans la préparation et la dispensation des produits, mais celles-ci peuvent également survenir dans une officine traditionnelle, qu'elles résultent d'inattentions ou d'une mauvaise lecture de l'ordonnance, même si la présence du patient peut dans certains cas les parer. De plus, le contact direct ne doit pas être idéalisé. Les patients sont de moins en moins fidélisés à une pharmacie et tendent à s'approvisionner au hasard de leurs pérégrinations, de sorte que le pharmacien ou ses assistants n'ont plus guère de relations personnalisées avec ces clients. En outre, la recourante offre un conseil permanent par téléphone, alors que, dans le système traditionnel, les patients doivent s'adresser à la pharmacie de garde en dehors des heures d'ouverture, ce qui peut constituer un obstacle à leur démarche.

Enfin, il faut relever que les citoyens restent entièrement libres de continuer à s'adresser à une pharmacie traditionnelle et de bénéficier ainsi d'un contact direct et personnalisé, cas échéant de rester fidèles à une officine déterminée. Rien n'oblige les malades peu autonomes ou peu responsables de commander leurs médicaments par correspondance.

bb) Du point de vue de la sécurité des produits et de la fiabilité de l'approvisionnement, le système d'envoi postal comporte également certains risques. Des erreurs peuvent survenir dans la préparation des envois, les paquets peuvent être endommagés, perdus, livrés avec retard ou aboutir en de mauvaises mains. Toutefois, les mesures prises à cet égard par la recourante paraissent suffisantes; même si elles ne suppriment pas tous les dangers. Du reste, une pharmacie traditionnelle n'est pas davantage infallible, dès lors qu'elle peut tomber en rupture de stock et ne s'enquiert normalement pas de l'identité de ses clients. En outre, le système aménagé par la recourante permet à des personnes pouvant difficilement se déplacer ou résidant dans des endroits reculés d'obtenir plus aisément les médicaments et le conseil dont elles ont besoin. Par ailleurs, le risque que le réseau des pharmacies traditionnelles soit diminué au point de mettre en danger la santé publique paraît faible.

cc) En conclusion, l'on ne saurait dire, sous l'angle de la loi sur le marché intérieur, que les risques entraînés par le procédé aménagé par la recourante doivent conduire à son interdiction, malgré ses avantages,

dans la mesure où les deux systèmes peuvent coexister et se compléter, les patients étant libres de recourir à l'un et à l'autre selon leurs besoins. Certes, les motifs de santé publique parlant en faveur de l'exclusivité des pharmacies traditionnelles sont sérieux et ne peuvent être considérés comme un prétexte pour écarter du marché les pharmacies pratiquant la vente par correspondance. Toutefois, dans une application stricte du principe de la proportionnalité au regard des buts visés par la loi sur le marché intérieur, le canton de Vaud n'a pas démontré que le niveau de protection de la vie et de la santé de l'être humain, garanti par les prescriptions applicables au lieu de provenance, à savoir par les conditions auxquelles le canton de Soleure a délivré à la recourante l'autorisation d'exercer l'activité d'envoi postal de médicaments, serait insuffisant.

Par ailleurs, on ne peut davantage objecter que l'interdiction de l'envoi postal de médicaments correspondrait à un principe largement reconnu de santé publique. En effet, bon nombre de cantons n'ont pas édicté une telle restriction ou n'ont pas du tout réglementé ce domaine. Cela peut en partie s'expliquer par le fait que, jusqu'à présent, le besoin d'un tel mode de vente de médicaments n'existait pas. La situation a cependant changé, comme l'atteste la présente affaire. Du reste, ainsi qu'on l'a vu, la question de l'admissibilité de l'envoi postal de médicaments sera vraisemblablement bientôt réglementée sur le plan fédéral, soit par la loi fédérale sur les produits thérapeutiques.

f) Ainsi, l'article 4 du Règlement viole le droit de la recourante, garanti par l'article 2 LMI, d'accéder librement au marché suisse; car, au vu des prescriptions et restrictions imposées à la recourante par le canton de Soleure, l'interdiction prévue n'est pas nécessaire à la préservation d'un intérêt public prépondérant et ne répond pas davantage au principe de la proportionnalité au sens de l'article 3 LMI. En conséquence, la disposition en cause n'est pas conforme à l'article 2 Dispositions transitoires Constitution.

Toutefois, une annulation formelle de la partie de l'article 4 du Règlement afférente à l'envoi postal de médicaments par des pharmacies n'apparaît pas justifiée. D'une part, il est possible - mais cette question n'a pas à être examinée plus avant - que cette disposition reste conforme à la Constitution hors du champ d'application de la loi sur le marché intérieur, à savoir vis-à-vis des pharmacies établies dans le canton de Vaud (cf. ATF 125 I 276 consid. 4 p. 278 ss). D'autre part, elle pourrait également s'appliquer valablement aux pharmacies externes qui, le cas échéant, exerceraient l'activité d'envoi postal de médicaments sans remplir les conditions nécessaires de sécurité. En conséquence, il convient de se limiter à constater que l'interdiction, prévue par l'article 4 du Règlement, de l'envoi postal de médicaments par des pharmacies ne peut être opposée à la recourante, de sorte que celle-ci peut accéder librement au marché suisse en vertu de la loi sur le

marché intérieur. Le recours doit donc être partiellement admis en ce sens.

Il n'y a pas lieu de procéder à un contrôle constitutionnel plus étendu, auquel la recourante n'a pas d'intérêt pratique. En particulier, la question de savoir si l'interdiction litigieuse respecte les autres dispositions de la loi sur le marché intérieur et se fonde sur une base légale suffisante peut rester indécidée. De même, il est superflu d'examiner la conformité de l'article 4 du Règlement aux articles 4 et 31 Constitution., notamment sous l'angle de l'égalité entre concurrents.

5. Vu ce qui précède, le recours est admis partiellement dans le sens des considérants, dans la mesure où il est recevable. Il n'y a pas lieu de mettre des frais judiciaires à la charge de l'autorité intimée (art. 156 al. 2 OJ). En revanche, le canton de Vaud devra verser à la recourante une indemnité à titre de dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:

1. Admet partiellement le recours dans le sens des considérants, dans la mesure où il est recevable.
2. Dit qu'il n'est pas prélevé d'émolument judiciaire.
3. Dit qu'une indemnité de 10'000 fr. à titre de dépens est mise à la charge de l'Etat de Vaud, en faveur de la recourante.
4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire de la recourante et au Conseil d'Etat du canton de Vaud.

C Zivilrechtliche Praxis

Pratique des tribunaux civils

Prassi dei tribunali civili

C 2 Bundesgericht

Tribunal fédéral
Tribunale federale

| | |
|-----|--|
| C 2 | 1. Patentrecht; Parallelimport |
|-----|--|

Art. 8 PatG, Art. 3 Abs. 2 und Art. 7 KG

art. 8 LBI, art. 3 al. 2 et art. 7 LCart

art. 8 LBI, art. 3 cpr. 2 e art. 7 LCart

Das Urteil des Bundesgerichts (I. Zivilabteilung) vom 7. Dezember 1999 in Sachen Kodak SA gegen Jumbo-Markt AG betreffend Patentrecht/Parallelimport hat ergeben:

A. Die Kodak SA (Klägerin) ist infolge einer Patentabtretung Inhaberin des schweizerischen Teils des Europäischen Patents EP 0 028 099 (Kodak-

Farbnegativfilme), welches im Übrigen ihrer Muttergesellschaft, der Eastman Kodak Company, Rochester/USA, zusteht. Die Klägerin ist eine reine Vertriebsgesellschaft. Sie bezieht von verschiedenen Kodak-Produktionsgesellschaften Farbnegativ-Filme unter der Bezeichnung Kodak Gold 200 (mit 12, 24 und 36 Bildern pro Film) sowie Einwegkameras mit Kodak Gold 400-Farbnegativ-Filmen insbesondere unter der Bezeichnung "Fun Flash", "Fun Waterproof" und "Fun Wide Angle" für den Vertrieb in der Schweiz. Sie hat für die Schweiz die exklusive Kodak-Vertriebsberechtigung und beliefert Grossisten und Detailhändler.

Die Jumbo Markt AG (Beklagte) verkauft unter anderem Kodak-Produkte, die sie teilweise über die von der Klägerin autorisierten Quellen in der Schweiz bezieht. Daneben bietet sie ihren Kunden aber auch Farbnegativfilme Kodak Gold 200 und Kodak Einwegkameras (mit dem Film Kodak Gold 400) an, die aus Grossbritannien stammen. Diese Filme und Kameras sind vom Schutzbereich des EP 0 028 099 erfasst. Sie sind in England mit Zustimmung der für Grossbritannien zuständigen Kodak-Gesellschaft in Verkehr gebracht worden, und es handelt sich um ordnungsgemäss für den englischen Markt bestimmte Kodak-Produkte.

B. Am 19. Dezember 1996 klagte die Kodak AG gegen die Jumbo Markt AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich im Wesentlichen mit dem Antrag, der Verkauf der nicht von der Klägerin in den Verkehr gebrachten Kodak-Produkte sei der Beklagten unter Androhung der Ungehorsamstrafe zu verbieten (Rechtsbegehren Ziffer 1), die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den durch den widerrechtlichen Vertrieb der Filme und Einwegkameras erzielten, gerichtlich festzustellenden Gewinn herauszugeben (Ziffer 2), die Beklagte habe die Bezugsquellen der Filme und Einwegkameras gemäss Begehren 1 zu bezeichnen (Ziffer 3) und die Klägerin sei schliesslich für berechtigt zu erklären, das Ziffer 1 betreffende Urteilsdispositiv auf Kosten der Beklagten in zwei Fachzeitschriften für den Fotohandel sowie je einer Tageszeitung in der deutschen, französischen und italienischen Schweiz sowie im Fürstentum Liechtenstein zu publizieren.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 23. November 1998 ab. Das Gericht erkannte, dass im Patentrecht ebenso wie im Marken- und Urheberrecht der Grundsatz internationaler Erschöpfung gelte.

C. Mit Berufung vom 11. Januar 1999 stellt die Klägerin die Anträge, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1998 sei aufzuheben, die Klage sei bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 gutzuheissen und bezüglich der Rechtsbegehren Ziffern 2 bis 4 zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte schliesst in ihrer Antwort auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1998.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Das Patent verschafft seinem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerbsmässig zu nutzen (Art. 8 Abs. 1 PatG). Als Benützung gelten neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere auch das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken (Art. 8 Abs. 2 PatG).

