



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

2001/2

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

CH-3003 Berne
(Editeur)

CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

CHF 25.--

CHF 25.--

CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 80.--

CHF 80.--

CHF 80.--

(Form: 701.000.01/2)

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

2001/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2001

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

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

Inhaltsübersicht/Sommaire/Indice**2001/2****B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza**1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari**

- | | | |
|----|-------------------------------|-----|
| 1. | Publifon Gebühren | 232 |
| 2. | Zigarettenpreise | 235 |
| 3. | Vertrieb von Werbematerialien | 239 |

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

- | | | |
|----|---------------------|-----|
| 1. | Watt/Migros - EEF | 255 |
| 2. | Watt/Migros - EBL | 293 |
| 3. | JC Decaux/Affichage | 306 |

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

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH (SSG) | 332 |
| 2. | Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und Bayerische Landesbank Girozentrale, München | 335 |
| 3. | Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC | 338 |
| 4. | Dipl. Ing. Fust/Elektro plus AG/Electro plus Moncor SA | 342 |
| 5. | Compass Group/Selecta Group | 344 |

**5. Andere Entscheide
Autres décisions
Altre decisioni**

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG | 348 |
|----|--|-----|
-

2.	Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG	360
3.	Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen	373
B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen		
Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza		
1.	Sanphar	379
2.	Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband	381
3.	Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.	412
B 4 Bundesgericht		
Tribunal fédéral Tribunale federale		
1.	Rhône-Poulenc S.A. & Merck	443
D Entwicklungen		
Développements		
Sviluppi		
D 2 Bibliografie		
Bibliographie Bibliografia		
		452
E Diverses		
Divers		
Diversi		
E 1 OECD		
OCDE OCSE		
1.	Contribution de la Suisse pour la table ronde relative à la transparence et l'information sur les prix (31 mai – 1 juin 2001)	454
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	473
	Index (deutsch, français e italiano)	476

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. Publifon Gebühren

Vorabklärung gemäss Art. 26 ff. KG

Enquête préalable selon l'art. 26 ss. LCart

Inchiesta preliminari giusta l'art. 26 ss. LCart

Sachverhalt und Verfahren

1. In der Vorabklärung Publifon Gebühren ging es um die Frage, ob Swisscom gewisse PTS (Providers of Telecommunications Services, Fernmeldediensteanbieter, FDA) insofern diskriminiert, als sie bei der Berechnung von so genannten Publifon Charges unterschiedliche Preise setzt.

2. Bei der Publifon Charge handelt es sich um die Gebühr pro Anruf, welche von der Swisscom für eine Verbindung von einer öffentlichen Sprechstelle (Publifon) zu einer Gratisnummer (0800-Nummer) eines anderen PTS verlangt wird. Eine solche Gebühr wird insbesondere im Zusammenhang mit Telefonkarten, bei denen die Einwahl über eine 0800-Nummer erfolgt, verlangt. Sie dient der Abgeltung von Kosten für den Unterhalt der Sprechstelle und ist somit von der so genannten Network Access Charge (pro Minute) zu unterscheiden, welche für die Benützung der Netzinfrastruktur zu entrichten ist. Die Swisscom erhöhte per 1. Januar 2000 die fragliche Gebühr von 2,64 Rp. pro Minute auf 29,10 Rp. pro Minute. Dieser Betrag wurde am 14. Januar 2000 rückwirkend auf 1. Januar 2000 auf 24,74 Rp. pro Minute gesenkt.

3. Das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM") führte betreffend der Publifon Charge ein Aufsichtsverfahren gegen Swisscom wegen Verletzung des Fernmelderechts und der Grundversorgungskonzession. Die Eidgenössische Kommunikationskommission ("ComCom") hat im Rahmen dieses Aufsichtsverfahrens am 10. Mai 2000 eine Preisobergrenze für die Publifon Charge von 50 Rappen pro Anruf verfügt.

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid der ComCom in seinem Urteil vom 8. Dezember 2000 (2A.270/2000/sch) geschützt.

4. Ein Unternehmen beklagte sich beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat"), dass die Swisscom bei der Berechnung der Publifon Charge unterschiedliche Gebühren verlange beziehungsweise diese Gebühr nicht gegenüber allen PTS berechnet werde. So solle insbesondere die Telecom FL, ein Tochterunternehmen der Swisscom, von einer solchen Gebühr befreit sein. Das Sekretariat eröffnete am 25. August 2000 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG).

Vorbehaltene Vorschriften

5. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

6. Die ComCom hat für die Publifon Charge eine Preisobergrenze von 50 Rappen pro Anruf verfügt (vgl. Art. 23 Abs. 1 Bst. d Verordnung über die Fernmeldedienste, FDV). Rein durch das Festsetzen eines Höchstpreises wird aber das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich nicht ausgeschaltet, da alle Preissetzungen unterhalb von 50 Rappen möglich bleiben. Für andere FDA, die sich durch die Preisfestlegung von Swisscom unterhalb der von der ComCom festgelegten Preisobergrenze diskriminiert fühlen, gibt es damit keine verwaltungsrechtlichen Beschwerdemöglichkeiten. Es wird deshalb keine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet, die einen Vorbehalt zum Kartellgesetz bildet. Das Kartellgesetz ist somit auf den in Frage stehenden Sachverhalt anwendbar.

Marktstellung

7. Ausgegangen wird von einem relevanten Markt für den Weiterverkauf (wholesale) von Fernmeldedienstleistungen, die über eine öffentliche Sprechstelle (Publifon) erfolgen, von Swisscom an andere FDA.

8. Neben Swisscom gibt es laut deren eigenen Angaben nur einen weiteren Anbieter für öffentliche Telefonzellen, namentlich die Wefacom Services SA, welche ungefähr 200 Telefonzellen unterhält. Im Bereich der Publifone in der Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass Swisscom über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Da Swisscom im vorgelagerten Bereich der Publifone möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung innehat, kann angenommen werden, dass dies auch für den Weiterverkauf von Fernmeldedienstleistungen der Fall ist, die über ein Publifon erfolgen. Die Frage der Marktbeherr-

schung braucht jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, da allfällige unzulässige Verhaltensweisen nicht mehr vorliegen.

Unzulässige Verhaltensweisen

9. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich laut Artikel 7 KG unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweise fällt insbesondere die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Verhaltensweisen in Betracht.

10. Swisscom könnte diesen Tatbestand insofern erfüllen, als sie beim Weiterverkauf den verschiedenen Fernmeldediensteanbietern höchst unterschiedliche Tarife für die Publifon Charge berechnet. Swisscom hat nun dargelegt, dass die unterschiedliche Berechnung damit zusammenhängt, dass sie bei Verträgen, die unter dem alten Tarif abgeschlossen worden sind, Kündigungsfristen zu wahren hätte und daher noch nicht von allen Anbietern die gleichen Tarife verlangen könnte. Diese Ungleichheit wurde in der Folge durch die Kündigung der alten Verträge beseitigt, wodurch die Tatbestandselemente einer allfälligen Diskriminierung weggefallen sind.

11. Swisscom hat ebenfalls belegt, dass sie die Publifon Charge auch intern gegenüber der Swisscom-Unit Cards in Rechnung stelle. Die Verrechnung erfolge in gleichem Umfang wie für die externen Fernmeldediensteanbieter. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass Swisscom ihre eigene phoneCARD nicht bevorzugt behandelt und mit dem Inkrafttreten der geänderten Verträge somit für alle Anbieter die gleichen Bedingungen gelten. Das Gleiche gilt für die Telefonkarten von Telecom FL.

12. Auf dem nachgelagerten Markt für Telefonkarten ist nicht davon auszugehen, dass Swisscom über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, da sehr viele Konkurrenten existieren (zum Beispiel Econophone, COLT, Multilink, One Tel, Télésonique, Tele 2). Es kann festgestellt werden, dass im Bereich der Telefonkarten ein harter Preiswettbewerb herrscht. Das Sekretariat sieht daher davon ab, zusätzlich die Preise gegenüber dem Endkunden zu untersuchen. Das gilt insbesondere, da allfällige Diskriminierungen beim Weiterverkauf von Swisscom beseitigt wurden.

Ergebnis

13. Die Vorabklärung wird, nachdem Swisscom eventuelle unzulässige Verhaltensweisen beseitigt hat, aus den genannten Gründen ohne Folgen eingestellt.

B 1.1	2. Zigarettenpreise
-------	----------------------------

Vorabklärung gemäss Art. 26 ff. KG

Enquête préalable selon l'art. 26 ss. LCart

Inquieta preliminari giusta l'art. 26 ss. LCart

Schlussbericht vom 23. März 2001 in Sachen Vorabklärung wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und angeblichen Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Denner AG, Zürich, erstattete im März 2000 "Anzeige" wegen abgestimmter Verhaltensweisen der drei Zigarettenhersteller Philip Morris SA, Lausanne (PM), R.J. Reynolds Tobacco AG (inzwischen: JT International AG, Dagmersellen; JT) und British American Tobacco SA (BAT). Hintergrund war die angekündigte Preiserhöhung um CHF --.10 auf den 1. April 2000 für die meisten Zigarettenprodukte.

2. Denner stellte folgende "Anträge":

- ?? Feststellung, dass Philip Morris, JT und BAT unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben und ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen beziehungsweise missbraucht haben.
- ?? Verpflichtung der drei Hersteller zur Belieferung zu marktgerechten und wettbewerbskonformen Preisen, zum Verzicht auf die Preiserhöhungen per 1. April 2000, zur Senkung der Detailhandelspreise auf ein wettbewerbskonformes Niveau.
- ?? Untersagung der Behinderung von Parallelimporten.
- ?? Verpflichtung der drei Hersteller zu Offerten mit nach wirtschaftlichen Kriterien abgestuften Preisen, so dass Denner trotz tieferer Detailverkaufspreise etwa auf die gleiche Marge wie die andern kommt.
- ?? Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen.
- ?? Prüfung des Erlasses von Anregungen bereits in der Vorabklärung.
- ?? Koordination mit dem Preisüberwacher, soweit dieser zuständig sei.

3. Das Sekretariat eröffnete am 24. Mai 2000 in Bezug auf die erwähnte Preiserhöhung eine Vorabklärung, um zu prüfen, ob Anhaltspunkte für einen Verstoss der drei Zigarettenhersteller gegen Artikel 5 oder 7 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, RS 251) vorliegen. Für die Anord-

nung vorsorglicher Massnahmen waren die Voraussetzungen nicht erfüllt.

B. Erwägungen

4. Ein Rechtsanspruch auf Durchführung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) oder einer Untersuchung (Art. 27 KG) besteht für einen Privaten nicht (RPW 1997/4, S. 608, Rz. 2.1; RPW 2001/1, S. 104, Rz. 1.2.2). Ob dem Begehren auf Einleitung einer Vorabklärung entsprochen wird, liegt im Ermessen des Sekretariats der Wettbewerbskommission. Aus dem Gesagten ergibt sich (a fortiori), dass ein Anspruch der Denner AG auf eine Prüfung ihrer Anträge (Rz. 2) nicht besteht.

5. Eine materielle Prüfung, ob den drei Zigarettenherstellern ein unter Artikel 5 und 7 KG relevantes Verhalten vorzuwerfen sei und wie weit dieses den Wettbewerb beschränkt, kommt in Betracht, wenn unter anderem der Vorbehalt von Artikel 3 KG nicht greift und der fragliche Sachverhalt vom sachlichen Geltungsbereich nach Massgabe von Artikel 2 Absatz 1 KG (Vorliegen einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise) erfasst wird. Nicht erfasst werden vom Kartellgesetz demgegenüber der Tatbestand des erlaubten Parallelverhaltens (sog. gewöhnliches Parallelverhalten, d.h. gleichförmiges Verhalten, welches auf exogenen Faktoren beruht) sowie der Preisführerschaft (vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Nr. 270 ff.; vgl. ferner STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 69).

6. Soweit es um die Preiserhöhung geht, ist vorerst darauf hinzuweisen, dass aus praktischen Gründen (Stückelung des Geldes/Automaten) - eine Preisänderung nur in 10-Rappen-Schritten (oder ein Mehrfaches) erfolgen kann. Im Übrigen hat die Vorabklärung mit Blick auf das Vorliegen von staatlichen Vorschriften und deren Umsetzung Folgendes gezeigt:

7. Im Bereich des Zigarettenmarktes schränken staatliche Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG den freien Wettbewerb ein oder haben in ihren faktischen Wirkungen eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge:

a) Zunächst kommt der Tabaksteuer auf dem Zigarettenmarkt entscheidende Bedeutung zu. Die Steuerbelastung von rund 60% des Endverkaufspreises schränkt die Möglichkeiten der Hersteller, ihr Produkt über den Preis zu forcieren, stark ein. Der Herstellerpreis spielt gemessen am Endverkaufspreis eine zu geringe Rolle. Eine Veränderung des Herstellerpreises wird durch die variablen Steuerelemente zudem nahezu verdoppelt ("Multiplikator-Wirkung"). Eine Veränderung des ex-factory-Preises kann deshalb in ihrer Wirkung auf den Endverkaufspreis recht zuverlässig vorhergesehen werden.

b) Dazu kommen aber eine ganze Anzahl weiterer staatlicher Regelungen für diesen Markt: vorgeschriebene Angaben auf der Packung wie (maximaler) Endverkaufspreis, Warnung vor den Folgen des Tabakkonsums, deren Sprache, dazu Werbeeinschränkungen. In ihrer Gesamtheit ist nicht auszuschliessen, dass diese Vorschriften den Schweizer Markt abschotten: Importe würden nämlich wegen der Umstellung auf diese Regelungen und wegen der Kleinheit des Marktes sehr teuer.

Das Sekretariat behält sich das Recht vor, gestützt auf die Erkenntnisse aus dem in Aussicht gestellten Verfahren nach Artikel 45 KG (Rz. 11) in der Frage der Parallelimporte eine Vorabklärung zu eröffnen.

8. Alsdann wird der Preiswettbewerb durch die praktische Umsetzung der staatlichen Vorschriften in zeitlicher Hinsicht und bezüglich des Ausmasses möglicher Preisveränderungen eingeschränkt.

a) Die Oberzolldirektion OZD hat bei der Festsetzung der Tabaksteuer eine ganze Reihe von Randbedingungen zu beachten: die Maximierung des Steuerertrages, eine Bemessung ohne Verursachung eines Umsatzeinbruches oder von cross border-Käufen, gesundheitspolitische Vorgaben inkl. der Argumente der Anti-Raucher-Lobby, die Annäherung an das Belastungsniveau in der EU, die rechtlichen Belastungsgrenzen. Sie strebt deshalb eine kontinuierliche Steuererhöhung in kleinen Schritten anstelle von Steuersprüngen an und befürwortet eine entsprechende Preispolitik der Hersteller, da sonst ihre vorsichtige Politik zerstört würde. Eine Preiserhöhung der Hersteller im Jahr einer Steuererhöhung könnte aus Sicht der OZD kontraproduktiv wirken; zudem sprach sich der Preisüberwacher gegen gleichzeitige Preis- und Steuererhöhungen aus. Faktisch heisst dies, dass die Hersteller ihre Preise nur in Jahren ohne Steuererhöhung erhöhen können. In ihren Preisentscheiden nehmen die Hersteller deshalb teilweise auch Entwicklungen vorweg, die für das kommende Steuererhöhungsjahr vorhersehbar sind und die dann nicht kompensiert werden können. Die Steuerpolitik verunmöglicht ihnen (so die Sicht der Hersteller) rasche Preisanpassungen, zwingt sie zu einer langfristigen Strategie. Sie wirkt damit ähnlich wie die Kostenüberlegungen (neue Aufdrucke etc.).

b) Die OZD lädt jeweils den Herstellerverband CISC und die Hersteller zu Diskussionen ein. Dabei werden Zeitpunkt und Ausmass von Steuerveränderungen im Hinblick auf ihre Auswirkungen (z.B. Preiselastizität) diskutiert. Aus diesen Diskussionen kann jeder Hersteller schliessen, wann welche Steuerveränderung geplant ist und wann folglich für seine Preisanpassungen Platz bleibt. Er kennt überdies die Einschätzungen seiner Konkurrenten zu diesen diskutierten Fragen. Die Fragen der OZD (nach Angaben der Hersteller aber nicht die Preispolitik der einzelnen Hersteller) werden zudem im Rahmen der CISC bereits vorbesprochen. Jeder Hersteller bleibt nach diesen Angaben in seiner Preispolitik frei.

c) Im Jahr, in dem Preisveränderungen möglich sind, kommt praktisch nur das erste Quartal in Frage: einerseits, um Distanz zur kommenden Steuererhöhung zu haben (meist auf 1.1.), andererseits weil der Handel etwa drei Monate für seine Anpassungen benötigt (u.a. Automatenumstellung, aber auch Preisanschriften etc.). Insbesondere die Steuerpolitik, dann auch die Bedürfnisse des Handels führen zu einem eigentlichen "Fenster", innerhalb dessen überhaupt Preisveränderungen möglich sind. Dies kann die zeitliche Übereinstimmung der Preisveränderungen erklären.

9. Schliesslich zeigt sich, dass der Eingriff des Staates einem möglichen Parallelverhalten unter den Zigarettenherstellern Vorschub leistet:

a) Dass der Staat seine Ziele in Kooperation mit der Branche und unter Nutzung der Kenntnisse der Hersteller über den Markt zu erreichen versucht, ist naheliegend. Das Vorgehen bietet aber auch die Gefahr, dass der Staat ungewollt eine Abstimmung mit der Branche schafft, die gleichzeitig einer Abstimmung unter den Herstellern gleichkommt.

b) Diese Gefahr ist auch unter dem Aspekt des brand marketing einzuschätzen. Zigaretten werden (ausser im Billigsegment) über das Markenimage verkauft. Die Hersteller versuchen ihre einzelnen Produkte zu "positionieren", das heisst, sie setzen das Produkt image und damit auch preismässig in ein Verhältnis zu andern (fremden wie eigenen) Zigarettenmarken. Dieses Image und die entsprechende Position wird mit grossem Werbeaufwand angestrebt. Ändert ein Konkurrent den Preis seines Vergleichsprodukts, so zieht der Hersteller nach, um die Positionierung zu wahren. Aus dem Handel, dem die Preisveränderungen etwa drei Monate zum Voraus angekündigt werden, erfährt der Hersteller rechtzeitig von solchen Bewegungen und kann - in der Regel auf denselben Zeitpunkt - reagieren. Es geht nach dem Prinzip "wenn einer sich bewegt, folgen die andern". Ein staatlich organisierter Informationsfluss über Zeitpunkt und Ausmass von Preisveränderungen verstärkt die Gefahr eines diesbezüglichen Parallelverhaltens.

10. Zusammenfassend kann zunächst festgehalten werden, dass staatliche Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG den Zigarettenmarkt erheblich einschränken und ihn soweit einer Beurteilung durch die Wettbewerbskommission entziehen. Alsdann ist deutlich geworden, dass die Umsetzung öffentlich-rechtlicher Normen in der Praxis den wettbewerbsrechtlichen Handlungsspielraum auf dem Zigarettenmarkt erheblich einschränkt.

11. Im Sinne der Ursachentherapie sind in einem eigenen Verfahren nach Artikel 45 KG vorerst diese staatlichen Ursachen anzugehen. Demzufolge ist die Vorabklärung nach Artikel 5 und 7 KG abzuschliessen. Ihre Wiederaufnahme bleibt vorbehalten, falls das Verfahren nach Artikel 45 KG aufzeigt, dass noch hinreichender Raum für wirksamen

Wettbewerb verbleibt, und dass auch bei verbesserten wettbewerblichen Rahmenbedingungen Indizien für Wettbewerbsbeschränkungen festzustellen wären.

C. Schlussfolgerungen

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

1. beschliesst, die Vorabklärung über die Preiserhöhung um CHF --.10 per 1. April 2000 ohne Folgen einzustellen;
2. stellt aber fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die staatliche Umsetzung der Politik auf dem Zigarettenmarkt wettbewerbsbeschränkend wirkt;
3. eröffnet ein Verfahren nach Artikel 45 KG;
4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	3. Vertrieb von Werbematerialien
-------	---

Vorabklärung gemäss Art. 26 ff. KG

Enquête préalable selon l'art. 26 ss. LCart

Inquiesta preliminari giusta l'art. 26 ss. LCart

Schlussbericht vom 11. Mai 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Vertrieb von Werbematerialien wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") wurde von der Schweizerischen Post ("Post"), deren Tochtergesellschaften Direct Mail Company ("DMC") und Epsilon SA ("Epsilon") und der Vertragsorganisation Swiss Mail ("Swiss Mail") zur Kenntnis gebracht, dass die genannten Unternehmen im Bereich Zustellung von nicht adressiertem Werbematerial zusammenarbeiten, beziehungsweise beabsichtigen zusammenzuarbeiten.
2. Die Zusammenarbeit bezieht sich gemäss einem Grobkonzept Geschäftsmodelle zwischen der Post und Swiss Mail vom 30. Juni 2000 ("Grobkonzept") auf eine Abstimmung der Preise und eine Entflechtung der Gebiete hinsichtlich des Vertriebs in der überregionalen und nationalen Verteilung von nicht adressiertem Werbematerial.
3. Dieses Verfahren soll aufzeigen, ob bezüglich der erwähnten Zusammenarbeit Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 des Bundesgesetzes über Kartel-

le und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) bestehen.

4. Die Post ist im Bereich der unadressierten Direktwerbung mit ihrem Produkt Promopost tätig. Die beiden Tochterfirmen der Post, DMC (Deutschschweiz) und Epsilon (Westschweiz), stellen ebenfalls unadressierte Sendungen zu. Im Gegensatz zum Produkt Promopost sind die beiden Tochterfirmen günstiger im Preis, stellen jedoch nur zweimal pro Woche zu.

5. Swiss Mail ist eine Vereinigung, die aus 16 Vertragsorganisationen besteht. Bei den Vertragsorganisationen handelt es sich in der Regel um lokal oder regional gut verankerte Vertragsorganisationen aus der ganzen Schweiz. Um überhaupt über ein entsprechendes Angebot zu verfügen, arbeiten die Mitglieder von Swiss Mail in der überregionalen oder nationalen Zustellung von nicht adressierten Sendungen zusammen. Nach eigenen Angaben sieht sich Swiss Mail als privatwirtschaftlich organisierte Alternative zum staatlichen Zustelldienst.

6. Das Sekretariat hat am 4. August 2000 auf Begehren der beteiligten Unternehmen eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG eröffnet. Am 19. Oktober 2000 ging beim Sekretariat eine erste Stellungnahme der involvierten Unternehmen ein. Diese machten im Wesentlichen geltend, dass der sachlich relevante Markt den gesamten schweizerischen Werbemarkt umfasse und damit genügend Substitutionsmöglichkeiten bestünden sowie dass die verschiedenen nationalen Vertriebsstrukturen aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht nebeneinander existieren könnten. Im Januar 2001 versandte das Sekretariat Fragebogen an rund 50 Grosskunden der Post, der DMC und der Swiss Mail. Mittels weiterer Fragebogen vom 7. März 2001 wurden die Verteiler näher zu ihrer betriebsinternen Struktur befragt. Auf die einzelnen Ergebnisse wird in den Erwägungen zurückzukommen sein.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten.

9. Die Post ist gemäss Artikel 2 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG) eine selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit

eigener Rechtspersönlichkeit. Die Post ist als öffentlich-rechtliche Unternehmung mit eigener Rechtspersönlichkeit als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu qualifizieren. DMC und Epsilon als Tochtergesellschaften der Post¹ sind aus kartellrechtlicher Sicht als Teile der Post anzusehen².

10. Swiss Mail ist eine Vereinigung, die aus 16 autonomen Partnerfirmen besteht. Die Unternehmen von Swiss Mail sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

B.1.2 Wettbewerbsabrede

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

12. Beim unter Randziffer 2 genannten Grobkonzept handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe, nämlich zwischen der Post und Swiss Mail.

13. Einer der Hauptpunkte des Grobkonzepts ist die Aufhebung der parallelen Vertriebsstrukturen. Es wird auch von Gebietsentflechtung gesprochen. Zudem sieht das Grobkonzept vor, dass für nationale Aufträge ein Einheitspreis für das Basisangebot angeboten wird. Die Eliminierung elementarer Wettbewerbsparameter bezweckt von den Intentionen der beteiligten Unternehmen her eine Wettbewerbsbeschränkung. Die Abrede würde eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken.

14. Beim unter Randziffer 2 erwähnten Grobkonzept handelt es sich somit um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG.

B.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

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

16. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden (Bst. a) über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, (Bst. b) Abreden über die Beschränkung von

¹ Vgl. Promopost, Erfolgreiche Direktwerbung mit der Post, Hrsg. Die Post, Stand 1.1.2000, S. 4; sowie http://www.post.ch/d/briefpost/briefe_promopost_uebersicht.html

² Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 115, Rz. 219

Produktionsmengen oder (Bst. c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

17. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind im Bereich der Zustellung von nicht adressierten Sendungen tätig und stehen miteinander im Wettbewerb.

18. Gemäss Grobkonzept (S. 3) soll für nationale Aufträge ein Einheitspreis für das Basisangebot angeboten werden. Anschliessend werden Vorgaben für Verrechnungs- oder Provisionsmodelle sowie für allfällige Rabatte vorgegeben. Damit liegt eine Abrede über die indirekte oder direkte Festsetzung von Preisen vor (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG).

19. Das Grobkonzept sieht auch vor, dass die Preis- und Leistungsunterschiede zwischen der Post (mit ihrem Produkt Promopost) und einem möglichen Produkt von DMC, Epsilon und Swiss Mail in etwa unverändert bleiben³. Das heisst, dass die bisherigen Angebote von DMC/Epsilon und Swiss Mail zu einem Angebot vereinheitlicht würden. Dies stellt eine Abrede über die Einschränkung der Produktionsmenge dar (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG).

20. Es könnten weitere Abredetatbestände festgestellt werden. Der Einfachheit halber wird im Folgenden das Grobkonzept als Ganzes als eine Abrede angesehen. Festhalten lässt sich jedenfalls, dass es sich um eine Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG handelt, für welche die Vermutung besteht, dass sie wirksamen Wettbewerb beseitigt.

21. Um festzustellen, ob die gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

B.2.1.a Sachlich relevanter Markt

22. 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).

23. Marktgegenseite sind Unternehmen, die mittels unadressierter Werbung ihre Kunden erreichen wollen. Aufgrund unterschiedlicher Eigenschaften⁴ im Vergleich zur adressierten Direktwerbung und ins-

³ Grobkonzept, S. 2, Ziff. 2.1.2.

⁴ Media Trend Spezial, Trends 2001, Dezember 2001, Intermedia-Vergleich Schweiz 2001, S. 82 f.

besondere zu anderen Werbeträgern könnte argumentiert werden, dass der Vertrieb von nicht-adressierter Direktwerbung einen eigenen relevanten Markt darstellt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist in einer früheren Vorabklärung von einem sachlich relevanten Markt für Postsendungen ohne Adresse ausgegangen (Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1997/3, S. 305, Rz. 27).

24. Die betroffenen Unternehmen in diesem Verfahren haben demgegenüber geltend gemacht, dass diese Marktabgrenzung zu eng sei. Es müsse von einem Markt ausgegangen werden, der andere Vertriebskanäle (z.B. Zeitungsbeilagen) und auch andere Werbeträger (Zeitungen, Fernsehen, Radio usw.) umfasse. Diese umstrittene Frage hat sich im Medienbereich bereits wiederholt gestellt⁵.

25. Um das Verhalten der Marktgegenseite und insbesondere die Frage der Substituierbarkeit einzuschätzen, wurden die Grosskunden der Verteiler von nicht-adressiertem Werbematerial (d.h. Kunden mit einem jährlichen Auftragsvolumen von mehr als CHF 100'000.--) schriftlich befragt. Insgesamt sind beim Sekretariat der Wettbewerbskommission 34 verwertbare Antworten eingegangen. Die nachfolgenden Analysen stützen sich auf diese Angaben.

26. Um Kenntnisse über den sachlich relevanten Markt zu erlangen, wurde indirekt die Preiselastizität der Kundennachfrage betreffend Werbung mittels Postwurfsendungen ohne Adresse ermittelt. Die Kunden wurden nach ihrer Reaktion bei einer Preiserhöhung um 10% aller überregional oder national tätigen Verteiler von nicht-adressiertem Werbematerial gefragt.

27. Diese Vorgehensweise ist bekannt unter dem Begriff SSNIP-Test ("small but significant nontransitory increase in price"-Test)⁶. Sie entstammt dem amerikanischen Wettbewerbsrecht, ist jedoch auch im europäischen Wettbewerbsrecht bekannt⁷. Implizit wurde die Vorgehensweise auch in der schweizerischen Praxis zum Wettbewerbsrecht erwähnt⁸.

⁵ Vgl. mit weiteren Verweisen die Diskussionsbeiträge von THOMAS HOEHN/FRANZ HOFFET und ADRIAN RAASS (letzter Beitrag: ADRIAN RAASS, Marktmacht im Medienbereich - mehr über Facts und Figures, sic! 8/2000, S. 732 ff.)

⁶ Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 8 1997, 6/7

⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 97/ C 372/03, Ziff. 17-19

⁸ vgl. RPW 1997/2, Publicitas - Gasser - Tschudi Druck, S. 191 f., Rz. 84 ff.

28. Die Frage nach Reaktionen auf Preiserhöhungen kann irreführend sein, wenn es sich bei den aktuellen Preisen bereits um überhöhte Monopolpreise handelt⁹. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist.

29. Auf die Frage nach der Reaktion auf eine Preiserhöhung von 10% aller Unternehmen, die nicht-adressiertes Werbematerial versenden, standen den befragten Unternehmen vier Antwortmöglichkeiten zur Auswahl: (1.) Bei den Anbietern (der Verteilung von nicht-adressiertem Werbematerial) bleiben; (2.) einen anderen Vertriebskanal wählen (z.B. Versand als Zeitungsbeilage oder als adressierte Direktwerbung); (3.) Wechsel zu einem anderen Werbeträger; (4.) andere Massnahmen¹⁰.

30. Die befragten Unternehmen hatten die Möglichkeit, mehrere Reaktionen anzugeben. Dies entspricht den wirtschaftlichen Gegebenheiten, die ebenfalls nicht nur eine Reaktion auf Preiserhöhungen zulassen. Zusätzlich wurde nach der Priorität der einzelnen Massnahmen gefragt ("Hoch", "Mittel", "Niedrig").

31. Dementsprechend war die Anzahl der angegebenen Reaktionen der einzelnen Unternehmen unterschiedlich hoch. Für die Auswertung wurden jedem Unternehmen unabhängig von den angegebenen Reaktionen "eine" Stimme gegeben. Dadurch erhielt jede Antwort das gleiche Gewicht, unabhängig von der Anzahl der Antworten.

32. Die Prioritäten der einzelnen Massnahmen wurden mit dem Faktor 3 für "Hoch", mit dem Faktor 2 für "Mittel" und mit dem Faktor 1 für "Niedrig" gewichtet.

33. Theoretisch möglich gewesen wäre auch eine Gewichtung nach Ausgaben pro Kunde für den Versand von nicht-adressiertem Werbematerial. Die Reaktion umsatzstarker Kunden, die eine Preiserhöhung für die Verteiler möglicherweise nicht mehr rentabel machen würden, hätte stärker berücksichtigt werden können. Diese Betrachtungsweise wurde ebenfalls durchgeführt. Sie wird hier nicht wiedergegeben, da sie zu keinen anderen Ergebnissen führen würde.