Dem Patentinhaber allein ist somit vorbehalten, der Erfindung entsprechend hergestellte, patentrechtlich geschützte Waren in Verkehr zu bringen. Benutzt er die Erfindung in dieser Weise und veräussert er eine patentrechtlich geschützte Sache, so gerät sein ausschliessliches Recht zur gewerbsmässigen Benützung der Erfindung für diesen Gegenstand mit den Befugnissen des Erwerbers aus sachenrechtlichem Eigentum in Konflikt. In der Lehre ist anerkannt, dass das sachenrechtliche Eigentum hier vorgeht und der Erwerber sowie seine Rechtsnachfolger die Befugnisse aus dem Sacheigentum ausüben können, ohne die Rechte des Patentinhabers zu verletzen.

b) Das freie Benutzungsrecht des Sacheigentümers wurde im 19. Jahrhundert theoretisch mit einer stillschweigenden Lizenz erklärt, die der Patentberechtigte dem Erwerber und dessen Rechtsnachfolgern einräumt (Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Auflage 1985, S. 764). Diese Theorie liegt offenbar dem britischen Recht der "implied licence" nach wie vor zugrunde (vgl. Perret, Importations parallèles et droit des brevets d'invention, in: Mélanges Dessemontet, Lausanne 1998, S. 181; Beier, Die Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, GRUR Int. 1996, S. 4; Gladwell, The Exhaustion of Intellectual Property Rights, European Intellectual Property Review, Bd. 8 1986, S. 366; ähnlich für Japan auch das Urteil des obersten Gerichtshofs vom 1. Juli 1997, GRUR Int. 1998, S. 168 ff., insb. Ziff. 3 (4) S. 169/70; so auch der japanische Report bei Tellekson, Should the Theory of International Exhaustion of Intellectual Property Rights Be Universally Accepted and Applied in an Identical Manner to Each of the Different Categories of These Rights?, Revue Internationale de la Concurrence, 2. 1999, S. 17).

Die aktuelle schweizerische Doktrin folgt dagegen mit der kontinentaleuropäischen der von Josef Kohler entwickelten Lehre über den Zusammenhang der Benutzungsarten. Danach werden die durch das Patentrecht vermittelten Befugnisse für einen Gegenstand verbraucht, konsumiert oder erschöpft, wenn die am Patent berechtigte Person eine patentgeschützte Sache veräussert oder wenn die Sache mit ihrem Einverständnis in Verkehr gesetzt wird (Blum/Pedrazzini, Das Schweizerische Patentrecht, 2. Auflage 1975, Bd. I, Anm. 13 zu Art. 8; Troller, a.a.O.; vgl. auch Heath, Parallel Imports and International Trade, International Review of Industrial Property and Copyright Law [IIC] 1997, S. 625; Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1900, S. 452 ff., 457; Benkard/Bruchhausen, Patentgesetz, 9. Auflage München 1993, N. 15-17 zu § 9 PatG; Cohen Jehoram, Prohibition of Parallel Im-

ports Through Intellectual Property Rights, IIC 1999, S. 497/8). In dieser Weise erschöpft sich durch das Inverkehrsetzen namentlich die Befugnis des Patentinhabers zu gewerbmässigem Gebrauch und weiterem Feilhalten, Verkauf und Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstandes (Troller, a.a.O.; Blum/Pedrazzini, a.a.O.). Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt und wird von den Parteien nicht in Frage gestellt, soweit der Gegenstand vom Patentinhaber selbst oder mit seinem Einverständnis in der Schweiz in Verkehr gebracht wird (Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, S. 48 N. 140).

Streitig ist allein, ob die Befugnisse aus dem Schweizer Patent ebenfalls erschöpft werden, wenn die Waren vom schweizerischen Patentinhaber oder mit dessen Zustimmung im Ausland in Verkehr gebracht werden (Grundsatz der internationalen Erschöpfung), eventuell nur bei Inverkehrsetzung in bestimmten andern Ländern (regionale Erschöpfung, vgl. dazu Cottier/Stucki, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europarechtlicher und völkerrechtlicher Sicht, in: *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, *Comparativa* 60, Genève 1996, S. 35, 47/8), oder ob die Einfuhr derartiger Waren in die Schweiz das Patent verletzt, wenn sie gegen den Willen des Patentinhabers erfolgt (Grundsatz der nationalen Erschöpfung).

2. Zunächst ist zu prüfen, ob sich aus den anwendbaren gesetzlichen Normen beantworten lässt, welcher Grundsatz der Erschöpfung dem schweizerischen Patentrecht zugrunde liegt.

a) Artikel 8 Absatz 2 PatG gewährleistet dem Patentinhaber das ausschliessliche Recht zur Einfuhr patentierter Gegenstände. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung wird klar, dass daraus nicht eine Positivierung des Grundsatzes der nationalen Erschöpfung abgeleitet werden kann. Die Aufnahme auch der Einfuhr als dem Patentinhaber vorbehaltene Benützung wurde nämlich bei der Revision vom 16. Dezember 1994 im Rahmen der notwendigen Rechtsanpassungen für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen zusätzlich in Artikel 8 Absatz 2 PatG eingefügt. In der Botschaft vom 19. September 1994 führte der Bundesrat zur Begründung aus, die bis dahin nicht ausdrücklich erwähnte Einfuhr zum Zwecke der anderen in Artikel 8 Absatz 2 PatG genannten Verwendungen gelte gemäss Artikel 28 Absatz 1 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPs-Abkommen; SR 0.632.20 Anhang 1.C) ebenfalls als Benützungshandlung. Die entsprechende Gesetzesänderung werde es dem Patentinhaber erlauben, sich bereits bei der Einfuhr patentverletzender Erzeugnisse zur Wehr zu setzen. Diese Möglichkeit sei insofern von Bedeutung, als es in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereite, importierte Erzeugnisse zu beschlagnahmen, nachdem sie bereits Eingang in die landesweiten Vertriebs- und Verteilungskanäle ge-

funden haben (GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBl 1994 IV S. 984). Die redaktionelle Änderung von Artikel 8 PatG vom 16. Dezember 1994 hat die geltende Rechtslage nicht geändert (vgl. BGE 97 II 169 E. 2a S. 172). Für die Einfuhr regelt Artikel 8 Absatz 2 PatG den Konflikt patentrechtlicher Befugnisse gegenüber den Rechten aus dem Sacheigentum ebenso wenig wie für die anderen, in dieser Bestimmung aufgeführten patentrechtlichen Nutzungsbefugnisse.

b) Für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung wird in der Lehre insbesondere das strenge Territorialitätsprinzip im schweizerischen Patentrecht angeführt.

Nach der Praxis des Bundesgerichts kommt dem schweizerischen Patentgesetz ein strikt territorialer Geltungsbereich zu. Dies bedeutet namentlich, dass der Schutz des schweizerischen Patentes an den Landesgrenzen endet (BGE 122 III 81 E. 5a S. 87; 115 II 279; 100 II 237 E. 2; 97 II 169 E. 2a S. 173; 92 II 293 E. 4). Der mit dem Patentgesetz angestrebte Schutz gilt bloss innerhalb der Landesgrenzen und Patentverletzungen werden nur erfasst, wenn sie sich in der Schweiz auswirken, wenn also die in Nachahmung der Erfindung widerrechtlich hergestellten oder benutzten Gegenstände auf schweizerisches Gebiet gelangen. Dies schliesst etwa aus, den Ort des Vertragsschlusses in der Schweiz unbekümmert darum zu berücksichtigen, ob die Gegenstände ausschliesslich für Drittländer bestimmt sind, weil diesfalls der Schutzbereich des Gesetzes auf das Ausland ausgedehnt würde (BGE 100 II 237 E. 2 S. 238; 35 II 643). Auch die Herstellung von Erzeugnissen im Ausland in Verletzung eines in der Schweiz geschützten Patentes wird vom Geltungsbereich des Patentgesetzes nur erfasst, wenn die Gegenstände in die Schweiz eingeführt werden, um hier vertrieben oder auch bloss gelagert und dann wieder ausgeführt zu werden (BGE 100 II 237 E. 2 S. 239 mit Hinweisen). Dass die unbefugte Benützung einer patentierten Erfindung nach dem Territorialitätsprinzip nur dann gegen schweizerisches Recht verstösst, wenn sie in der Schweiz erfolgt, heisst dagegen nicht, im Ausland erfolgte Handlungen seien in jedem Fall unbeachtlich. Vielmehr genügt, dass die widerrechtliche Benützung in der Schweiz vom Ausland aus veranlasst oder gefördert worden ist, und die handelnde Person ist für jedes Tun oder Unterlassen unbesehen um den Ort der Handlung nach schweizerischem Recht verantwortlich, wenn solches Verhalten rechtserhebliche Ursache einer in der Schweiz erfolgten Benützung ist (BGE 97 II 169 E. 2a S. 173; 92 II 293 E. 4 S. 296).

Das Territorialitätsprinzip besagt somit, dass das Patentgesetz nur Anwendung findet, sofern die Benutzung der geschützten Erfindung im Sinne von Artikel 8 PatG auf schweizerischem Hoheitsgebiet erfolgt und insofern der Erfolg hier eintritt (Vischer, IPRG-Kommentar, Zürich 1993, N. 3 sowie 5/6 zu Art. 110). Es ergibt sich daraus nicht, dass für die Anwendung des schweizerischen Rechtes Ereignisse allein deshalb unbeachtlich wären, weil sie sich im Ausland zugetragen haben (Mar-

bach, Der Stellenwert ausländischer Sachverhalte bei der Beurteilung nationaler Markenrechte, ZBJV 124bis, S. 320/1; Bieri-Gut, Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und dem Recht der EU, AJP 1996, S. 560; Cottier/Stucki, a.a.O., S. 35; vgl. auch Bernhardt/Krasser, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Auflage München 1986, S. 582; Loewenheim, Nationale und internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten, GRUB Int. 1996, S. 309 mit Hinweisen in Fn. 36).

Seit jeher selbstverständlich ist in dieser Hinsicht auch, dass für Fragen der Neuheit oder des Standes der Technik nicht allein auf schweizerische Veröffentlichungen zurückgegriffen werden kann. Inwiefern Sachverhalte, die sich im Ausland zugetragen haben, für die Anwendung des Patentgesetzes beachtlich sind, lässt sich aus dem Territorialitätsprinzip als solchem nicht beantworten. Namentlich steht es einer internationalen Erschöpfung des Patentrechts nicht grundsätzlich entgegen (vgl. BGE 122 III 469 E. 5e S. 479 in Bezug auf das Markenrecht).

Wie bereits in BGE 124 III 321 E. 2d S. 328 festgestellt wurde, ist somit davon auszugehen, dass die hier zu entscheidende Problematik gesetzlich nicht geregelt ist.

3. Im Weiteren ist zu untersuchen, ob das die Schweiz verpflichtende internationale Recht die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten im Patentrecht beantwortet.

a) Das Territorialitätsprinzip ist auch im internationalen Patentrecht verankert (vgl. Baeumer, Anmerkungen zum Territorialitätsprinzip im internationalen Patent- und Markenrecht, Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, S. 809/810). So ist der Patentschutz nach den von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Verträgen jeweils auf die Staaten beschränkt, für welche dieser Schutz vom Berechtigten ausdrücklich beansprucht wird und für welche die entsprechenden formellen Schutzvoraussetzungen erfüllt werden.

Artikel 4bis der in Stockholm revidierten Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ; SR 0.232.04) bestimmt etwa in Absatz 1, dass die in den verschiedenen Verbandsländern von Verbandsangehörigen angemeldeten Patente unabhängig sind von den Patenten, die für dieselbe Erfindung in anderen Ländern erlangt worden sind, mögen diese Länder dem Verband angehören oder nicht. Gemäss Absatz 2 ist diese Bestimmung ohne jede Einschränkung zu verstehen, insbesondere in dem Sinn, dass die während der Prioritätsfrist angemeldeten Patente sowohl hinsichtlich der Gründe der Nichtigkeit und des Verfalls als auch hinsichtlich der gesetzmässigen Dauer unabhängig sind. Aus dem in Artikel 4bis PVÜ zum Ausdruck gelangenden Grundsatz der Unabhängigkeit der Patente kann indessen nicht auf eine Kodifizierung der nationalen Erschöpfung geschlossen werden. Vielmehr sollten damit nationale Regelungen ausgeschlossen werden, welche aufgrund des internationalen Abkommens erworbene Patente von der Gültigkeit des Ursprungs-

patents abhängig machten (Heath, a.a.O., S. 628; Bürgi/Lang, Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz?, sic! 1999, S. 385).