⁹ Sog. "cellophane fallacy". United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)

¹⁰ Andere Massnahmen wurden von den befragten Unternehmen nicht angegeben. Sie erscheinen daher nicht in der tabellarischen Darstellung.

34. In tabellarischer Form können die Ergebnisse nach den oben stehenden Ausführungen (vgl. 1. Kolonne in dunkelgrau) wie folgt zusammengefasst werden¹¹:

	Gewichtet nach Antworten und Priorität		gewichtet nur nach Antworten, nur erste Priorität berücksichtigt		gewichtet nur nach Antworten, alle Prioritäten berücksichtigt	
beim Verteiler bleiben	44,1%	81,6%	52,4%	83,4%	41,5%	79,5%
anderer Vertriebskanal	37,5%		31,0%		38,0%	
anderer Werbeträger	18,4%		16,6%		20,5%	
Total	100%		100%		100%	

35. Aus den Antworten geht hervor, dass bei einer Preiserhöhung von 10% seitens der Verteiler von nicht-adressiertem Werbematerial 44,1% der Kunden weiterhin nicht-adressiertes Werbematerial verteilen lassen würden, 37,5% der Kunden würden einen anderen Vertriebskanal wählen und 18,4% der Kunden auf einen anderen Werbeträger ausweichen.

36. Für die Erstellung der zweiten Kolonne wurden nur diejenigen Massnahmen berücksichtigt, welche die Kunden mit erster Priorität treffen würden, eine Gewichtung nach der Höhe der Priorität fiel demnach weg. Bei der dritten Kolonne wurden Massnahmen mit zweiter und dritter Priorität zwar berücksichtigt, doch nicht gemäss ihrer Priorität gewichtet. Bei diesen beiden Ansätzen ging es weniger um die richtige Erfassung und Quantifizierung der Antworten als darum aufzuzeigen, dass unabhängig von der gewählten Auswertungsweise die Reihenfolge und die Prozentzahlen betreffend der Massnahmen bei einer Preiserhöhung in etwa unverändert bleiben.

37. Es kann festgestellt werden, dass bei einer Preiserhöhung weniger als die Hälfte aller Unternehmen weiterhin nicht-adressierte Werbesendungen verschicken würde. Immerhin würden rund 45%-50% der Kunden bei einer Preiserhöhung von 10% weiterhin nicht-adressiertes Werbematerial versenden lassen.

¹¹ Die 2. und 3. Kolonne werden unter Rz. 36 erläutert. Sie dienen der Nachkontrolle.

38. Ein beachtlicher Anteil von mehr als einem Drittel würde einen anderen Vertriebskanal, nämlich die Zeitungsbeilage oder die adressierte Direktwerbung wählen. Auf die Frage nach der Art eines alternativen Vertriebskanals nannten die Kunden (mit Ausnahme einer einzigen anderen Nennung) den Versand als Zeitungsbeilage oder als adressierte Werbung.

39. Für die Frage, welche Produkte dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, wird darauf abgestellt, ob eine Preiserhöhung profitabel wäre oder nicht¹². Ist die Substitution so gross, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den sachlich relevanten Markt so lange weitere Produkte einbezogen, bis kleine dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbrächten¹³.

40. Im vorliegenden Fall würden mehr als die Hälfte aller Unternehmen bei einer Preiserhöhung von 10% auf einen anderen Vertriebskanal oder einen anderen Werbeträger ausweichen. Eine Preiserhöhung wäre damit für die Verteiler von nicht-adressierten Sendungen kaum profitabel. Eine Abgrenzung des relevanten Marktes auf den Vertrieb von nicht-adressiertem Werbematerial wäre dementsprechend zu eng.

41. Wird das nächstbeste Substitut, nämlich der Vertrieb über einen anderen Vertriebskanal (adressierte Direktwerbung oder Zeitungsbeilagen) mitberücksichtigt, würden - unabhängig von der Berechnungsweise - rund 80% aller befragten Unternehmen bei den in Frage kommenden Substituten bleiben. In diesem Fall wären Preiserhöhungen von 10% der in diesem Bereich tätigen Unternehmen wahrscheinlich profitabel, das heisst gewinnbringend, da nur höchstens 20% aller Unternehmen auf einen anderen Werbeträger ausweichen würden. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Vertriebskanäle nicht-adressierter Direktwerbung, adressierter Direktwerbung und den Versand als Zeitungsbeilage (hellgrau markiert in oben stehender Grafik).

42. Die Ergebnisse dieser empirischen Umfrage widerlegen für den vorliegenden Fall die Auffassung der beteiligten Unternehmen, die geltend gemacht hatten, dass der sachlich relevante Markt den gesamten Werbemarkt (unter Einschluss von Zeitungsanzeigen, Fernsehen, Radio, Internet, Plakate etc.) umfasse.

¹² Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 8 1997, 6/7

¹³ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 97/ C 372/03, Ziff. 17

43. Aus diesen Überlegungen geht hervor, dass von einem sachlich relevanten Markt auszugehen ist, welcher die überregionale oder nationale Verteilung von nicht-adressierten Postwurfsendungen, von adressierten Werbesendungen und die Verteilung als Zeitungsbeilagen umfasst.

B.2.1.b Räumlich relevanter Markt

44. 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).

45. Die Marktgegenseite im vorliegenden Fall fragt eine überregionale oder nationale Zustellung von Werbematerialien nach. Es wird deshalb in räumlicher Hinsicht von einem überregionalen oder nationalen Markt ausgegangen.

B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

46. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. 3 Abs. 1 KG).

47. Der relevante Markt umfasst - wie oben begründet - drei verschiedene Vertriebskanäle für den Vertrieb von Werbematerialien (nicht adressiert, adressiert und als Zeitungsbeilage). In den Bereichen nicht-adressierter Vertrieb von Werbematerialien¹⁴ und Vertrieb als Zeitungsbeilagen¹⁵ gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

48. Würde nur der Bereich der Beförderung von adressiertem Werbematerial betrachtet, könnte davon ausgegangen werden, dass ein Vorbehalt im Sinne des Kartellgesetzes bestünde¹⁶. In vorliegendem Fall handelt es sich jedoch um mehrere Vertriebskanäle, die sich untereinander konkurrieren.

49. Die drei verschiedenen Vertriebskanäle stellen in kartellrechtlicher Hinsicht einen relevanten Markt dar. In diesem Markt als Ganzes bestehen keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Tatsache, dass in einem der Vertriebskanäle (adressierte Sendungen) die

¹⁴ Die Beförderung von Sendungen ohne Adresse gehört zu den Wettbewerbsdiensten der Post. Vgl. Art. 5 Postverordnung (VPG, SR. 783.01)

¹⁵ Die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften gehört zu den nicht reservierten Diensten der Post. Vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. c VPG

¹⁶ Bei der Zustellung von adressierten Werbematerialien wird es sich in den allermeisten Fällen um reservierte Dienste der Post handeln. Vgl. Art. 3 Abs. 1 Postgesetz (PG, SR 783.0)

Wettbewerbsbedingungen beschränkt sind, führt nicht zum Schluss, dass im in Frage stehenden relevanten Markt insgesamt wettbewerbsausschliessende Bestimmungen vorliegen. Diese Folgerung wird in der Beurteilung der Marktstellung der Unternehmen weiter ausgeführt und bestätigt.

B.2.3 Keine Widerlegung der Vermutung

50. Wie unter Randziffer 15 ff. ausgeführt wurde, handelt es sich beim Grobkonzept um eine Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3, bei der die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

51. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- und Aussenwettbewerb besteht. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit den Argumenten der potenziellen Konkurrenz widerlegt werden kann (Markt für Strassenbeläge, RPW 2000/4, S. 618, Rz. 137).

B.2.3.a Innenwettbewerb

52. Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs wird geprüft, ob sich die an der Absprache beteiligten Unternehmen trotz Abrede noch konkurrenzieren.

53. Es ist vorgesehen, dass Swiss Mail und Epsilon/DMC als Tochtergesellschaften der Post für überregionale und nationale Aufträge ein gemeinsames Produkt auf den Markt bringen. Das würde zu einer umfassenden Zusammenarbeit hinsichtlich des überregionalen oder nationalen Vertriebs von nicht-adressierter Werbung führen. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen würden die überregionale und nationale Verteilung von nicht adressierten Sendungen völlig aufeinander abstimmen, und zwar hinsichtlich des Preises, der Gebiete, des Angebotes und allfälliger weiterer Faktoren. Mittel- und langfristig soll auch eine Vertriebsgesellschaft zur zentralen Steuerung des Product Managements und des Verkaufs eingesetzt werden. Diesbezüglich wird also kein Wettbewerbsdruck mehr bestehen.

54. Die Post wird weiterhin mit ihrem Produkt Promopost im Markt tätig sein. Im Grobkonzept (S. 2, Rz. 2.1.1 und 2.1.2) ist vorgesehen, dass dieses Angebot preislich teurer sein soll als die übrigen Angebote und die Verteilung vier bis fünf Mal pro Woche erfolgen soll.

55. Mittels Fragebogen wurden die Werbetreibenden nach den Gründen für die Zusammenarbeit mit den von ihnen ausgelesenen Verteilern von nicht-adressiertem Werbematerial befragt. Aus den Antworten geht klar hervor, dass sich die drei heute auf dem Markt tätigen Verteiler aufgrund spezifischer Eigenschaften unterscheiden. Für eine Zusammenarbeit mit der Post (Produkt Promopost) sprechen vor allem die Zuverlässigkeit, die Qualität, die Möglichkeit zur zeitlichen Abstimmung der Zustellung (Zustellung vier bis fünf Mal pro Wo-

che) sowie die geografische Abdeckung (Abdeckung aller Haushalte in der Schweiz bedient). Bei SwissMail und DMC/Epsilon sind es in erster Linie das Preis-Leistungs-Verhältnis, welches den Ausschlag für eine Zusammenarbeit gibt.

56. Das aus dem Grobkonzept resultierende Produkt und das Produkt Promopost würden sich nicht konkurrenzieren, sondern könnten auf dem Markt in gemeinsam gewinnbringender Weise positioniert werden. Wie oben erwähnt, sind bereits im Grobkonzept entsprechende Preis- und Produktdifferenzierungen vorgesehen. Es bestünde sogar die Gefahr, dass die beteiligten Unternehmen beispielsweise mittels gezielter Preiserhöhungen des einen Produkts Abwanderungsbewegungen zum anderen Produkt auslösen und damit die gemeinsamen Gewinne zum Schaden der Nachfrager erhöhen könnten. In diesem Zusammenhang wird von so genannten unilateralen Effekten gesprochen (vgl. TUI/Kuoni, RPW 2000/3, S. 405, Rz. 41).

57. In der Folge wird davon ausgegangen, dass nach der Umsetzung der Abrede kein Innenwettbewerb mehr besteht.

B.2.3.b Aussenwettbewerb

58. Bei der Beurteilung des Aussenwettbewerbs wird geprüft, inwiefern durch Unternehmen, die nicht an der Abrede beteiligt sind, Wettbewerbsdruck ausgeübt wird.

59. Den Ausführungen zum sachlich relevanten Markt entsprechend wird der Aussenwettbewerb in der Zustellung als nicht-adressierte Postwurfsendungen, in der Zustellung als adressierte Direktwerbung und im Vertrieb als Zeitungsbeilage betrachtet.

B.2.3.b.a Vertrieb als nicht-adressierte Direktwerbung

60. Mit der Post, deren Tochtergesellschaften DMC/Epsilon und SwissMail sind praktisch alle Anbieter in der überregionalen oder nationalen Zustellung von nicht-adressierten Sendungen in die Abrede eingebunden. Mangels anderer Anbieter herrscht in diesem Vertriebskanal kein Aussenwettbewerb.

B.2.3.b.b Vertrieb als adressierte Direktwerbung

61. Als Vertriebskanal kommt nach der Umfrage der Unternehmen der Marktgegenseite auch der Vertrieb als adressierte Direktwerbung in Frage.

62. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 PG hat die Post das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis zwei Kilogramm zu befördern. Bei Werbesendungen handelt es sich in aller Regel um Sendungen unter 2 Kilogramm, die unter die so genannten reservierten Dienste, also in den Monopolbereich der Post fallen. In diesem Bereich ist die Post von Gesetzes wegen das einzige tätige Unternehmen.

63. Rund ein Drittel der befragten Unternehmen haben angegeben, dass sie bei einer Preiserhöhung von 10% einen anderen Vertriebskanal wählen würden. Als anderer Vertriebskanal wurde neben demjenigen als Zeitungsbeilage insbesondere die Zustellung als adressierte Direktwerbung angesehen.

64. In der Folge würden die Unternehmen der Marktgegenseite bei Preiserhöhungen auf ein einziges Unternehmen, nämlich wiederum auf die Post ausweichen, welche für die reservierten Dienste keiner Konkurrenz ausgesetzt ist und diese nicht zu Marktpreisen anbieten muss¹⁷. Auch hier könnte die Post beispielsweise durch gezielte Erhöhung der Preise von nicht-adressierten Sendungen Abwanderungsbewegungen auslösen und damit die Gewinne erhöhen. Durch die Zustellung als adressierte Sendung entsteht somit kein Wettbewerbsdruck.

B.2.3.b.c Vertrieb als Zeitungsbeilage

65. Als weiterer Vertriebskanal kommt die Verteilung als Prospektbeilage in Zeitungen in Frage. Vorliegend geht es um die überregionale und nationale Verteilung von Werbematerialien. Damit kommen für die Wahl nur einzelne Titel ab einer gewissen Grösse oder Kombinationen mehrerer Titel in Frage. Nicht in Frage kommen zum Beispiel einzelne Stadtanzeiger.

66. Dabei gilt es zu beachten, dass die Anzahl möglicher Prospektbeilagen einer Zeitung beschränkt ist. Es ist zudem bekannt, dass seitens der Verlage Hemmungen bestehen, zu viele oder jegliche Art von Prospektbeilagen mitzuverteilen, da diese vom Publikum in der Regel nicht geschätzt werden¹⁸.

67. Bei dieser Ausgangslage kann spekuliert werden, dass die Zeitungsverlage bei Preiserhöhungen bei nicht-adressierten Sendungen eher die Preise anheben würden, denn die Preise belassen und die Nachfrage von "Abwandern" aufnehmen würden. Der allenfalls aus diesem Bereich entstehende Wettbewerbsdruck ist damit zum vornherein in Frage gestellt.

68. Der Wettbewerbsdruck, der vom Vertrieb als Prospektbeilage einer Zeitung erfolgen könnte, bleibt damit in mehrfacher Hinsicht beschränkt, da die Zeitungen "abwandernde" Unternehmen nur beschränkt aufnehmen könnten und würden. Der dadurch entstehende Wettbewerbsdruck führt nicht zu einer Umstossung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

¹⁷ Die Preise für reservierte Dienste sind distanzunabhängig, kostendeckend und nach gleichen Grundsätzen festzulegen. Sie müssen vom Departement genehmigt werden (Art. 14 Abs. 2 PG).

¹⁸ Vgl. <http://www.mediatrend.ch/archiv/1997/0197/0497/049712.html> ["Ungeliebtes Beigemüse"]

69. Am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass die Post auch in der Zustellung von Zeitungen tätig ist¹⁹. Die Höhe des Preises für Zeitungsbeilagen in der Zustellung ist dabei abhängig vom Gewicht²⁰.

Das heisst, dass mehr Zeitungsbeilagen höhere Preise nach sich ziehen. Je nach Wahl des Titels (und damit der Zustellorganisation) wäre neben den Verlagen also wiederum die Post im alternativen Vertriebskanal involviert. Das führt zu einer weiteren Verringerung all-fälligen Wettbewerbsdrucks aus diesem Vertriebskanal²¹.

B.2.3.c Potenzieller Wettbewerb

70. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könnte allenfalls umgestossen werden, wenn genügend potenzielle Konkurrenz bestünde, die auf die an der Abrede beteiligten Unternehmen disziplinierende Einflüsse ausüben könnten.

71. Um in der überregionalen oder nationalen Verteilung von nicht-adressiertem Werbematerial tätig zu werden, müsste ein Verteiler mit seiner Zustellung eine gewisse gebietsmässige Abdeckung aufweisen. Es ist als unwahrscheinlich anzusehen, dass neue Anbieter in diesem Bereich tätig werden. Dies gilt beispielsweise nicht für die nur lokale Zustellung von nicht-adressierten Sendungen. Hier wären die Marktzutrittsschranken als niedrig anzusehen.

72. Die Verteilung von adressierten Werbesendungen fällt gemäss Artikel 3 Absatz 1 PG in den Monopolbereich der Post. Von Gesetzes wegen werden hier keine neuen Anbieter aktiv werden. Bezüglich der Zeitungsbeilagen wurde (im Kapitel B.3.2.b.c) gezeigt, dass diese weder fähig noch willens wären, die abwandernde Nachfrage aufzunehmen. Der von der potenziellen Konkurrenz ausgehende Wettbewerbsdruck ist somit insgesamt als gering anzusehen.

B.2.3.d Zwischenergebnis

73. Wie gezeigt wurde, vermögen in diesem Fall weder der Innenwettbewerb noch der kaum vorhandene Aussenwettbewerb die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG umzustossen.

B.3 Natürliches Monopol

74. Die beteiligten Unternehmen haben geltend gemacht, dass es unrentabel sei, mehrere parallele Vertriebsnetze zu betreiben. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob der überregionale und nationale Vertrieb von nicht-adressierten Sendungen Eigenschaften eines natürlichen

¹⁹ Die Beförderung von Zeitungen gehört zu den nicht reservierten Diensten. Vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. c VPG

²⁰ Vgl. Zeitungen Schweiz, Hrsg. Die Post, Ausgabe Januar 2000, S. 20

²¹ Vgl. auch die Empfehlung der Wettbewerbskommission betreffend der Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften, RPW 2000/3, S. 457

Monopols aufweist (vgl. Valora Holding AG - Melisa, RPW 1999/3, S. 473, Rz. 31 f.; Schweizerische Post - BEVO, RPW 1998/2, S. 265 ff.)²².

75. Von einem natürlichen Monopol wird gesprochen, wenn die Grössenvorteile derart sind, dass die Durchschnittskosten der relevanten Outputmenge dann am geringsten sind, wenn nur ein Unternehmen auf dem Markt tätig ist. Grössenvorteile sind in aller Regel in Industrien mit hohen Fixkosten anzutreffen. Je grösser die Outputmenge, desto geringer der Fixkostenanteil des einzelnen Produkts. Dies kann im Grenzfall dazu führen, dass die Kosten für das einzelne Produkt am tiefsten sind, wenn es nur einen Hersteller gibt. Dies kann zum Beispiel bei der Verteilung von Elektrizität auftreten.

76. Die Ursachen für natürliche Monopole sind oftmals fixe Kosten, das heisst Kosten, welche bei einem Unternehmen unabhängig von der Produktionsmenge anfallen, bei zwei oder mehr agierenden Unternehmen jedoch doppelt oder mehrfach bestehen.

77. Um die Kostenstruktur bei der Verteilung von nicht-adressiertem Werbematerial besser abschätzen zu können, wurden die Verteiler gebeten, Angaben zu den anfallenden Kosten beim Vertrieb von nicht-adressiertem Werbematerial zu machen:

- ?? Kosten für die Abholung der Sendung beim Kunden und Weiterleitung zu den nationalen Anlieferungsstellen,
- ?? Kosten für die Bearbeitung/Sortierung der Sendung,
- ?? Kosten für die Weiterleitung der Sendung zu den Regionaldepots,
- ?? Kosten für die Zustellung der Sendung an die Endkonsumenten.

78. Kostenintensiv ist insbesondere die Zustellung der Sendungen an die Endkonsumenten. Die beteiligten Unternehmen schätzten den Anteil der Zustellung an den Gesamtkosten auf 60%-80%. Innerhalb der Vertriebsstufe "Zustellung der Sendungen" wurden die Personalkosten auf bis zu 90% geschätzt.

79. Für das Vorliegen eines natürlichen Monopols sprechen in der Regel hohe fixe Kosten. Personalkosten zählen in der Regel zu den variablen Kosten. Diese können dementsprechend nicht für die Begründung eines natürlichen Monopols verantwortlich gemacht werden.

²² Die Wettbewerbskommission hat bereits Zusammenschlussvorhaben zugelassen, da die in Frage stehenden Märkte Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufwiesen. Ob das Vorliegen eines natürlichen Monopols zur Umstossung der Vermutung eines Abredetatbestandes gemäss Art. 5 Abs. 3 KG führen würde, kann offen gelassen werden, da - wie gezeigt werden wird - der überregionale oder nationale Vertrieb von nicht-adressierten Sendungen wahrscheinlich nicht die Merkmale eines natürlichen Monopols aufweist.

80. In vorliegender Sache könnte gefragt werden, ob es sich bei den Personalkosten nicht um Fixkosten handelt. Aus folgenden Gründen ist dies vermutlich nicht der Fall. Ein überregionaler Verteiler von nicht-adressierten Sendungen ist nicht auf den permanenten Unterhalt eines flächendeckenden Netzes angewiesen. Es kann durchaus genügen, wenn ein Unternehmen mehrere wirtschaftlich interessante Ballungsgebiete abdeckt. Zudem handelt es sich bei den Verträgern in der Regel um Personen im Nebenerwerb, die relativ kurzfristig und flexibel angestellt werden können. Die Verteilung von nicht-adressierten Sendungen ist nicht zu vergleichen mit dem logistisch wesentlich komplizierteren Netz der Post bei der Briefzustellung, da dieses flächendeckend und unabhängig von mengenmässigen Schwankungen aufrechterhalten werden muss.

81. Zur Verteilung von nicht-adressiertem Werbematerial werden zudem Fahrzeuge, Gebäude und Maschinen (z.B. für die Konfektionierung der Werbematerialien) benötigt. Die dadurch entstehenden Kosten werden von den Verteilern auf 10%-0% der Gesamtkosten geschätzt. Gebäude, Fahrzeuge und Maschinen können als fixe Kosten betrachtet werden (bei den Maschinen handelt es sich zum Teil um hochspezialisierte Einrichtungen, welche bei einer Aufgabe der Geschäftstätigkeiten nicht weiterverwendet werden können). Bei den Fahrzeugen können die Anschaffungskosten eventuell auch als variable Kosten betrachtet werden, da der Bedarf an Fahrzeugen mit zunehmendem Volumen an Werbematerial ansteigt, das zu verteilen ist. Selbst wenn die Aufwendungen im Bereich Gebäude, Maschinen und Fahrzeuge zu den fixen Kosten gezählt würden, so würden diese nur einen geringen Anteil an den Gesamtkosten beim Vertrieb von nicht-adressiertem Werbematerial ausmachen. Der niedrige Fixkostenanteil beziehungsweise der hohe Anteil an variablen Kosten lassen nicht auf das Vorliegen eines natürlichen Monopols schliessen.

82. Nach den oben erwähnten Erwägungen erscheint es nicht als wahrscheinlich, dass der überregionale und nationale Vertrieb von nicht-adressiertem Werbematerial die Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist.

B.4 Ergebnis

83. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass mit der sich im Aufbau befindenden Zusammenarbeit zwischen der Post und Swiss Mail gemäss "Grobkonzept Geschäftsmodelle" vom 30. Juni 2001 Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG vorliegen.

B.5 Gebühren

84. Gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten oder Dienstleistungen nach Artikel 1 verursacht (Art. 2 Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz vom 25.

Februar 1998, KG-Gebührenverordnung; SR 251.2). Die Post und Swiss Mail werden als Verursacher dieses Verfahrens angesehen.

85. Im Vorabklärungsverfahren entfällt die Gebührenpflicht für Beteiligte nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung). Diese Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Da die zitierte Ausnahmebestimmung damit nicht zur Anwendung kommt, ist die Gebührenpflicht der beteiligten Unternehmen gegeben.

86. Die Erhebung der Gebühr und die Festlegung der Höhe der Gebühr erfolgen separat mittels Verfügung.

C. Schlussfolgerungen

87. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission stellt gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen fest, dass mit der in Entstehung begriffenen Zusammenarbeit zwischen der Post und Swiss Mail gemäss "Grobkonzept Geschäftsmodelle" vom 30. Juni 2000 Anhaltspunkte für eine **unzulässige Wettbewerbsbeschränkung** vorliegen.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Watt/Migros - EEF

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 5 mars 2001 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart dans le cas Watt/Migros - EEF relatif à un comportement illicite selon l'article 7 LCart

A. Etat de fait

A.1 Objet de la procédure

1. Le but de l'enquête est de clarifier si les Entreprises électriques fribourgeoises (ci-après: EEF) abusent d'une position dominante (au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, LCart, RS 251), en refusant de laisser transiter sur leur réseau électrique de l'électricité de Watt Suisse AG (ci-après: Watt) destinée à approvisionner Estavayer Lait SA (ci-après ELSA) et les sites de production de Courtepin de Micarna SA (ci-après Micarna).

a. Les entreprises

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

3. Watt, qui a son siège à Emmen, est une entreprise du groupe Watt AG, Glarus, auquel appartient notamment l'entreprise d'approvisionnement en électricité Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (ci-après: EGL). La société Watt est la société du groupe Watt AG chargée de l'approvisionnement d'acheteurs situés en dehors des zones de distribution des entreprises du groupe.

4. Micarna et ELSA sont des filiales à 100% de la Fédération des coopératives Migros (ci-après: Migros) qui a son siège à Zurich. Migros est une fédération de sociétés coopératives au sens des articles 921 ss. du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220). Migros est formée de 10 sociétés coopératives régionales.

5. ELSA, qui a son siège à Estavayer-le-Lac, est une entreprise industrielle produisant divers produits laitiers tels que yogourts et boissons lactées. Sa consommation annuelle en énergie électrique s'élève à 23,3 GWh (1998).

6. Micarna, qui a son siège à Courtepin, est une entreprise industrielle transformant des produits carnés. Micarna possède des sites de production à Courtepin (FR) et à Bazenhaid (SG). Elle partage le site de Courtepin avec l'entreprise sœur Optigal SA, dont elle prend en charge l'approvisionnement en énergie électrique. La consommation annuelle de ces deux entreprises à Courtepin (ci-après: Sites de production Micarna Courtepin) s'élève à 26,3 GWh (1998).

b. La demande de transit d'électricité

7. Les EEF disposent d'un réseau de distribution d'électricité sur le territoire du canton de Fribourg, de même qu'en basse Broye et dans le Pays-d'Enhaut. Ce réseau de distribution peut être divisé comme suit: un réseau de 60 kV (supra-régional), un réseau de 18 kV (régional) et un réseau de 0.4 kV (local). Des transformateurs relient les différents réseaux à ceux caractérisés par une tension plus haute. Particulièrement, le réseau de 60 kV des EEF est relié à la ligne de 220 kV St. Triphon-Mühleberg aux postes d'interconnexion de Botterens et de Hauterive-Montynan, de même qu'à la ligne de 130 kV Lucens-Galmiz au poste de Villarepos. En dehors de ces trois points, le réseau des EEF n'a pas de connexion avec d'autres réseaux électriques.

8. La demande de transport d'électricité de Watt et Migros concerne la démarche suivante: l'électricité serait transportée depuis Laufenburg jusqu'à l'un des trois postes susmentionnés du réseau des EEF. Arrivée à l'un de ces postes, elle serait transformée en électricité de 60 kV et transportée par le réseau de 60 kV des EEF jusqu'au poste 60/18 kV Courtepin (pour les Sites de production Micarna Courtepin), respectivement jusqu'au poste 60/18 kV Estavayer (pour ELSA). A ces endroits, elle serait transformée en électricité de 18 kV et serait livrée par le réseau de 18 kV des EEF jusqu'aux Sites de production Micarna Courtepin, respectivement jusqu'à ELSA. La transformation en électricité de 400 V aurait lieu par le biais de transformateurs dont Micarna, respectivement ELSA, sont propriétaires.

c. Négociations

9. Jusqu'à présent, les Sites de production Micarna Courtepin et ELSA ont été approvisionnés en électricité par les EEF. Cet approvisionnement était assuré en vertu de contrats de fourniture (contrat

du 22 août 1990 avec Micarna; contrat du 10 décembre 1981 avec ELSA).

10. Le 30 juillet 1998, Migros a lancé un appel d'offres auprès de 14 entreprises d'approvisionnement en électricité. Cet appel d'offres portait sur un contrat pour l'approvisionnement en énergie électrique par un fournisseur unique de 26 sites de Migros, dont ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

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

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

13. Par courrier du 22 juin 1999, ELSA a résilié pour le 31 décembre 1999 son contrat d'approvisionnement avec les EEF et a demandé aux EEF de lui faire parvenir une proposition d'un "contrat de raccordement et d'utilisation du réseau d'électricité".

14. Par courrier du 28 juin 1999, Micarna a résilié pour le 31 décembre 1999 son contrat d'approvisionnement avec les EEF. Par courrier du 29 juillet 1999, Micarna a informé les EEF que Watt était son nouveau fournisseur et qu'il entamerait des négociations avec les EEF au sujet du transit de l'électricité.

15. Par courrier du 30 juin 1999, les EEF attiraient l'attention d'ELSA sur le fait qu'un contrat pour l'acheminement de l'énergie au travers du réseau de distribution des EEF ne serait nécessaire qu'à partir du moment où la loi sur l'ouverture du marché rendrait possible l'accès de tiers au réseau.

16. Par courrier du 4 août 1999, les EEF attiraient l'attention de Micarna sur le fait que l'acheminement de l'énergie livrée par un autre fournisseur sur le réseau des EEF ne serait admis qu'à partir du moment où la loi sur l'ouverture du marché rendrait possible l'accès de tiers au réseau. Par courrier du 15 novembre 1999 à Migros, les EEF ont une fois de plus soutenu que le transit de l'électricité ne serait possible qu'après l'introduction officielle de l'accès de tiers au réseau en Suisse.

17. Les négociations suivantes avec les EEF au sujet de l'acheminement de l'électricité de Watt pour ELSA et les Sites de pro-

duction Micarna Courtepin ont été menées par EGL au nom de Watt. Deux rencontres ont eu lieu entre EGL et les EEF: le 10 septembre 1999 et le 23 novembre 1999.

18. Dans le courant des négociations, EGL a proposé aux EEF, au lieu de faire transiter du courant, de racheter l'électricité à la limite de la propriété entre les EEF et ELSA, respectivement les Sites de production Micarna Courtepin (Télécopie de EGL du 21.09.1999 et courrier de EGL du 25.11.1999).

19. Par courrier du 17 décembre 1999, les EEF communiquaient à EGL un refus définitif à cette proposition. De même, la demande de Watt (représentée par EGL) de faire transiter du courant sur le réseau des EEF a été refusée par ces dernières (selon la lettre du 17.12.1999 à Micarna).

20. Parallèlement aux négociations avec EGL, les EEF ont soumis à ELSA et Micarna plusieurs offres de contrat de fourniture. Se référant au contrat conclu avec Watt, ELSA et Micarna n'ont accepté aucune de ces offres. Elles ont par contre, à plusieurs reprises, sommé les EEF de présenter une offre pour un contrat de transit à partir du 1er janvier 2000, ce que ces dernières ont refusé de faire.

B. Etapes de la procédure

21. Le 14 février 2000, Watt et Migros ont chacune déposé une plainte contre les EEF auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence. Migros a en outre déposé la plainte contre les EEF auprès de la Commission de la concurrence.

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

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

24. Le 14 juin 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête selon l'article 27 LCart contre les EEF pour un (prétendu) comportement illicite au sens de l'article 7 LCart. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux parties par courrier du 14 juin 2000 et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce du 23 juin 2000.

25. Dans le cadre de cette enquête, le secrétariat a recueilli des informations auprès des EEF, de Watt et de Migros, de même qu'auprès de l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ci-après: Inspection) au sujet de la construction de lignes électriques et d'un second réseau.

26. Dans le cadre d'une demande de prolongation de délai, les EEF ont demandé, le 28 septembre 2000, à ce que les enquêtes dirigées contre le Service intercommunal de l'électricité SA, Renens (ci-après: SIE), Elektra Baselland Liestal (ci-après: EBL) et EEF soient traitées simultanément. En conséquence les dates fixées aux parties pour répondre aux demandes de renseignements devraient être identiques dans ces trois procédures. Par lettre du 29 septembre 2000, le secrétariat a rejeté cette requête et accordé une prolongation de délai d'un mois, conformément à sa pratique.

27. En octobre 2000, les EEF ont consulté le dossier d'enquête par voie écrite.

28. Le 30 octobre 2000, les EEF ont répondu au questionnaire qui leur avait été adressé par le secrétariat. Elles requièrent l'audition de leurs représentants ainsi que de témoins, dont une liste devrait être fournie dans un prochain courrier. Cette liste n'a cependant été fournie que le 22 février 2001 (cf. ch. 32 ci-dessous).

29. Le 15 décembre 2000, le secrétariat a envoyé aux EEF, Watt et Migros le projet de décision, ainsi que la liste de la correspondance et leur a fixé un délai jusqu'au 22 janvier 2001 pour prendre position. Dans le courrier précité, les parties ont été rendues attentives à leur droit de consultation des pièces figurant au dossier.

30. Migros et Watt ont pris position sur le projet de décision le 22 janvier 2001.

31. Par courrier du 22 janvier 2001, les EEF ont requis une prolongation de délai jusqu'au 28 février 2001 pour prendre position sur le projet de décision. Conformément à sa pratique, le secrétariat a prolongé le délai d'un mois, jusqu'au 22 février 2001. Il a précisé qu'une deuxième prolongation ne pourrait être accordée que sur la base de motifs justifiés.

32. Le 22 février 2001, les EEF ont déposé une requête de décision incidente sur la compétence complétée d'une requête de jonction des causes et d'une requête de suspension de la procédure au fond. Leurs conclusions sont les suivantes:

"Les EEF requièrent:

- a) Que les enquêtes en cours à l'encontre des EEF, à l'encontre de EBL et à l'encontre de SIE soient jointes.
 - b) Qu'une décision au sens de l'article 9 alinéa 1 LPA soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respectivement de son Secrétariat pour mener l'enquête en cours selon les article 26 ss. LCart.
 - c) Que la Commission de la concurrence communique aux EEF une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 dans l'affaire ISM/SMA (arrêt 2A.430/2000) dès que ce-
-

lui-ci lui aura été notifié par le Tribunal fédéral et qu'un délai de 10 jours soit alors imparti aux EEF pour compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence.

d) Que la procédure de l'enquête de la Commission de la concurrence, respectivement de son Secrétariat, soit suspendue jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire soit rendue sur la compétence.

e) Qu'un nouveau délai soit imparti aux EEF pour déposer leur détermination sur la suite de la procédure au fond, le cas échéant, lorsque la décision définitive et exécutoire sur la compétence aura été rendue".

En outre elles sollicitent des mesures d'instruction complémentaires, à savoir:

?? l'audition de Monsieur le Conseiller d'Etat Michel Pittet, Directeur de l'économie, des transports et de l'énergie, membre de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie et Président du Conseil d'administration des EEF s'agissant de l'interprétation du droit cantonal fribourgeois;

?? une expertise, aux fins d'interpréter la situation du monopole des EEF en droit cantonal fribourgeois, menée par Monsieur Denis Loertscher, Chef de l'Office cantonal de législation;

?? l'audition d'un membre au moins de la commission parlementaire ayant participé aux travaux préparatoires des débats parlementaires sur la LME;

?? l'audition d'un représentant de la Commission européenne;

?? l'audition des représentants des EEF.

C. Considérants

C.0.1 Recevabilité de la plainte de Migros

33. Concernant la plainte de Migros, les EEF font valoir que celle-ci est illicite, puisque Migros n'aurait pas la qualité pour agir. Les clientes des EEF seraient ELSA et Micarna.

34. Selon l'article 26 alinéa 1 LCart, le secrétariat peut mener des enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers. Toutefois, l'enquête préalable ne peut être revendiquée (Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 23 novembre 1994, FF 94.100, tiré à part, p. 122, ci-après Message LCart). Selon l'article 27 alinéa 1 LCart, le secrétariat ouvre une enquête d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Il le fait dans tous les cas s'il y est invité par la Commission de la concurrence ou par le Département fédéral de l'économie.

35. La participation de Migros à la procédure n'a dès lors aucune importance ni pour l'ouverture d'une enquête préalable, ni pour celle d'une enquête.

36. Par ailleurs, il faut noter que Migros est en droit d'agir au nom d'une ou plusieurs de ses filiales dont elle a 100% de participations. Le fait, avancé par les EEF, que ce sont Micarna et ELSA, et non Migros, qui sont clientes des EEF, n'a à lui seul pas d'intérêt, puisque ces relations commerciales sont basées sur le comportement mis en cause par l'enquête.

C.0.2 Jonction des causes

37. Les EEF requièrent la jonction des trois enquêtes en cours à l'encontre des EEF, à l'encontre de EBL et à l'encontre de SIE (cf ch. 32a ci-dessus). Ces trois enquêtes examinent l'existence de comportements illicites selon l'article 7 LCart en relation avec le transit d'électricité de Watt sur le réseau de distribution de tiers en vue de l'approvisionnement de sites Migros (pour l'état de fait à la base de l'enquête à l'encontre de EBL, voir le rapport final de l'enquête préalable du 24 juillet 2000, DPC 2000/4, p. 561 ss.; publication du rapport final de l'enquête préalable SIE prévue dans DPC 2001/1).

38. Les EEF motivent leur requête par le fait que les parties plaignantes sont identiques dans les trois cas et que la problématique du libre passage sur le réseau dans le système actuel est la même.

39. Indépendamment du fait que les parties plaignantes sont les mêmes dans les trois enquêtes et que les questions de fond à traiter peuvent montrer des similitudes, l'état de fait à la base de ces trois enquêtes est différent. Il faut à cet égard prendre particulièrement en considération les points suivants:

a) EEF, EBL et SIE sont actives dans trois cantons différents. Il est en conséquence possible qu'une de ces entreprises bénéficie d'une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart en vertu du droit cantonal, qui ne concernerait donc pas les deux autres entreprises.

b) Il s'agit de trois entreprises indépendantes, qui sont actives sur trois marchés de référence différents. Il est dès lors possible qu'une de ces entreprises ne puisse pas être considérée comme une entreprise en position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart alors qu'une autre le serait.

c) Chaque entreprise peut avoir des raisons différentes justifiant leur comportement. Il est ainsi possible qu'une entreprise ait des motifs matériels justifiant le comportement mis en cause dans le cadre de l'enquête ("legitimate business reasons"), qui n'existeraient pas pour une autre.

40. Pour toutes ces raisons, la jonction des trois enquêtes n'est pas justifiée. Il y a lieu de noter en particulier, en raison des états de fait

différents prévalant dans ces trois enquêtes, qu'on ne peut pas exclure de prime abord qu'une enquête aboutisse à la conclusion qu'il n'y a pas d'abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart, et que dans une autre, un tel abus puisse être prouvé.

41. Contrairement à ce que font valoir les EEF, le fait que les parties plaignantes aient déposé chacune une seule plainte dirigée contre les trois parties intimées, rédigée en un seul mémoire avec des conclusions communes aux trois intimés ne joue aucun rôle. En effet, la Commission de la concurrence, respectivement son secrétariat n'est pas liée par la plainte dans l'orientation qu'elle donne à une enquête préalable ou à une enquête. Il y a lieu de rappeler à cet égard que la Commission de la concurrence, respectivement son secrétariat, n'est même pas obligée d'ouvrir une enquête préalable, respectivement une enquête, sur la base d'une plainte (Message LCart, p.122, cf. ch. 34 ci-dessus).

42. En conséquence, la requête des EEF tendant à la jonction des trois enquêtes précitées doit être rejetée.

C.0.3 Décision incidente sur la compétence

43. Les EEF demandent à ce qu'une décision incidente au sens de l'article 9 alinéa 1 LPA soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respectivement de son secrétariat pour mener l'enquête en cours selon les articles 26 ss. LCart. Elles se fondent essentiellement sur l'article 3 alinéa 1 LCart pour contester formellement la compétence de la Commission de la concurrence en l'espèce, compétence qu'elles indiquent avoir déjà contestée à deux reprises, dans leur détermination du 10 avril 2000 et dans leur réponse au questionnaire du 30 octobre 2000.

44. La décision incidente est prise pendant la procédure, à un stade préalable à la décision finale, ne représentant qu'une étape vers cette décision. La décision concernant la compétence matérielle doit en principe faire l'objet d'une décision incidente susceptible de recours (art. 9 et 45 LPA). Le but de la décision incidente en pareil cas est de pouvoir assurer la compétence de l'autorité aussi tôt que possible, par économie de procédure. A défaut, il conviendrait d'attendre la fin de l'affaire pour obtenir son annulation complète et la reprise à zéro de la procédure en raison d'un vice perceptible dès le début (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 263 ss.; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd. Berne 1983, p. 140 ss.).

45. En l'espèce, et contrairement à ce qu'elles indiquent dans leur requête à fin de décision incidente, les EEF n'ont contesté formellement la compétence matérielle de la Commission de la concurrence que le 22 février 2001, alors qu'elles étaient amenées à se prononcer sur le projet de décision finale qui leur avait été adressé le 15 décembre 2000. Dans leurs deux courriers précédents, des 10 avril et

30 octobre 2000, les EEF s'étaient bornées à indiquer que la LCart n'était pas applicable en raison de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Il est à relever que c'est à juste titre que cet argument était alors invoqué par les EEF dans les courriers précités sur le fond, et non sur la recevabilité de la procédure. En effet, l'article 3 alinéa 1 LCart est une disposition de droit matériel (cf. ch. 75 ci-dessous).

46. A ce stade de la procédure, force est de constater que les EEF n'ont d'autre intérêt, en demandant à la Commission de la concurrence de se prononcer sur sa compétence par le biais d'une décision incidente, que de retarder la décision de la Commission de la concurrence sur le fond. En effet, elles ne peuvent se prévaloir du principe de l'économie de procédure alors que ladite procédure, ouverte depuis plus d'une année sans que la compétence de la Commission de la concurrence n'ait été contestée, est à son terme, et que cet argument aurait pu être invoqué dès le début de la procédure, le prétendu vice n'étant pas apparu en cours de procédure.

47. En outre, au stade final de l'enquête, à la veille de la décision finale, une décision incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence n'a aucun intérêt, dans la mesure où les EEF pourront toujours faire valoir cet argument dans le cadre d'un recours sur la décision finale.

48. Le principe de la bonne foi exige des administrés qu'ils fassent valoir leurs prétentions dans un laps de temps raisonnable (P. MOOR, *Droit administratif*, I, Berne 1994, 5.3.3., p. 433 et références citées). En outre, l'exercice d'un droit peut constituer un abus de droit lorsque, dans un cas concret, une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée (P. MOOR, *op. cit.*, I, 5.3.4., p. 434 et références citées). En l'espèce, les EEF auraient pu et dû, conformément au principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, faire valoir l'argument de l'incompétence matérielle de la Commission de la concurrence dès le début de l'enquête et non au terme de celle-ci, dans le seul but de retarder la décision au fond.

49. Au vu de ce qui précède, la requête de décision incidente au sens de l'article 9 LPA formulée par les EEF doit être écartée. La question de la compétence de la Commission de la concurrence sera dès lors traitée dans la décision au fond (cf. ch. 73 ss. ci-dessous).

50. Dans la mesure où il n'est pas donné droit à la requête de décision incidente, il n'y a pas lieu de suspendre la procédure au fond jusqu'à ce que la décision sur la compétence soit définitive et exécutoire, comme le demandaient les EEF (cf. ch. 32d ci-dessus).

C.0.4 Communication de l'arrêt du TF dans l'affaire ISM/SMA

51. Les EEF demandent à ce que la Commission de la concurrence leur fasse parvenir une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 dans l'affaire ISM/SMA (arrêt 2A.430/2000) et leur fixe un nouveau délai de dix jours afin de compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence.

52. En vertu de l'article 26 LPA, une partie a le droit de consulter les mémoires des parties et les observations responsives d'autorités, tous les actes servant de moyens de preuve ainsi que la copie de décisions notifiées.

53. L'arrêt du Tribunal fédéral précité n'entre pas dans l'une de ces catégories. Ce n'est en effet pas une pièce du dossier ni d'une décision notifiée, rendue par la Commission de la concurrence.

54. L'arrêt précité n'entre dès lors pas dans le cadre du droit à la consultation des pièces au sens de l'article 26 LPA.

55. Pour le surplus, il est loisible aux EEF, respectivement à leur mandataire, de se procurer l'arrêt en question directement auprès du Tribunal fédéral.

56. Il n'y a dès lors pas lieu de donner d'autre suite à la requête des EEF sur ce point, dans la mesure où il n'y pas de raison pour la Commission de la concurrence de leur garantir un accès à cet arrêt, à plus forte raison de leur en envoyer une copie.

57. Il n'y a pas lieu de fixer aux EEF un nouveau délai de 10 jours afin de compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence, à la lumière des considérants de l'arrêt du TF dans l'affaire SMA. En effet, l'état de fait à la base de cet arrêt est totalement différent de celui qui nous occupe ici.

58. Dans l'affaire SMA, le Tribunal fédéral a annulé la décision prise par la Commission de la concurrence à l'encontre du SMA pour les raisons suivantes:

?? le SMA est un office fédéral sans personnalité juridique;

?? la Commission de la concurrence ne peut pas rendre de décisions au sens de l'article 30 LCart à l'encontre d'offices fédéraux, seule une recommandation au sens de l'article 45 LCart peut entrer en ligne de compte.

En l'espèce, les EEF sont un établissement de droit public distinct de l'Etat ayant qualité de personne morale (cf ch. 2 ci-dessus) si bien que l'argumentation du TF dans le cas SMA ne lui est en aucun cas transposable.

59. Pour le surplus, cet arrêt du TF a été expliqué de manière circonstanciée lors de la conférence de presse annuelle de la Commission de la concurrence du 16 février 2001 et analysé en détail par les médias. Dès lors, les EEF étaient en mesure de se procurer une copie de l'arrêt

en question et de l'analyser dans le délai qui leur était imparti pour prendre position sur le projet de décision, soit jusqu'au 22 février 2001.

C.0.5 Audition d'experts et des représentants des EEF

60. Les EEF requièrent l'audition de divers experts ainsi qu'une expertise pour éclairer la Commission de la concurrence pour l'interprétation du droit cantonal fribourgeois, fédéral et européen. En outre, elles sollicitent l'audition de leurs représentants.

61. Le droit d'être entendu implique celui de faire des offres de preuves. Cependant, ce dernier n'implique pas pour autant un droit inconditionnel à ce qu'elles soient administrées par l'autorité. Le droit d'être entendu n'a en effet pour corollaire qu'une obligation limitée d'administrer les preuves offertes à charge de l'autorité, à l'instar de l'article 33 alinéa 1 LPA qui n'admet les moyens de preuve offerts par la partie que s'ils paraissent propres à élucider les faits (B. BOVAY, op. cit. p. 220). Ainsi, l'autorité peut renoncer à administrer les preuves qui lui sont offertes si, au vu du dossier, il s'avère qu'elles n'apporteraient pas d'éléments nouveaux (ATF 120 Ia 224 = JT 1996 I 394).

62. L'audition d'experts n'est pas nécessaire, ni justifiée en vertu de l'article 33 LPA, dans la mesure où elle tend à éclairer la Commission sur des questions de droit et non de fait. En outre, ces experts n'apporteraient rien à la procédure, ni au niveau du droit fribourgeois, ni sur le droit européen et encore moins sur la LME, à l'élaboration de laquelle la Commission de la concurrence et son secrétariat ont collaboré.

63. L'audition des représentants des EEF ne se justifie pas non plus. En effet, l'état de fait à la base de la procédure est suffisamment clair et ne justifie pas de nouvelles auditions, qui n'apporteraient rien de nouveau. En outre, le droit d'être entendu n'implique pas automatiquement et dans tous les cas celui d'être entendu oralement par l'autorité (B. BOVAY, op. cit. p. 208). La possibilité de présenter son point de vue de manière écrite suffit à le garantir.

64. Comme relevé plus haut (cf. ch. 21 ss. ci-dessus), les EEF ont eu la possibilité de se prononcer tout au long de la procédure sur l'état de fait, connu dès le début de l'enquête préalable. Elles ne peuvent dès lors se prévaloir d'une violation du droit d'être entendu. Il leur appartenait de faire valoir tous leurs arguments lors de la procédure et au plus tard dans le délai qui leur a été imparti pour se déterminer sur le projet de décision. Elles en avaient la possibilité dans la mesure où les faits déterminants en l'espèce sont connus depuis le début de l'enquête préalable.

65. Dès lors, la requête des EEF doit être écartée sur ce point également.

C.0.6 Nouveau délai

66. Les EEF demandent qu'un nouveau délai leur soit imparti pour déposer leur détermination sur la suite de la procédure au fond.

67. Une deuxième prolongation de délai n'est accordée que si des motifs pertinents sont invoqués. Les EEF ont été rendues attentives à cette pratique du secrétariat de la Commission de la concurrence lors de la première prolongation du délai qui leur a été accordée pour se prononcer sur le projet de décision.

68. Dans leur prise de position du 22 février 2001, les EEF n'ont pas sollicité de seconde prolongation de délai mais ont demandé à ce qu'un nouveau délai leur soit accordé au-delà d'une procédure incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence, afin de pouvoir se prononcer sur le fond.

69. Les EEF motivent leur demande de nouveau délai par la décision incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence et par la suspension de la procédure au fond qui étaient demandées. Ces deux demandes ont été écartées (cf. ch. 49 et 50 ci-dessus) si bien qu'il n'y a en définitive plus de motif à la base de la demande de nouveau délai.

70. Les EEF devaient savoir que ces requêtes pourraient être rejetées par la Commission de la concurrence et qu'un nouveau délai ne serait pas accordé dans ces conditions. Il leur appartenait dès lors de faire valoir, à titre éventuel au moins, les arguments complémentaires dont ils voulaient se prévaloir sur le fond. Les EEF ont délibérément choisi de n'aborder en détail qu'une partie de la procédure dans leur prise de position du 22 février 2001, quand bien même la possibilité de se prononcer sur le fond leur avait été donnée.

71. La présente enquête a été ouverte le 14 juin 2000, à la suite d'une enquête préalable de plus de trois mois. A tous les stades de la procédure, les EEF ont eu la possibilité de se prononcer tant sur la forme que sur le fond. Les EEF ont à chaque fois utilisé ces possibilités (cf. Etapes de la procédure, ch. 21 ss. ci-dessus). Le projet de décision finale leur a été adressé le 15 décembre 2000 par le secrétariat et un délai d'un mois leur a été imparti pour se déterminer une dernière fois sur l'ensemble de la procédure avant que la décision finale ne soit prise par la Commission de la concurrence. A l'issue de ce délai, prolongé d'un mois par le secrétariat à la requête de leur mandataire, les EEF ont fourni une prise de position se bornant à contester la compétence matérielle de la Commission de la concurrence. Elles ont fait valoir lors de leurs prises de position antérieures de nombreux arguments sur le fond de la procédure, les questions de fond déterminantes étant connues des EEF dès l'ouverture de l'enquête préalable. Leur droit d'être entendu a ainsi été suffisamment garanti tout au long de la procédure et la requête tendant à la fixation d'un nouveau délai ap-

paraît comme une manœuvre, qui ne saurait être protégée, en vue de retarder la décision finale de la Commission de la concurrence.

72. La requête des EEF tendant à la fixation d'un nouveau délai doit en conséquence être rejetée.

C.1 Compétence de la Commission de la concurrence

73. La Commission de la concurrence et son secrétariat sont chargés de l'application de la LCart. Ils sont compétents pour traiter tous les états de faits entrant dans le champ d'application de la LCart, pour autant qu'ils ne soient pas soumis expressément à l'examen d'une autre autorité (art. 18 al. 3 LCart ; Message LCart, ch. 251, p. 116).

74. Le champ d'application de la LCart, est défini par l'article 2 LCart, en relation avec les définitions légales des différentes restrictions à la concurrence visées par la LCart (art. 4, 5, 7 et 10 LCart). Cela signifie que dès qu'un état de fait entre dans le champ d'application de la LCart, les dispositions de droit matériel de la loi lui sont applicables, et les autorités de la concurrence sont compétentes en vertu de l'article 18 LCart (R. WEBER, *Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften*, in R. VON BÜREN/L. DAVID (éd), *Schweizerische Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, V/2, Basel 2000, p. 37; SCHMIDHAUSER, Art. 2, in SCHMIDHAUSER/HOMBURGER/HOFFET/DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, ch. 29 ss.).

75. En revanche, l'application ou non de l'article 3 alinéa 1 LCart dans un cas concret ne donne aucune indication quant à la compétence de la Commission de la concurrence. En effet, l'article 3 alinéa 1 LCart est une question de droit matériel qui détermine si la Commission de la concurrence doit, dans un cas concret soumis à la LCart en raison de l'article 2 LCart, rendre une décision au sens de l'article 30 LCart ou une recommandation au sens de l'article 45 LCart (R. WEBER, *op. cit.*, p. 45 ss.). La situation dans la loi actuelle n'est pas différente à cet égard de celle qui prévalait dans la loi de 1985 (art. 44 al. 2 let. b aLCart), si bien que l'on peut également se référer la doctrine publiée à ce sujet (W. A. STOFFEL, *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Fribourg 1994, p. 281).

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

77. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Les EEF en tant qu'établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale (art. 1 LEEF; voir ci-dessus ch. 2), sont une entreprise au sens de cette définition.

78. La LCart ne définit pas la notion d'entreprise puissante sur le marché. Avec la doctrine (R. ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Berne 1999, ch. 215 ; B. SCHMIDHAUSER, Art. 2, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, ch. 20; R. WEBER, *op. cit.*, p. 40), il faut admettre que la notion d'entreprise puissante sur le marché s'applique à une position de force se situant en-deçà de la position dominante définie à l'article 4 alinéa 2 LCart.

79. En l'espèce, il ressort de l'état de fait que les EEF sont une entreprise puissante sur le marché au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart. En effet, il a été admis par les autorités de la concurrence que les distributeurs d'électricité sont en général en situation de monopole naturel (DPC 1997/4, p 571). On ne peut nier dès lors que les EEF ont une influence dont on ne peut faire abstraction sur ce marché. Pour le surplus, nous verrons plus loin (cf. ch. 93 ss.; 135 ci-dessous) que les EEF sont une entreprise en position dominante sur le marché, notion qui englobe celle d'entreprise puissante sur le marché. En outre, il ressort de l'état de fait que les EEF refusent de laisser transiter le courant d'un concurrent sur leur réseau, ce qui apparaît être un cas de refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart. En conséquence l'état de fait à la base de l'enquête tombe dans le champ d'application de la LCart, qui est ainsi applicable.

80. En l'état actuel de la législation, aucune autorité spéciale n'a été mise en place pour traiter des problèmes de concurrence dans le domaine spécifique de l'électricité, si bien que seule la Commission de la concurrence est compétente pour traiter ce genre d'affaires.

81. Les EEF contestent la compétence matérielle de la Commission de la concurrence sur la base des articles 43 alinéa 2 et 44 lettre b de la Loi fédérale sur les installations électriques (LIE, RS 734.0), qui permettent au Département fédéral de l'environnement, des transports de l'énergie et de la communication d'accorder un droit d'expropriation aux preneurs d'énergie pour le transport d'énergie électrique sur les réseaux d'approvisionnement et de distribution existants.

82. Cette disposition, introduite par l'article 121 lettre a de la Loi du 20 juin 1930 sur l'expropriation, dont la teneur a été modifiée sans toucher à son contenu par la Loi du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision, ne restreint pas la compétence de la Commission de la concurrence dans cette matière. Elle n'est au fond rien de plus qu'un cas d'application particulier d'expropriation pour la construction et la transformation d'installations de transport et de distribution d'énergie. La Commission du Conseil national, à laquelle on doit cette disposition, voulait exprimer dans la loi elle-même qu'il fallait éviter une accumulation inutile de lignes électriques et de ne permettre une expropriation pour la construction de nouvelles lignes que lorsqu'il n'est pas possible de faire transiter l'énergie en

question sur une ligne existante (F. HESS, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, Bern 1935, p. 344, avec références aux travaux parlementaires).

83. Le but de la LIE n'est en aucun cas de régler définitivement et de manière complète l'acheminement de courant électrique, respectivement de restreindre la concurrence sur le marché de l'électricité. Il ne s'agit que d'éviter la construction de réseaux parallèles inutiles, dans le contexte du début du siècle (R. RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Basel 2000, p. 201).

84. Les articles 43 alinéa 2 et 44 LIE ne constituent donc pas une *lex specialis* par rapport à la LCart dans le domaine qui nous occupe.

85. Il n'est pas contesté qu'après l'entrée en vigueur de la LME, la Commission fédérale d'arbitrage pourra vérifier les prix de l'acheminement et statuer sur les litiges concernant l'obligation d'acheminer l'électricité et la rétribution de l'acheminement (art. 16 al. 1 LME). Cette disposition constituera alors une *lex specialis* qui soustraira les questions liées à l'acheminement de l'électricité à l'examen de la Commission de la Concurrence. Néanmoins, tant que la LME n'est pas entrée en vigueur, seule la Commission de la concurrence peut être saisie d'affaires de ce type, qu'elle a non seulement la compétence mais l'obligation de traiter, dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application de la LCart.

86. Pour le surplus, l'argument des EEF selon lequel la LCart ne constituerait pas une base légale suffisante, au sens de la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour fonder la compétence de la Commission de la concurrence dans le domaine du marché de la fourniture et de la distribution de l'électricité n'est pas pertinent. En effet, la LCart permet suffisamment de prévisibilité quant à son application par la Commission de la concurrence à tout état de fait entrant dans son champ d'application, défini à son article 2, en relation avec les définitions des restrictions à la concurrence visées par la loi. En l'absence d'autre réglementation pouvant entrer en ligne de compte, seules les dispositions de la LCart peuvent - et doivent - être appliquées en l'espèce, l'état de fait entrant manifestement dans le champ d'application de la LCart.

87. Le fait que le Parlement fédéral ait arrêté une législation spéciale ne permet pas de soustraire le marché de l'électricité aux règles générales du droit de la concurrence avant son entrée en vigueur. A cet égard, les EEF, se basant sur le Message concernant la loi sur le marché de l'électricité du 7 juin 1999 (ci après, Message LME), font valoir que, de l'avis du gouvernement fédéral, confirmé par les Chambres fédérales, le marché de l'électricité est en l'état actuel soustrait aux règles de la libre concurrence et doit faire l'objet d'une législation pour permettre son ouverture.

88. En l'espèce, l'avis du gouvernement et des Chambres fédérales, exprimé dans le cadre du message pour une loi qui n'est pas encore en vigueur n'est pas déterminant. Pas plus que ne le sont les avis exprimés par le public et nombres d'autorités cantonales dans le débat public sur une loi qui n'est pas entrée en vigueur et contre laquelle un référendum a été lancé.

89. Le Message LME ne se prononce en tout état de cause pas aussi clairement que le prétendent les EEF en le citant partiellement, s'agissant du fait que le marché de l'électricité serait actuellement soustrait aux règles de la concurrence. En effet, il indique également que "la commission de la concurrence ou son secrétariat peut toujours, s'appuyant sur ses compétences en matière cartellaire, ouvrir des procédures en vertu des article 5 (accords illicites) et 7 (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante) LCart contre les entreprises de l'électricité, et examiner conformément à l'article 10 de cette loi les concentrations des entreprises soumises à l'obligation de notifier. Il faut rappeler ici que la question, non encore résolue dans notre pays, de savoir si le refus opposé par un exploitant de réseau à l'acheminement doit être considéré comme un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart qui peut être poursuivi par la commission au moyen d'une procédure prévue par la loi" (ch. 141 du Message), ce qui indique clairement que le législateur estime que la Commission de la concurrence peut être saisie de dossiers relatifs au marché de l'électricité entrant dans le cadre de ses compétences cartellaires, actuellement comme dans le futur, suite à l'entrée en vigueur de la LME.

90. Pour le surplus, il y a lieu de noter que lors de débats aux Chambres, la nécessité de la loi a été fondée par le fait que le projet de loi devait permettre une libéralisation du marché de l'électricité par le biais d'un processus démocratique, afin d'éviter qu'elle ne se fasse au coup par coup par le biais de décisions de la Commission de la concurrence. (A. DURRER, au nom de la Commission a déclaré lors de la session de printemps 2000 du Conseil national, le 15 mars 2000: "Es stünde unserem Palament sicher schlecht an, wenn die Liberalisierung aufgrund des Kartellrechtes von der Wettbewerbskommission erzwungen werden müsste, also losgelöst von einem demokratischen Prozess". Bulletin officiel, 99.055).

91. Il ressort de ce qui précède que la compétence de la Commission de la concurrence dans les problèmes relatifs à l'acheminement de l'électricité en l'état actuel du droit n'a pas été mise en cause par le législateur, qui l'admet sans réserve.

92. En conclusion, au vu de tout ce qui précède, les autorités de la concurrence sont en l'état actuel du droit les seules compétentes pour traiter de la problématique du droit de la concurrence dans le domaine de l'électricité.

C.2 Entreprise en position dominante

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

94. Afin d'établir si les EEF sont effectivement en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendantes des autres acteurs du marché, il convient de déterminer au préalable le marché de référence.

C.2.1 Le marché de référence

95. Le marché de référence revêt deux dimensions: le marché de produits et le marché géographique.

C.2.1. a Le marché de produits

96. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de la Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprise, OCCE, RS 251.4).

97. Les partenaires à l'échange sont Migros, d'une part, et Watt, d'autre part, qui demandent de faire transiter l'électricité de Watt sur le réseau des EEF afin d'approvisionner ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

98. Afin de délimiter le marché de référence, il s'agit dans un premier temps d'établir si d'autres énergies sont substituables à l'énergie électrique.

99. Dans sa prise de position au sujet de l'opération de concentration Watt SA, la Commission de la concurrence a constaté qu'aucun des partenaires de l'échange ne connaît de substitut pour le produit électricité (DPC 1997/4, p. 564 ss.).

100. De même, la Commission Européenne distingue l'électricité d'autres produits (primaires) offrant de l'énergie. Du point de vue de la demande, elle distingue les usages exclusifs (p. ex. éclairage) des usages pour lesquels il existerait une substituabilité potentielle d'un point de vue technologique (p. ex. chauffage). Concernant la substituabilité dans les cas d'usages non exclusifs, la Commission Européenne constate toutefois que cette substituabilité n'est pas complète et qu'elle demanderait une longue période d'adaptation (Décision de la Commission du 2.6.1998 dans le cas no. IV/M.931 - Neste/Ivo, ch. 19).

101. Dans le cas d'espèce, ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin utilisent l'électricité pour des moteurs de commande, l'éclairage et l'administration (ordinateurs). L'éclairage et l'utilisation d'ordinateurs représentent des usages exclusifs de l'électricité. Pour ce qui

est des moteurs de commande, l'électricité possède, partout où elle est utilisée, des avantages comparatifs qu'une autre source d'énergie ne pourrait présenter que difficilement (par analogie: DPC 1997/4, p. 564 ss., ch. 37). A ce sujet, Migros fait valoir des motifs d'hygiène (gaz d'échappement) et le manque de technologies autres que celles basées sur l'énergie électrique, adaptées aux dispositifs de production. Par ailleurs, un changement de moteurs de commande des dispositifs de production exploités électriquement à un autre type d'énergie entraînerait d'importants coûts. Dès lors, dans le cas d'espèce, d'autres sources d'énergie ne sont pas substituables à l'énergie électrique.