Die territoriale Unabhängigkeit von Patenten ist auch in Artikel 3 des Europäischen Patentübereinkommens vom 5. Oktober 1973 (EPÜ; SR 0.232.142.2) statuiert. Nach dieser Bestimmung kann die Erteilung des europäischen Patentes für einen, mehrere oder alle Vertragsstaaten beantragt werden. Trotz der weitgehenden Vereinheitlichung des materiellen Schutzes im EPÜ und trotz der Möglichkeit einheitlicher Patentanmeldung beim Europäischen Patentamt (EPA) erhält der Erfinder kein einheitliches Patent für den gesamten Geltungsbereich des EPÜ. Die europäische Patentanmeldung verschafft dem Patentinhaber vielmehr dieselben Rechte, die ihm ein in den ausdrücklich benannten Vertragsstaaten jeweils erteiltes nationales Patent gewähren würde (Art. 64 Abs. 1 EPÜ). Ein europäisches Patent zerfällt daher mit seiner Erteilung in nationale Patente und unterliegt dem entsprechenden nationalen Recht (Rippe/Gall, Europäische und internationale Patentanmeldungen, Leitfaden für die Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, S. 4/5).

Ebenso verhält es sich mit der internationalen Anmeldung nach dem Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (PCT; SR 0.232.141.1). Nach diesem Abkommen können Anmeldungen zum Schutz von Erfindungen in jedem Vertragsstaat eingereicht werden (Art. 3 Abs. 1). Auch hier sind die Bestimmungsstaaten zu bezeichnen, in denen Patentschutz beansprucht wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. ii). Die Wirkungen der internationalen Veröffentlichung einer internationalen Anmeldung sind die gleichen, wie sie nach dem nationalen Recht des Bestimmungsstaates der gesetzlich vorgeschriebenen inländischen Veröffentlichung einer ungeprüften nationalen Anmeldung zukommen (Art. 29 Abs. 1, vgl. auch Rippe/Gall, a.a.O., S. 141 ff.).

Auch wo daher die Anmeldung, sei es im Rahmen des PCT oder des EPÜ, formell einheitlich für mehrere Vertragsstaaten erfolgen kann und auch wo die Schutzvoraussetzungen, sei es im Sinne der Mindestvorschriften gemäss Artikel 28-33 TRIPs oder im Sinne weitgehender Harmonisierung im Rahmen des EPÜ, materiell übereinstimmen, besteht der Patentschutz in einem ganzen Bündel nationaler Rechte (David, AJP 1999, S. 110 Ziff. 5; Comte, Internationale Erschöpfung der Patentrechte?, sic! 1999, S. 479, 482). Es bedarf der formellen Beanspruchung und Aufrechterhaltung des Schutzes für jedes einzelne Land und der Erfüllung der entsprechenden Formvorschriften, insbesondere der Entrichtung der Gebühren, um in einem bestimmten Land Patentschutz beanspruchen und ihn während der Schutzdauer aufrecht erhalten zu können (vgl. dazu sic! 1999, S. 513/4). Diese nationale Beschränkung des Patentschutzes selbst im Rahmen internationaler Abkommen kann zwar

nicht unbeachtet bleiben (vgl. dazu E. 8c hienach). Aus dem im internationalen Patentrecht verankerten Territorialitätsprinzip ergibt sich indessen so wenig wie aus dem nationalen Recht (vgl. hiezu oben E. 2b) der Grundsatz der nationalen Erschöpfung.

b) Gemäss Artikel 28 TRIPs-Abkommen hat der Patentinhaber u.a. das Recht, Dritten den Verkauf und die diesem Zweck dienende Einfuhr patentierter Gegenstände zu untersagen. Diese Bestimmung schreibt mit dem Schutz der Einfuhr allein vor, den Import von Produkten zu sanktionieren, die das Patent verletzen, ohne selbst ein Verbot von Parallelimporten zu statuieren. Dies ergibt sich nicht nur aus Artikel 6 TRIPs-Abkommen, sondern wird überdies in einer Fussnote zu Artikel 28 TRIPs mit dem Verweis auf Artikel 6 klargestellt (GATT-Botschaft 1, BBI 1994 IV, S. 301/2; vgl. auch Bollinger, Die Regelung der Parallelimporte im Recht der WTO, sic! 1998, S. 548; Alesch Staehelin, Das TRIPs-Abkommen, 2. Auflage Bern 1999, S. 57 ff. und 148/9; Cottier/Stucki, a.a.O., S. 52; Cohen Jehoram, International Exhaustion versus Importation Right: a Murky Area of Intellectual Property Law, GRUB Int. 1996, S. 284). Die in der Literatur vereinzelt geäusserte Behauptung, dass mit dem materiellen Schutz der Einfuhr die nationale Erschöpfung durch das TRIPs-Abkommen geradezu vorgeschrieben werde, überzeugt dagegen nicht (so aber Straus, Bedeutung des TRIPs für das Patentrecht, GRUR Int. 1996, S. 193/4); denn mit dem Versuch, gerade aus diesem Abkommen die ausschliessliche Geltung der nationalen Erschöpfung herzuleiten, wird die auf Beseitigung von Handelshemmnissen jeglicher Art gerichtete Zielsetzung des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, dessen Bestandteil das TRIPs-Abkommen bildet, übergangen und verkannt. Im TRIPs sollen vielmehr zwei Anliegen zum Ausgleich gebracht werden, nämlich die Förderung des Freihandels einerseits und ein verstärkter Schutz des geistigen Eigentums andererseits (Bronckers, The Exhaustion of Patent Rights under WTO Law, Journal of World Trade 1998, S. 144). Die Erschöpfung und damit die Frage, ob insbesondere Parallelimporte durch den Patentberechtigten verboten werden können, wird durch Artikel 28 TRIPs jedoch nicht geregelt, sondern gemäss Artikel 6 TRIPs ausdrücklich dem nationalen Recht vorbehalten (vgl. auch Kunz-Hallstein, Zur Frage der Parallelimporte im internationalen gewerblichen Rechtsschutz, GRUB 1998, S. 269/70).

Zusammengefasst ist die Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung weder im nationalen, noch im für die Schweiz geltenden internationalen Recht geregelt, weshalb diesbezüglich von einer echten Lücke auszugehen ist.

4. Gemäss Artikel 1 Absatz 2 ZGB soll das Gericht bei Vorliegen einer echten Lücke nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 317 zu Art. 1 ZGB). Die Verpflichtung auf die Realien rückt dabei diejenige Norm in den Vordergrund, welche im Verkehr bisher beachtet worden ist (dazu E. 5 hienach). Zudem gilt es, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zu beachten. Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie, wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie, wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann (dazu E. 6 hienach; zum Ganzen Meier-Hayoz, a.a.O., N. 345 ff.). Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 366 ff.). Dies gilt besonders, wo sich vordringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zu achten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden (dazu E. 7 hienach). Sind schliesslich sich widerstrebende Interessen betroffen, muss - namentlich bezüglich verschiedener Verfassungsnormen mit unterschiedlicher Schutzrichtung - eine Interessenabwägung vorgenommen werden (E. 8 hienach).

5. a) Die traditionelle schweizerische Lehre legt bezüglich der Zulässigkeit von Parallelimporten das Schwergewicht auf die immaterialgüter- und patentrechtlichen Befugnisse und befürwortet vorwiegend unter Berufung auf den Territorialitätsgrundsatz im Patentrecht die nationale Erschöpfung (Troller, a.a.O., S. 767; Blum/Pedrazzini, a.a.O., Anm. 13 zu Art. 8; Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2. Auflage Bern 1987, S. 122/3; Cherpillod, Rezension Chanel, sic! 1997, S. 92 Bemerkung Ziff. 3; Heinrich, PatG/EPÜ, Kommentar Zürich 1998, S. 90/1 N. 8.15; von Büren, Der Übergang von Immaterialgüterrechten, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht SIWR I/1, S. 179; Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Bd. II 1996, S. 654; Altenpohl, Die Durchsetzbarkeit selektiver Vertriebsbindungssysteme gegenüber Aussenseitern nach schweizerischem Recht, AJP 1992, S. 194; Dominique Graz, Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Diss. Lausanne 1988, S. 107 ff.; Comte, a.a.O., S. 479; Dutoit, Les importations parallèles au crible de quel droit?, in: Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?, Comparativa 60, Genève 1996, S. 98; Perret, a.a.O., S. 165 ff.). In der Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes betreffend die

Erfindungspatente vom 16. August 1989 hatte der Bundesrat zudem vorgeschlagen, "in Abkehr von dem nach Lehre und Rechtsprechung geltenden Grundsatz, wonach die Erschöpfung nur bei Inverkehrbringen im Inland eintritt", den Grundsatz der regionalen (europaweiten) Erschöpfung im Patentgesetz zu verankern (BBl 1989 III S. 232 ff.). Zwar wurde der Gedanke der Einführung einer regionalen Erschöpfung bereits im Vorverfahren wieder fallengelassen (a.a.O., S. 246) und lässt der Umstand, dass keine entsprechende Regelung in das Patentgesetz aufgenommen wurde, nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber im Patentrecht ausdrücklich auf die internationale Erschöpfung verzichtet hätte (BGE 124 III 321 E. 2d S. 328). Dennoch wird die traditionelle Geltung des Prinzips der nationalen Erschöpfung im Patentrecht durch die damaligen Ausführungen des Bundesrates unterstrichen.

b) Von einem anderen Teil der Doktrin wird in jüngerer Zeit in Ablehnung der herrschenden Lehre der Grundsatz der internationalen Erschöpfung vertreten. Begründet wird dies namentlich mit der Handels- und Gewerbefreiheit, dem aussenwirtschaftsrechtlichen Umfeld sowie den Interessen der Konsumenten (Zäch, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995, S. 301 ff., 310; Cottier/Stucki, a.a.O., S. 58; Bieri-Gut, a.a.O., S. 573/4; Bürgi/Lang, a.a.O., S. 384 ff.). Zum Teil wird aus denselben Gründen auch eine Änderung der Auslegung des Freihandelsabkommens der Schweiz mit der Europäischen Union befürwortet, die zu einer regionalen Erschöpfung in diesem Freihandelsraum führen müsste (Cottier/Stucki, a.a.O., S. 48).

c) Aus der kantonalen Rechtsprechung sind - abgesehen vom angefochtenen Urteil des Handelsgerichts Zürich, in dem der Grundsatz der internationalen Erschöpfung für das Patentrecht anerkannt wird - vier Entscheide bekannt, deren zwei Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffen. So hat die Justizkommission des Obergerichts Luzern in einem Entscheid vom 11. Dezember 1987 internationale Erschöpfung angenommen (LGVE 1987 1 Nr. 25 S. 66 ff.; kritisch dazu Pedrazzini, SMI 1989, S. 181). Der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich hat dagegen am 6. Februar 1979 nach dem Grundsatz nationaler Erschöpfung entschieden (SMI 1982, S. 95 ff.), ebenso wie das Appellationsgericht des Kantons Tessin in einem Entscheid vom 30. August 1985 (SMI 1988, S. 202 ff.) und die Cour de Justice des Kantons Genf am 14. April 1983 (SJ 1984, S. 31).