102. Afin de délimiter le marché de référence, il convient, dans un second temps, d'établir si l'électricité, dont il est question ici, peut être celle qui serait produite sur le lieu d'utilisation ("production propre"), ou s'il s'agit de celle produite dans des installations centrales ("production centrale"). Dans le cas d'une "production centrale", l'électricité doit être "transportée" jusqu'au lieu d'utilisation.

103. La production d'électricité en Suisse a lieu, pour une grande majorité, dans des installations centrales. Selon la statistique suisse de l'électricité, seuls 5,73% de l'électricité étaient produits en "production propre" en 1999. La statistique suisse de l'électricité ne dénote par ailleurs aucune augmentation de la part de la production propre (Office fédéral de l'énergie, Statistique suisse de l'électricité, 1999). Il convient dès lors de délimiter le marché comme étant celui de l'électricité provenant de la "production centrale". La Commission de la concurrence a d'ailleurs jusqu'à présent supposé une production centrale de façon tacite (DPC 1997/4, p. 558 ss.; Einstellungsverfügung vom 7.2.2000 in Sachen BKW FMB Energie AG, DPC 2000/1, p. 29 ss.; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27.3.2000 concernant Rätia Energie AG, DPC 2000/2, p. 235 ss.).

104. De même, dans le cas présent, il peut être admis qu'il s'agit d'un marché de référence basé sur la production centrale, étant donné les coûts et le temps qu'impliquerait l'introduction d'une production propre, de même que le prix de l'électricité en production propre. Migros estime le prix de l'électricité en production propre pour les Sites de production Micarna Courtepin et pour ELSA à 14,8 à 27,6 cts/kWh, les investissements nécessaires pour la production à 14 à 20,8 millions de francs par site de production (sans les coûts du terrain) et estime le délai nécessaire pour ce changement à 3 ans. Par ailleurs, ELSA (à l'époque Conserves Estavayer SA) et Micarna ont examiné en 1987 l'éventualité de produire l'électricité elles-mêmes et ont renoncé à la réalisation de ce projet.

105. Dans la production centrale d'électricité, on peut distinguer au minimum entre les domaines suivants: production (génération d'électricité dans des centrales électriques), transport (acheminement de l'électricité par le réseau électrique à haute tension), distribution

(acheminement de l'électricité par le réseau électrique à moyenne et basse tension) et fourniture (approvisionnement des acheteurs en électricité) (DPC 2000/2, p.240). Ces domaines sont étroitement liés entre eux. Etant donné que l'électricité ne peut être transportée que par des lignes électriques et ne peut pas être stockée, l'utilisateur final est obligé d'utiliser des infrastructures en réseau qui le relie aux sites de production (DPC 1997/4, p. 565, ch. 44). C'est pourquoi le transport de l'électricité représente une condition à la distribution de l'électricité d'un site de production se trouvant en dehors du réseau de distribution concerné. La distribution elle-même est la condition à la fourniture d'électricité de tension moyenne ou basse (par extension de DPC 1997/4, p.566, ch. 47).

106. Le comportement qu'il convient d'apprécier concerne la distribution de l'électricité. Dans le domaine de la distribution, il convient de distinguer les lignes de tensions différentes. Sur des lignes à moyenne tension, on ne peut transporter que de l'électricité de moyenne tension, tandis que les lignes à basse tension ne peuvent pas transporter de l'électricité de moyenne tension. Les lignes de distribution de tensions différentes et les transformateurs qui ne sont pas placés entre des niveaux de tensions identiques ne sont dès lors pas substituables pour des raisons techniques. Ils représentent donc normalement des marchés séparés (par analogie à la distinction entre transport et distribution, DPC 1997/4, p. 566, ch. 45)¹.

107. Dans le cas d'espèce, il convient de distinguer entre la distribution supra-régionale (transport de l'électricité avec une tension de 50 à 90 kV et les formations de tension situées en amont) et la distribution régionale (transport de l'électricité avec une tension jusqu'à 30 kV et les formations de tension situées en amont).

108. Dans le cas d'espèce, le marché de produits de référence est donc d'une part celui de la distribution supra-régionale, d'autre part celui de la distribution régionale. Le marché de référence comprend chaque fois également les services systémiques liés au réseau (p.ex. réglage des réseaux).

¹ L'Union des centrales suisses d'électricité (UCS) distingue, au sujet de la distribution, les niveaux de réseaux suivants: transformation transport/réseaux de distribution supra-régionaux (50-150 kV), transformation réseaux de distribution supra-régionaux/réseaux de distribution régionaux (jusqu'à 30 kV), transformation réseaux de distribution régionaux/réseaux de distribution locaux (jusqu'à 1 kV) (VSE-Projekt "Merkur", Schweizerisches Durchleitungsmodell, Modell für die Netzbenutzung und deren Entschädigung, 1999, p. 10; Message concernant la loi sur le marché de l'électricité du 7 juin 1999, FF 99.055, p. 6670).

109. Ces marchés de référence sont par ailleurs une condition pour que la fourniture d'électricité caractérisée par une tension égale ou inférieure à 30 kV puisse avoir lieu (cf. ch. 101 ci-dessus). La fourniture d'électricité d'une tension inférieure ou égale à 30 kV représente donc le marché situé en aval des deux marchés de référence.

C.2.1. b Marché géographique

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

111. Dans le cas d'espèce, le service consistant à faire transiter l'électricité sur le réseau de distribution régional est demandé de telle manière qu'une connexion entre les sites de ELSA, respectivement des Sites de production Micarna Courtepin, et le réseau de distribution supra-régional est établie. Le service consistant à faire transiter l'électricité par le réseau de distribution supra-régional est demandé de telle manière qu'une connexion est établie entre le réseau de distribution régional décrit ci-dessus et le réseau de transport.

112. Ces services ne peuvent pas être remplacés par les mêmes services effectués dans une autre région, étant donné que la production de ELSA et celle des Sites de production Micarna Courtepin sont liées à un lieu géographique. Le fait que cette production soit liée à un lieu géographique déterminé résulte des coûts liés à un changement de lieu et du temps que ce changement nécessiterait. Parmi les coûts de changement de lieu, on peut nommer les coûts de recherche et les coûts de déménagement. Par ailleurs, les investissements consentis sur un lieu précis représentent en partie des coûts irrécupérables ("sunk costs"): la valeur assurée des actifs immobilisés de même que celle des actifs mobilisés des Sites de production Micarna Courtepin s'élève chaque fois à plus de 100 millions de francs. La valeur assurée des actifs immobilisés et mobilisés de ELSA s'élève chaque fois à plus de CHF 100 mio. (les chiffres exacts sont un secret d'affaires).

113. Pour la distribution régionale d'électricité, il convient dès lors d'admettre un marché géographique qui ne dépasse pas la zone de distribution régionale des EEF (pour l'étendue géographique voir la carte du UCS "Les zones de distribution des entreprises électriques de la Suisse et de la Principauté du Liechtenstein 2000"). Pour ce qui est de la distribution supra-régionale de l'électricité, il convient d'admettre un marché géographique qui ne dépasse pas les limites du canton de Fribourg et de la part de la zone de distribution régionale des EEF située en dehors des frontières du canton.

114. Pour le marché situé en aval des deux marchés de référence (marché pour la fourniture d'électricité avec une tension maximale de 30 kV), au vu de la dépendance du lieu de consommation d'électricité

et de la dépendance de ce marché des deux marchés de référence, il convient d'admettre une délimitation géographique étroite. Le marché géographique ne dépasse donc pas le marché géographique de la distribution régionale. Le marché situé en aval des deux marchés de référence n'a dès lors pas une délimitation géographique dépassant les limites de la zone de distribution régionale des EEF.

C.2.2 Position sur le marché

C.2.2. a Concurrence actuelle

115. Dans le cas présent, les marchés de référence sont, d'une part, celui de la distribution supra-régionale d'électricité dans le canton de Fribourg et de la part de la zone de distribution régionale des EEF située en dehors des frontières du canton de Fribourg et d'autre part, la distribution régionale d'électricité dans la zone de distribution régionale des EEF.

116. A côté des EEF, il n'y a pas d'autre offreur présent sur ces marchés de référence. Ceci n'est d'ailleurs pas contesté. Les trois autres entreprises également actives dans le secteur de l'électricité dans le canton de Fribourg sont les Services industriels de Morat, Gruyère Energie SA et Gebrüder Buchs AG. Ces entreprises ne disposent pas de réseaux ou installations qui leur permettraient d'être actifs sur les deux marchés de référence.

117. Par conséquent, il n'existe pas de concurrence actuelle sur les deux marchés de référence.

C.2.2 b Concurrence potentielle

118. En ce qui concerne la concurrence potentielle, il s'agit de déterminer s'il est probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer sur ces deux marchés comme offreurs. Il faut également prendre en compte la possibilité d'une production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de référence.

119. Dans les deux cas, il faut, entre autres, examiner quelles sont les barrières à l'entrée (par exemple: des autorisations) et quels sont les investissements nécessaires pour entrer sur ces marchés qui ne pourront pas être récupérés lors de la sortie de ces marchés ("sunk costs").

120. Une entreprise qui désire entrer sur un des deux marchés de référence pour concurrencer les EEF en devenant offreur, doit construire dans la région géographique déterminée un réseau de distribution régional (marché de distribution régional) ou supra-régional (marché de distribution supra-régional) avec des transformateurs adéquats.

121. Selon l'article 16 alinéa 1 de la Loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0), une installation électrique à courant fort ou une installation électrique à courant faible ne peut être mise en place ou modifiée que si les plans du projet ont été approuvés par l'autorité compé-

tente. L'autorité compétente est en règle générale l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ci- après, l'Inspection; al. 2 let. a)².

122. Selon les renseignements de l'Inspection, il est inimaginable qu'une entreprise reçoive une autorisation pour construire un deuxième réseau à côté du réseau des EEF constitué de lignes de tension de 60 kV et 18 kV pour concurrencer ces dernières sans que cela soit nécessaire pour des raisons de sécurité de distribution. Par conséquent, les barrières à l'entrée sont insurmontables.

123. En plus de ces barrières à l'entrée, il existe dans ces deux marchés de référence des "sunk costs" élevés. Le rapport annuel de 1999 des EEF chiffre la valeur comptable nette des installations de distribution d'énergie (après amortissements) au 31 décembre 1999 à CHF 364'611'000.--.

124. Par conséquent, il est très peu probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer comme offreurs sur ces deux marchés de référence.

125. Il reste à examiner la possibilité d'une production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de références. Cette production pourrait être obtenue par la construction d'une ligne électrique (d'une tension maximale de 30 kV) qui rendrait possible l'approvisionnement d'un utilisateur dans la zone de distribution des EEF en électricité d'une tension maximale de 30 kV, sans toutefois avoir à utiliser le réseau existant de distribution régional ou supra-régional. Dans ce cas, il faut notamment examiner la possibilité de construire une telle ligne électrique pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin.

126. Pour la production propre susmentionnée, il existe également d'importantes barrières à l'entrée. Selon les indications de l'Inspection, une demande d'autorisation pour la construction d'une telle installation serait très vraisemblablement rejetée, puisque le seul motif est la fourniture d'électricité à un meilleur prix. Cela vaut également pour les lignes à basse et haute tension (1kV-219 kV).

² L'Office fédéral de l'énergie est l'autorité compétente en ce qui concerne les installations pour lesquelles l'Inspection n'a pas réussi à régler les oppositions ou à supprimer les divergences entre les autorités fédérales, demeure réservée l'autorité compétente en vertu de la législation applicable aux installations destinées exclusivement ou principalement à l'exploitation de chemins de fer ou de trolleybus (art. 16 al. 1 let. b et c LIE).

127. Watt mentionne la possibilité d'installer la ligne électrique sous la forme de câbles de liaison, pour faciliter la procédure d'autorisation. Selon ses propres indications, l'Inspection n'accorderait pas d'autorisation pour une nouvelle installation de câbles, pour la seule raison du prix plus bas de l'électricité, alors que la livraison pourrait avoir lieu à travers les lignes existantes.

128. La production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de référence est, par conséquent, impossible. Cela est vrai tant pour Migros et/ou pour Watt, qui demandent la prestation sur les deux marchés de référence pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin, que pour d'autres demandeurs sur les deux marchés de référence. La question des coûts irrécupérables ("sunk costs") liés à la construction d'une ligne électrique, notamment pour l'approvisionnement en électricité des Sites de production Micarna Courtepin et ELSA, peut donc rester ouverte.

129. Ainsi, il est très peu probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer comme offreurs sur ces deux marchés de référence. La production propre sur ces marchés est de fait impossible. Par conséquent, il n'y a pas de concurrence potentielle capable de discipliner le comportement des EEF sur les deux marchés de référence.

C.2.2 c Position des partenaires de l'échange

130. Migros consomme moins de 5% de l'électricité livrée (et distribuée) par les EEF (le chiffre exact est un secret d'affaires). ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin sont les [...] grands consommateurs d'électricité des EEF. La consommation totale annuelle d'électricité de Migros dans la zone de distribution régionale des EEF est [...] fois plus grande que [...].

131. Une part élevée au volume de ventes d'une entreprise ne suffit cependant pas pour que le partenaire à l'échange puisse limiter la marge de manœuvre de cette entreprise. Le partenaire à l'échange doit en effet disposer de possibilités alternatives ou être en mesure de se passer du bien en question.

132. Dans le cas présent, les alternatives seraient l'utilisation d'un réseau électrique concurrent, la construction d'un réseau parallèle, ou celle d'une ligne électrique. Comme démontré en détail aux chiffres 118-129 ci-dessus, Migros ne dispose pas de telles alternatives.

133. Migros peut renoncer au bien demandé (conduite d'électricité sur le réseau de distribution régional et supra-régional) si elle produit l'électricité au lieu de consommation (production propre), si elle renonce pour son processus de production à l'utilisation d'électricité ou si elle change d'endroit. En raison des motifs expliqués lors de la délimitation du marché (cf. ch. 96 ss. ci-dessus), ces différentes variantes sont impraticables pour Migros.

134. C'est pourquoi la position de Migros ne peut pas discipliner le comportement des EEF sur ces deux marchés. La question de savoir si la position de Migros serait suffisamment forte pour discipliner le comportement des EEF sur les deux marchés de référence dans l'hypothèse où elle disposerait de possibilités alternatives (changer de fournisseur ou être en mesure de se passer du bien en question) peut cependant rester ouverte.

C.2.3 Résultat

135. Les EEF sont une entreprise en position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart sur les deux marchés de référence.

C.3 Prescriptions réservées (art. 3 al. 1 LCart)

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

137. Théoriquement, une telle réserve peut découler tant du droit fédéral que du droit cantonal ou communal.

C.3.1 Droit fédéral

138. Dans le cadre du droit fédéral actuel, il n'existe pas de prescriptions légales concernant le marché de la distribution ou de la fourniture de l'électricité qui limitent ou excluent ce domaine de la concurrence. Une réserve selon l'article 3 alinéa 1 LCart ne trouve donc pas d'application ici (dans le même sens, voir A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), in PJA 3/2000, p. 298 ss.).

139. La loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0) ne contient aucune prescription sur la fourniture d'énergie électrique, mais principalement des normes spéciales, spécifiques à des matières précises du droit de l'électricité. Elle se réduit à mettre en place des normes de police de sécurité, techniques et pénales et à édicter des dispositions relatives à la responsabilité et à l'expropriation. Elle ne contient aucune disposition concernant les droits et obligations relatifs à la fourniture d'électricité, les contrats de livraison d'énergie et les prix (E. RUCK, Schweizerisches Elektrizitätsrecht im Grundriss, Zürich 1964, p. 30 ss.).

140. Il ressort des travaux parlementaires relatifs à la LIE de 1902 que le législateur n'entendait pas soustraire le domaine de l'électricité à la concurrence: " ... drang in der Bundesversammlung und in der öffentlichen Meinung entsprechend dem föderalistischen Aufbau der Eidgenossenschaft und im Blick auf die altüberlieferten Wasserregale der Kantone die Auffassung durch, die sachgemässe Wahrung des öffentlichen Interesses lasse sich in der Nutzung der Wasserkräfte und in der

allgemeinen Elektrizitätsversorgung ohne Monopolisierung erreichen, die Privatwirtschaft sei mit ihrer fördernden Kraft dem Aufbau einer grosszügigen Wasser- und Elektrizitätswirtschaft dienstbar zu machen und solle durch sachgemässes Einwirken ("Interventionen") der öffentlichen Bundes-, Kantons- und Gemeindegewalt am Missbrauch gehindert werden. Das Ergebnis war das heute noch ohne wesentliche Änderungen in Kraft stehende Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (E. RUCK, op. cit. p. 30, et les références citées). S'agissant en particulier des articles 43 et 44 LIE, cf également les chif. 81 ss. ci-dessus.

141. La loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (LEne, RS 730.0) ne contient pas non plus de dispositions qui ne permettraient pas la libre concurrence sur le marché de la distribution ou de la fourniture d'électricité.

a) La LEne est fondée sur les articles 24 septies et 24 octies aCst. L'article 24 septies aCst permet à la Confédération de légiférer sur la protection de l'homme et de son milieu naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes qui lui sont portées. Le but principal de l'article 24 octies aCst était de donner à la Confédération des compétences en matière d'utilisation économique et rationnelle de l'énergie. Au niveau constitutionnel, le fait que l'approvisionnement en énergie soit une tâche de l'économie privée ou des cantons n'a aucune incidence (voir F. KILCHENMANN, *Rechtsprobleme der Energieversorgung*, 1991, p. 8 ss.).

b) La LEne poursuit en premier lieu des objectifs de politique de l'environnement. Elle doit contribuer entre autre à un approvisionnement énergétique économique (art. 1 al. 1). Elle a notamment pour but d'assurer une production et une distribution de l'énergie économiques (art. 1 al. 2 lit a). Un approvisionnement économique repose notamment sur les forces du marché (art. 5 al. 2). Dans le cadre de la loi sur l'énergie, le législateur n'a donc pas eu pour but d'empêcher la concurrence dans le cadre de l'approvisionnement en énergie. Au contraire, en vertu de l'article 5 alinéa 2, il insiste plutôt sur le fait qu'en principe la concurrence doit régner dans ce domaine.

c) L'article 7 LEne ne constitue pas non plus une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. L'article 7 LEne oblige les entreprises chargées de l'approvisionnement énergétique de la collectivité de reprendre les surplus d'énergie produits de manière régulière par les producteurs indépendants sous une forme adaptée au réseau. Avec cette disposition, la position faible, en comparaison, des producteurs indépendants devrait être renforcée, en vue de soutenir la production indigène (Message LEne FF 1996 IV p. 1005 ss., p. 1093).

142. La LME n'est pas encore en vigueur. Comme l'article 3 alinéa 1 LCart ne vise que le droit positif, la LME ne doit pas être prise en considération dans le cadre de l'examen des prescriptions réservées.

143. Les EEF font valoir que le Message LME montre que, de l'avis du gouvernement fédéral, confirmé par les Chambres fédérales, le marché de l'électricité est en l'état actuel soustrait aux règles de la libre concurrence et doit faire l'objet d'une législation pour permettre son ouverture à l'avenir.

144. Il faut retenir que, concernant les prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, on ne peut se contenter d'avis, mais que l'on doit se baser sur des dispositions légales en vigueur³. En outre, le Message LME ne contient aucun indice sur d'éventuelles prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart dans le droit actuel:

a) Le message indique que jusqu'ici, l'industrie de l'électricité a été considérée comme l'exemple type du monopole naturel (ch. 12). Il ne nomme en revanche aucune disposition qui fonderait un monopole de droit. Pour le surplus, il indique qu'un monopole devra être mis en place au niveau de la distribution. Cette affirmation se rapporte à la situation qui prévaudra après l'entrée en vigueur de la loi. La question de savoir si cette déclaration doit être comprise en ce sens que la LME devra instituer un monopole de droit dans le domaine de la distribution et si elle le fera peut dès lors rester ouverte.

b) Le message parle de la disparition du monopole d'approvisionnement suite à l'introduction de la LME (ch. 137.2) Il n'est pas dit si ce monopole est de fait ou de droit. En outre, il n'est mentionné aucune disposition qui fonderait un tel monopole de droit.

c) Le chiffre 141 traite des rapports entre la future LME et la LCart. Rien n'indique que le marché de l'électricité serait aujourd'hui fermé, sur la base de dispositions légales ou de circonstances de fait.

En revanche, le message indique que "la Commission de la concurrence ou son secrétariat peut toujours, s'appuyant sur ses compétences en matière cartellaire, ouvrir des procédures en vertu des articles 5 (accords illicites) et 7 (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante) LCart contre les entreprises de l'électricité, et examiner conformément à l'article 10 de cette loi les concentrations des entreprises soumises à l'obligation de notifier. Il faut rappeler ici que la question, non encore résolue dans notre pays, de savoir si le refus opposé par un exploitant de réseau à l'acheminement doit être considéré comme un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart qui peut être poursuivi par la commission au moyen d'une procédure pré-

³ Ce n'est que lors de l'interprétation d'une disposition entrée en vigueur que l'on peut être amené à s'appuyer sur la volonté exprimée par le législateur ou sur la doctrine.

vue par la loi", ce qui indique clairement que le législateur estime que la Commission de la concurrence peut être saisie de dossiers relatifs au marché de l'électricité entrant dans le cadre de ses compétences, actuellement comme dans le futur, après l'entrée en vigueur de la loi.

d) S'agissant des rapports entre la LME et la LIE, il y a lieu de se rapporter aux chiffres 139 ss. ci-dessus.

C.3.2 Droit cantonal

145. Dans le cadre du droit cantonal en vigueur, il n'existe pas de prescriptions légales qui limitent ou excluent de la concurrence les marchés de la distribution régionale et supra-régionale ou de la fourniture d'électricité.

146. A titre préliminaire, il est à relever que, contrairement à ce qu'affirment les EEF, il n'est pas indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que le monopole détenu par une entreprise soit un monopole de droit ou un monopole de fait. Au titre de cette disposition, ce n'est en effet pas la situation concurrentielle de fait qui importe, mais la volonté exprimée par le législateur compétent d'exclure ou de restreindre la concurrence sur le marché de référence (Message LCart, tiré à part, p. 66 s.). Ainsi, un monopole de fait ne peut pas constituer une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

147. S'agissant du droit cantonal en vigueur, les EEF estiment que la Loi du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF, RS 772.1.1) institue des prescriptions qui excluent de la concurrence le marché de la distribution et de la fourniture d'électricité.

148. A ce titre, elles se réfèrent notamment aux dispositions de la LEEF énumérées ci-dessous⁴:

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

⁴ Bien qu'ambiguë sur ce point, la prise de position des EEF semble indiquer que le régime de marché est fondé par les dispositions énumérées après le premier tiret et le régime de prix par les dispositions énumérées après le second tiret.

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

149. Force est de constater qu'aucune des dispositions citées ne fonde une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart sur le marché de la fourniture ou de la distribution d'électricité, qui permettrait en l'espèce aux EEF de refuser la demande de transit de courant électrique. Les dispositions évoquées (notamment les articles 2 alinéa 1 et 2 LEEF) sont neutres du point de vue de la concurrence; elles ne confèrent aux EEF aucun droit de nature exclusive sur le marché de la fourniture ou de la distribution d'électricité.

150. L'article 2 alinéa 2 LEEF ne fait qu'instituer une obligation d'approvisionnement pour les EEF sur le territoire couvert par son réseau. Une telle obligation ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

151. Les EEF invoquent cette obligation d'approvisionnement pour fonder un monopole de droit pour l'approvisionnement (sur la notion de monopole de droit, voir CL. RUEY, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, thèse Lausanne 1988, pp. 121 ss.; H.-M. WELTERT, *Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung*, thèse Bâle 1989, Zurich 1990, pp. 169 ss.). Cet argument n'est pas fondé.

152. En premier lieu, il y a lieu de constater que dans d'autres domaines économiques, des obligations d'approvisionnement ne sont pas liées à des droits exclusifs d'approvisionnement. Ainsi, l'article 14 de la loi sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) crée une obligation de fournir des prestations (énumérées à l'art. 16 LCT), sans pour autant la lier à un droit exclusif sur ces prestations.

153. En second lieu, la création d'un monopole de droit cantonal constitue une atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst). Pour que cette atteinte soit admissible, il faut que la restriction repose sur une base légale, soit justifiée par un intérêt public prépondérant ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, qu'elle soit proportionnée et ne porte pas atteinte à son essence (art. 36 Cst).

154. La base légale doit être suffisamment lisible, c'est-à-dire formulée précisément, de manière compréhensible et prévisible, afin qu'un citoyen puisse se comporter selon cette prescription et en prévoir les conséquences (ATF 117 la 480; 125 I 209, cons. 10).

155. L'obligation d'approvisionnement fondée sur les articles 2 alinéa 2 et 4 LEEF ne constitue pas une base légale suffisante au sens qui a été

rappelé ci-dessus pour fonder un monopole de la fourniture d'électricité en faveur des EEF.

156. Troisièmement, il ne ressort pas des travaux parlementaires que le législateur ait voulu donner aux EEF un monopole de la fourniture sur leur territoire.

157. Dès lors, les articles 2 alinéa 2 et 4 LEEF n'instituent pas un monopole de droit en faveur des EEF pour l'approvisionnement en énergie électrique des consommateurs situés sur leur réseau.

158. Les EEF font valoir que l'obligation fondée sur l'article 7 LENE et les articles 1 lettre c, 2 à 6 de l'ordonnance sur l'énergie (OENE, RS 730.01) de reprendre et de livrer l'énergie excédentaire, respectivement complémentaire n'a de raison d'être que dans le cadre d'un droit exclusif sur le réseau de distribution.

159. Cette obligation de reprise est tout à fait réalisable sans droit exclusif sur le réseau:

a) L'importance économique de cette obligation est faible pour les entreprises électriques (Message LENE, ch. 142.06)

b) Les cantons peuvent créer des fonds de compensation en faveur des entreprises qui sont tenues de reprendre l'énergie des producteurs indépendants. Ce fonds est alimenté par toutes les entreprises qui produisent, transportent ou distribuent de l'électricité dans le canton (art. 7 al. 7 LENE).

160. A côté du fait que l'obligation d'approvisionnement ne fonde pas un monopole de droit sur le marché de la fourniture, il ne fonde pas non plus, pour les mêmes raisons, un monopole de droit sur le marché de la distribution. D'ailleurs, cette question peut être laissée ouverte pour les raisons qui suivent. Contrairement à ce que suggèrent les EEF, il est en revanche indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que les EEF détiennent un monopole dans le domaine de la distribution, c'est-à-dire pour l'acheminement d'électricité sur le réseau à basse et moyenne tension (dans ce sens, A. PALASTHY, *op. cit.*, p. 304). La consécration d'un tel monopole par le législateur compétent conférerait à son bénéficiaire un droit exclusif sur le marché (amont) du transport impliquant en principe une obligation de fournir le service correspondant sur base non discriminatoire (Message LCart, tiré à part, p. 95). Il n'entraîne par contre aucune exclusivité sur le marché (aval) de la fourniture. Il n'y aurait en principe donc pas lieu d'examiner si la législation fribourgeoise consacre ou non un monopole dans le domaine de la distribution.

161. L'article 3 alinéa 1 LEEF se réfère à la production d'électricité. En l'espèce, ce n'est pas le marché de la production qui est en cause, mais ceux de la fourniture et de la distribution. Dès lors, même si l'article 3 alinéa 1 LEEF constituait une prescription réservée au sens de l'article 3

alinéa 1 LCart dans le domaine de la production d'électricité, elle ne jouerait aucune rôle dans le cadre de la présente procédure. Il en va de même pour l'article 56 alinéa 1 de la loi cantonale du 4 février 1972 sur le domaine public (RS 750.1).

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

C.3.3 Droit communal

163. Quant au niveau communal, il n'existe pas de disposition légale concernant les communes de Courtepin et d'Estavayer-le-Lac qui pourraient fonder une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Cela a été confirmé par les EEF.

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

C.4 Pratiques illicites (art. 7 LCart)

165. Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart).

166. Le refus d'entretenir des relations commerciales est en particulier réputé illicite (art. 7 al. 2 let. a LCart). Selon le Message LCart (tiré à part, à p. 95), il faut, entre autres, partir d'un comportement illicite au sens de cette disposition "lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public ou lorsqu'elle seule dispose d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services".

167. Un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante présuppose que ledit comportement ne se justifie pas par des motifs économiques ("legitimate business reasons").

168. Les EEF refusent de faire transiter depuis le 1er janvier 2000 sur leur réseau régional et supra-régional l'électricité de Watt qui alimenterait ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

169. Pour établir si ce refus constitue un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante selon l'article 7 LCart, il faut procéder en deux temps. Premièrement, il faut établir si Watt ou Migros sont affectés dans leur capacité concurrentielle ou désavantagés

comme partenaires de l'échange par ce refus des EEF. Dans un deuxième temps, il faut examiner si ce refus de se justifie par des motifs économiques.

a. Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice

170. Etant donné que l'électricité ne peut être transportée que par des lignes électriques et ne peut pas être stockée, l'utilisateur final est obligé d'utiliser des infrastructures en réseau qui le relie aux sites de production (DPC, 1997/4, p. 565, ch. 44). Ainsi, les deux marchés de référence sont nécessaires afin que l'électricité à une tension de max. 30 kV puisse être fournie dans la zone régionale de distribution des EEF (marché aval) (cf. ch. 105 et 109 ci-dessus).

171. Puisque les EEF détiennent une position dominante sur les deux marchés de référence (cf. ch. 115 ss. ci-dessus), il est impossible à Watt de devenir active sur le marché aval (fourniture d'électricité à une tension de max. 30 kV dans la zone de distribution régionale des EEF) sans les services des EEF sur les deux marchés de référence. En particulier, Watt ne peut, sans les services des EEF sur les deux marchés de référence, fournir ELSA ou les Sites de production Micarna Courtepin.

172. Watt est ainsi dans l'impossibilité d'entrer en concurrence sur le marché aval (fourniture d'électricité à une tension de max. 30 kV dans la zone de distribution régionale des EEF) par le refus des EEF de faire transiter l'électricité de Watt sur son réseau régional et supra-régional. Au vu des faits, la question du désavantage des partenaires de l'échange (Watt) sur les deux marchés de références peut être laissée ouverte.

173. Les EEF n'ont jusqu'ici jamais mis à disposition leur réseau régional ou supra-régional à une autre entreprise électrique pour une livraison dans leur zone de distribution régionale. Ils n'ont d'ailleurs jamais reçu de telles demandes par le passé, à l'exception de celle de Watt/Migros.

174. Puisque la mise à disposition des réseaux régionaux et supra-régionaux des EEF est une condition pour être actif sur le marché aval, il s'en suit que seules les EEF sont actives sur le marché aval. Par conséquent, il n'y a pas de concurrence efficace sur le marché aval et les EEF jouissent d'une position dominante sur ce marché.