Obwohl die neueren Tendenzen nicht übersehen werden, spricht demnach die traditionelle schweizerische Rechtsauffassung für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung.

6. a) Das Bundesgericht hat für das geltende Markenrecht (BGE 122 III 469, "Chanel") und für das geltende Urheberrecht (BGE 124 III 321, "Nintendo") die Frage der Erschöpfung kürzlich entschieden und erkannt, dass die Befugnisse der Inhaber dieser Schutzrechte an entsprechend geschützten Waren auch dann erschöpft sind, wenn die Gegen-

stände von den Berechtigten oder mit ihrem Einverständnis im Ausland in Verkehr gebracht worden sind (Grundsatz der internationalen Erschöpfung).

In Bezug auf das Markenrecht erschien in erster Linie wesentlich, dass die Kennzeichnungsfunktion der Marke durch Parallelimporte nicht beeinträchtigt wird, wobei zusätzlich auf die durch Artikel 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit hingewiesen wurde, die auch die Aussenhandelsfreiheit umfasst (BGE 122 III 469 E. 5f, g S. 479/80).

Für das Urheberrecht wurde namentlich die lange Tradition internationaler Erschöpfung im schweizerischen Recht berücksichtigt, die zunächst auch in Vorentwürfen und Entwürfen zum geltenden Artikel 12 des URG vom 9. Oktober 1992 Ausdruck gefunden hatte, die jedoch in der parlamentarischen Beratung im Hinblick auf den EWR-Vertrag und der dort vorgesehenen regionalen Erschöpfung nicht ins Gesetz aufgenommen wurde (BGE 124 III 321 E. 2b S. 325). Im Nintendo-Urteil wurde überdies der systematische Unterschied zwischen der Marke als Kennzeichen und dem Urheberrecht als Verwertungsrecht einer Leistung anerkannt, wenn auch angesichts der Leistungen des Markenberechtigten bei der Schaffung, Einführung und Vermarktung des Kennzeichens relativiert (BGE 124 III 321 E. 2c S. 327/8). Es wurde zudem wiederum berücksichtigt, dass die in Artikel 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit insbesondere das Recht umfasst, auch immaterialgüterrechtlich geschützte Produkte ein- und auszuführen (BGE 124 III 321 E. 2g S. 331). Ausdrücklich offen gelassen wurde in diesem Urteil die Frage, ob die Unterschiede des Urheberrechts zum funktionsverwandten Patent eine unterschiedliche Beurteilung der Erschöpfungsfrage rechtfertigen würden (BGE 124 III 321 E. 2d S. 328).

Im Hinblick auf das Postulat der Einheit der Rechtsordnung stellt sich die Frage, ob alle Immaterialgüterrechte bezüglich der Erschöpfung zwingend gleich zu behandeln oder ob im Patentrecht Besonderheiten zu beachten sind, die eine unterschiedliche Regelung der Erschöpfung gegenüber dem Marken- und dem Urheberrecht zu rechtfertigen vermögen.

b) Die Funktion des Markenrechts als Kennzeichen hatte schon altrechtlich eine einschränkende Auslegung von Artikel 24c aMSchG in dem Sinne veranlasst, dass Einfuhren mit im Ausland rechtmässig angebrachten Marken vom Berechtigten nur unter der Voraussetzung der Täuschung des Publikums verboten werden konnten (BGE 122 III 469 E. 5b S. 474/5 mit Verweisen; vgl. auch David, Basler Kommentar zum Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Auflage 1999, N. 17 zu Art. 13 MSchG). Diese Funktion als Kennzeichen unterscheidet die Marke denn auch vom primären Verwertungsrecht, welches Patent wie Urheberrecht dem Berechtigten verschaffen (Perret, Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, SZIER 1997, S. 288 ff., hält aus diesem Grund im Anwendungsbereich des

Markenrechts das Konzept der Erschöpfung für verfehlt). Auch wenn dieser funktionelle Unterschied nicht überbewertet werden darf und allein eine unterschiedliche Regelung der Erschöpfung kaum rechtfertigt (BGE 124 III 321 E. 2c S. 328), bleibt die Kennzeichnungsfunktion der Marke doch ihr unverzichtbares Merkmal. Das Markenrecht ist zudem im Unterschied zum Patent grundsätzlich unbefristet (vgl. Tellekson, a.a.O., S. 15).

c) Die Verwertungsrechte von Patent und Urheberrecht sodann sind zwar funktionsverwandt, beziehen sich aber auf andere geistige Leistungen - technologische einerseits, kulturelle andererseits - und sind grundlegend anders ausgestaltet. Das Patent verleiht seinem Inhaber Ausschliesslichkeitsansprüche zur Verwertung der Erfindung für eine im Vergleich zum Urheberrecht wesentlich kürzere Dauer. Die Schutzdauer für Patente beträgt grundsätzlich höchstens 20 Jahre seit der Anmeldung (Art. 14 PatG, vgl. auch Art. 140a ff. PatG). Das Urheberrecht demgegenüber verschafft dem Urheber selbst bis zum Tod und seinen Rechtsnachfolgern darüber hinaus während 70, ausnahmsweise 50 Jahren urheberrechtlichen Schutz (Art. 29 URG). Dem Patentinhaber steht für die Amortisation seiner Investitionen daher wesentlich weniger Zeit zur Verfügung als dem Schöpfer eines urheberrechtlich geschützten Werkes. Zudem setzt das Erlangen und Aufrechterhalten eines Patentes nach Artikel 41 PatG die Bezahlung der in der Verordnung vorgesehenen Gebühren voraus, während ein literarisches oder künstlerisches Werk individuellen Charakters urheberrechtlichen Schutz genießt, sobald es geschaffen ist (Art. 29 Abs. 1 URG).

Die urheberrechtlichen Befugnisse sind im Übrigen generell weniger eng an die Sachen gebunden, in denen das Immaterialgut sich konkret verwirklicht und zum Ausdruck kommt. Während beim Patent der wirtschaftliche Nutzen regelmässig in der Sache selbst liegt, zu deren technischen Herstellung die Erfindung anleitet, kann ein künstlerisches Werk auf unterschiedliche Weise verwendet werden (Art. 10 URG). Dies beeinflusst insbesondere das Verhältnis der immateriellen Verwertungsbefugnisse zum Sacheigentum, welches mit der Lehre der Erschöpfung erfasst wird. Die wirtschaftliche Verwertung einer Erfindung ist nach der Herstellung eines patentierten Gegenstandes an den Gebrauch und die Weiterveräusserung dieses Gegenstandes gebunden. Diese Nutzungen sind dem Patentinhaber zwar vorbehalten (Art. 8 Abs. 2 PatG), doch begibt er sich ihrer mit der ersten massgebenden Inverkehrsetzung. Ein urheberrechtlich geschütztes Werk dagegen kann regelmässig auf unterschiedliche Weise und mehrfach wahrnehmbar gemacht werden, wobei wesentliche Befugnisse zur Verwertung des Werkes trotz Begebung eines Werkexemplares bei der Urheberin verbleiben (vgl. insbes. Art. 10 Abs. 2 Bst. c-f, Art. 13 ff. URG). Mit der Veräusserung des geschützten Gegenstands begibt der Urheber daher weniger Rechte als der Patentinhaber.

Unterschiede zwischen Patent- und Urheberrecht sind sodann im wirtschaftspolitischen Bereich nicht zu übersehen. Die Objekte des Urheberrechts befriedigen traditionell eher ästhetische Bedürfnisse, diejenigen des Patentrechts verbreitet auch existentielle. Die internationale Preisgestaltung erhält damit gerade bei patentierten Erzeugnissen auch eine wirtschaftsethische Seite, sollen bestimmte Regionen nicht von einer wirtschaftlich tragbaren Versorgung mit lebensnotwendigen oder -erhaltenden Gütern ausgeschlossen sein. Gegebenenfalls sind deshalb bezüglich patentierter Produkte unterschiedliche Parameter zu beachten, welche nicht erlauben, den ausländischen Markt zu den Bedingungen des inländischen zu bedienen.

d) Obwohl das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung eine einheitliche Behandlung sämtlicher Immaterialgüterrechte in Bezug auf die Erschöpfungsfrage als wünschbar erscheinen lässt, ist eine solche angesichts der dargelegten Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht einerseits und Patentrecht andererseits nicht zwingend.

7. Eine rechtsvergleichende Sicht ergibt für die Frage der Erschöpfung im Patentrecht Folgendes:

a) In der deutschen Lehre und Rechtsprechung wurde - bis zur Anpassung der Gesetzgebung an das Recht der Europäischen Union - insbesondere zwischen der Erschöpfung im Markenrecht einerseits und im Patentrecht andererseits differenziert (vgl. Loewenheim, a.a.O., S. 307 ff.). Während für das Markenrecht der Grundsatz internationaler Erschöpfung aus der Erwägung gerechtfertigt wurde, das Warenzeichen diene lediglich dem Zweck, Verwechslungen der Waren des Zeicheninhabers mit den Waren anderer zu verhüten, ohne den Abnehmern Beschränkungen hinsichtlich des Weitervertriebs oder der Preisgestaltung aufzuerlegen, wurde für das Patentrecht der Grundsatz nationaler Erschöpfung damit begründet, dass dessen Wirkung wegen seiner territorialen Natur auf das Inland beschränkt sei (Loewenheim, a.a.O., unter Verweis namentlich auf RGZ 51, 139; RGZ 51, 263; BGH GRUB 1976, 579/582 sowie BGHZ 41, 84; ebenso Reimer, a.a.O., S. 228). In der herrschenden deutschen Lehre wird der Grundsatz nationaler Erschöpfung im Patentrecht auch dort nicht in Frage gestellt, wo für das Markenrecht die internationale Erschöpfung unterstützt wird. Dabei wird insbesondere geltend gemacht, dass das Territorialitätsprinzip nach wie vor das massgebliche Ordnungsprinzip des gewerblichen Rechtsschutzes wie auch des Urheberrechts bilde und nur dann zurücktrete, wenn Funktion und Zweckbestimmung für eine internationale Beurteilung spreche, was für das Markenrecht im Gegensatz zum Patentrecht zutrefte (Beier, a.a.O., S. 5/6). Ebenfalls betont wird der Belohnungsgedanke (Loewenheim, a.a.O., S. 310; Beier, a.a.O., S. 6/7). So wird namentlich angeführt, dass jeder Staat dem Patentinhaber für die Offenbarung seiner Erfindung durch das an seinen Grenzen endende selbstständige Ausschliesslichkeitsrecht einen selbstständigen Anspruch

auf Belohnung zugestehende, der von der Erlangung eines Vorteils aus einem anderen, wenn auch inhaltsgleichen Patent in einem anderen Staat völlig unabhängig sei (Benkard/Bruchhausen, a.a.O., N. 21 zu § 9; Bernhardt/ Krasser, a.a.O., S. 582/3).

In Frankreich gilt für das Patentrecht ebenfalls der Grundsatz nationaler Erschöpfung, soweit nicht das europäische Recht regionale unionsweite Erschöpfung verlangt (Paul Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Ed. du J.N.A. Paris 1991, S. 309 ff., vgl. auch S. 284). Artikel 30 bis des französischen Patentgesetzes von 1968 in der Fassung von 1978 bestimmt diesbezüglich, dass sich die Rechte aus dem Patent nicht auf Handlungen an Produkten erstrecken, die in Frankreich (Hervorhebung nur hier) durch den Patentinhaber oder mit seiner Einwilligung in Verkehr gesetzt worden sind (zit. nach Mathély, a.a.O., S. 309; vgl. auch Beier, a.a.O., S. 3). Im französischen Markenrecht war demgegenüber herkömmlicherweise der Erschöpfungsgedanke nicht bekannt; der Markeninhaber behielt vielmehr seine aus dem Markenrecht fließende Kontrolle so lange, als sich der mit dem Zeichen versehene Gegenstand im Handel befand und verlor die Herrschaft darüber erst, wenn der Gegenstand in den Herrschaftsbereich des Endverbrauchers gelangt war (Mathély, *Le nouveau droit des marques*, Ed. du J.N.A. Paris 1994, S. 180; vgl. auch Tellekson, a.a.O., S. 27).

In Österreich gilt traditionellerweise für das Patentrecht ebenfalls der Grundsatz der nationalen Erschöpfung (vgl. Friebel/Pulitzer, *Österreichisches Patentrecht*, 2. Auflage Köln etc. 1971, § 22 Rz. K.IV.2.c S. 217), während für das Markenrecht vor der europäischen Harmonisierung die Erschöpfung ungeachtet dessen eintrat, wo das Inverkehrsetzen erfolgt war (Annette Kur, Einführung, in: Schrickler/Bastian/Albert, *Die Neuordnung des Markenrechts in Europa*, Baden-Baden 1998, S. 42/3; vgl. auch das EuGH-Urteil *Silhouette gegen Hartlauer* vom 16. Juli 1998, Rs C-355/96, Slg. 1998 1-4799, 1-4827 Rz. 13).

Auch Italien kennt traditionell den Grundsatz nationaler Erschöpfung im Patentrecht. Artikel 1 Absatz 2 des entsprechenden Erlasses bestimmt denn auch ausdrücklich, dass sich die Befugnisse des Patentinhabers erschöpfen, wenn sie im Staatsgebiet in Verkehr gebracht worden sind (vgl. Marchetti/Ubertaini, *Commentario breve alla legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, Padova 1987, brevetti per invenzioni, S. 109). Auch für das Urheberrecht und das Markenrecht gilt in Italien unter Vorbehalt des EU-Rechtes der Grundsatz nationaler Erschöpfung (Marchetti/Ubertaini, a.a.O., S. 6, 469).

b) Innerhalb der Europäischen Union gilt das Recht des Patentinhabers an einer patentierten Sache (regional) als erschöpft, wenn sie in einem Mitgliedstaat vom Patentinhaber oder mit dessen Einverständnis in Verkehr gesetzt worden ist, wobei dieses Einverständnis mit der Inverkehrsetzung als wesentlich erscheint (Mager, *Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentgeschützter Waren*, GRUR 1999, S. 639; Cohen

Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 500; Tellekson, a.a.O., S. 6/7; vgl. dazu schon Koch/Froschmaier, Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1965, S. 121 ff.). Wird ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat abgesetzt, in dem kein Patentschutz besteht, hindert dies die unionsweite Erschöpfung nicht (EuGH-Urteil Merck gegen Stephar vom 14. Juli 1981, Rs 187/80, Slg. 1981 2063). Nur wenn ein Patentinhaber nicht frei über die Bedingungen der Inverkehrsetzung seiner patentgeschützten Erzeugnisse im Ausfuhrstaat hat bestimmen können, z.B. weil er infolge einer gesetzlichen Vermarktungspflicht gezwungen war, die Waren dort in Verkehr zu bringen, kann von einem Einverständnis nicht gesprochen werden und ist das Patentrecht an der Ware nicht erschöpft (EuGH-Urteil Merck gegen Primecrown und Beecham gegen Europharm of Worthing vom 5. Dezember 1996, Rs C-267/95 und C-268/95, Slg. 1996 I-6285, I-6389/90 Rz. 49-51). Im Grundsatz hat der EuGH für alle Immaterialgüterrechte erkannt, dass die Freiheit des Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes gemäss Artikel 30 EWG-Vertrag (neu Art. 28) die Berufung auf den immaterialgüterrechtlichen Schutz immer dann ausschliesst, wenn nur die Ausübung der Rechte und nicht deren Substanz - deren spezifischer Gegenstand - betroffen wird (EuGH-Urteil Centrafarm gegen Sterling Drug vom 31. Oktober 1974, Rs 15/74, Slg. 1974 1147 betr. Patent; EuGH-Urteil Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH gegen Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG vom 8. Juni 1971, Rs 78/70, Slg. 1971 487 betr. Urheberrecht; EuGH-Urteil Centrafarm gegen Winthrop vom 31. Oktober 1974, Rs 16/74, Slg. 1974 1183 betr. Marken). Dabei besteht gemäss der Rechtsprechung des EuGH die Substanz des Patentrechts im Wesentlichen darin, dem Erfinder das ausschliessliche Recht zu verleihen, das Erzeugnis als Erster in den Verkehr zu bringen. Dadurch werde ihm ermöglicht, einen Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit zu erhalten, ohne dass ihm jedoch dieser Ausgleich unter allen Umständen garantiert werde. Im Übrigen hält es der EuGH für die Sache des Patentinhabers, in voller Kenntnis der Sachlage über die Bedingungen zu entscheiden, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringt. Er habe die Konsequenzen seiner Wahl hinzunehmen, soweit es um den freien Verkehr der Erzeugnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes gehe und insofern um ein Grundprinzip, das zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Faktoren gehöre, denen der Patentinhaber bei Festlegung der Ausübungsmodalitäten seines Ausschliesslichkeitsrechts Rechnung tragen müsse (EuGH-Urteil Merck gegen Stephar vom 14. Juli 1981, RS 187/80, Slg. 1981 2063, 2081/2 Rz. 9-11; vgl. auch Ullrich, Gemeinschaftsrechtliche Erschöpfung von Immaterialgüterrechten und europäischer Konzernverbund, GRUR Int. 1983, S. 370/1).

Innerhalb der europäischen Union hat der EuGH der Warenverkehrsfreiheit durchwegs den Vorrang vor nationalen Erschöpfungsregelungen eingeräumt. Eine entsprechende Regelung für Freihandelsabkommen,

welche wie dasjenige der EWG mit der Portugiesischen Republik ebenfalls die Beseitigung mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung unter Vorbehalt von Beschränkungen aus Gründen (unter anderen) des gewerblichen oder kommerziellen Eigentums vorsah, hat er jedoch abgelehnt (EuGH-Urteil Polydor gegen Harlequin Record Shops vom 9. Februar 1982, Rs 270/80, Slg. 1982 329 betr. Urheberrechte). Die Überlegungen, die zur Auslegung der Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag (neu Art. 28 und 30) geführt hatten, hielt der Gerichtshof hier nicht für zutreffend, da das Freihandelsabkommen nicht auf die Schaffung eines einheitlichen Marktes abziele, dessen Bedingungen denjenigen eines Binnenmarktes möglichst nahe kommen (a.a.O., Slg. 1982 348 ff.).

c) Nach der Rechtsprechung des EuGH werden innerhalb der EU alle Immaterialgüterrechte im Grundsatz einheitlich behandelt, um insbesondere den gemeinsamen Binnenmarkt durchzusetzen. Eine rechtsvergleichende Betrachtungsweise ergibt indessen, dass die nationalen Rechtsordnungen die Frage der Erschöpfung für die verschiedenen Immaterialgüter nicht nur bedingt durch die Modalitäten der Ausgestaltung der Rechte unterschiedlich regeln, sondern für die einzelnen Rechte schon im Grundsatz zugunsten nationaler oder internationaler Erschöpfung differenzieren (Tellekson, a.a.O., S. 13/4).

So nehmen einige europäische Länder für das Markenrecht traditionellerweise internationale oder globale Erschöpfung an (neben Österreich vor allem die Niederlande, Deutschland, England, Schweden, vgl. Kur, a.a.O., S. 42 Fn. 201; Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 502; Tellekson, a.a.O., S. 20). Auch Japan kennt für das Markenrecht internationale Erschöpfung (Tellekson, a.a.O., S. 23). Einige nationale Rechte kennen den Grundsatz internationaler Erschöpfung für das Urheberrecht (vgl. für europäische Länder Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 499; für die Niederlande, die daran auch im Rahmen der EU festhalten, Tellekson, S. 29, sowie für Japan S. 31; für Singapur, Malaysia, Neuseeland, Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 509) oder differenzieren jedenfalls für urheberrechtlich geschützte Produkte den Grundsatz nationaler Erschöpfung (vgl. auch das Urteil des US-Supreme Court vom 9. März 1998 i.S. Quality King Distributors vs. l'Anza Research International, 523 U.S. 135 [1998] betreffend den Fall einer Wiedereinfuhr; Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 510/1; Moens, IP Rights Loosening Grip on Parallel Imports, les Nouvelles 1999, S. 27/8).

Im Patentrecht dagegen gilt nahezu durchwegs in allen nationalen Rechten der Grundsatz nationaler Erschöpfung (Beier, a.a.O., S. 1 ff.; Tellekson, a.a.O., S. 5 ff.); als Ausnahmen werden nur Argentinien, Brasilien und die Sowjetunion genannt, wo die Rechtslage offenbar streitig ist bzw. war (Beier, a.a.O., S. 5). Brasilien hat nun mit einem neuen Gesetz ebenfalls die nationale Erschöpfung für das Patentrecht statuiert (Tellekson, a.a.O., S. 16; Moens, a.a.O., S. 29). Diese gilt namentlich auch

für die USA (Verma, Exhaustion of Intellectual Property Rights and Free Trade - Article 6 of the TRIPs Agreement, IIC 1998, S. 543, wobei neuere Urteile möglicherweise differenziert entschieden haben, so Moens, a.a.O., S. 28/9). Japan ermöglicht dem Patentinhaber aufgrund der Theorie der implied license, durch Vereinbarung das mit-übertragene Recht zur Weiterveräußerung zu beschränken (Tellekson, a.a.O., S. 17; Heath, a.a.O., S. 624; Moens, a.a.O., S. 29).

Als Gründe für eine differenzierte Anwendung nationaler oder internationaler Erschöpfung je nach der Art des Immaterialgüterrechts werden neben der traditionell unterschiedlichen gesetzlichen Regelung auch noch immer unterschiedliche Schutz-Standards in den einzelnen nationalen Rechten insbesondere für Patente, aber auch die unterschiedliche Funktion und Substanz der Immaterialgüterrechte genannt (vgl. dazu Cohen Jehoram, a.a.O. in GRUB Int. 1996, S. 281; Tellekson, a.a.O., S. 33 ff.).

d) Zusammengefasst ist in rechtsvergleichender Sicht eine unterschiedliche Behandlung der Erschöpfung für die verschiedenen Immaterialgüterrechte weitverbreitet. Nahezu sämtliche Staaten gehen von der nationalen Erschöpfung im Patentrecht aus. Diese wird im europäischen Wirtschaftsraum auf die regionale Erschöpfung erweitert. Der internationale Rechtsvergleich spricht damit für die nationale Erschöpfung im Patentrecht.