175. Selon le chiffre 25 de la décision du 7 février 2000 dans le cas BKW FMB SA, il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse, sans raisons justificatives objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace (DPC 2000/1, p. 33). La question de savoir dans quelle mesure,

dans ce type de cas, l'absence d'une concurrence efficace doit être examinée, peut en l'espèce rester ouverte. Comme il a été démontré plus haut, dans le présent cas, le marché situé en aval n'est pas caractérisé par une concurrence efficace.

b. Aucun motif justificatif ("legitimate business reasons")

176. Au cours des négociations relatives à la demande de transit, les EEF n'ont apparemment pas fait valoir d'autres motifs de refus que l'absence d'ouverture du marché de l'électricité sur la base d'une législation spéciale (à savoir la LME).

177. Dès lors que, d'une part, l'article 7 LCart institue une obligation de contracter à la charge d'entreprises en position dominante disposant d'infrastructures indispensables à l'exercice de la concurrence et que, d'autre part, la législation en vigueur ne prévoit pas de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart (cf. ch. 136 ss. ci-dessus chiffre 77), le motif invoqué est sans pertinence.

178. Dans leurs prises de position des 10 avril et 23 mai 2000 et du 22 février 2001, les EEF ont invoqué un certain nombre d'autres motifs pour justifier leur refus ("legitimate business reasons"):

A. Le comportement de Watt pourrait, selon les circonstances (hypothèse d'offres faites à Migros avant le lancement de la procédure multi-sites), tomber sous l'article 4 lettre a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD, RS 241) selon lequel "agit de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre".

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

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

D. Il n'est pas possible en l'état d'effectuer le calcul du prix pour l'acheminement du courant par un tiers. Ces calculs (fort complexes) seront effectués par la société nationale prévue par la LME pour le transport de l'électricité.

E. La production d'électricité doit à tout instant égaler la demande de consommation. La satisfaction de cette égalité entre l'offre et la demande nécessite la mise en place de mécanismes précis. Les mécanismes actuellement utilisés dans le système actuel de monopole cantonal et régional ne sont pas utilisables dans le cadre d'un marché libre.

179. Aucun de ces arguments ne constitue un motif qui justifierait le comportement des EEF.

180. S'agissant du premier argument (ci-dessus ch. 178 A), il faut admettre que le droit des cartels (LCart) ne saurait en principe protéger des comportements relevant de la concurrence déloyale (LCD) (idem en droit communautaire, voir H. SCHRÖTER, Art. 85 Abs. 1, ch. 89 ss., in: H. V. DER GROEBEN et al. (éd.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5e éd., Baden-Baden 1999). Mis à part le fait que les allégations des EEF quant à d'éventuelles offres anticipées de Watt n'ont pas été étayées, on note que l'article 4 lettre a LCD n'est manifestement pas applicable dès lors qu'il concerne la rupture ("Vertragsbruch") et non la résiliation en bonne et due forme d'un contrat. En outre, en l'absence de circonstances spéciales, le simple fait de soumettre une offre n'est pas assimilé à un comportement déloyal (J. GUYET, *Die weiteren Spezialklauseln* (Art. 4-8 UWG), in: R. VON BÜREN/L. DAVID (éd.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bâle 1998, à p. 201 s.).

181. Par ailleurs, les EEF n'ont pas apporté de preuves soutenant l'affirmation que Watt avait fait des offres à Migros avant l'appel d'offres.

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

183. S'agissant du deuxième argument avancé par les EEF (ci-dessus ch. 178 B), on ne voit pas exactement à quels comportements les EEF font référence lorsqu'elles reprochent à Migros de vouloir bénéficier de toute baisse de prix postérieure au refus d'accorder le transit. Outre le fait que celle-ci cherche manifestement en premier lieu à obtenir le transit (et non pas à s'approvisionner auprès des EEF), il apparaît légitime dans un régime de concurrence qu'une entreprise cherche à bénéficier des prix les plus bas possibles.

184. Du point de vue de la LCart, la recherche des prix les plus bas est légitime aussi longtemps qu'elle ne constitue pas un abus de la part d'une entreprise en position dominante. A ce propos, on relèvera que Migros n'apparaît pas jouir d'une position dominante en tant qu'acheteur d'électricité (Migros consomme moins de 5% de l'électricité fournie par EEF). On notera surtout qu'un refus d'accorder l'accès au réseau remplissant les conditions de l'article 7 LCart, ne saurait être "légalisé" par un abus de puissance d'achat (en l'espèce non avéré) de la part du consommateur frustré.

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

186. S'agissant du troisième argument (ci-dessus ch. 178 C), on ne voit pas pourquoi celui qui demande le transit devrait spontanément offrir la réciprocité. Autre est la question de savoir s'il doit répondre positivement à une demande suffisamment concrétisée. A ce titre, on note que les EEF n'ont fait valoir aucune demande concrète de leur part en matière de transit qui aurait par la suite été refusée par le groupe Watt.

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

188. S'agissant du quatrième argument (ci-dessus ch. 178 D): Les EEF sont en mesure d'identifier un prix de revient moyen pour l'acheminement des fourniture pour la livraison d'énergie à ELSA et Micarna. Elles le chiffrent à [...] c./kWh. Ce prix de revient peut être utilisé pour le calcul du prix de transit. Il est donc possible pour les EEF de calculer un prix pour le transit d'énergie sur leur réseau. La question de savoir si le prix de revient indiqué est correct peut à cet égard rester ouverte.

189. Pour le surplus, dans le cadre de la LME également, il revient aux exploitants de réseau de fixer la rémunération pour le transit d'énergie (art. 10 al. 1 let d LME). Ce n'est que pour les aider, que les principes pour le calcul de cette rémunération seront édictés (art. 6 al. 3 LME) et qu'un schéma uniforme et clair pour le calcul des coûts pourra être convenu (art. 6 al. 6 LME). L'argument des EEF selon lequel, dès l'entrée en vigueur de la LME, les calculs de prix pour le transit d'électricité seront effectués par la société nationale prévue par la LME pour le transport de l'électricité, n'est donc pas pertinent.

190. S'agissant du cinquième argument (ci-dessus: 178 E): Les différences entre le courant injecté sur le réseau des EEF par Watt et celui utilisé par ELSA et Micarna, devront être impérativement être compensées par les EEF, en raison des caractéristiques physiques de l'électricité⁵. La mise en place de mécanismes adéquats pour permettre cette

⁵ L'électricité livrée ainsi par les EEF doit naturellement être indemnisée.

égalité ne constitue pas une raison valable pour refuser le transit. La mise en place de mécanisme adéquat ne permet aux EEF que d'exiger que Watt et/ou Migros y participent par une quelconque prestation appropriée. La question de savoir si un tel mécanisme est nécessaire et quels coûts sa mise en place engendreraient peut en conséquence rester ouverte.

c. Autres objections des EEF

191. En plus des motifs justificatifs ("legitimate business reasons") pour le refus du transit sur son réseau, les EEF font valoir d'autres arguments qui démontrent que leur refus n'est pas un abus de leur puissance sur le marché :

A) ELSA et Micarna auraient résilié les contrat d'approvisionnement avec les EEF alors même que des discussions étaient en cours pour l'adaptation du contrat; elles auraient par ailleurs, sur instruction de Migros, refusé d'entrer en matière sur un nouveau contrat alors que la compétitivité de l'offre des EEF aurait été reconnue.

B) Le fait pour les EEF de refuser à un concurrent l'utilisation de leur propre infrastructure ne saurait en soi constituer un abus de position dominante, étant rappelé qu'il n'y a pas eu d'inégalité de traitement.

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

D) ELSA et Micarna n'auraient pas du tout été désavantagées économiquement si elles avaient poursuivi leurs discussions avec EEF à propos d'un nouveau contrat d'approvisionnement d'électricité à la place de demander le transit de courant de Watt.

192. Aucun des ces arguments ne peut montrer que, dans le cas présent, il n'y a pas de comportement illicite d'une entreprise en position dominante.

193. Au sujet de A): Il doit être retenu que la résiliation et l'arrêt des négociations concernent les contrats d'approvisionnement en électricité. Cependant, dans le cas d'espèce, le comportement qui est traité dans cette enquête est le refus des EEF de conclure des contrats concernant la distribution régionale et supra-régionale d'électricité.

194. A ceci, on peut ajouter que ELSA et Micarna ont résilié leurs contrats conclus avec les EEF concernant l'approvisionnement en électricité à cause du nouveau contrat d'approvisionnement conclu avec Watt et qu'elles ne voulaient plus entamer de négociations contractuelles avec les EEF après la conclusion de ce contrat. Il faut partir de l'idée qu'il est légitime, du point de vue de la concurrence, qu'un acheteur potentiel puisse refuser les conditions d'un sollicitant, même s'il est formellement en négociation avec celui-ci, et donner sa préférence à un autre offreur. Il en découle que l'acheteur potentiel est

également libre de rompre les négociations lorsqu'il le juge opportun (on note ici que le contrat d'approvisionnement entre les EEF et ELSA paraît avoir été valablement résilié par cette dernière, et ce tant au niveau de la forme que du délai contractuel).

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

196. Quant au refus d'entrer en matière sur de nouvelles offres, il apparaît légitime dès lors que l'acheteur s'est déjà engagé vis-à-vis d'un (autre) vendeur. On ne saurait en effet raisonnablement partir de l'idée que l'acheteur rompe ses engagements vis-à-vis du fournisseur avec lequel il a conclu un contrat. Pour la même raison, il apparaît justifié qu'il ne soit pas tenu compte des offres faites postérieurement à la conclusion du contrat pour évaluer la compétitivité des conditions offertes par les EEF (par rapport à celles consenties par Watt).

197. Enfin, le fait que Migros donne des instructions qui s'imposent à des entreprises qui sont ses filiales à 100% (groupe de sociétés intégré) ne justifie aucunement le comportement reproché aux EEF.

198. Au sujet de B): Contrairement à ce que suggèrent les EEF, l'existence d'un abus ne suppose pas nécessairement une "inégalité de traitement" entre deux ou plusieurs tiers. L'article 7 LCart n'est en effet pas uniquement applicable dans l'hypothèse où l'opérateur de réseau refuse à un tiers un transit qu'il a déjà accordé à un autre tiers, mais également dans le cas où il refuse une prestation qu'il n'a jusqu'à jamais fournie à aucun tiers (dans ce sens, K. SCHINDLER, *Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht*, thèse Berne 1998, p. 107 s.; A. PALASTHY, *op. cit.*, p. 302).

199. Au sujet de C): Il faut relever qu'un dommage causé à une entreprise n'est pas une condition nécessaire pour conclure à un comportement illicite d'une entreprise en position dominante. Il peut, par exemple, être concevable qu'une entreprise en position dominante empêche une autre entreprise d'entrer en concurrence avec elle sur un marché. Si cette seconde entreprise était vouée à l'échec dans une situation concurrentielle, elle ne subit aucun dommage du fait d'être empêchée de concurrencer la première. Cependant, le manque de compétitivité de la seconde entreprise ne justifie en rien le comportement de l'entreprise en position dominante.

200. Il est toutefois juste que Watt ne peut pas être active sur un marché situé en aval, tant que le transit par des réseaux situés en amont du réseau de distribution supra-régional et régional des EEF n'est pas

possible. Le transit sur les réseaux situés en amont ne peut pourtant pas remplacer le transit sur le réseau de distribution supra-régional et régional des EEF. Le chemin jusqu'aux utilisateurs situés dans la zone de distribution régionale des EEF demeure interdit à Watt tant que les EEF refusent de faire transiter l'électricité de Watt sur leur réseau supra-régional et régional. Watt est dès lors empêchée dans l'exercice de la concurrence par le seul comportement des EEF.

201. Par ailleurs, au vu des caractéristiques des réseaux (avantages liés) et des barrières à l'entrée de nature légale, il n'est pas exclu qu'il existe des entreprises en position dominante aussi dans les réseaux situés en amont du réseau de distribution supra-régional et régional des EEF. Il est dès lors possible qu'un refus, de la part d'un exploitant d'un réseau situé en amont, de transporter de l'électricité fasse l'objet d'une procédure distincte au titre de l'article 7 LCart. Toutefois, la LCart ne peut admettre qu'un comportement illicite d'une entreprise en position dominante soit justifié par le fait qu'une autre entreprise en position dominante adopte également un comportement illicite.

202. En outre, que ce soit durant les pourparlers avec EGL, ELSA ou Micarna, ou durant l'enquête préalable et l'enquête du secrétariat de la Commission de la concurrence, les EEF ne se sont jamais déclarées prêtes à laisser transiter l'électricité de Watt par leur réseau supra-régional et régional, pour autant que Watt puisse acheminer son électricité sur les réseaux situés en amont. L'argument des EEF doit dès lors être qualifié de prétexte.

203. Au sujet de D): Il faut relever qu'en l'espèce, Migros n'a pas nécessairement dû être désavantagée par le comportement des EEF pour qu'il y ait comportement illicite des EEF. Un comportement illicite peut aussi exister si Watt est empêché dans l'exercice de la concurrence. Cela est le cas, comme montré plus haut (ch. 166 ss.). Il n'est dès lors pas pertinent de savoir si en plus de cela Migros est désavantagé par le comportement des EEF ou non.

204. En outre, il faut, jusqu'à preuve du contraire, partir de l'idée que c'est l'acheteur qui est le mieux à même de déterminer quelles sont les offres qui satisfont le mieux ses propres besoins. Il faut dès lors, jusqu'à preuve du contraire, partir de l'idée que l'offre de Watt était plus intéressante que celle des EEF.

205. Il faut également noter qu'une comparaison de la qualité des offres nécessite une approche globale, tenant compte de tous les intérêts en présence. Il est relevé à ce titre que Migros doit non seulement tenir compte des besoins d'ELSA et de Micarna, mais également de ceux d'une grande partie des entreprises du groupe. Par conséquent, pour apprécier si Migros est désavantagée par le comportement des EEF, il ne suffit pas de considérer uniquement l'offre des EEF pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin.

C.5 Résumé

206. Le refus des EEF de faire transiter l'électricité de Watt depuis le 1er janvier 2000 sur son réseau de distribution régional et supra-régional constitue un comportement illicite d'une entreprise dominante au sens de l'article 7 LCart.

207. La question de savoir si ce comportement tombe sous le coup de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart ou uniquement sous le coup de l'article 7 alinéa 1er LCart peut à ce titre rester ouverte.

D. Frais

208. 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 de l'entreprise destinataire de la décision, à savoir les EEF.

209. Dans la procédure d'enquête, l'obligation de payer des émoluments ne s'applique pas si l'enquête préalable n'a établi aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart). Etant donné que cette exemption des émoluments ne s'applique pas au cas d'espèce, l'obligation des destinataires de la décision de payer les émoluments est donnée.

210. 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 CHF 130.-- 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).

211. 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 CHF 130.-- l'heure est applicable. Les émoluments se montent dès lors à [...].

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

213. L'émolument (incluant le temps consacré par la Chambre, la Commission et son secrétariat) se monte à CHF [...]

214. Le total des frais de la procédure, soit CHF [...] est mis à la charge des EEF.

E. Dispositif

215. La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent

1. Rejette l'ensemble des conclusions des EEF du 22 février 2001.
2. Constate que les EEF jouissent d'une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart sur les marchés de la distribution régionale et supra-régionale et de la fourniture de courant électrique dans leur zone de distribution.
3. Constate que, en refusant de faire transiter l'électricité de Watt AG sur leur réseau pour l'approvisionnement des sites d'ELSA à Estavayer-le-Lac et de Micarna à Courtepin à partir du 1er janvier 2000, les EEF ont abusé et continuent d'abuser de leur position dominante au sens de l'article 7 LCart.
4. [Frais de procédure]
5. [Voies de recours]
6. [Notification]

B 2.2	2. Watt/Migros - EBL
-------	-----------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Watt/Migros - EBL betreffend Zuständigkeit

A. Sachverhalt

1. Am 4. August 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Elektra Baselland Liestal (EBL).
2. Diese Untersuchung soll aufzeigen, ob die EBL ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG darstellt und diese marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbraucht, indem sie sich weigert, Strom der Watt AG über ihr Netz zwecks Versorgung der Mifa AG in Frenkendorf BL durchzuleiten, beziehungsweise den Abschluss eines Durchleitungsvertrages mit der Watt AG von der Annahme bestimmter, möglicherweise unangemessener Bedingungen abhängig macht.
3. Im Rahmen dieses Untersuchungsverfahrens wurden der EBL, der Watt AG und dem Migros-Genossenschafts-Bund am 12. September

2000 Fragebogen zur Beantwortung zugestellt. Innerhalb der ihr erstreckten Frist reichte die EBL am 13. November 2000 lediglich summarische Antworten auf den Fragebogen ein. Gleichzeitig bestritt sie jedoch die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung eines gegen sie gerichteten Untersuchungsverfahrens betreffend Verweigerung der Durchleitung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die in § 12 des Energiegesetzes des Kantons Baselland erwähnte Gemeindekonzession nicht nur eine Versorgungspflicht statuiere, sondern auch ein Versorgungsmonopol verleihe. Die kantonrechtlichen Bestimmungen sowie die der EBL erteilte kommunale Konzession stellten somit vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG dar. Das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG habe wiederum zur Folge, dass die Weko beziehungsweise ihr Sekretariat nicht zuständig seien, eine Untersuchung einzuleiten. Gestützt auf diese Argumentation verlangte die EBL deshalb eine anfechtbare Zwischenverfügung zur Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden sowie die Sistierung des Verfahrens bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über die Zuständigkeit. Vor Erlass einer solchen Verfügung sei ihr jedoch gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs das Recht einzuräumen, sich vernehmen zu lassen. Abschliessend behielt sich die EBL vor, ihre summarischen Antworten auf den Fragebogen vom 12. September 2000 zu ergänzen und weitere Dokumente einzureichen, falls die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in einem rechtskräftigen Entscheid bejaht werden sollte.

B. Erwägungen

B.1 Antrag auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung

4. Die EBL bestreitet in ihrer Eingabe vom 13. November 2000 die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und verlangt diesbezüglich eine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung.

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

6. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG stellt die Behörde, die sich als zuständig erachtet, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest, wenn eine Partei diese bestreitet. Gemäss Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe a VwVG gilt die Verfügung über die Zuständigkeit als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung jedoch nur dann, wenn im Einzelfall ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 VwVG ausgewiesen ist (BGE 120 Ib 100; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 142; KÖLZ/HÄNER, Verwal-

tungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2 Auflage, Zürich 1998, Rz. 517 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

7. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der nicht wiedergutzumachende Nachteil nicht identisch mit dem irreparablen, durch ein günstiges Urteil nicht völlig zu beseitigenden Schaden; es genügt ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung (BGE 120 Ib 100; VPB 1996 Nr. 45, E. 1.3.2.1; vgl. GYGI, a.a.O., S. 142; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514). Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss auch nicht rechtlicher Natur sein, vielmehr reicht auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 120 Ib 100; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514 und 516). Insbesondere können auch Gründe der Rechtssicherheit oder der Prozessökonomie für eine sofortige Anfechtung sprechen, wenn sonst das ganze Verfahren nachträglich aufgehoben werden müsste (vgl. GYGI, a.a.O., S. 142; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514).

8. Die EBL macht geltend, durch den Erlass einer Zwischenverfügung könne sowohl der rechtsanwendenden Behörde wie auch den betroffenen Parteien erheblicher Verfahrensaufwand erspart bleiben. Gemäss der in Ziffer 7 hiervoor zitierten bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht dieses Argument für sich allein nicht aus, um den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung zu begründen. Im vorliegenden Fall ist jedoch zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Frage, ob Artikel 3 Absatz 1 KG die Zuständigkeit der Weko ausschliesst, bis heute nicht rechtskräftig entschieden wurde. Schliesslich ist unbestritten, dass das fragliche Untersuchungsverfahren zum heutigen Zeitpunkt noch nicht weit vorgeschritten ist und die Beantwortung der Fragen der EBL erhebliche Kosten verursachen würde. Im Sinne der Prozessökonomie rechtfertigt sich deshalb der Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats. Anders würde es sich verhalten, wenn das Untersuchungsverfahren im Wesentlichen abgeschlossen wäre. Würde ein Unternehmen kurz vor oder erst nach Zustellung des Antrages des Sekretariats (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG) eine Zwischenverfügung über die Zuständigkeit verlangen, wäre dieser Antrag abzuweisen, weil kein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

B.2 Antrag auf Sistierung des Untersuchungsverfahrens

9. Die EBL verlangt in ihrer Eingabe vom 13. November 2000 überdies die Sistierung des Untersuchungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Frage der Zuständigkeit.

10. Auch die Verfügung über die Sistierung des Verfahrens wird in Artikel 45 Absatz 2 VwVG als allenfalls selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung aufgelistet. Diesbezüglich kann deshalb auf die Ausführungen in Ziffer 6 und 7 hiervoor verwiesen werden.

11. Die EBL macht im Zusammenhang mit der Sistierung ebenfalls geltend, dass damit sowohl bei der Behörde wie auch bei den Parteien erheblicher Verfahrensaufwand verhindert werden könne. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es sich als folgerichtig erweist, das Hauptverfahren aus Gründen der Prozessökonomie zu sistieren, wenn sich aus demselben Grund bereits der Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung rechtfertigt (vgl. vorstehend Ziff. 8). Dem Sistierungsbegehren ist deshalb statt zu geben.

B.3 Antrag auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass einer Verfügung über die Zuständigkeit

12. Schliesslich beantragt die EBL in ihrer Eingabe vom 13. November 2000, dass ihr gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs vor Erlass einer Verfügung über die Zuständigkeit das Recht eingeräumt werde, sich dazu vernehmen zu lassen.

13. Auch bezüglich des rechtlichen Gehörs sind in kartellrechtlichen Verfahren grundsätzlich die Bestimmungen des VwVG anzuwenden (Art. 39 KG). Die aus Artikel 4 der alten Bundesverfassung abgeleiteten Verfahrensgarantien haben in diesem Erlass ihren positivrechtlichen Niederschlag gefunden (BGE 124 V 181 E. 1b, 121 V 153 E. 4c, 119 V 221 E. 3c mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

14. Gemäss Artikel 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Behörde hört deshalb die Parteien an, bevor sie verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG).

15. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und stellt eine Verfahrensgarantie dar. Er dient einerseits als Mittel der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Vom Inhalt her umfasst der Gehörsanspruch insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, die Eingaben der Gegenpartei vor der Entscheidung zur Kenntnis gestellt zu erhalten, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dies geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (VPB 61 Nr. 50 E. 4.2.1; BGE 124 V 181 E. 1a mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch GYGI, a.a.O., S. 69; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 313).

16. Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht jedoch die rechtliche Würdigung desselben; der betroffenen Partei ist deshalb in der Regel kein Recht auf vorgängige Stellungnahme bezüglich Fragen der rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen einzuräumen, es sei denn, die Behörde gedenke, sich in ihrem Entscheid auf

einen völlig unüblichen, nicht voraussehbaren Rechtsgrund abzustützen (BGE 115 Ia 96 E. 1b mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; VPB 59 Nr. 53 E. 3b mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre).

17. Im vorliegenden Fall bestreitet die EBL vorerst nur die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und verlangt überdies die Sistierung des Untersuchungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Zuständigkeit. Zur Begründung führt sie aus, die Wettbewerbsbehörden seien immer dann nicht zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens zuständig, wenn vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorlägen.

18. Im Rahmen dieser Zwischenverfügung wird somit geprüft,

a) ob Artikel 3 Absatz 1 KG tatsächlich die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats ausschliesst und - wenn dieser Punkt bejaht werden muss,

b) ob die kantonalrechtlichen Bestimmungen tatsächlich die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllen.

19. Demzufolge geht es zurzeit in keiner Weise um die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, der im Rahmen des Untersuchungsverfahrens ermittelt wird. Vielmehr werden verschiedene Bestimmungen des Kartellgesetzes (und des VwVG) sowie allenfalls die angerufenen kantonalrechtlichen Vorschriften rechtlich gewürdigt. Wie den nachstehenden Ausführungen entnommen werden kann, wird dabei der Gehalt derjenigen kartell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen beurteilt, die in einem kartellrechtlichen Verfahren in aller Regel zur Anwendung gelangen. Infolgedessen kann auch nicht ernsthaft behauptet werden, die Weko stütze ihre Zwischenverfügung auf einen völlig unüblichen, nicht voraussehbaren Rechtsgrund ab. Bezüglich der kantonalrechtlichen Vorschriften kann festgehalten werden, dass diese durch die EBL selbst vorgebracht werden, so dass es sich auch hier nicht um völlig unbekannte Bestimmungen handelt.

20. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Weko beziehungsweise ihr Sekretariat mit Einleitung des Untersuchungsverfahrens klar zu erkennen gegeben haben, dass sie sich grundsätzlich für zuständig erachten. Deren Zuständigkeit wird auch von den anderen beiden beteiligten Parteien, Watt AG und Migros-Genossenschafts-Bund, nicht bestritten. Vielmehr wird die vorliegende Zwischenverfügung einzig und allein auf Begehren der EBL hin erlassen.

21. Trotz dieses Antrages auf Erlass einer Zwischenverfügung geht die EBL offenbar davon aus, dass sie vorerst in allgemeiner Form und ohne abschliessende Begründung einen Antrag stellen kann. Anschliessend erwartet sie von der Behörde eine vollständige rechtliche Würdigung, zu der sie sich wiederum vernehmen lassen will. Dabei verkennt die EBL, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht dazu dienen

soll, ein Verfahren in unnötiger Weise in die Länge zu ziehen. Der Partei, die den Erlass einer Zwischenverfügung begehrt, ist vielmehr zuzumuten, ihre Anträge und deren Begründung bereits im Gesuch abschliessend darzulegen, insbesondere dann, wenn es sich um die rechtliche Würdigung der anwendbaren Vorschriften handelt. Andernfalls verkommt der zu Recht geschützte Gehörsanspruch zu einem Mittel der Verfahrensverzögerung, was der Bedeutung dieser Verfahrensgarantie in keiner Weise gerecht wird.

22. Gestützt auf diese Ausführungen erübrigt sich deshalb die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats.

B.4 Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden

23. Wie in Ziffer 17 hiavor dargelegt wurde, bestreitet die EBL die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens. Zur Begründung führt sie aus, die Wettbewerbsbehörden seien immer dann nicht zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens zuständig, wenn vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorlägen.

24. Die Zuständigkeitsordnung gibt darüber Auskunft, wer zum Erlass einer Verfügung berechtigt ist. Sie bestimmt, womit sich eine Behörde zu befassen und womit sie sich nicht zu befassen hat (Unzuständigkeit). Diese Ordnung der Zuständigkeiten wird vom Gesetz nach sachlichen, örtlichen und funktionellen Kriterien festgelegt (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 227). Im vorliegenden Fall wird ausschliesslich die sachliche Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats bestritten. Es ist deshalb zu prüfen, in welchem Gesetz diese geregelt ist.

25. Im VwVG finden sich zwar Bestimmungen zur Frage der Zuständigkeit (Art. 7-9 VwVG). Darin wird jedoch nicht der Begriff "Zuständigkeit" an sich geregelt, sondern lediglich vorgeschrieben, dass die Behörde die Frage der Zuständigkeit prüfen (Art. 7) und im Falle von Meinungsverschiedenheiten entsprechende Verfahren einleiten muss (Art. 8 und 9 VwVG).

26. Somit legt nicht das Verfahrensrecht die Zuständigkeit fest; im erstinstanzlichen Verfahren ergibt sich die sachliche Zuständigkeit vielmehr aus dem materiellen Recht (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 228; Hervorhebung durch die Weko). Massgebend ist in diesem Zusammenhang der jeweilige Geltungsbereich eines Gesetzes.

B.4.1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes

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

28. Die zitierte Bestimmung umschreibt sowohl den persönlichen wie auch den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes, worauf nachstehend näher eingegangen wird. Da vorliegend weder der räumliche noch der zeitliche Geltungsbereich bestritten wird, werden diese Begriffe nachstehend auch nicht weiter erläutert.

B.4.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

29. Das Kartellrecht gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Erfasst werden alle Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen am Wirtschaftsleben beteiligen (vgl. WEBER, in: SIWR V/2, S. 37 f.).

30. Die EBL ist eine privatrechtliche Genossenschaft, die im Bereich der Energieerzeugung und -versorgung tätig ist. Sie stellt demzufolge ein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG dar.

B.4.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

31. Das Kartellgesetz findet gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG Anwendung auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen.

32. Das Kartellgesetz umschreibt den Begriff der Ausübung von Marktmacht, der von der marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG abweicht, nicht ausdrücklich. Inhaltlich muss es darum gehen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer über einen massgeblichen, aber nicht das Ausmass der Marktbeherrschung erreichenden Markteinfluss verfügt (vgl. WEBER, a.a.O., S. 40; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14).

33. Die EBL ist ein Unternehmen, das im Bereich der Energieversorgung beziehungsweise -verteilung tätig ist. Im Bereich der Verteilung von Elektrizität haben die Wettbewerbsbehörden festgehalten, dass es sich bei den Verteilunternehmen grundsätzlich um natürliche Monopole handelt und dass in jedem Versorgungsgebiet in der Regel nur je ein Unternehmen tätig ist (RPW 1997/4, S. 571). Demzufolge ist die Vermutung zulässig, dass auch die EBL in ihrem geografischen Versorgungsgebiet über einen zumindest massgeblichen Einfluss beziehungsweise über die in Artikel 2 Absatz 1 KG geforderte "Markt-

macht" verfügt. Diese Annahme wird im Übrigen von der EBL auch nicht bestritten.

B.4.1.3 Zwischenergebnis

34. Die EBL als Unternehmen des privaten Rechts, das Marktmacht ausübt, fällt somit in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Mit der Unterstellung unter das Gesetz ist materiellrechtlich noch überhaupt kein Urteil gesprochen (vgl. Kommentar KG - SCHMIDHAUSER, Art. 2 Rz. 29). Der umfassende Geltungsbereich des Gesetzes hat dagegen zur Folge, dass in diesem weiten Umfang Untersuchungshandlungen der Wettbewerbsbehörden zulässig sind (Kommentar KG - SCHMIDHAUSER, Art. 2 Rz. 30).

B.4.2 Geltungsbereich und Anwendbarkeit

35. Von der Geltung ist die Anwendung (bzw. die Anwendbarkeit) des Kartellgesetzes beziehungsweise einer Norm des KG zu unterscheiden (vgl. WEBER, a.a.O., S. 37; ZÄCH, a.a.O., Rz. 209; RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 115). Die Beurteilung der Anwendbarkeit setzt voraus, dass das Kartellgesetz überhaupt gilt, das heisst, nach der Feststellung der Geltung lässt sich prüfen, ob die tatbestandsmässigen Voraussetzungen gegeben sind, um im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt eine KG-Norm anzuwenden (vgl. WEBER, a.a.O., S. 37; ZÄCH, a.a.O., Rz. 209).

36. Infolgedessen ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine unternehmerische Tätigkeit vom Gesetz erfasst wird. Darauf gibt der Geltungsbereich des KG Antwort. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG sagt indessen noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Diese erfolgt erst bei der Anwendung der für das Zivil- und Verwaltungsrecht einheitlichen materiellen Bestimmungen (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66, mit Hinweis auf das zweite Kapitel des Gesetzes [Art. 5 ff.]; Hervorhebung durch die Weko). Erst in diesem Stadium wird somit die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes geprüft.

37. Zusammenfassend kann somit ein Zweifaches festgehalten werden:

a) der Geltungsbereich des KG regelt die Frage der Unterstellung eines unternehmerischen Verhaltens unter das Gesetz und damit die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde.

b) die Anwendbarkeit des KG ergibt sich erst im Rahmen der materiellen Prüfung eines unternehmerischen Verhaltens. Deshalb muss eine Bestimmung, die sich über die Anwendbarkeit des KG äussert, auch den materiellen Vorschriften des KG zugeordnet werden. Diese Qualifikation als materiellrechtliche Bestimmung hat wiederum zur Folge, dass sie sich nicht über die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden äussert.

B.4.3 Qualifikation von Artikel 3 Absatz 1 KG

38. Die EBL verneint die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats, weil im vorliegenden Fall Artikel 3 Absatz 1 KG zur Anwendung gelange.

39. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist somit zu prüfen, ob Artikel 3 Absatz 1 KG den Geltungsbereich des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden oder lediglich die Anwendbarkeit des KG beschränkt.

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

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

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

42. Der Gehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG ergibt sich jedoch aus seiner Entstehungsgeschichte. Gemäss Botschaft zum KG haben die mit der Revision beabsichtigten Verschärfungen der materiellen Beurteilungskriterien und die Stärkung im institutionellen Bereich einen Handlungsbedarf bezüglich des bisherigen Vorbehalts zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 69 f.). Neu sind auch öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, welche aufgrund des öffentlichen Rechts mit besonderen Rechten ausgestattet worden sind, grundsätzlich uneingeschränkt dem Kartellgesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 1 KG). Überdies muss sich die Wettbewerbsbehörde im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht mehr auf Empfehlungen beschränken, sondern kann unmittelbar gegenüber den Beteiligten Verfügungen erlassen (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 70; WEBER, a.a.O., S. 45). Infolgedessen wurde eine Vorbehaltsregelung notwendig.

43. Bezüglich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG hält die Botschaft zum KG jedoch unmissverständlich fest, dass das Kartellgesetz anwendbar ist, soweit die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 72 f.; Hervorhebung durch die Weko). Auch hinsichtlich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG führt die Botschaft aus, dass eine gewollte punktuelle Abweichung nicht dazu führt, dass der betreffende wirtschaftliche Teilbereich insgesamt der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird. Unternehmen mit besonderen Rechten haben sich deshalb, soweit sie sich ausserhalb des

Ausnahmebereichs bewegen, nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 73).

44. Abgesehen davon, dass die Botschaft zum KG ausdrücklich die Begriffe Anwendbarkeit beziehungsweise Anwendung benutzt, wird Sinn und Zweck von Artikel 3 Absatz 1 KG durch diese Ausführungen klar: Diese Vorschrift verpflichtet die Wettbewerbsbehörden, jeweils genau abzuklären, wie weit ein wirtschaftlicher Teilbereich durch eine staatliche Markt- oder Preisordnung beziehungsweise durch die Gewährung besonderer Rechte der Anwendung des Kartellgesetzes tatsächlich entzogen wurde. Liegt jedoch keine wettbewerbliche Sonderstellung vor, so ist das Kartellgesetz uneingeschränkt und damit selbst mit Bezug auf öffentliche Aufgabenerfüllungen anwendbar (vgl. WEBER, a.a.O., S. 46; Kommentar KG - SCHMIDHAUSER, Art. 3 Rz. 6; Hervorhebung durch die Weko). Eine solche Prüfung kann klarerweise nicht im Rahmen des Geltungsbereiches des KG beziehungsweise bei der Prüfung der Zuständigkeit erfolgen. Vielmehr sind hierzu oft umfangreiche Abklärungen bei Unternehmen und Behörden notwendig, die ausschliesslich im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens erfolgen können. Demzufolge bezweckt Artikel 3 Absatz 1 KG in keiner Weise, den Geltungsbereich des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu beschränken. Vielmehr handelt es sich um eine Beschränkung der Anwendbarkeit des KG und mithin um eine materiellrechtliche Bestimmung, die im Rahmen der vorgesehenen kartellrechtlichen Verfahren zu prüfen ist (dies war bereits unter dem alten Kartellgesetz in Bezug auf die entsprechende Bestimmung in Art. 44 Abs. 2 Bst. b aKG der Fall, vgl. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1994, S. 281). Aus diesem Grund folgt Artikel 3 KG auch im Anschluss an die Umschreibung des Geltungsbereichs (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 69; Hervorhebung durch die Weko).

45. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre: So wird Artikel 3 KG als Schlüsselartikel für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes in Gegenwart staatlicher Regulierungen bezeichnet (RENTSCH, a.a.O., S. 163; Hervorhebung durch die Weko). Auch die in Ziffer 44 genannten Autoren sprechen im Zusammenhang mit Artikel 3 Absatz 1 KG ausschliesslich von der Anwendbarkeit des KG.

46. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden nicht einfach beendet ist, wenn in einem konkreten Fall tatsächlich vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegen. Stellen sie im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens fest, dass für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien kein Raum besteht, so hat die Weko in diesem Fall immerhin ihre Rolle als wettbewerbspolitisches Gewissen wahrzunehmen und allenfalls Empfehlungen nach Artikel 45 Absatz 2 KG abzugeben (vgl. RENTSCH, a.a.O., S.

207; WEBER, a.a.O., S. 46; ZÄCH, a.a.O., Rz. 237). Insofern ist die nicht verbindliche Empfehlungskompetenz gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG als Korrelat zum in Artikel 3 Absatz 1 enthaltenen Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes gegenüber den die Wettbewerbsordnung ausschliessenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu verstehen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 45 Rz. 4; Hervorhebung durch die Weko).

47. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Weko gemäss Artikel 18 Absatz 3 KG Entscheide trifft, Verfügungen erlässt, Empfehlungen und Stellungnahmen abgibt und Gutachten erstattet. Zwar schränkt diese Bestimmung die Kompetenz der Weko insofern ein, als sie Entscheidungen und Verfügungen ausnimmt, die ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an die Eidgenössische Bankenkommission gemäss Artikel 10 Absatz 3 KG. Soweit jedoch nicht ausdrücklich eine andere Behörde vorgesehen ist, führt die Weko die wettbewerbsrechtliche Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung durch (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 57 und 128). Zum heutigen Zeitpunkt ist aufgrund rechtsgültiger Erlasse keine Behörde ersichtlich, die sich spezifisch mit Wettbewerbsproblemen im Bereich der Elektrizitätswirtschaft beschäftigt. Eine solche andere Behörde wird von der EBL auch nicht geltend gemacht. Demzufolge steht auch diese einzige Einschränkung der Zuständigkeit der Weko nicht im Wege.

48. Gestützt auf all diese Ausführungen steht zweifelsfrei fest, dass Artikel 3 Absatz 1 KG ausschliesslich die Anwendbarkeit des KG einschränkt. Die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats wird durch diese Bestimmung in keiner Weise berührt.

49. Demzufolge erübrigt es sich auch, näher auf die Frage einzugehen, ob die kantonalrechtlichen Bestimmungen tatsächlich die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllen. Da die letztgenannte Bestimmung nicht den Geltungsbereich, sondern die Anwendbarkeit des KG beschränkt, stellt sie eine materiellrechtliche Frage dar (vgl. vorstehend Ziff. 37 Bst. b). Ob die kantonalrechtlichen Bestimmungen somit vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG darstellen, wird im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens geprüft.

50. Da die EBL keine weiteren Gründe für einen Ausschluss geltend gemacht hat, ist vorliegend die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens festzustellen.

B.5 Ergänzung der Antworten auf die Fragen vom 12. September 2000

51. In ihrer Eingabe vom 13. November 2000 behielt sich die EBL schliesslich vor, ihre summarischen Antworten auf den Fragebogen vom 12. September 2000 zu ergänzen und weitere Dokumente einzu-

reichen, falls die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in einem rechtskräftigen Entscheid bejaht werden sollte.

52. Wie vorstehend unter Ziffer 4 ff. aufgezeigt wurde, verlangt die EBL zu Recht eine anfechtbare Zwischenverfügung über die Frage der Zuständigkeit. Insofern ist es im Sinne der Prozessökonomie auch zu befürworten, dass sie die im Schreiben vom 12. September 2000 aufgeworfenen Fragen vorerst nur summarisch beantwortet, da im Fall der Nichtzuständigkeit der Wettbewerbsbehörden das Untersuchungsverfahren eingestellt werden muss.

53. Wird die Zuständigkeit der Weko beziehungsweise ihres Sekretariats in einem rechtskräftigen Entscheid jedoch bejaht, muss der EBL eine weitere Frist zur Ergänzung ihrer summarischen Antworten auf den Fragebogen vom 12. September 2000 gewährt werden.

54. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die EBL nach Eingang des Fragebogens vom 12. September 2000 bereits um eine Frister Streckung gebeten hat, mit der Begründung, für die Beantwortung der zahlreichen Fragen seien weitreichende Abklärungen notwendig (vgl. Schreiben der EBL vom 9. Oktober 2000). Mit Schreiben vom 10. Oktober 2000 wurde der EBL die Frist zur Einreichung der Antworten deshalb bis 13. November 2000 erstreckt.

55. In Anbetracht der Tatsache, dass die EBL somit bereits eine Frister Streckung verlangt hat, um umfangreiche Abklärungen zur Beantwortung der Fragen zu tätigen, und im Bestreben, das Untersuchungsverfahren nicht unnötig zu verlängern, wird die EBL aufgefordert, den Wettbewerbsbehörden innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheides über die Zuständigkeit die in Aussicht gestellten Ergänzungen und Dokumente einzureichen.

C. Kosten

56. 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). Da die vorliegende Zwischenverfügung auf Begehren der EBL erlassen wird, gilt sie diesbezüglich als Verursacherin.

57. Abgesehen von den Behörden bezahlen im Verwaltungsverfahren folgende Personen keine Gebühren (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung):

a) Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt;

b) Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt wird;

c) Unternehmen, die sich zusammenschliessen wollen, wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

Da die zitierten Ausnahmebestimmungen im vorliegenden Fall keine Anwendung finden, ist von der Gebührenpflicht der EBL auszugehen.

58. Das Untersuchungsverfahren, das dieser Zwischenverfügung zugrunde liegt, richtet sich ebenfalls gegen die EBL (vgl. vorstehend Ziff. 2); es stellt sich deshalb die Frage, ob die Verfahrenskosten für den Erlass der Zwischenverfügung zur Hauptsache geschlagen werden können.

59. Um jedoch den Entscheid über die Kostenpflicht der EBL im Hauptverfahren nicht vorweg zu nehmen, werden die Kosten für den Erlass der Zwischenverfügung zum jetzigen Zeitpunkt ausgeschieden und der Verursacherin, der EBL, in Rechnung gestellt.

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

61. 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 CHF 130.--. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

62. 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 CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat sind zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen die Elektra Baselland Liestal zuständig.
 2. Das hängige Untersuchungsverfahren Watt/Migros - EBL wird bis zum Eintreten der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides über die Zuständigkeit sistiert.
 3. Ab dem Tag der Rechtskraft des Entscheids über die Zuständigkeit hat die Elektra Baselland 30 Tage Zeit, die Fragen gemäss Schreiben vom 12. September 2000 zu beantworten.
 4. [Kosten]
-

5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

B 2.2	3. JC Decaux/Affichage
-------	-------------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 gemäss Artikel 27 KG betreffend die Kooperation von JC Decaux mit Affichage wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) entnahm im September 1999 Pressemeldungen, dass JC Decaux International S.A. (JC Decaux), Neuilly, Frankreich, 24,87% der Aktien an der Affichage Holding SA (Affichage), Genf, übernommen hatte. Im Oktober 1999 stockte JC Decaux die Beteiligung auf 30% auf. Die Pressemeldungen sprachen auch von einer zukünftigen Kooperation der beiden Unternehmen sowie einer angestrebten Einsitznahme der JC Decaux in den Verwaltungsrat der Affichage.
2. Das Sekretariat eröffnete daraufhin eine Vorabklärung, um zu prüfen, ob das Vorgehen von JC Decaux und Affichage als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sei beziehungsweise um das Vorliegen von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen.
3. Die Vorabklärung ergab solche Anhaltspunkte. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eröffnete das Sekretariat deshalb am 7. Oktober 1999 eine Untersuchung. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 18. Oktober 1999 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 26. Oktober 1999 im Bundesblatt (BBl 1999 VIII 8786) publiziert.
4. Im Laufe der Untersuchung wurden die Parteien, deren Konkurrenten, Gemeinwesen und Werbetreibende sowie Werbeauftraggeber zum Sachverhalt befragt.
5. Affichage brachte im Rahmen der Vorabklärung und der Untersuchung im Wesentlichen vor, dass sie keinen aktiven Part beim Beteiligungserwerb der JC Decaux gespielt habe. Auch existiere keinerlei Abrede zwischen JC Decaux und Affichage oder Allgemeinen Plakatgesellschaft (APG; Tochterunternehmen der Affichage). Zudem sei nicht

gewiss, aber nicht auszuschliessen, dass JC Decaux in naher Zukunft im Verwaltungsrat der Affichage Einsitz nehmen würde. Ferner sei mit den wichtigsten potenziellen Käufern der Beteiligung an der Affichage vorgängig gesprochen worden. So sei bekannt, dass JC Decaux mit der Affichage sowohl in der Schweiz als auch im Ausland kooperieren wolle. Jedenfalls bestätigte Affichage, dass "du point de vue de notre société, l'objectif est d'assurer dans la mesure compatible avec son indépendance et caractère suisse, une collaboration harmonieuse avec l'un de ses principaux actionnaires qui se trouve être le numéro un mondial dans le domaine de l'affichage extérieur". In einer späteren Eingabe meinte Affichage, dass "collaboration harmonieuse" mit "freundlich behandeln" gleichzusetzen sei.

6. JC Decaux erklärte, dass Affichage eine Stimmrechtsbeschränkung auf 5% aller Aktien vorsehe, dass - *stricto sensu* - keine Abreden zwischen Affichage und JC Decaux existieren würden und auch in Zukunft keine vorgesehen seien, dass JC Decaux aber mit der Affichage Verträge abschliessen möchte, welche vorsehen würden, die Produktreihe der JC Decaux der Affichage zur Verfügung zu stellen, dass bereits Gespräche zwischen JC Decaux und Affichage stattgefunden hätten und dass JC Decaux anstrebe, zwei Vertreter in den Verwaltungsrat der Affichage zu entsenden. In späteren Eingaben wies JC Decaux darauf hin, dass zurzeit kein Interesse mehr daran bestehe, Einsitz in den Verwaltungsrat der Affichage zu nehmen.

7. Insbesondere bestritt JC Decaux aber, potenzieller Konkurrent der APG zu sein. Die Schwierigkeiten eines Markteintritts in die Schweiz seien enorm, insbesondere für eine nicht von Schweizern beherrschte Unternehmung. Dies sei auch ersichtlich durch den Bundesgerichtsentscheid, welchen JC Decaux angestrengt hätte, der aber zu ihren Ungunsten ausgefallen sei (vgl. BGE 2P.262/1997; 2P.328/1997 vom 26. April 1999). Nachdem dieser versuchte Marktzutritt gescheitert sei, sei JC Decaux nicht mehr als potenzieller Konkurrent von Affichage zu betrachten. Aus diesem Grund könne die Beteiligung an Affichage keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Auf die Vorbringen der Parteien wird im Detail - soweit notwendig - in den Erwägungen (Teil B) eingegangen.

8. Affichage wurden die Verfahrensakten am 8. November 1999 und am 19. Oktober 2000 zugestellt. JC Decaux erhielt die Akten am 19. November 1999 und - zusammen mit den Verfügungsentwurf - am 13. November 2000. JC Decaux erhielt am 18. Mai 2000 ein Aktenverzeichnis und die Akte 129 (Auswertung der Gemeindebefragung). Der Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission) wurde den Parteien am 13. November 2000 zugestellt.

9. Die Parteien reichten ihre Stellungnahmen am 12. Dezember 2000 respektive am 15. Dezember 2000 ein. Die Stellungnahmen wurden

den Mitgliedern der Wettbewerbskommission am 18. Januar 2001 zur Kenntnis gebracht.

10. Die Wettbewerbskommission beschloss an ihrer Plenarversammlung vom 29. Januar 2001, dass zwar eine Wettbewerbsabrede vorliege, dass aber nicht hinreichend geklärt sei, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken werde oder nicht. Die Wettbewerbskommission beauftragte das Sekretariat deshalb gemäss Artikel 30 Absatz 2 2. Satz KG damit, zusätzliche Untersuchungsmassnahmen durchzuführen.

11. Das Sekretariat informierte die Parteien gleichentags über die Ergebnisse der Plenarversammlung, gab den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorbringen der Wettbewerbskommission und führte weitere Ermittlungen durch.

12. Aufgrund dieser Ermittlungen und der Eingabe der Affichage vom 21. März 2001 verfasste das Sekretariat eine Notiz an die zuständige Kammer der Wettbewerbskommission mit Kopie an die gesamte Wettbewerbskommission, worin es die Einstellung der Untersuchung beantragte. Dies, weil sich keine Indizien für eine unzulässige Wettbewerbsabrede ergeben hatten und weil sich die Zustellung von Fragebogen an ausländische Unternehmen ohne Geschäftstätigkeit in der Schweiz als unmöglich erwiesen hatte.

13. Die Wettbewerbskommission hiess den Antrag des Sekretariats an ihrer Plenarsitzung vom 2. April 2001 gut und beauftragte das Sekretariat mit der Ausarbeitung einer entsprechenden Verfügung.

14. Die vorliegende Verfügung wurde von der Wettbewerbskommission am 7. Mai 2001 erlassen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1.a Unternehmen

16. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. JC Decaux und Affichage sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1.b Wettbewerbsabrede

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

18. Eine Wettbewerbsabrede zeichnet sich demnach dadurch aus, dass zwei oder mehrere Unternehmen eine horizontale oder vertikale Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. RPW 2000/4, S. 605, Rz. 80). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig. Entscheidend ist, dass das Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen bewusst und gewollt ist (vgl. Botschaft zum KG in BBl 1995 I 545).

19. Der Sachverhalt lässt darauf schliessen, dass JC Decaux und Affichage zu kooperieren gedenken. Ob sie dies auf vertraglicher Basis tun werden oder ob sie ihr Verhalten im Verwaltungsrat der Affichage oder anderswie aufeinander abstimmen werden, ist unerheblich. Das Zusammenwirken von JC Decaux und Affichage ist bewusst und gewollt.

20. JC Decaux bestätigte die Kooperationsabsichten sowohl gegenüber dem Sekretariat (vgl. Rz. 6) als auch in der Presse: "Wir haben versucht, direkt in den Schweizer Markt einzusteigen. Das ist uns nicht gelungen. Wir haben die Konsequenzen gezogen: Wir haben eingesehen, dass eine Partnerschaft besser ist als eine Konfrontation" (Interview im Bund vom 3. September 1999; auch in der Liberté vom 2. September 1999 sowie der Handelszeitung vom 8. September 1999). Eine implizite Bestätigung ist auch im Schreiben vom 17. Mai 2000 ans Sekretariat zu finden, in welchem das Sekretariat zu einer Unternehmenspräsentation eingeladen wird, weil diese dazu beitragen könnte, "die strategischen Pläne von JC Decaux im Hinblick auf die Beteiligung bei und eine zukünftige Kooperation mit Affichage besser zu verstehen".

21. Im Pressecommuniqué vom 1. September 1999 nimmt Affichage wie folgt Stellung zu den von JC Decaux geäusserten Kooperationsabsichten: "Le conseil d'administration d'Affichage Holding se déclare disponible pour prendre part à des discussions constructives en relation avec les intentions déclarées de JC Decaux de collaborer en Suisse et à l'étranger". Gemäss eigenen Aussagen ist Affichage an einer "collaboration harmonieuse" interessiert (vgl. auch Rz. 5).

22. In ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2000 bringt Affichage vor, den Wörtern "collaboration harmonieuse" werde eine Bedeutung zugemessen, welche ihnen nicht zukomme. In materieller Hinsicht sei es einzig darum gegangen, darzulegen, dass die Affichage als börsenkotiertes Unternehmen JC Decaux mit einer Beteiligung von mehr als 30% ohne negative Vorurteile entgentreten und ihn, wie jeden anderen wichtigen Aktionär, freundlich behandeln wolle. Das Vorbringen vermag nicht zu überzeugen, insbesondere weil der Wortlaut der Pressemitteilung vom 1. September 1999 eine andere Sprache spricht (vgl. Rz. 21) und das Wort "collaboration" unzweideutig als "Zusammenarbeit", "Mitarbeit" oder "Mitwirkung" zu verstehen ist, aber auch weil bekannt ist, dass bereits früher "pfannenfertige" Pläne für

eine Zusammenarbeit in der Schweiz mit JC Decaux bestanden haben. Diese Pläne haben sich allerdings später zerschlagen.

23. Die Vertreter von JC Decaux machen geltend, dass der Entscheid zur Kooperation alleine von JC Decaux ausgehe und dass damit das "bilaterale Element", welches im Rahmen von Artikel 4 Absatz 1 KG wesentlich sei, fehle. Selbst wenn JC Decaux der Kooperationswilligkeit von Affichage durch den Beteiligungserwerb nachgeholfen hat, ändert dies nichts an der Tatsache, dass Affichage grundsätzlich Willens ist, zu kooperieren. Am Beginn jeder Abrede steht ein Initiator, der seine Absichten mit mehr oder weniger Druck realisiert.

24. In der Eingabe vom 31. Januar 2000 weist JC Decaux darauf hin, dass zwischen ihr und Affichage zum aktuellen Zeitpunkt keinerlei Kooperationsabsichten bestehen und auch keine entsprechenden Verhandlungen geführt würden. JC Decaux sei zurzeit auch nicht mehr daran interessiert, Einsitz in den Verwaltungsrat der Affichage zu nehmen. Die einzige Verbindung zu Affichage bestehe demnach in der finanziellen Beteiligung an letzterer.

25. Zum einen ist nicht einzusehen, weshalb JC Decaux nun nicht mehr mit Affichage kooperieren möchte, nachdem im Vorabklärungsverfahren die Kooperationsabsichten bestätigt wurden. JC Decaux präzisiert denn auch, dass zurzeit kein Interesse an einer Einsitznahme in den Verwaltungsrat bestehe. Aus diesem Grund entspricht auch das Vorbringen von Affichage nicht den Tatsachen, wonach JC Decaux in der Eingabe vom 31. Januar 2000 erklärt hätte, es würden keine Kooperationsabsichten mit Affichage mehr bestehen. Es entbehrt nicht der Logik, dass die Realisation des Kooperationsvorhabens aufgeschoben bleibt, solange das kartellrechtliche Verfahren nicht entschieden ist. Denn würde der Entscheid der Wettbewerbskommission lauten, dass es sich im vorliegenden Fall um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handle, wären die Mittel, welche die Parteien in die Realisation ihres Vorhabens investiert haben, verloren.

26. Zum anderen wird die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage das Wettbewerbsverhalten von JC Decaux stark beeinflussen. Beginn November 2000 betrug der Kurs einer Namenaktie der Affichage zirka CHF 800.--. Die 30%-Beteiligung (= 225'000 Aktien) von JC Decaux hatte somit einen Wert (ohne Paketzuschlag) von CHF 180 Mio. Bei den aktuellen Strukturen in der Schweizer Plakatlandschaft (sehr starke Stellung von Affichage; vgl. B.2.2.a und B.2.2.b) wäre ein Marktzutritt von JC Decaux mit Marktanteils- und Umsatzverlusten von Affichage verbunden. Damit würde der Aktienkurs von Affichage und folglich der Wert der Beteiligung von JC Decaux sinken. Durch die finanzielle Beteiligung verliert JC Decaux somit wesentlich an Interesse, in Wettbewerb mit Affichage beziehungsweise deren Tochtergesellschaft APG zu treten (zur Rolle von JC Decaux als potenziellen Konkurrenten von Affichage vgl. hinten B.2.2.).

27. Affichage bringt dagegen vor, dass es keine empirisch nachgewiesene positive Korrelation zwischen Umsatz und Aktienkurs eines Unternehmens geben würde, weshalb die eben geschilderten Zusammenhänge ökonomisch unfundiert und somit zurückzuweisen seien. Affichage ist insoweit zuzustimmen, als dass Umsätze tatsächlich nicht auf Aktienkurse schliessen lassen. Entscheidend sind vielmehr die Gewinnerwartungen. In diesem Sinne ist zu präzisieren, dass ein Marktzutritt von JC Decaux theoretisch nicht auszuschliessen ist, selbst nachdem sich JC Decaux an Affichage beteiligt hat. Ein Marktzutritt von JC Decaux wäre dann zu erwarten, wenn der erwartete zusätzliche Gewinn aus dem Marktzutritt den erwarteten Wertverlust der Beteiligung an Affichage übersteigt, ihn zumindest neutralisieren würde. Ein solches "Szenario" ist allerdings sehr unwahrscheinlich und würde überdies wiederum eine Kooperation von JC Decaux und Affichage erfordern. Zum einen, weil ansonsten Voraussagen über erwartete zukünftige Gewinne mit grössten Unsicherheiten behaftet sind. Zum andern, weil JC Decaux den Marktzutritt bereits versucht hat, bevor sie die Beteiligung an Affichage erworben hat. Sollte JC Decaux nun wiederum einen Marktzutritt planen, ist eine Beteiligung an Affichage nur sinnvoll, wenn dadurch der Widerstand von Affichage gegen einen Marktzutritt gebrochen werden kann. Der Beteiligungserwerb bewirkt deshalb in jedem Fall, dass JC Decaux sein Verhalten mit jenem der Affichage koordinieren wird.

28. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass zum Beispiel in den USA und in Deutschland bereits Anteilserwerbe von 25% und teilweise weniger als Unternehmenszusammenschlüsse gelten. Damit soll der Erfahrungstatsache Rechnung getragen werden, wonach die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluss auf das Marktverhalten von massgebender Bedeutung ist (vgl. unten, Rz. 34 ff.). Die Auffassung, dass allein die Tatsache einer finanziellen Beteiligung an Affichage das Wettbewerbsverhalten von JC Decaux stark beeinflussen wird, entbehrt daher entgegen der Ansicht von Affichage nicht eines ökonomischen Fundaments.

29. Das Verhalten im Wettbewerb ist somit nicht nur abhängig von den Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Verhalten von Konkurrenten, sondern auch von finanziellen Beteiligungen an diesen Konkurrenten (vgl. dazu insbesondere DANIEL P. O'BRIEN, STEVEN C. SALOP "Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control", in: Antitrust Law Journal, Vol. 67 (2000), S. 559 ff.).

30. Die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage bekundet damit den Willen von JC Decaux mit Affichage zu kooperieren und bewirkt gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung.

31. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass der Erwerb einer Beteiligung dann unter Artikel 81 Absatz 1 EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) fällt und damit als Vereinba-

zung unter Unternehmen, Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise gilt, wenn der Beteiligungserwerb eine Koordinierung des Verhaltens der beteiligten Unternehmen bezweckt oder bewirkt (vgl. hierzu VOLKER EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I, München 1997, Rz. 350 zu Art. 85 Abs. 1 EGV, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

32. Der Europäische Gerichtshof hielt in seinem Urteil "BAT und Reynolds/Kommission" (auch "Philip Morris/Rothmans-Urteil", EuGH 17.11.1987, Slg. 1987, 4566 ff.) fest, dass die Beteiligung eines Unternehmens am Kapital eines Konkurrenzunternehmens für sich genommen noch keine wettbewerbsbeschränkende Handlung darstelle, aber gleichwohl als Mittel dienen könne, das Geschäftsgebahren beider Unternehmen auf dem relevanten Markt so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb eingeschränkt oder verfälscht werde. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb der Beteiligung oder durch Nebenabreden rechtlich oder tatsächlich die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlange oder wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen vorsehe beziehungsweise einer solchen förderliche Strukturen schaffe. Dabei seien nicht nur die gegenwärtigen tatsächlichen, sondern auch die potenziellen Wirkungen der Vereinbarung sowie gegebenenfalls deren Einbettung in einen langfristigen Plan in ihrem gesamten wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext zu berücksichtigen. Entscheidend für die Anwendbarkeit von Artikel 81 EGV sei, dass die beteiligten Unternehmen trotz Beteiligung und eventueller Abreden selbstständig blieben - also nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit würden - und weiterhin die Möglichkeit hätten, ihr Wettbewerbsverhalten zu koordinieren (vgl. HELMUT SCHRÖTER, STEFAN RATING in: von der GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag, 5. Auflage, Baden-Baden 1999, Rz. 6 ff. zu Art. 85 EGV-Fallgruppen, Änderung der Unternehmensstruktur; auch EMMERICH, a.a.O., Rz. 351 zu Art. 85 Abs. 1 EGV).

33. Artikel 81 Absatz 1 EGV erfasst somit alle Arten und Formen von Kartellen, also jedes Verhalten, das ein bewusstes Zusammenwirken an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt (vgl. zum Ganzen sinngemäss SCHRÖTER/RATING, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 85 - Fallgruppen, Änderung der Unternehmensstruktur, sowie SCHRÖTER, ebenda, Rz. 16 ff., 21, 40 ff., 45, 58 ff., 61, 74 ff., 113 zu Art. 85 EGV). Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung verstösst dann gegen Artikel 81 Absatz 1 EGV, wenn er wegen der Verbindung mit weiteren Abreden oder aufgrund der Marktverhältnisse zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den verbundenen Unternehmen führen kann, eine solche also bezweckt oder bewirkt (vgl. EMMERICH, a.a.O., Rz. 350, 357, 359 ff. und 372 zu Art. 85 Abs. 1 EGV).

34. In Deutschland gilt dagegen der Erwerb von 25% der Kapital- oder Stimmrechtsanteile an einem Unternehmen bereits als Zusammenschluss (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Bst. b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB [in der Fassung vor 1998 § 23 Abs. 2 Nr. 2. Bst. a GWB]). Damit habe der Gesetzgeber in Deutschland der anerkannten Erfahrungstatsache Rechnung getragen, wonach die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluss auf das Marktverhalten in der Regel von erheblicher, wenn nicht entscheidender Bedeutung ist (vgl. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER in IMMENGA/MESTMÄCKER "GWB Kommentar zum Kartellgesetz", 2. Auflage, München 1992, § 23 Rz. 156). Vorgeschlagen wurde sogar, die oben genannte Aufgreifschwelle von 25% auf 10% abzusenken, um "insbesondere Beteiligungen an Wettbewerbern besser überwachen zu können" (MESTMÄCKER a.a.O. § 23 Rz. 240). Im GWB wurde in § 37 Absatz 1 Nr. 4 (Fassung vor 1998 § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB) denn auch ein zusätzlicher Auffang- und Umgehungstatbestand geschaffen, weil die anderen Bestimmungen im § 37 (§ 23) nicht hinreichend berücksichtigen würden, dass kapitalmässig miteinander verflochtene Unternehmen aus gemeinsamen Interesse den Wettbewerb untereinander beschränken und daher nicht mehr voneinander unabhängige Wettbewerber seien (vgl. MESTMÄCKER a.a.O. § 23 Rz. 239). Diese Bestimmung erfasst als Zusammenschluss nicht mehr nur, wenn ein "beherrschender Einfluss" vorliegt, sondern es reicht aus, wenn ein "wettbewerblich erheblicher Einfluss" vorliegt (vgl. MESTMÄCKER a.a.O., § 23 Rz. 241). Um einen solchen Einfluss auszuüben, kann auch ein Anteil von unter 25% der Kapital- oder Stimmrechte ausreichen und/oder personelle Verflechtungen und/oder andere Verbindungen (vgl. MESTMÄCKER a.a.O., § 23 Rz. 246 ff.).