8. An der wirtschaftlichen Nutzung einer die Technik bereichernden Erfindung sind verschiedene Wirtschaftsgruppen interessiert. Sie sind von der mit der Erschöpfung angesprochenen Begrenzung der Rechte der Patentinhaber unterschiedlich betroffen.

a) Das Patent verleiht dem Inhaber ein zeitlich beschränktes ausschliessliches Nutzungsrecht (vgl. Troller, a.a.O. Bd. II., S. 606, 620; Blum/Pedrazzini, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 8). Dieses kann als ein von der Rechtsordnung geschaffenes Monopol umschrieben werden (Borner, Nationale oder internationale Erschöpfung von Patenten, sic! 1999, S. 476). Es beruht auf dem Gedanken der Belohnung für die Bereicherung der Technik und soll dem Erfinder eine Gegenleistung für die Veröffentlichung der Erfindung zugunsten der Allgemeinheit verschaffen. Das befristete Monopol soll dem Patentinhaber die Erzielung eines Gewinnes und die Amortisation seiner Aufwendungen ermöglichen und insofern mit wirtschaftlichen Anreizen zur Forschungstätigkeit motivieren und entsprechend den technischen Fortschritt fördern.

Die Patentinhaber sind daran interessiert, die Befugnisse aus dem Patent möglichst weitgehend und umfassend zur Erzielung von Gewinnen nutzen zu können. Sie können sich auf die verfassungsrechtliche Eigentumsгарantie berufen, zu deren Schutzobjekt die Immaterialgüterrechte gehören (Georg Müller, Kommentar BV, N. 2 zu Art. 22ter BV mit Verweisen; vgl. auch Comte, a.a.O., S. 479).

Die Händler sind grundsätzlich daran interessiert, bei der Vermarktung immateriellrechtlich geschützter Güter ungehinderten Zugang zu möglichst vielen Bezugsquellen zu haben, um die preiswertesten Angebote nutzen zu können. Sie können sich nicht nur aufgrund des erworbenen Sacheigentums auf die Eigentumsgarantie, sondern zusätzlich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen, welche auch die aussenwirtschaftliche Befugnis gewährleistet, Waren ein- und auszuführen (BGE 124 III 321 E. 2g S. 331, 122 III 469 E.5g/aa S. 480).

Die Konsumenten schliesslich kommen tendenziell in den Genuss günstigerer Preise, wenn der Handel gleichwertige Waren bei Anbietern beschaffen kann, die in einem Preiswettbewerb stehen. Entscheidende Voraussetzung für günstigere Konsumentenpreise ist allerdings, dass der Wettbewerb auf Handelsstufe funktioniert, wovon bei Parallelimporten nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann (vgl. die "NERA"-Studie der EU im Zusammenhang mit Parallelimporten von Marken-Waren: NERA/SJ Berwin & Co/IFF Research, *The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks*, Executive Summary, Final Report for DG XV of the European Commission, London 8. Februar 1999, sowie die Ausführungen von Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 496, über die ausgebliebenen Preiseffekte des Übergangs von der internationalen zur regionalen Erschöpfung in den Niederlanden und Mager, a.a.O., S. 637). Der Konsumentenschutz ist dem Bund als Aufgabe übertragen, wobei die allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft sowie die Handels- und Gewerbefreiheit zu wahren sind (Art. 31sexies BV).

Diese betroffenen Interessen sind gegeneinander abzuwägen und unter den in den divergierenden Verfassungsnormen zum Ausdruck kommenden Wertungen ist praktische Konkordanz herzustellen (Jörg Paul Müller, Kommentar BV, N. 138 der Einleitung zu den Grundrechten).

b) Mit der Theorie der Erschöpfung wird das Verwertungsmonopol der Patentinhaber zugunsten der Händler und der Endverbraucher auf ein Monopol zur ersten Veräusserung der patentgemäss hergestellten Sache beschränkt. Der mit der ersten Veräusserung patentgeschützter Produkte erzielbare Gewinn soll dem Erfinder die Realisierung des Wertes ermöglichen, der dem mit der Erfindung erreichten technischen Fortschritt entspricht. Durch den befristeten Patentschutz wird der Wettbewerb bei der ersten Inverkehrsetzung der patentgemäss hergestellten Sachen ausgeschlossen und dem Patentinhaber so die Abschöpfung des Wertes seiner Erfindung ermöglicht, während der Handel und die entsprechende Konkurrenz um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis mit patentgeschützten Waren erst nach der erstmaligen, ausschliesslich dem Erfinder vorbehaltenen Inverkehrsetzung zugelassen wird. Unter idealen Marktverhältnissen sollte der Preis, der vom Erfinder für seine Ware bei der ersten Inverkehrsetzung in Konkurrenz mit

Produkten ohne technische Neuerung zu realisieren ist, dem (Markt-)Wert des erzielten technischen Fortschritts entsprechen. Im Binnenverhältnis wird mit der Lehre der Erschöpfung somit ein sachgerechter Ausgleich der betroffenen Interessen erreicht. Dies setzt indessen eine einheitliche und kohärente Rechts- und Marktordnung voraus.

c) Bei der Berücksichtigung ausländischer Sachverhalte stellt sich die Frage, ob der Ausgleich konfligierender Interessen der Patentinhaber einerseits und der Händler und Konsumenten andererseits ohne weiteres in gleicher Weise getroffen werden kann wie im internen schweizerischen Recht.

aa) Unter dem Gesichtspunkt des internationalen Freihandels ist auf den ersten Blick nicht einzusehen, weshalb eine im Ausland in Verkehr gesetzte patentgeschützte Sache anders als eine im Inland vermarktete behandelt werden sollte, sofern die patentierte Ware durch den Patentinhaber selbst oder mit seinem Einverständnis dem Verkehr übergeben worden ist (vgl. Kunz-Hallstein, a.a.O., S. 271; Cottier/Stucki, a.a.O., S. 58; Zäch, a.a.O., S. 310; Bieri-Gut, a.a.O., S. 573/4; Bürgi/Lang, a.a.O., S. 379 ff.). Dementsprechend hat der EuGH in Bezug auf die regionale Erschöpfung im internen EU-Binnenmarkt den Patentinhabern verwehrt, die nationalen Märkte gegeneinander abzuschotten, indem sie sich auf ihr Patentrecht berufen, um Einfuhren in bestimmte Länder zu verhindern oder nur zu ihren Bedingungen zuzulassen (vgl. oben E. 7b). Allerdings zeichnet sich die Situation unter den EU- (und EWR) Staaten dadurch aus, dass sie nicht nur durch einen Freihandelsraum verbunden sind, sondern durch eine gemeinsame Rechtsordnung, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Sinne regionaler Erschöpfung die Inverkehrsetzung in andern Mitgliedstaaten für ihre Gebiete wechselseitig anzuerkennen, und in deren Rahmen die Substanz der Immaterialgüterrechte garantiert ist (EuGH-Urteil Merck gegen Primecrown und Beecham gegen Europharm of Worthing vom 5. Dezember 1996, Rs C-267/95 und C-268/95, Slg. 1996 I-6285, I 6377 Rz. 12, vgl. auch I-6389 Rz. 47). Die Rechtsprechung des EuGH bezieht sich denn auch allein und ausschliesslich auf den Binnenmarkt unter den Mitgliedstaaten und gilt gerade nicht gegenüber Drittstaaten, mit denen (nur) Freihandelsabkommen bestehen (vgl. oben E. 7b). Den Mitgliedstaaten ist - jedenfalls aufgrund der Richtlinie im Markenrecht - gegenteils gar verwehrt, sich im Verhältnis zu Drittstaaten in gleicher Weise handelsrechtlich zu verhalten (EuGH-Urteil Silhouette gegen Hartlauer vom 16. Juli 1998, Rs C-355/96, Slg. 1998 I-4799).

bb) Da den einzelnen Staaten mangels Einigung im Rahmen des GATT/WTO/TRIPs-Übereinkommens die Frage der Erschöpfung überlassen bleibt, kann die Schweiz die internationale Erschöpfung zwar einseitig für die nationale Rechtsordnung vorsehen. Die Folge ist jedoch entsprechend einseitig begrenzt auf den schweizerischen Rechtsraum:

Einführen aus Drittstaaten kann der schweizerische Patentinhaber nach dem Prinzip der internationalen Erschöpfung mindestens im Grundsatz nicht verhindern, soweit die Waren im Ausland mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht worden sind. Die Ausfuhr von in der Schweiz hergestellten und in Verkehr gebrachten Produkten und damit der gegenseitige Freihandel ist damit jedoch nicht zu erreichen. Zur Förderung des internationalen Freihandels mit technologischen Spitzenprodukten bedarf es einer entsprechenden Erschöpfungsregelung vielmehr auch im ausländischen Recht. Es hängt von der Ausgestaltung des ausländischen Patentrechts ab, ob die Inverkehrsetzung der patentgemäss hergestellten Ware in der Schweiz die Befugnisse auch des ausländischen Patents erschöpft oder nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Rechte fast ausschliesslich die nationale - in der EU erweitert auf die regionale - Erschöpfung vorsehen. Nahezu alle ausländischen Rechte verleihen ihren Patentinhabern die Befugnis, Einführen in den jeweiligen Geltungsbereich der Patente unbesehen darum zu verhindern, ob parallele ausländische Patente bestehen und ob die patentgeschützte Ware im jeweiligen Ausland rechtmässig in Verkehr gebracht worden ist. Soll das Ziel des Freihandels im Anschluss an die erste Inverkehrsetzung patentgeschützter Ware erreicht werden, müsste demnach die wechselseitige Anerkennung der Erschöpfung in einem (multilateralen) Abkommen verankert werden (Verma, a.a.O., S. 565).

cc) Sodann ist nicht zu verkennen, dass im Zuge der Globalisierung und der entsprechenden Harmonisierung der Rechtsordnungen zwar eine Angleichung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen erfolgt, dass jedoch eine etwa dem EWG/EU-Vertrag vergleichbare Weltwirtschaftsordnung (noch) fehlt (vgl. Kunz-Hallstein, a.a.O., S. 271). Selbst für eine multinationale Regelung im Rahmen des GATT/WTO/TRIPs-Abkommens könnte ohne hinreichende Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen die Konsumation der Befugnisse durch die erstmalige Inverkehrsetzung einer patentgeschützten Ware kaum allein an das Einverständnis des Patentinhabers gebunden werden. Die internationale Erschöpfung dürfte vielmehr auch im Rahmen staatsvertraglicher Vereinbarung nur unter bestimmten materiellen Bedingungen oder mit bestimmten Beschränkungen in Frage kommen (vgl. dazu etwa Heath, a.a.O., S. 632; Bronckers, a.a.O., S. 159; Cohen Jehoram, a.a.O. in IIC 1999, S. 511; Mager, a.a.O., S. 639/40); denn die Bedingungen, unter denen ein nach der patentierten Erfindung hergestellter Gegenstand im Ausland in Verkehr gebracht wird, sind nicht ohne weiteres mit den Verhältnissen im Inland vergleichbar. Namentlich kann nicht unbedingt angenommen werden, ein Patentinhaber habe den mit der Einräumung der Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung der patentierten Ware erzielbaren Marktwert der Erfindung realisiert, wenn die Ware mit seinem Einverständnis im

Ausland in Verkehr gebracht worden ist (vgl. Perret, a.a.O. in *Mélanges Dessemontet*, S. 178/9).