35. Beteiligungen an anderen Unternehmen werden in Deutschland ausschliesslich als Zusammenschlusstatbestände erfasst. Diese Tatbestände sind denn auch wie oben beschrieben weiter gefasst als im Kartellgesetz, jedenfalls bei der aktuellen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen. Das GWB erfasst allerdings als 'aufeinander abgestimmtes Verhalten' (§ 1 [§ 25 in der Fassung vor 1998]) bereits, wenn ein Marktteilnehmer sein künftiges Marktverhalten in der Absicht und Erwartung bekannt gibt, dass sein entsprechendes Verhalten den anderen Marktteilnehmer zu einem koordinierten Verhalten veranlasst. Dies wiederum muss diesen anderen Marktteilnehmer zu einem bestimmen Verhalten veranlassen (vgl. ULRICH IMMENGA in IMMENGA/MESTMÄCKER "GWB Kommentar zum Kartellgesetz", 2. Auflage, München 1992, § 25 Rz. 15).

36. In den USA wird eine Abrede ("agreement") angenommen, "so long as the parties share a commitment to a common scheme that has an anticompetitive object or effect", auch wenn "the parties to the agreement did not have identical motives, or ... one party to the agreement was coerced to participate" (vgl. Section of Antitrust Law American Bar Association (ABA) "Antitrust Law Developments

(Fourth)", Chicago 1997, 4). Beteiligungen an Unternehmen werden in den USA als "acquisitions" hauptsächlich vom Clayton Act und vom Federal Trade Commission Act, aber auch vom Sherman Act erfasst (vgl. ABA a.a.O. S. 307 f.). Einen klar definierten Zusammenschlusstatbestand wie in der Schweiz oder in der EU gibt es in den USA nicht. Dort wird vielmehr davon ausgegangen, dass jede Beteiligung untersagt ist, welche den Wettbewerb "substantially lessens" oder welche "tends to create a monopoly". Somit steht die Wirkung einer Handlung im Zentrum, unerheblich ist, ob dieses Handeln als Zusammenschluss oder als Abrede benannt wird ("the nature of the conduct, not its designation, is determinative" Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors", April 2000, S. 9). Dies ergibt sich auch aus der Anwendbarkeit des Sherman Acts auf "mergers and acquisitions", obwohl der Sherman Act nicht von solchen Tatbeständen spricht.

37. Die Rechtsprechung in den USA gibt keine klare Grenze vor, ab welcher ein Beteiligungserwerb zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass geben würde. Untersagungen sind jedoch noch nie bei Beteiligungen von weniger als 15% erfolgt (vgl. ABA a.a.O. S. 311 und Fn. 27).

38. Sowohl in der EU, in Deutschland aber auch in den USA werden also auch Minderheitsbeteiligungen an Wettbewerbern auf ihre Verträglichkeit mit den einschlägigen Wettbewerbsgesetzgebungen geprüft, wenn sie Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken.

39. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und andere Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1 KG). Somit steht die Wettbewerbsbeschränkung (insbesondere deren Auswirkungen) im Zentrum. Das "Kleid", in welcher eine solche bewirkt oder bezweckt wird, ist sekundär. Die Begriffe in Artikel 4 KG sind somit weit auszulegen, so dass alle Wettbewerbsbeschränkungen erfasst werden können und die Realisierung des Zwecks des KG nicht bereits durch ein enges Begriffsverständnis vereitelt wird.

40. Im Lichte des eben Gesagten wäre nicht ausgeschlossen, die Beteiligung von JC Decaux an Affichage als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu erfassen. In der genannten Bestimmung wird allerdings von "Kontrolle" gesprochen. Artikel 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) präzisiert, dass darunter "Ausüben eines bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens" zu verstehen ist. Die Rechtsprechung nimmt heute solchen Einfluss bei ungleichen Kapital- und Stimmrechtsanteilen nur an, wenn aufgrund anderer Elemente (Aktionärbindungsverträge, Statuten, Geschäftsreglemente u.Ä.) keine Partei die andere bei strategisch bedeutsamen Ent-

scheiden überstimmen kann (vgl. Diax in RPW 1997/2, S. 199, Rz. 15; auch Watt in RPW 1997/4, S. 562, Rz. 18ff.; Le Temps in RPW 1998/1, S. 42, Rz. 13; Sat 1 (Schweiz)/Ringier SA in RPW 2000/1, S. 47; und viele andere). Einer Partei kommt somit nur dann bestimmender Einfluss zu, wenn sie bei wichtigen Entscheiden über Vetorechte verfügt. Das ist immer dann der Fall, wenn eine Partei über die Stimmrechtsmehrheit verfügt oder wenn sich zwei Parteien in die Stimmrechte teilen; in allen anderen Fällen braucht es zusätzliche Elemente, um einer Partei Vetorechte einzuräumen. So wurde im Fall Comtop II (vgl. RPW 1998/1, S. 91, Rz. 9 ff.) entschieden, dass kein Zusammenschlusstatbestand vorlag, obwohl drei Unternehmen über jeweils einen Drittel der Kapital- und Stimmrechtsanteile verfügen und zudem in einem Beteiligungsvertrag vorgesehen ist, dass die Unternehmen die Comtop gemeinsam leiten und betreiben. Die Rechtsprechung lässt somit nicht zu, die Beteiligung der JC Decaux an Affichage als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

41. Die bisherige Praxis spricht demgegenüber nicht dagegen, diese Beteiligung als Wettbewerbsabrede zu erfassen. Dies umso mehr, als die Parteien ihre Kooperationsabsichten explizit kund getan haben. Beteiligungen an Konkurrenten, aber auch Einsitznahmen in den Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsführung von Konkurrenten, führen wie gezeigt zu einer Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens dieser "Konkurrenten".

42. Ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2000 hat Affichage ein Gutachten zur Frage der Wettbewerbsabrede beigelegt. Der Gutachter kommt zum Schluss, dass der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung ohne Wissen und gegen den Willen einer Unternehmung keine Abrede im Sinne von Artikel 4 KG darstellt, weil es an einer wie auch immer gearteten Willensübereinstimmung und damit auch an einer Verhaltenskoordinierung zwischen den Beteiligten fehlt. Dem Gutachter ist (unter Einschränkungen; vgl. nächste Ziffer) zuzustimmen. Die Wettbewerbskommission erkennt denn auch nicht alleine aufgrund der Beteiligung auf eine Wettbewerbsabrede. Zusätzlich zur Beteiligung tritt die in der Pressemitteilung und gegenüber dem Sekretariat geäußerte Absicht der Affichage, mit JC Decaux kooperieren zu wollen. Die auch vom Gutachter erwähnten Zusatzfaktoren, welche aus einer "reinen" Beteiligung eine Wettbewerbsabrede entstehen lassen, liegen nach Auffassung der Wettbewerbskommission somit vor.

43. Der Gutachter stützt sich bei seinen Ausführungen zudem auf EU-Recht. Dies mag nahe liegen, da sich das KG zum Teil eng an EU-Wettbewerbsrecht anlehnt. Ob es aber richtig ist, sich bei der Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsabrede an dieses Recht anzulehnen, ist zumindest fraglich, weil in diesem Fall die Tatsache unberücksichtigt bleibt, dass die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluss auf das Marktverhalten von massgebender Bedeutung ist. Eine den wirtschaft-

lichen Realitäten gerecht werdende Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsabrede könnte deshalb ausschliesslich an der Beteiligung anknüpfen. Die Wettbewerbskommission braucht diese Frage im vorliegenden Fall nicht zu beantworten, weil - wie oben gezeigt wurde - eine Wettbewerbsabrede vorliegt, selbst wenn man sich an EU-Recht anlehnt.

44. Die Vertreter von Affichage machen weiter geltend, dass die Wahrscheinlichkeit eines (künftigen) abgestimmten Verhaltens für die Annahme einer Wettbewerbsabrede nicht ausreiche, weil es bei Wettbewerbsabreden um die Beurteilung von Verhaltensweisen gehe, die sich in der Vergangenheit ereignet haben. Die Vertreter von Affichage verkennen den (auch) präventiven Charakter des KG, welcher bereits aus dem Zweckartikel hervor geht. Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Schädliche Auswirkungen sind somit möglichst bereits zu verhindern, nicht erst zuzulassen und danach zu verbieten (ähnlich FRANZ HOFFET in HOMBURGER et al. (Hrsg.) "Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz", Zürich 1996, Art. 1 Rz. 57).

45. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien ihren Kooperationswillen kund taten und dass die Beteiligung von JC Decaux an Affichage das Interesse ersterer mit letzterer in Wettbewerb zu treten wesentlich schwächt. Somit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Parteien vor, welches eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt. Es handelt sich folglich um eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

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

49. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

B.2.1.a Sachlich relevanter Markt

50. 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, der hier analog anzuwenden ist).

51. JC Decaux und Affichage beziehungsweise deren Tochter APG sind beide in der Plakatwerbung tätig. Marktgegenseite sind somit einerseits Werbetreibende, welche auf Plakaten werben wollen, andererseits aber auch Gemeinden oder Dritte, welche Aussenflächen anbieten, auf welchen Plakate angebracht werden können.

Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen

52. In der Vorabklärung "Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève" (vgl. RPW 1997/2, S. 132 ff.) hat das Sekretariat den sachlichen Markt weiter unterteilt und einen Markt für "l'ensemble des éléments du domaine public dont l'utilisation à des fins d'affichage est soumise à concession" abgegrenzt, denn "en raison de sa qualité et de son utilité limitée, le domaine privé ne peut pas être considéré comme substituable aux éléments du domaine public utilisés pour l'affichage" (vgl. RPW 1997/2, S. 134, Rz. 11). Die Marktabgrenzung erfolgte damals allerdings aus dem Blickwinkel der Aussenwerbegesellschaften.

53. Erfolgt die Marktabgrenzung aus dem Blickwinkel der Gemeinwesen (diese sind folglich Marktgegenseite gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU), so können diese Gemeinwesen als Nachfrager von Absatzwegen für Plakatanschlagflächen (auf öffentlichem Grund) betrachtet werden (in Analogie zum Fall Migros - Globus in RPW 1997/3, S. 380; und zum Fall Spitalisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit in RPW 1999/2, S. 229).

54. Private und die öffentliche Hand werben (im Prinzip zumindest) um die Wette um Absatzkanäle. Im Bericht "GK92" des Bauamts II der Stadt Zürich wird auf Seite [...] ausgeführt: "... die Stadt ... wurde zur grössten und auch wirksamsten Konkurrentin sämtlicher Plakatstellen auf privatem Grund, weil sie werbewirksame Plakatstandorte am städtebaulich richtigen Ort anbieten konnte". Zudem bietet die Plakanda Aussenwerbemöglichkeiten in der Stadt Bern an, obwohl APG einen Exklusivvertrag für Aushangstellen auf öffentlichem Grund besitzt. Plakatstandorte auf privatem Grund dürften damit mit solchen auf öffentlichem Grund austauschbar sein. Die Eingabe der Affichage vom Februar 2000 bestätigt diese Vermutung ebenfalls: "... l'appartenance

d'un emplacement à l'un au l'autre des domaines: public ou privé n'a absolument aucune importance. Les éléments prioritaires pour le choix d'un emplacement restent; la qualité de l'emplacement, sa visibilité et surtout son audience. Par audience on entend, que - personne - et combien passent devant cet emplacement".

55. Wie die Ermittlungen des Sekretariats zeigen, existieren neben den Absatzkanälen "Plakatwerbegesellschaften" keine Alternativen. Der sachlich relevante Markt umfasst somit Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen.

Markt für Plakatwerbung

56. In ihren Eingaben vom 29. Februar 2000 und vom 15. Dezember 2000 macht Affichage geltend, dass sich das Plakat vom Zusatzmedium zum Basismedium entwickelt hätte und dass das Plakat als flächendeckendes und verhältnismässig günstiges Medium stark an Bedeutung gewonnen und seine Stellung im Media-Mix wesentlich verstärkt hätte. Gleichzeitig wird vorgebracht, dass sich die Substituierbarkeit unter den Medien, insbesondere den klassischen Medien Presse, Plakat und TV stark erhöht hätte. In der Eingabe vom 15. Dezember 2000 wird denn auch argumentiert, der sachlich relevante Markt umfasse alle (aber nur) drei Basismedien (also Presse, Werbefernsehen und Plakat).

57. Die Ermittlungen des Sekretariats sowie Studien im Media Trend Journal (vgl. WALTER WEDER "TV-Wachstum abgeschwächt", in Media Trend Journal 5-2000, S. 44 ff.; Akte 155, und UELI CUSTER "Die totale Kommunikation", in Media Trend Journal 4-2000, S. 34; Akte 156) haben allerdings frühere Untersuchungsergebnisse der Wettbewerbskommission bestätigt, wonach je nach Produkt und Zielgruppe eine andere Werbeträgerkategorie im Vordergrund steht (vgl. Publicitas - Gasser - Tschudi in RPW 1997/2, S. 191, Rz. 80; Le Temps in RPW 1998/1, S. 48, Rz. 41 ff.; Berner Oberland Medien AG in RPW 2000/3, S. 424, Rz. 44 und Rz. 48). Weil die Werbestrategie und damit die Wahl des Hauptwerbeträgers vom zu vermarktenden Produkt abhängig ist, variiert die Intensität der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Werbeträgern je nach Produkt beziehungsweise Produktgruppe (vgl. RPW 1997/2, S. 191, Rz. 82).

58. Letztlich ist hier aber nicht entscheidend, ob der sachlich relevante Markt die Werbeträger Presse, Werbefernsehen, Plakat und allenfalls weitere oder nur den Werbeträger Plakat umfasst, denn bei der weiten Marktabgrenzung (= der relevante Markt umfasst alle Werbeträger) darf betreffend Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Produkte zweier Plakatwerbeunternehmen aus Sicht des Werbeauftraggebers viel besser austauschbar sind als die Produkte zum Beispiel eines Plakatwerbeunternehmens und eines Anbieters von Werbung im Fernsehen. Analog ist bei einer engen Marktabgrenzung (= der relevante Markt umfasst

nur den Werbeträger "Plakat") der Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen, welcher von anderen Werbeträgern ausgeht.

59. Die bisherigen Untersuchungen der Wettbewerbskommission und die Ermittlungen des Sekretariats in diesem Verfahren haben gezeigt, dass die verschiedenen Werbeträgerkategorien keine homogenen Produkte und damit auch keine perfekten Substitute sind. Innerhalb der Werbeträgerkategorien sind die Produkte der einzelnen Anbieter dagegen grundsätzlich viel besser austauschbar. So sind - insoweit ungefähr dieselbe Region abgedeckt wird - die Plakatstellen des Plakatwerbeunternehmens Plakanda gut mit solchen der APG substituierbar, jedenfalls viel besser als Anzeigeraum in Tageszeitungen mit Plakatstellen der APG austauschbar ist. Die Angebote von Plakanda und APG sind somit viel "nähere" Substitute als zum Beispiel die Angebote von APG und dem Schweizer Werbefernsehen.

60. Affichage bringt vor, dass eine (hypothetische) Kooperation zwischen zwei starken Wettbewerbern in zwei von drei Werbe-segmenten die Ausweichmöglichkeiten der Werbeagenturen stärker verringern würde als eine Zusammenarbeit mit einem erst potenziellen Konkurrenten im selben Segment. Affichage erkennt zum einen, dass der Wettbewerbsdruck, welchem die Anbieter von Werbeträgern ausgesetzt sind, nicht nur von aktuellen Konkurrenten ausgeht, sondern auch von potenziellen Konkurrenten. Zum anderen sind für die Werbeagenturen - wie oben ausgeführt wurde (Rz. 58 ff.) - nicht alle Ausweichmöglichkeiten qualitativ gleich gut, das heisst, die verschiedenen Werbeträger sind keine perfekten Substitute. Wird zwecks Illustration angenommen, dass APG die Preise für den Plakataushang nennenswert erhöhen würde, bedeutet dies, dass die Werbeagenturen in erster Linie versuchen würden, einen anderen Anbieter von Plakataushangflächen zu finden, dessen Preise tiefer sind. Nur falls es keinen solchen Anbieter gibt, weil APG zum Beispiel eine Monopolistin wäre oder weil die anderen Anbieter von Plakataushangflächen der von APG initiierten Preiserhöhung gefolgt wären, würden sich die Werbeagenturen überlegen, ob sie den Werbeträger wechseln sollen. Einen solchen Wechsel würden sie aber nur zögerlich vornehmen, weil sie mit dem Werbeträger Plakat eine ganz bestimmte Werbewirkung erzielen, welche sie mit einem anderen Werbeträger nicht ebenso wirkungsvoll erreichen können. Daraus wiederum ergibt sich, dass die (Preis)Spielräume eines Plakatwerbeunternehmens in erster Linie von anderen, aktuellen oder potenziellen, Plakatwerbeunternehmen beschränkt werden.

61. Die Kooperation von JC Decaux, einem Plakatwerbeunternehmen, mit der Affichage, deren Tochtergesellschaft APG ebenfalls ein Plakatwerbeunternehmen ist, wird die Ausweichmöglichkeiten der Werbeauftraggeber (potenziell) in viel grösserem Ausmass einschränken als es zum Beispiel eine Kooperation der Affichage mit einer Tageszei-

tung tun würde. Anders gewendet bedeutet dies, dass die Kooperation von JC Decaux mit Affichage diesen Unternehmen (potenziell) viel grössere Preisspielräume eröffnen wird als es eine Kooperation zwischen zum Beispiel Affichage und dem Fernsehsender RTL tun würde (vgl. zur Thematik: TUI/Kuoni, RPW 2000/3, S. 405 f., Rz. 41 ff.; auch SIMON BAKER und ANDREA COSCELLI "The Role of Market Shares in Differentiated Product Markets", *European Competition Law Review*, Dezember 1999, S. 412 ff.; sowie ADRIAN RAASS "Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich; Kritik an der Kritik" in: *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* sic! 6/1999, S. 674 ff. und die dort zitierte Literatur).

62. In Fortführung der bisherigen Praxis (vgl. die Verweise in Rz. 57) wird der relevante Markt somit vorerst eng, das heisst auf den Markt für Plakatwerbung, eingegrenzt. Der Einfluss der anderen Werbeträger auf die Wettbewerbsverhältnisse wird im Rahmen der Analyse der aktuellen Konkurrenz berücksichtigt.

B.2.1.b Räumlich relevanter Markt

63. 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, der hier analog anzuwenden ist).

Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen

64. Es gibt keine Hinweise, wonach sich die Gemeinden in der Vergangenheit aktiv um Verträge (oder Offerten) von ausländischen Plakatwerbegesellschaften bemüht hätten, das heisst, die Gemeinden fragen die Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen grundsätzlich in der Schweiz nach. Somit umfasst der räumlich relevante Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen die Schweiz.

Markt für Plakatwerbung

65. Werbetreibende fragen Plakatwerbung entweder lokal, regional oder national nach. Aussenwerbegesellschaften sind denn räumlich auch nicht gleich präsent. So verfügt zum Beispiel Plakanda AWI insbesondere in der Region Zürich über Aushangstellen und bezeichnet sich in dieser Region als Nummer 1. Die Ermittlungen haben denn auch ergeben, dass Plakanda nicht zu umgehen ist, wenn im Raum Zürich Plakatwerbung betrieben werden soll. Bei nationalen Plakatwerbekampagnen sind die Werbetreibenden dagegen auf die APG angewiesen. Entsprechend sind grundsätzlich separate lokale, regionale und nationale räumliche Märkte für Plakatwerbung abzugrenzen. Weil die Parteien in diesem Verfahren entweder schweizweit tätig sind (Affichage bzw. deren Tochtergesellschaft APG) oder überall in der Schweiz tätig werden könnten (JC Decaux), wird bei der nachfolgenden Beurteilung eine auf die Schweiz begrenzte räumliche Marktabgrenzung zugrunde

gelegt. Wo notwendig, wird auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt.

B.2.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

66. In ihrer Untersuchung über Preisempfehlungen der Freiburger Fahrlehrer prüfte die Wettbewerbskommission die Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien (vgl. RPW 2000/2, S. 167 ff.; gleich in "Sanphar", RPW 2000/3, S. 361, Rz. 96 ff.). Unter dem Titel "qualitative Kriterien" wurde untersucht, wie wichtig der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse ist. Unter dem Titel "quantitative Kriterien" werden die aktuelle und potenzielle Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite analysiert.

67. Im vorliegenden Fall wurde nicht präzisiert, welche Bereiche und Wettbewerbsparameter die Kooperation voraussichtlich betreffen wird. Wie bei Zusammenschlussverfahren kann aber davon ausgegangen werden, dass die Parteien ihr Verhalten insgesamt aufeinander abstimmen werden (zur Begründung vgl. vorne, Rz. 19 ff.). Damit sind die "qualitativen" Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung sicherlich erfüllt.

68. Was die "quantitativen" Voraussetzungen betrifft, hielt die Wettbewerbskommission in ihrer Untersuchung über Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit fest, dass bei der Prüfung der Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung folgende Faktoren entscheidend sind (vgl. RPW 1999/2, S. 231, Rz. 58):

- ?? der aktuelle Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede;
- ?? der potenzielle Wettbewerb, das heisst die Wahrscheinlichkeit von Zutritten von neuen Wettbewerbern in den Markt;
- ?? die Stellung der Marktgegenseite.

B.2.2.a Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen

69. JC Decaux besitzt bis heute keine Plakatanschlagflächen in der Schweiz. Insofern ist sie keine aktuelle Konkurrentin von Affichage und den anderen Plakatwerbeunternehmen in der Schweiz. JC Decaux hat die Wettbewerbsverhältnisse im Schweizer Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen trotzdem beeinflusst, weil sie versucht hat, in diesen Markt zuzutreten. In diesem Sinne war JC Decaux - vor der Kooperation mit Affichage - als potenzielle Konkurrentin zu bezeichnen. Nach der Kooperation wird JC Decaux nicht mehr als potenzielle Konkurrentin von Affichage in Erscheinung treten. Dieser Umstand könnte den Wettbewerb im relevanten Markt unter Umständen erheblich beeinträchtigen.

70. Plakatanschlagflächen können auf öffentlichem, aber auch auf Privatgrund gepachtet werden. JC Decaux hat allerdings überzeugend

vorgebracht, dass ein Marktzutritt in die Schweiz nur erfolgreich sein könne, wenn es gelinge, eine Ausschreibung in einer Schweizer Grossstadt (Zürich, Basel, Bern, Genf, Lausanne) für möglichst alle Werbeflächen zu gewinnen. Nur auf diese Weise seien die Werbekunden gezwungen, mit dem neuen Marktteilnehmer in eine Geschäftsbeziehung zu treten. So hätte die Wall AG in Lausanne den Zuschlag für einen kleinen Teil der Plakatflächen erhalten, hätte aber nach kurzer Zeit erkennen müssen, dass die parallele Tätigkeit von Affichage im gleichen Stadtgebiet dazu führt, dass die Werbekunden nicht daran interessiert sind, an einen nur lokal in einem Teilbereich tätigen Aussenwerber ihre Aufträge zu vergeben. Stattdessen würden sie für ihre Aussenwerbung den gesamtschweizerisch tätigen Aussenwerber berücksichtigen. Die Wall hätte aus diesen Gründen ihre Tätigkeit in der Schweiz eingestellt, indem sie ihre Schweizer Tochtergesellschaft und damit auch den Vertrag mit der Stadt Lausanne an die Ofex veräussert habe. Ähnlich sei es dem deutschen Unternehmen Klett ergangen, deren Tochtergesellschaft Awi kein wirklicher Erfolg beschieden gewesen sei, so dass die Klett die Awi schliesslich an die Plakanda veräussert hätte. In der Schweiz gibt es einige Plakatwerbeunternehmen, welche "nur" Plakatanschlagflächen auf privatem Grund gepachtet haben. Deren Marktanteile bewegen sich seit Jahren aber im oder um den Prozentbereich herum. Ein wirksamer, das heisst die eingesessenen Unternehmen wirklich disziplinierender Marktzutritt kann somit nicht auf diesem Weg (Pacht von Plakatanschlagflächen auf privatem Grund) erfolgen. Die Abrede kann in diesem Bereich folglich keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken.

71. Affichage ist der Auffassung, dass ein wirksamer Marktzutritt sehr wohl über den Erwerb von Plakatanschlagflächen auf Privatgrund erfolgen könne. Sie führt als "offensichtliches Gegenbeispiel" zu den Darlegungen in der vorangehenden Randziffer die Plakanda an, welche ihre starke Stellung in Zürich weitgehend dank Privatgrund erreichen konnte. Auch Interplakat bemühe sich lediglich um privaten Grund. Die Wettbewerbskommission hält einen Marktzutritt auf Privatgrund zwar grundsätzlich für möglich, allerdings wäre mit einer Aufbauarbeit von zwischen 3 bis 5 Jahren zu rechnen, um ein valables Angebot zusammenzustellen. Zudem zeigen die Beispiele in der vorangehenden Randziffer, dass die auf diese Weise in den Markt zutretenden Unternehmen sehr klein bleiben. Als Ausnahme ist hier Plakanda zu nennen, welche allerdings bereits sehr lange im Markt ist und sich ihre Marktstellung somit seit langer Zeit aufgebaut hat. Insgesamt würde ein Marktzutritt auf Privatgrund somit weder mit einem genügenden Volumen noch innerhalb einer Frist erfolgen können, um die Macht eingesessener Unternehmen und deren allfälligen Missbrauch beschränken zu können (zu den Voraussetzungen eines wirkungsvollen Marktzutritts vgl. RPW 1998/2, S. 299, Rz. 94 f.).

72. Plakatanschlagflächen auf öffentlichem Grund werden in der Schweiz nur zum Teil periodisch ausgeschrieben. Insbesondere die grösseren Gemeinden führen solche Ausschreibungen durch; kleinere Gemeinwesen verzichten aus Wirtschaftlichkeitsgründen darauf. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung können grundsätzlich alle Unternehmen eine Offerte einreichen, insbesondere unabhängig davon, ob sie bereits vorher in der Schweiz tätig waren oder nicht. Aktuelle und potenzielle Konkurrenz fallen in diesen Zeitpunkten zusammen; zwischen den Ausschreibzeitpunkten besteht die potenzielle Konkurrenz als Drohung eines Marktzutritts zum nächstmöglichen Termin. Die Relevanz dieser Drohung nimmt zu, je näher die nächste Ausschreibung rückt. Diese potenzielle Konkurrenz manifestiert sich jedoch erst anlässlich der Ausschreibung und lässt sich dann von der aktuellen Konkurrenz nicht unterscheiden, da alle Teilnehmer aktuelle Konkurrenten sind. Wegen dieser Schwierigkeit, aktuelle und potenzielle Konkurrenz zu unterscheiden, erscheint es zweckmässig, sich im Folgenden auf die Analyse des aktuellen Wettbewerbs zum Ausschreibzeitpunkt zu beschränken.

73. In Ausschreibemärkten sind aktuelle Marktanteile keine guten Anhaltspunkte für die Stellung eines Wettbewerbers (vgl. RPW/STG-C&L in RPW 1998/2, S. 230, Rz. 75 f.), es sei denn, die Wahrscheinlichkeit, dass ein Wettbewerber den Zuschlag erhält (Zuschlagswahrscheinlichkeit), hänge davon ab, ob und mit welchen Anteilen ein Unternehmen bereits auf dem Markt vertreten ist.

74. Vor diesem Hintergrund wird die Kooperation zwischen JC Decaux und Affichage den Wettbewerb dann erheblich beeinträchtigen, wenn

- (i) die Zuschlagswahrscheinlichkeit nicht entscheidend von den aktuellen Marktanteilen abhängig ist¹. Mit anderen Worten, wenn JC Decaux bei einer Ausschreibung eine reelle Zuschlagschance hat und wenn

- (ii) es neben JC Decaux nicht genügend andere Wettbewerber mit realen Zuschlagschancen gibt.

¹ JC Decaux hatte weder zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs noch hat sie zum aktuellen Zeitpunkt Marktanteile in der Schweiz.

75. (iii) Die Abrede könnte auch dann eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken, wenn sie, zum Beispiel indem Affichage finanzielle Mittel oder Know-how zufließt, eine derart überragende Stellung von Affichage (und/oder von JC Decaux) zu begründen oder zu verstärken vermag, dass die anderen Unternehmen im Wettbewerb behindert oder vom Markt ausgeschlossen werden.

i Zuschlagschancen von JC Decaux

76. JC Decaux bringt vor, sie hätte keine reelle Zuschlagschance (JC Decaux spricht in diesem Zusammenhang von "sie sei kein potenzieller Konkurrent mehr" und von "Marktzutritt". Im Folgenden werden diese Begriffe übernommen, da der Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausschreibungen offensichtlich ist und in den Akten immer von "potenzieller Konkurrenz" und "Marktzutritt" gesprochen wird). Sie hätte den Marktzutritt versucht, sei aber gescheitert. Auch Plakanda Holding (Clear Channel) ist der Ansicht, dass es aufgrund des marktbeherrschenden Einflusses von Affichage ohne inländisches Kontaktnetz für eine ausländische Plakatfirma ein hoffnungsloses Unterfangen sein dürfte, im Rahmen eines Submissionsverfahrens den Zuschlag für einen Pachtvertrag auf öffentlichem Grund zu erhalten. Affichage vertritt eine andere Meinung. Für sie sind die Eintrittsschranken im "Segment" der Aussenwerbung vernachlässigbar.

77. Die Ermittlungen des Sekretariats haben kein eindeutiges Resultat darüber erlaubt, ob JC Decaux auch nach den gescheiterten Marktzutrittsversuchen noch ein potenzieller Konkurrent gewesen wäre oder nicht. Letztlich ist allerdings nicht entscheidend, wie JC Decaux die Attraktivität eines Marktzutritts einschätzt. Damit an einer Ausschreibung eine Wettbewerbssituation entsteht, ist von Bedeutung, wie die anderen Interessenten (z.B. Affichage) die Wahrscheinlichkeit einschätzen, dass JC Decaux (oder andere Wettbewerber) an der Ausschreibung teilnimmt. Es besteht kein Zweifel daran, dass Affichage weiss, dass JC Decaux die Mittel hat, bei jeder neuen Ausschreibung ein Angebot zu unterbreiten und den Zuschlag erhalten könnte. So bezeichnete die APG JC Decaux in einem Interview in eigener Sache vom 21. März 1997 als Konkurrentin, allerdings mit wenig Chancen in der Schweiz, weil JC Decaux nur Stadtmobiliar liefern möchte, was "Rosinenpickerei" sei. Heute meint Affichage, es sei in nächster Zeit mit mehreren Marktzutritten zu rechnen. Falls Affichage die Situation tatsächlich so einschätzt, würde sie zu einem wettbewerblichen Verhalten gezwungen.

78. Für die Wettbewerbskommission besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass JC Decaux weiterhin an Ausschreibungen teilgenommen und eine reelle Zuschlagschance gehabt hätte, hätte sie sich nicht an Affichage beteiligt. Dass eine reelle Zuschlagschance für JC Decaux bestanden hätte, hätte auch Affichage nicht ausschliessen können.

ii Zuschlagschancen anderer Plakatwerbeunternehmen

79. Die Beteiligung von JC Decaux an Affichage hat aber aller Voraussicht nach trotzdem keine nennenswerten Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse, denn Zuschlagschancen haben auch eine Anzahl andere ausländische Unternehmen.

80. An erster Stelle ist hier Clear Channel zu nennen, welche durch den Erwerb von Plakanda und Ofex kürzlich in den Schweizer Markt zugetreten ist. Sie hat anlässlich von Ausschreibungen mit Sicherheit reelle Zuschlagschancen.