So kann die geringere Kaufkraft im Land der ersten Inverkehrsetzung einen kostendeckenden Absatz der im Inland entwickelten patentierten Gegenstände verunmöglichen (weshalb die internationale Erschöpfung dazu führen kann, dass auf ein Angebot der patentierten Erzeugnisse in bestimmten Märkten überhaupt verzichtet wird, vgl. Mager, a.a.O., S. 644). Zudem ist auch nicht auszuschliessen, dass im Ausland gar kein Patentschutz besteht, weil die massgebende Rechtsordnung im konkreten Fall keinen Schutz zur Verfügung stellt (vgl. Art. 27 Abs. 2, 3 TRIPs-Abkommen) oder weil kein Patent beansprucht worden ist. Möglich ist aber auch, dass im Gegensatz zur im Inland anerkannten Marktordnung im Ausland staatliche Vorschriften wie Preisbestimmungen oder Vermarktungspflichten den von der inländischen Rechtsordnung gewährleisteten Patentschutz mindestens beschränken, wenn nicht gar unmöglich machen. Mit dem TRIPs-Abkommen werden zwar gewisse minimale Schutzvorschriften zugunsten der Patentinhaber für alle Mitgliedstaaten verbindlich vorgeschrieben (Art. 27 ff. TRIPs). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass auch abgesehen vom noch immer zulässigen unterschiedlichen Schutz-Niveau die rechtlichen Rahmenbedingungen im Ausland so verschieden sein können, dass der mit dem schweizerischen Patentrecht bei der erstmaligen Inverkehrsetzung der Ware angestrebte Schutz nicht gewährleistet ist, auch wenn der Patentinhaber sich mit der Inverkehrsetzung einverstanden erklärt hat.

dd) Wenn auch die sachlichen Gründe, welche für die Beibehaltung der nationalen Erschöpfung sprechen, angesichts der neuesten Entwicklungen - insbesondere der Globalisierung der Märkte sowie der WTO-Abkommen - auch im Patentrecht zunehmend in Frage gestellt sein dürften (vgl. Baeumer, a.a.O., S. 804/5), so kann nach dem Gesagten nicht unberücksichtigt bleiben, dass es nicht in der Macht schweizerischer Behörden liegt, die sachlich angemessene Regelung autonom einzuführen. Zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent gehört nämlich unabdingbar die Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet. Diese soll dem Patentinhaber im Inland auch dann zustehen, wenn im Ausland mit seinem Einverständnis Waren unter nicht vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gebracht worden sind. Eine einseitige Statuierung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung vermag diesem Postulat nicht gerecht zu werden und einen sachgerechten Ausgleich der betroffenen Interessen nicht zu bewirken (vgl. für den Fall, in dem die Bedingungen im Ausland mit den inländischen vergleichbar sind, E. 9 hienach). Für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung spricht zudem, dass der Patentinhaber die fehlende Harmonisierung der Rahmenbedingungen unter den beteiligten nationalen

Rechtsordnungen nicht entgelten soll, sondern dass ihm der schweizerische Patentschutz auch gewährleistet bleiben soll, wenn er sich zur Inverkehrsetzung seiner Waren im Ausland trotz fehlenden analogen Schutzes entschliesst.

9. Das Patent verleiht dem Patentinhaber für die Verwertung seiner schöpferischen Leistung eine Monopolstellung. Ein allfälliger kartellrechtlich verpönter Missbrauch dieses von der Rechtsordnung eingeräumten Monopolrechts bei der erstmaligen Inverkehrsetzung patentgeschützter Waren durch den Patentinhaber kann in materieller Abgrenzung zur zulässigen Ausübung des Immaterialgüterrechts geahndet werden (vgl. Art. 3 Abs. 2 Kartellgesetz [KG; SR 251]; zur wettbewerbsrechtlichen Problematik Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 129 ff.).

a) Zu den Befugnissen des Patentinhabers gehört nicht, künstlich Märkte aufzuteilen bzw. den schweizerischen Markt vom Ausland abzuschotten (vgl. Tellekson, a.a.O., S. 14). Die Herrschaft des Patentinhabers über die Einfuhr patentgeschützter Waren ergibt sich nicht aus dem Inhalt seiner Erfinderrechte, sondern allein aus der territorialen Begrenzung der schweizerischen Rechtsordnung. Die Befugnis, über die Einfuhr patentgeschützter Waren ausschliesslich zu bestimmen, bezweckt die Gewährleistung des vom schweizerischen Recht angestrebten Erfindungsschutzes namentlich auch für den Fall, dass die Waren mit Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter nicht mit dem Inland vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gesetzt worden sind.

b) Das patentrechtliche Einfuhrmonopol verleiht dem Berechtigten jedoch insoweit eine überschüssende Rechtsmacht, als die Ware mit Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter Bedingungen in Verkehr gebracht worden ist, die mit den inländischen vergleichbar sind. Die Beschränkung des Wettbewerbs mit patentgeschützten Waren ergibt sich insoweit nicht ausschliesslich aus der Patentgesetzgebung (Art. 3 Abs. 2 KG), sondern ist wie erwähnt durch die territoriale Begrenzung der schweizerischen Rechtsordnung bedingt. Das Kartellgesetz ist daher anwendbar (Schmidhauser, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N. 24 ff. zu Art. 3).

c) Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine ihm vom Patentgesetz bei der Einfuhr verliehene Monopolstellung missbraucht, um den schweizerischen Markt abzuschotten und insbesondere unangemessene Preise oder sonst unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen, liegt ein Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG vor (Zäch, a.a.O. in Kartellrecht, S. 232, weitergehend allerdings S. 135 ff.; Schmidhauser, a.a.O., N. 113 ff. zu Art. 7). Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein wesentlicher Preisunterschied patentierter Erzeugnisse bei der ersten Inverkehrsetzung in der Schweiz im Vergleich

zum Ausland einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch indiziert, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen vergleichbar sind. Dass das Kartellrecht eine stumpfe Waffe sei (so Borner, a.a.O., S. 477), ist nicht ohne weiteres einleuchtend, kann dem in der Ausübung des Wettbewerbs behinderten schweizerischen Händler doch ein Anspruch auf Abschluss von marktgerechten Verträgen aus Artikel 7 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 12 und 13 KG zustehen, deren Konditionen grundsätzlich den unter vergleichbaren ausländischen Marktbedingungen vereinbarten entsprechen dürften. Konsumenten und Konsumenten-schutzorganisationen können zudem eine Anzeige gemäss Artikel 26 Absatz 1 KG einreichen. Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumenten-schutz widmen, sind gemäss Artikel 43 KG überdies berechtigt, sich an einer verwaltungsrechtlichen Untersuchung der Wettbewerbs-kommission zu beteiligen. Bei dieser Rechtslage ist nicht ersichtlich, weshalb der erwünschte Wettbewerb auf der Handelsstufe nach der ersten Inverkehrsetzung einer patentierten Ware mit kartellrechtlichen Mitteln weniger gut gefördert werden kann als mit Parallelimporten.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung im schweizerischen Patentrecht nicht geregelt ist, so dass das Gericht gemäss Artikel 1 Absatz 2 ZGB anstelle des Gesetzgebers zu entscheiden hat. Die traditionelle schweizerische Auffassung geht für das Patentrecht von der nationalen Erschöpfung aus (oben E. 5). Die Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht auf der einen und dem Patentrecht auf der anderen Seite lassen eine einheitliche Behandlung der Erschöpfungsfrage nicht als zwingend erscheinen (oben E. 6). In rechtsvergleichender Sicht gehen durchwegs fast alle Staaten von nationaler Erschöpfung aus, die im europäischen Wirtschaftsraum auf die regionale Erschöpfung erweitert wird (oben E. 7). Eine einseitig statuierte internationale Erschöpfung vermag den zwischen den unterschiedlichen Wirtschaftsgruppen bestehenden Interessenkonflikt nicht angemessen auszugleichen und die vom schweizerischen Patentrecht im Rahmen der Gesamtrechtsordnung bei der ersten Inverkehrsetzung eines patentierten Gegenstandes verliehene Monopolstellung nicht zu gewährleisten (oben E. 8). Für das schweizerische Patentrecht ist deshalb von der nationalen Erschöpfung auszugehen, wobei auf patentrechtliche Einfuhrmonopole das Kartellrecht Anwendung finden kann (oben E. 9).

11. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin bzw. ihre konzernmässig verbundene Gesellschaft die patentierten Filme in Grossbritannien in den Verkehr gebracht, wo sie von der Beklagten rechtmässig erworben wurden. Mit der Inverkehrsetzung in Grossbritannien hat die Klägerin ihre Befugnisse aus dem schweizerischen Patent nicht erschöpft. Denn weder mit Grossbritannien noch mit der Europäischen Union besteht eine staatsvertragliche Übereinkunft, welche die gegenseitige Aner-

kennung zum Inhalt hätte, dass der Zweck der dem Erfinder mit dem Patent eingeräumten Befugnisse bei der erstmaligen Inverkehrsetzung der Ware tatsächlich erreicht und dem Patentinhaber die Realisierung des Marktwerts seiner Erfindung mit der ersten Inverkehrsetzung ermöglicht worden ist. Die Klägerin kann sich als Inhaberin des schweizerischen Patents der Einfuhr der nach ihrem Patent hergestellten Produkte widersetzen. Die Berufung ist deshalb gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Handelsgerichts ist aufzuheben. Da sich die Vorinstanz zu den Voraussetzungen der Klagebegehren (auch von Ziffer 1) im Übrigen nicht geäussert hat, ist die Sache zu neuem Entscheid gemäss Artikel 64 OG an die Vorinstanz zurückzuweisen.

12. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beklagte die Kosten zu tragen. Sie hat der Klägerin überdies eine Parteientschädigung zu bezahlen. Gerichtsgebühr und Entschädigung sind nach dem mutmasslichen Streitwert zu bemessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1998 wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Entscheidung gemäss Artikel 64 OG an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.-- wird der Beklagten auferlegt.
3. Die Beklagte hat der Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 13'000.-- zu bezahlen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht Zürich schriftlich mitgeteilt.

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2 Bibliographie Bibliographie Bibliografia

ALESE Femi, "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81", *European Competition Law Review* 1999, 379ff.

BAKER Simon, COSCELLI Andrea, "The Role of Market Shares in Differentiated Product Markets", *European Competition Law Review*, Dezember 1999, 412ff.

BOUDREAUX Donald J., FOLSOM Burton W., "Microsoft and Standard Oil: Radical Lessons for Antitrust Reform", *The Antitrust Bulletin XLIV* (1999), 555ff.

BOULTER Louise, BENDELL Tony, "Competition Risks in Bench-marking", *European Competition Law Review* 1999, 434 – 441

BRECHBÜHL Beat, TRIEBOLD Oliver, "Koppelungsgeschäfte marktbeherrschender Unternehmen - Der Fall Microsoft und das schweizerische Verhaltensrecht", *AJP* 2000, 27 ff.

CAFFARRA Cristina, KÜHN Kai-Uwe, "Joint Dominance: THE CFI Judgement on Gencor/Lonrho", *European Competition Law Review* 1999, 355ff.

GUGLER PHILIPPE, "Le traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations prévu par la législation suisse sur la concurrence", *Revue de la concurrence et de la consommation*, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, Ministère de l'Economie, des Finances, et de l'Industrie, Paris, janvier-février 2000, pp.45-51.

GUGLER Philippe, KRONE-GERMANN Irenka, "WTO's Millenium Round: Towards an Integration of Multilateral Competition Rules?", *International Business Law Journal*, no.2, 2000, pp. 159-181.

GUGLER Philippe, KRONE-GERMANN Irenka, "Cycle millénaire de l'OMC - Vers une intégration de règles multilatérales de concurrence?", in: *Revue de droit des affaires internationales*, N° 2, 2000, 159 ss.

HIRSBRUNNER Simon, "Neue Wettbewerbspolitik der Europäischen Union gegenüber Vertriebsvereinbarungen - Wie reagiert die Wettbewerbskommission", *AJP* 2000, 272 ff.

LANG Christoph G., "Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem Schweizerischen Kartellgesetz", *Diss. Bern* 2000 (ASR NF 634)

LEVER Jeremy, NEUBAUER Silke, "Vertical Restraints, Their Motivation and Justification", *European Competition Law Review* 2000, 7ff.

O'BRIEN Daniel P., SALOP Steven C., "Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control", *Antitrust Law Journal* 67 (2000), 559ff.

OECD Working Party No. 3 on International Co-operation, Note by the Secretariat "Review of Abuse of Dominance Principles in National and International Settings", September 1999 (DAFFE/CLP/WP*(99)10)

PALASTHY Andras, "Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG) ", *AJP* 2000, 298 ff.

RAASS Adrian, KUMMER Christoph, "Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen: Theorie und Praxis", *AJP* 2000, 360 ff.

TASSANO Fabian, "Are Vertical Mergers Harmful?" *European Competition Law Review* 1999, 395ff.

VERBOVEN Frank, "Product Line Rivalry and Market Segmentation - With an Application to Automobile Optional Engine Pricing", *The Journal of Industrial Economics* 1999, 399ff.

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

| | |
|------------|---|
| AF | Arrêté fédéral |
| AIMP | Accord intercantonal sur les marchés publics |
| AJP | Aktuelle juristische Praxis (=PJA) |
| Amtl.Bull. | Amtliches Bulletin |
| AS | Amtliche Sammlung des Bundesrechts |
| ATF | Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel |

B

| | |
|-------|---|
| BA | Bundesamt |
| BB | Bundesbeschluss |
| BBI | Bundesblatt |
| BG | Bundesgesetz |
| BGBM | BG über den Binnenmarkt |
| BGE | Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung |
| BGer | Bundesgericht |
| BOCE | Bulletin officiel du Conseil des Etats |
| BOCN | Bulletin officiel du Conseil national |
| BoeB | BG über das öffentliche Beschaffungswesen |
| BR | Bundesrat |
| BR/DC | Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction |
| BUCN | Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale |
| BUCSt | Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati |
| BV | Bundesverfassung |
| BZP | BG über den Bundeszivilprozess |

C

| | |
|-------|---|
| CC | Code civil |
| CE | Communauté Européenne |
| CE | Conseil des Etats |
| CF | Conseil fédéral |
| CHF | Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri |
| CO | Code des obligations |
| Cost. | Costituzione federale |
| CPC | Code (cantonal) de procédure civile |
| CPS | Code pénal suisse |
| cst. | Constitution fédérale |

D

| | |
|-----|---|
| DCP | Diritto e politica della concorrenza (=RPW) |
| DCP | Droit et politique de la concurrence (=RPW) |
| DG | Direction Générale (UE) |

E

| | |
|----|-------------------|
| EU | Europäische Union |
|----|-------------------|

F

| | |
|-----|------------------|
| FF | Feuille fédérale |
| FMG | Fernmeldegesetz |

G

| | |
|-------|--|
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| GebrV | Verordnung über Gebrauchsgegenstände |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GU | Gemeinschaftsunternehmen |

H

| | |
|------|------------------|
| HGer | Handelsgericht |
| HMG | Heilmittelgesetz |

I

| | |
|------|--|
| IPRG | BG über das internationale Privatrecht |
| IVöB | Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen |

J

| | |
|------|---|
| JAAC | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| JdT | Journal des Tribunaux |

K

| | |
|-----|---|
| KG | Kartellgesetz |
| KMU | Kleine und mittlere Unternehmen |
| KSG | Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit |
| KVG | BG über die Krankenversicherung |

L

| | |
|-------|-------------------------------|
| LAA | LF sur l'assurance-accidents |
| LAMal | LF sur l'assurance-maladie |
| LCA | LF sur le contrat d'assurance |

| | | | |
|----------|--|------------|---|
| LCart | LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence | Publ.CCSPr | Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix |
| LCD | LF contre la concurrence déloyale | | |
| LCsl | LF contro la concorrenza sleale | PüG | Preisüberwachungsgesetz |
| LDA | LF sur le droit d'auteur | | |
| LDIP | LF sur le droit international privé | Q | |
| LETC | LF sur les entraves techniques au commerce | R | |
| LF | Loi fédérale / Legge federale | RDAF | Revue de droit administratif et de droit fiscal |
| LL | LF sul lavoro | | |
| LMG | BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände | RDAT | Rivista di diritto amministrativo ticinese |
| LMI | LF sur le marché intérieur | RDS | Revue de droit suisse (=ZSR) |
| LMP | LF sur les marchés publics | REKO/WEF | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen |
| LOTC | LF sugli ostacoli tecnici al commercio | Rep. | Repertorio di Giurisprudenza Patria |
| LPM | LF sur la protection des marques | RJB | Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV) |
| LRFP | LF sur la responsabilité du fait des produits | RO | Recueil officiel des lois fédérales (=AS) |
| LSPr | LF sulla sorveglianza dei prezzi | RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC) |
| M | | RR | Regierungsrat |
| N | | RS | Recueil systématique des lois fédérales (=SR) |
| O | | RSDA | Revue suisse de droit des affaires (=SZW) |
| O | Ordonnance | RSJ | Revue suisse de jurisprudence (=SJZ) |
| OCDE | Organisation de Coopération et de Développement Economique | RSPI | Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI) |
| OCSE | Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico | S | |
| OECD | Organisation for Economic Cooperation and Development | SAV | Schweizerischer Anwaltsverband |
| OFAP | Office fédéral des assurances privées | SchKG | BG über Schuldbetreibung und Konkurs |
| OG | BG über die Organisation der Bundesrechtspflege | SHAB | Schweizerisches Handelsamtsblatt |
| OGer | Obergericht | SJ | La semaine judiciaire |
| OJ | LF sur l'organisation judiciaire | SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ) |
| OMC | Organisation mondiale du commerce | SMI | Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI) |
| OMP | O sur les marchés publics | | |
| OR | Obligationenrecht | SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS) |
| OTVA | O concernant la taxe sur la valeur ajoutée | StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch |
| P | | StR | Ständerat |
| PA | LF sur la procédure administrative | SZW | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA) |
| PCF | LF sur la procédure civile fédérale | T | |
| PJA | Pratique Juridique Actuelle (=AJP) | TA | Tribunal administratif |
| Pra. | Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts | TApp | Tribunale d'Appello |
| PrHG | Produktehaftpflichtgesetz | TC | Tribunal cantonal / Tribunale cantonale |

| | | | |
|----------|---|----------|---|
| TF | Tribunal fédéral / Tribunale federale | VPB | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC) |
| THG | BG über technische Handelshemmnisse | VwVG | BG über das Verwaltungsverfahren |
| TRIPs | Trade Related Aspects on Intellectual Property | W | |
| U | | WTO | Welthandelsorganisation (World Trade Organization) |
| UE | Union Européenne | WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| UFIAML | Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro | ZBGR | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF) |
| URG | BG über das Urheberrecht | ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB) |
| URP | Umweltrecht in der Praxis (=DEP) | ZBI | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| UWG | BG über den unlauteren Wettbewerb | ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch |
| V | | ZPO | Zivilprozessordnung |
| VKKP | Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers | ZSR | Zeitschrift für schweizerisches Recht |
| VKU | Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen | X | |
| VoeB | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen | Y | |
| | | Z | |

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
 Abrede 3, 12, 89
 accordi 21
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -
 accords 16, 25, 27, 29, 55, 87, 89
 accord à l'amiable 18, 19, 20, 21, 25, 27, 28, 29
 aktuelle Konkurrenz 5, 78
 aktuelle Wettbewerber 81
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten 5, 7,
 10, 85
 Angebotssubstituierbarkeit -
 associations économiques et professionnelles
 90
 associazioni economiche o le organizzazioni
 del ramo -
 Aufgreifkriterien -
 Auflagen -
 Aussenseiter 130

B

barrières à l'entrée 43
 barrières légales -
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs -
 betroffener Markt -
 Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
 communication 26, 27, 70
 concurrence actuelle 61, 62, 64
 convention tarifaire -

D

Diskriminierungen 33, 34, 101, 102, 130

E

efficacité économique 89
 efficienza economica -
 einvernehmliche Regelung -
 enge Abgrenzung -
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

F

Festsetzung von Preisen -
 funktionale Substituierbarkeit -
 funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 13, 36, 43, 45, 46,
 47, 53, 67

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kollusion -
 Konkurrenzverbot 39
 Kreuzpreiselastizität -

L

libre accès au marché -

M

marché de référence -
 marché géographique 58
 marchés publics -
 Marktabgrenzung 9, 46, 48, 49, 52, 73, 75, 76,
 83
 Marktanteile 38, 39, 45, 48, 50, 52, 68, 69, 77
 Marktanteilsaddition 40, 41, 42, 44, 46, 49, 50,
 51, 54, 68
 Marktanteilsberechnung -
 marktbeherrschende Stellung 2, 7, 9, 10, 11,
 30, 33, 39, 40, 41, 42, 46, 49, 50, 52, 54, 69,
 71, 82, 83, 84, 102
 Marktbeherrschung 71
 Marktgegenseite 4, 5, 8, 9, 10, 72, 74, 75, 76,
 78
 Marktöffnung 82
 Marktschranken -
 Marktstrukturen 41
 Marktzutritt 5, 6, 39, 44, 46, 86
 Marktzutrittsschranken 45, 46, 85
 Meldepflicht 37, 45, 47, 48, 53

mesures provisionnelles -
Missbrauch einer marktbeherrschenden
Stellung -
missbräuchliches Verhalten -
Monopolrente -
Monopolstellung 142, 143, 144

N

non-discrimination -

Ö

Öffnung der Märkte -
offreurs 113, 114

P

Parallelverhalten -
position dominante 1, 8, 60, 61, 62, 63, 64, 65,
66, 89
potenzielle Konkurrenz 5, 39
Preiswettbewerb 139
principe de la proportionnalité 113, 114, 115,
121
Produktdifferenzierung -

R

räumlich relevanter Markt 5, 9, 52, 76, 84
räumliche Marktabgrenzung -
règlement tarifaire -
relevanter Markt 4

S

Sachlich relevanter Markt 4, 8, 9, 72
Sanierungsfusion -
Sanktionierung -
Sanktionsandrohung -
Schwellenwerte 47
staatliche Markt- oder Preisordnung 142
substituierbar 4, 8, 72, 76, 80, 81, 84
Substitutionsmöglichkeit -
Substitutionsprodukt -
suppression d'une concurrence efficace 89

T

tarif minimum -
Tarife 93

tarifs recommandés -

U

unabhängig 4, 9, 10, 35, 39, 42, 72, 78, 82, 83,
84, 85, 86, 87, 127, 128, 135
unerheblich -
unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils 56
Verhältnismässigkeitsprinzip -
Verstärkung einer marktbeherrschenden
Stellung 49
Vertikalabreden -
Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 102

W

Werbebeschränkungen -
Wettbewerbsabreden 3, 12, 89
wirtschaftliche Effizienz -
Wirtschaftsverbände 32