81. Die Parteien und Plakanda Holding haben zudem eine Reihe von Unternehmen genannt, welche aufgrund ihrer Finanzkraft und ihres Know-hows in der Lage sein könnten, einen Zutritt in die Schweiz zu planen. Recherchen des Sekretariats² haben ergeben, dass einige dieser Unternehmen bereits international tätig sind. So ist die TDI Worldwide, USA, in den USA, Grossbritannien, Irland und - seit den Übernahmen von Mediamax im 1999 und von Giraudy im März 2000 - in Frankreich, den Niederlanden und Norwegen tätig. Die Wall AG, D, ist in Deutschland, den Niederlanden, Italien, Polen, den USA und anderen Ländern vertreten. Die Ströer Gesellschaft für innovative Aussenwerbung m.b.H., D, ist in Deutschland, Grossbritannien, Schweden, Tschechei, Polen und anderen Ländern tätig. In Deutschland und Osteuropa anzutreffen ist auch die awk Aussenwerbung GmbH, D. Ebenfalls international tätig ist die Cemusa (Spanien, Portugal, Mexiko) und die Outdoor System Inc. (USA, Kanada, Mexiko).

82. Aus den oben (vgl. Rz. 76) genannten Gründen wären gemäss JC Decaux Zutrittsversuche dieser Unternehmen allerdings zum Scheitern verurteilt. Affichage dagegen rechnet in den nächsten zwei bis drei Jahren mit dem Zutritt mehrerer potenzieller Konkurrenten. So hätte sich Giraudy (gehört heute zu TDI Worldwide) neben Clear Channel und JC Decaux für die Übernahme des Aktienpakets an der Affichage interessiert.

83. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission könnten zumindest die TDI Worldwide, welche - wie die Übernahmen zeigen - in den letzten Jahren eine Expansionsstrategie verfolgt hat, sowie die Wall AG und die Ströer Gesellschaft für innovative Aussenwerbung m.b.H. einen Marktzutritt in die Schweiz ins Auge fassen und dementsprechend an Ausschreibungen teilnehmen. Nicht auszuschliessen, aber

² Diese Ermittlungen beruhen ausschliesslich auf öffentlich zugänglichen Dokumenten und Aussagen von Parteien und Dritten. Eine Befragung der ausländischen Unternehmen, die bisher keiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz nachgehen, war wegen ungenügender Rechtsgrundlage nicht möglich (vgl. auch hinten B.3).

wenig wahrscheinlich ist dies bei der awk Aussenwerbung GmbH, der Cemusa, der Outdoor System Inc., der Deutschen Eisenbahn-Reklame GmbH und der Lamar Advertising Company, USA. Diese Unternehmen sind entweder nur in ihrem Heimmarkt tätig oder sie sind ausschliesslich in bestimmten Regionen tätig (z.B. "nur" auf dem amerikanischen Kontinent oder "nur" in spanisch und portugiesisch sprechenden Ländern). Den Marktzutritt kaum versuchen werden die Klett, D, und die Deutsche Städte Medien GmbH, da diese Unternehmen mit jeweils einer der Parteien Gemeinschaftsunternehmen besitzen und zudem kaum im Ausland tätig sind.

84. Es könnte allenfalls befürchtet werden, dass die "gemeinsame Grösse" von Affichage und JC Decaux abschreckend auf marktzutrittswillige Unternehmen wirkt, so dass sich ausländische Unternehmen aus diesem Grund nicht mehr an Ausschreibungen in der Schweiz beteiligten werden. Derartige Befürchtungen werden aber weder von Marktteilnehmern geäussert noch von den Ereignissen bestätigt. So ist die Stroer Ende Jahr 2000 über ihre Tochtergesellschaft "Blow Up" in Zürich in den Megaposter-"Markt" der Schweiz eingetreten.

85. Somit muss Affichage anlässlich der Ausschreibung von Pachtverträgen auch weiterhin mit Konkurrenzofferten von ausländischen Unternehmen rechnen. Die Beteiligung von JC Decaux an Affichage wird den Wettbewerbsdruck durch potenzielle Konkurrenten deshalb nicht in nennenswertem Ausmass schwächen.

iii Andere Gründe für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abrede

86. Angesichts der heute sehr starken Stellung von Affichage im relevanten Markt (schweizweit nimmt APG (Affichage) ca. [75%-95%] aller öffentlichen und privaten Flächen für Strassenplakatierung ab) kann sich die Frage stellen, ob die Beteiligung von JC Decaux an Affichage anderswie, zum Beispiel durch den Zufluss finanzieller Mittel oder von Know-how oder indem sie eine Kollusion aller Wettbewerber auslöst, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte.

87. Derartige Auswirkungen der Wettbewerbsabrede kann die Wettbewerbskommission nicht erkennen. Mit Clear Channel und TDI, aber auch der Wall AG und der Stroer Gesellschaft für innovative Aussenwerbung m.b.H. stehen den Parteien potente Wettbewerber gegenüber. Daran ändert die Kooperation nichts, insbesondere vermag sie diese Unternehmen im Wettbewerb nicht zu benachteiligen oder vom Markt fernzuhalten.

88. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beteiligung von JC Decaux an Affichage eine Kollusion (Wettbewerbsabrede) aller oder zumindest der grossen Wettbewerber auslösen sollte. Zwar gibt es auf den relevanten Märkten nur zwei grosse Wettbewerber, Affichage und Clear Channel. Je geringer die Anzahl Wettbewerber, welche an

einer Abrede beteiligt sind, desto einfacher die Koordination. Zudem besitzt Clear Channel 8% des Aktienkapitals von Affichage. Damit verliert sie - wie JC Decaux, wenn auch in geringerem Ausmass - an Interesse, mit Affichage in Wettbewerb zu treten. Gegen eine Wettbewerbsabrede spricht allerdings die sehr asymmetrische Marktanteilsverteilung. Die Ereignisse zeigen, dass sich Clear Channel nicht mit ihrer aktuellen Marktposition zufrieden geben wird. So haben Marktteilnehmer ausgesagt, dass seit dem Marktzutritt von Clear Channel starke Positionskämpfe zwischen Affichage und Clear Channel entbrannt seien. Clear Channel setzte sich bei einigen grösseren Ausschreibungen (Bellinzona, Flughafen Zürich) gegen Affichage durch. Zudem hat Clear Channel eine andere strategische Ausrichtung als Affichage. Clear Channel betreibt eine Kombination von Radio-Plakat-Werbung, während Affichage sich auf die Aussenwerbung beschränkt. Bedroht und damit destabilisiert würde eine solche Wettbewerbsabrede auch von ausländischen Plakatwerbeunternehmen, welche einen Marktzutritt in die Schweiz erwägen könnten. Insgesamt ist es höchst unwahrscheinlich, dass die Wettbewerbsabrede zwischen JC Decaux und Affichage gleichzeitig eine solche zwischen den eben genannten Unternehmen einerseits und Clear Channel andererseits auslösen könnte. Dies auch, weil Clear Channel, eines der weltweit grössten Unternehmen im Aussenwerbebereich,³ und JC Decaux international in starker Konkurrenz zueinander stehen.

iv Beschränkung des Wettbewerbs durch die Gemeinden

89. Im Rahmen ihrer Ermittlungen hat das Sekretariat festgestellt, dass der Wettbewerb unter den Plakatwerbeengesellschaften zunehmend von den grossen Gemeinden selbst beschränkt wird.

90. Insbesondere grössere Gemeinden gehen dazu über, mit den Plakatgesellschaften Konsortialverträge abzuschliessen, um auf diese Weise sicherzustellen, dass sich die im Konsortium vertretenen Plakatgesellschaften (in der Regel zumindest APG, Plakanda und Ofex) an das von der Stadt erarbeitete Plakatierungskonzept halten. Einen solchen Konsortialvertrag hat etwa die Stadt Zürich mit APG und Plakanda abgeschlossen. Die Stadt Zürich möchte versuchen, möglichst alle Plakatierungsunternehmen in den Konsortialvertrag einzubeziehen, da dies die Handhabung des Plakatierungskonzeptes erleichtern würde und auch eine rechtsgleiche Behandlung der Unternehmen auf öffentlichem wie auf privatem Grund besser gewährleisten würde. Vor

³ Clear Channel erzielte 1998 einen Umsatz von 1,5 Mia. Dollar und ist in 32 Ländern tätig. Es besitzt in den USA ungefähr 830 Radio- und 19 Fernsehstationen. 1996 ist es in den Aussenwerbebereich zugetreten (vgl. www.clearchannel.com und Jahresbericht 1998 von Clear Channel, S. 7 f., Beilage A zu Akte 111).

Einführung des Gesamtkonzeptes sei der Konkurrenzkampf zwischen Plakatfirmen auf Kosten einer qualitativvollen, gestalterisch guten und werbetechnisch brauchbaren Plakatierung gegangen.

91. Auch die Stadt Luzern will einen solchen Vertrag abschliessen. Winterthur wiederum hat zwar einen Konzessionsvertrag über den Plakataushang auf öffentlichem Grund nur mit der APG abgeschlossen, andere Plakatgesellschaften (darunter auch die Plakanda) wurden aber verpflichtet, sich auf privatem Grund an das - massgeblich von der APG erarbeitete - Gesamtplakatierungskonzept zu halten. Als Gegenleistung konnten - gemäss Aussagen der Plakanda in einem Zeitungsartikel - die anderen Plakatgesellschaften ihre Standorte auf privatem Grund erhöhen.

92. Somit besteht eine Neigung der grösseren Gemeinden, auf Ausschreibungen zu verzichten und mit allen potenziellen Anbietern einen Konsortialvertrag oder separate Verträge abzuschliessen, um sicherzustellen, dass die Plakatierungskonzepte auch auf privatem Grund durchgesetzt werden können. Als Rechtfertigung wird die Sorge um das Stadtbild angeführt. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission wäre es wünschenswert, wenn die Gemeinden den Wettbewerb unter den Plakatwerbegesellschaften nicht beschränken würden.

v Zwischenergebnis

93. Die Wettbewerbsabrede zwischen JC Decaux und Affichage bewirkt keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, weil es neben den Parteien genügend andere, potente Unternehmen gibt, welche am Ausschreibungswettbewerb um Plakatanschlagflächen teilnehmen können. Zudem beschränken die Gemeinden den Wettbewerb im Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen, indem sie Konsortialverträge abschliessen.

B.2.2.b Markt für Plakatwerbung

94. JC Decaux ist zurzeit nicht im Schweizer Plakatwerbemarkt tätig. Sie ist somit keine aktuelle Konkurrentin von Affichage und den anderen Plakatwerbeunternehmen in der Schweiz. JC Decaux könnte die Wettbewerbsverhältnisse im relevanten Markt trotzdem beeinflussen, weil sie versucht hat, in diesen Markt zuzutreten. In diesem Sinne war JC Decaux - vor der Kooperation mit Affichage - als potenzielle Konkurrentin zu bezeichnen. Nach der Kooperation wird JC Decaux nicht mehr als potenzielle Konkurrentin von Affichage in Erscheinung treten. Dieser Umstand könnte den Wettbewerb im Markt für Plakatwerbung unter Umständen erheblich beeinträchtigen.

i Aktueller Wettbewerb

95. Affichage selbst schätzt ihren Marktanteil auf [60%-80%]. JC Decaux und Clear Channel gehen von einem Anteil von Affichage von mindestens 70% aus. Danach folgt Clear Channel (Plakanda, Ofex,

AWI) mit 20%-25%. Die anderen Wettbewerber schätzen ihre eigenen Marktanteile im Prozentbereich. Plakanda Holding spricht von leichten Marktanteilszugewinnen von 2%-3% zu Lasten der APG. Gemäss den Ermittlungen des Sekretariats sind die APG bei nationalen Plakatwerbekampagnen und die Plakanda bei Werbekampagnen im Raum Zürich kaum zu umgehen. Plakanda bezeichnet sich in der Region Zürich selbst als Nummer 1. Gesamtschweizerische Anteilszahlen sind daher nur bedingt aussagekräftig. Bei nationalen Plakatwerbungen (räumliche Marktabgrenzung = Schweiz) dürfte der Anteil der APG sehr viel höher als bei [60%-80%] liegen. Mit Ausnahme des Raums Zürich wird ihr Anteil bei regionalen oder lokalen Kampagnen ebenfalls um einiges höher als [60%-80%] liegen.

96. Gemäss einer Umfrage des Sekretariats bei einigen Werbeagenturen und Werbeauftraggebern ist der Wettbewerb unter den Plakatwerbeunternehmen allerdings intensiv. Insbesondere seit dem Marktzutritt von Clear Channel seien starke Positionskämpfe zwischen Affichage und Clear Channel im Gange. Marktanteilszahlen scheinen im vorliegenden Fall somit ein wenig realistisches Bild der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse wiederzugeben.

97. Zu berücksichtigen ist an dieser Stelle auch der Einfluss der anderen Werbeträger. Die Darlegungen im Rahmen der Marktabgrenzung (vgl. B.2.1.a) haben gezeigt, dass eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen den verschiedenen Werbeträgern besteht. Aus diesem Grund müsste ein Plakatwerbeunternehmen, wenn es seine Preise erhöhen oder sein Angebot qualitativ verschlechtern würde, zwar in erster Linie mit Abwanderungsbewegungen seiner Kunden zu anderen Plakatwerbeunternehmen, aber auch mit Abwanderungen zu anderen Werbeträgern rechnen (vgl. dazu auch Berner Oberland Medien AG in RPW 2000/3, S. 437 f., Rz. 111 ff.). Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass dadurch ein gewisser Wettbewerbsdruck entsteht, der die disziplinierenden Einflüsse aktueller Wettbewerber in einem begrenzten Ausmass verstärkt.

ii Potenzieller Wettbewerb

98. Marktzutritte in den Plakatwerbemarkt setzen voraus, dass das zutrittswillige Unternehmen über Anschlagflächen verfügt. Deshalb kann hier im Wesentlichen auf die Überlegungen zu den Zuschlagschancen im Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen verwiesen werden (vgl. B.2.2.a, i und ii). Es leuchtet ein, dass Zutritte in den Plakatwerbemarkt nur dann erfolgen können, wenn anlässlich von Ausschreibungen der Pachtverträge reelle Zuschlagschancen bestehen. Die Wettbewerbskommission kam im genannten Abschnitt zum Schluss, dass es Zuschlagschancen nicht nur für JC Decaux, sondern zumindest auch für TDI Worldwide, die Wall AG und die Ströer Gesellschaft für innovative Aussenwerbung m.b.H. gibt.

99. Somit wird die Abrede den Wettbewerbsdruck durch potenzielle Konkurrenten nicht in einem nennenswerten Ausmass schwächen, weil es neben JC Decaux eine Reihe anderer potenzieller Konkurrenten gibt.

iii Zwischenergebnis

100. Die Verhaltensspielräume von Affichage (und JC Decaux) werden durch die Wettbewerbsabrede nicht in nennenswertem Ausmass anwachsen. Die disziplinierende Wirkung, welche vor der Abrede von potenziellen Konkurrenten ausging, wird auch nach der Abrede weiterhin existieren. Die Wettbewerbsabrede wird demnach keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken.

B.2.3 Ergebnis

101. Die Wettbewerbsabrede ist zulässig, da sie weder auf dem Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen noch auf dem Markt für Plakatwerbung eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken wird.

102. Die Untersuchung wird deshalb eingestellt.

B.3 Formelles

103. Die vorangehenden materiellrechtlichen Erwägungen haben gezeigt, dass die Frage der potenziellen Konkurrenz (d.h. der Zuschlagschancen bei Ausschreibungen von öffentlichen Plakatanschlagflächen) für die kartellrechtliche Beurteilung der Wettbewerbsabrede von massgebender Bedeutung ist.

104. Während des Verfahrens hat sich herausgestellt, dass das Sekretariat ausländische Unternehmen, welche bisher keiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz nachgehen, nicht befragen kann, weil gemäss dem Bundesamt für Justiz und dem Bundesamt für Polizei keine ausreichende rechtliche Grundlage dafür besteht.

105. Keines der Unternehmen, welches mit einiger Wahrscheinlichkeit als potenzieller Konkurrent in Frage kommt, ist während des Untersuchungsverfahrens in der Schweiz einer Geschäftstätigkeit nachgegangen. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz mussten sich die Wettbewerbsbehörden somit mit öffentlich zugänglichen Informationen sowie Auskünften von Parteien und Dritten begnügen.

106. Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (vgl. Art. 12 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren; VwVG). Sie muss die für das Verfahren notwendigen Sachverhaltsunterlagen beschaffen und die rechtlich relevanten Umstände abklären sowie darüber ordnungsgemäss Beweis führen.

107. Bei einem anderen Ausgang des Verfahrens, das heisst, falls die Ermittlungen auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede hätten schlies-

sen lassen, wären die Wettbewerbsbehörden mit grosser Wahrscheinlichkeit den Beweis dafür schuldig geblieben und hätten das Verfahren aus diesem Grund einstellen müssen.

C. Kosten

108. 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).

109. Affichage macht geltend, dass keine Wettbewerbsabrede vorliege und dass sie beim Kauf der Aktien durch JC Decaux keine aktive Rolle spielte. Deshalb sei es ausgeschlossen, dass sie ein Verwaltungsverfahren "verursacht" hätte. Von einer Kostenauflegung an die Affichage sei deshalb abzusehen.

110. Die Untersuchung hat ergeben, dass eine Wettbewerbsabrede vorliegt. Affichage hat ihren Willen kund getan, mit JC Decaux kooperieren zu wollen (vgl. B.1.1.b). Als Beteiligte an der Wettbewerbsabrede ist die Affichage Mitverursacherin des Verwaltungsverfahrens. Selbst wenn die Untersuchung aber ergeben hätte, dass keine Wettbewerbsabrede vorliegt, wäre die Affichage gemäss Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a KG-Gebührenverordnung als Verursacherin des Verwaltungsverfahrens zu bezeichnen, weil sich in der Vorabklärung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben haben. Diese Anhaltspunkte haben sich unter anderem aufgrund des Verhaltens der Affichage ergeben. Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall somit die Verfügungsadressaten.

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

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

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

114. 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 CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH (SSG)

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

I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 1. März 2001 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, das die Aufnahme von Shell Erneuerbare Energien AG (nachfolgend Deutsche Shell) in die Siemens Solar GmbH (SSG) vorsieht. Die Deutsche Shell will mittels Kauf einer Aktienbeteiligung von Siemens AG mit etwa einem Drittel Anteil dem Joint Venture SSG beitreten. Die Siemens AG und die E.ON Energie AG werden in der Folge je noch rund einen Drittel am Aktienkapital halten (grösster Anteil bei der Siemens AG).

2. Die Siemens AG ist ein weltweit führendes Unternehmen in der Elektronik und der Elektrotechnik. Sie liefert Lösungen für E-Business, mobile Kommunikation, Informations- und Kommunikationstechnologie, Medizintechnik, Verkehrstechnik, Energieversorgungstechnik, Halbleitertechnik und Beleuchtung.

3. Die E.ON Energie AG ist eine Tochtergesellschaft der E.ON AG, welche ihrerseits aus der Fusion zwischen der Veba AG und der VIAG AG entstanden ist. Die Aktivitäten der E.ON-Gruppe umfassen die Produktion, die Übertragung, die Distribution und die Lieferung von

Elektrizität, ferner den Grosshandel und den lokalen Vertrieb von Gas, Wasser, Chemikalien, Aluminium und Öl. Zudem gehören Herstellung und Vertrieb von Siliziumscheiben zum Tätigkeitsfeld.

4. Die SSG ist ein Joint Venture zwischen der Siemens AG und der E.ON Energie AG. Es wurde 1990 zwischen der Siemens AG und der Bayernwerk AG gegründet. SSG vertreibt Solarzellen und entwickelt, produziert und vertreibt Solarmodule für Anlagenhersteller und für den Weiterverkauf.

5. Die Shell AG beschäftigt sich weltweit mit der Förderung von Erdöl, Erdgas und verwandten Produkten sowie mit der Gewinnung von Chemikalien, Strom und erneuerbaren Energien. Die Deutsche Shell ist eine Holding-Gesellschaft innerhalb der Royal Dutch/Shell Group und hält im Bereich erneuerbare Energien Beteiligungen an operativ tätigen Gesellschaften der Shell AG in Deutschland. Die Deutsche Shell will ihren Geschäftsbereich Solarenergietechnik, welcher bislang von der Shell Solar Deutschland GmbH und der Shell Solar Vertrieb GmbH betreut wurde, in die SSG überführen sowie einen finanziellen Beitrag an die Siemens AG leisten, von der sie die Aktienbeteiligung erhält.

6. Die Siemens AG, die E.ON Energie AG und die Deutsche Shell werden gemeinsam die Kontrolle über die erweiterte Joint Venture Gesellschaft ausüben. Die Siemens AG strebt mit der Aufnahme der Deutschen Shell eine Steigerung des Absatzvolumens für Solarmodule und eine Reduktion der Produktionskosten an. Sie erachtet den durch die Erweiterung realisierten Grössenvorteil als Voraussetzung für angemessene Gewinne. Der Erwerb der Aktienbeteiligung an der SSG ermöglicht der Deutschen Shell eine verstärkte Marktpräsenz in den USA und den Eintritt in den japanischen Markt. Sie kann so ihre Position auf dem Weltmarkt behaupten. Die vorteilhafte Position der Deutschen Shell in ländlichen Märkten ergänzt sich zudem mit der guten Ausgangslage der Siemens AG in der Solarenergietechnik (Forschung und Entwicklung).

II Meldepflicht

7. Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt das Aufgreifkriterium von Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251), weil der von den Unternehmen weltweit erzielte Umsatz über CHF 2'000 Mio. beträgt (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je über CHF 100 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde im Rahmen der Parallelnotifikation auch von der EU-Kommission geprüft, die es mit Entscheid vom 27. März 2001 als unbedenklich erklärte.

III Beurteilung

A. Auswirkungen im PV-Markt

9. Soweit die sachliche Marktabgrenzung betreffend, kann der Markt für Photovoltaik (PV) in die terrestrische PV (Erde) und die orbitale PV (Weltraum) unterteilt werden. Die orbitale PV bildet einen eigenen Markt, weil die Komponenten unter anderem leichter sein müssen und daher teurer sind. Dieser Markt spielt für die vorliegende Beurteilung keine Rolle, weil die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dort nicht auftreten. Der Markt für terrestrische PV umfasst Solarzellen und Solarmodule sowie Solarsysteme. Solarzellen sind auf der Basis von Silikon hergestellte Scheiben, welche Sonnenlicht in elektrische Energie umwandeln. Solarmodule sind Platten, die aus Dutzenden von Solarzellen bestehen. Solarsysteme schliesslich sind Anlagen zur Umwandlung von Sonnenlicht in elektrische Energie und bestehen aus Solarmodulen und anderen Komponenten.

10. Im Markt für terrestrische PV erzielen nur die Siemens AG und die Deutsche Shell Umsätze in der Schweiz. In der Schweiz werden kaum Solarmodule hergestellt. Der PV-Markt ist ein weltweiter Markt, der in den vergangenen Jahren zahlreiche Marktzutritte aufwies. Für die Zukunft ist mit weiteren Marktzutritten zu rechnen, vor allem auch von japanischen Unternehmen. Die weltweite Entwicklung belebt auch den Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt, weil das Eidgenössische Starkstrominspektorat seine Normen den ausländischen PV-Normen anpasst (insbesondere denjenigen der EU). Der PV-Markt weist ein grosses Wachstumspotenzial auf.

11. Im Bereich der terrestrischen PV werden die Umsätze anhand der installierten Leistung dargestellt. Die SSG erreichte im Geschäftsjahr 1999/2000 in der Schweiz einen Marktanteil von [...]%, während derjenige der Deutschen Shell im gleichen Zeitraum [...]% betrug. Die Marktanteile sind volatil, weil die Umsätze von den im Betrachtungszeitraum erhaltenen Installationsaufträgen abhängen. Der schweizerische PV-Markt weist viele Wettbewerber auf. Teilnehmer in diesem Markt sind Unternehmen wie Kyocera, BP/Solarex, Astropower, Solarfabrik, Photowatt und Isophoton mit Marktanteilen von zwischen fünf und zwanzig Prozent. Der Preis pro Watt ist in der Schweiz vergleichsweise tief. Angesichts der bestehenden Marktanteile und des regen weltweiten Wettbewerbs kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

B. Andere Auswirkungen

12. [Geschäftsgeheimnis]

IV Ergebnis

13. Aus den dargelegten Gründen stuft die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss als unbedenklich ein. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind somit nicht erfüllt.

B 2.3	2. Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und Bayerische Landesbank Girozentrale, München
-------	--

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 26. Februar 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben zwischen den beiden schweizerischen Tochtergesellschaften der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und der Bayerischen Landesbank Girozentrale, München, eingegangen.

Das Sekretariat hat festgestellt, dass die Meldung unvollständig war. Nach Einreichung der fehlenden Informationen ist die Meldung dieses Zusammenschlussvorhabens am 5. März 2001 vollständig erklärt worden.

1. Die beteiligten Banken

Die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba), mit Sitz in Frankfurt am Main und Erfurt, engagiert sich im Rahmen ihres öffentlichen Auftrages für Wirtschaft und Gesellschaft in Hessen und Thüringen. Als eine der Landes- und Kommunalbanken in Deutschland berät und unterstützt die Helaba Länder und Kommunen bei der Finanzierung und Realisierung von Investitionsvorhaben. Als Geschäftsbank betreibt die Helaba vor allem das Grosskundengeschäft. National und international arbeitet sie mit Grossunternehmen, institutionellen Anlegern und vermögenden Privaten zusammen.

Sie besitzt zu hundert Prozent die Tochtergesellschaft Helaba (Schweiz) Landesbank Hessen-Thüringen AG, Zürich (Helaba-CH), die vorwiegend Geschäftsaktivitäten im Private Banking betreibt.

Die Bayerische Landesbank Girozentrale (Bayern LB, mit Sitz in München) betreibt Bankgeschäfte aller Art, insbesondere Personal- und Realkreditgeschäft. Sie unterstützt den Freistaat Bayern in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sowie den Bayerischen Sparkassen- und Giroverband und seine Mitglieder. Ferner besorgt sie den Geldverkehr

sowie finanz- und banktechnische Angelegenheiten der Städte, Gemeinden und Landkreise.

Sie verfügt über die hundertprozentige Tochtergesellschaft Bayerische Landesbank (Schweiz) AG, Zürich (Bayern LB-CH), die auch vorwiegend im Private Banking tätig ist.

2. Zusammenschlussvorhaben

Die Helaba und Bayern LB beabsichtigen, die beiden Tochterbanken zu fusionieren. Der Zusammenschluss erfolgt auf dem Weg der Absorption der Helaba-CH durch die Bayern LB-CH rückwirkend per 1. Januar 2001. Bayerische Landesbank (Schweiz) AG firmiert um in neu LB (Swiss) Privatbank AG. Am fusionierten Unternehmen sollen Helaba und Bayern LB je 50% der Anteile halten.

Mit dem Zusammenschluss sollen vor allem Kostensynergien in der Schweiz erzielt werden - der Betrieb einer Bank nach Schweizer Recht ist mit Aufwand verbunden; daneben sollen die Aktivitäten beider Gruppen im internationalen Private Banking zur Erzielung von Marketing- und Kostensynergien zusammengelegt werden.

3. Zusammenschluss und Aufgreifschwelle

Der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Helaba und Bayern LB über das fusionierte Unternehmen ist als Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

Die konsolidierten und nach Artikel 9 Absatz 3 KG bereits bereinigten Bilanzsummen betragen per 31. Dezember 2000 für die Helaba (inkl. Helaba-CH) CHF [...] Mrd., für die Bayern LB (inkl. Bayern LB-CH) CHF [...] Mrd. Diese Zahlen liegen somit über der nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erforderlichen Aufgreifschwelle. Auch die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG sind erfüllt, da die beteiligten Unternehmen je einen konsolidierten Umsatz über CHF 100 Mio. in der Schweiz erreichen. Der geplante Zusammenschluss ist somit gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG meldepflichtig.

4. Betroffene Märkte

4.1 Private Banking

Der sachlich relevante Markt der von den beteiligten Unternehmen respektive deren Tochtergesellschaften in der Schweiz erbrachten Finanzdienstleistungen ist im Rahmen des Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen) zu definieren. Nach ständiger Praxis der WEKO (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527 f., Rz. 17, 20) ist dieser sachlich relevante Markt räumlich zumindest gesamtschweizerisch abzugrenzen.

Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sind marginal, wie die folgenden Informationen verdeutlichen.

4.1.1 Verwaltung von Kundenvermögen

Die in der Schweiz durch die Tochtergesellschaften verwalteten Kundenvermögen betragen im Jahre 2000 gesamthaft CHF [...] Mrd. Die entsprechenden Zahlen betragen 1999 für die UBS AG allein im Private Banking CHF 731 Mrd. (UBS AG gesamt: CHF 1'744 Mrd.) und für die CS im Private Banking CHF 477 Mrd. (CS Group gesamt: CHF 1'180 Mrd.). Nach Angaben der jüngsten SNB-Bankenstatistik (Die Banken in der Schweiz 1999) belaufen sich die durch die Schweizer Banken Ende 1999 verwalteten Vermögen auf total CHF 3'522 Mrd. Gemessen an diesem Wert ist der Anteil der durch die Schweizer Tochtergesellschaften der Unternehmen verwalteten Kundenvermögen verschwindend klein.

4.1.2 Treuhandgeschäfte

Gleiches gilt für die von den Banken erbrachten Treuhandgeschäfte (Kundenvermögen, welche die Banken in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden verwalten). 1999 verwalten sämtliche Tochtergesellschaften in der Schweiz fiduziarisch hinterlegte Vermögenswerte von total CHF [...] Mrd. Gesamtschweizerisch wurden gemäss SNB-Statistik (Die Banken in der Schweiz 1999) Vermögen von total CHF 367,4 Mrd. treuhänderisch verwaltet. Dies ergibt für die beteiligten Unternehmen einen bescheidenen Anteil am gesamtschweizerischen Markt.

Auf eine Ausführung bezüglich der weiteren Dienstleistungen der betroffenen Banken in der Schweiz (z.B. Kreditvergabe an Unternehmen und Private, Vertrieb von Anlagen) kann an dieser Stelle verzichtet werden, da die entsprechend ausgewiesenen Zahlen nur marginale Marktanteile ergeben.

5. Schlussfolgerungen

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Zusammenschluss aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

Die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung geben keinen Anlass zur Einleitung des Prüfungsverfahrens.

B 2.3	3. Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC
-------	---

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 al. 2 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 cpv. 2 e art. 32 cpv. 1 LCart

Am 29. Juni 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über dieses Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die neu zu gründende englische Gesellschaft Glaxo SmithKline PLC (GSK), sämtliche Aktien der beiden Unternehmen Glaxo Wellcome PLC (GW) und SmithKline Beecham PLC (SB) zu erwerben und den bisherigen Aktionären der beiden Gesellschaften Aktien der neuen Gesellschaft auszugeben.

Die internationalen Gesellschaften sind beide im Pharmabereich tätig, von Forschung bis Verkauf. SB bietet auch Impfstoffe und Gesundheitspflegeprodukte an (Zahnpasta, Mundwasser etc., Marke "Odol"). Die schweizerischen Tochtergesellschaften sind praktisch reine Verkaufsorganisationen für die Produkte der Muttergesellschaft (marginale F- + E-Aktivitäten), wobei sie über den Grosshandel vertreiben.

Übersicht

Mit "Consumer Healthcare" fasst SB sehr kleine Märkte zusammen, auf denen in der Regel keine signifikanten Marktanteile eine nähere Prüfung nahelegen. Einzig bei "oral care" findet sich SB fast allein mit der Marke Odol als Mundwasser und als Mundspray. Ob diese beiden Produkte tatsächlich je einen relevanten Markt bilden, ist sehr zweifelhaft (Zahnpasten, Bonbons, Kaugummis usw.), kann aber offenbleiben. Weder kommt es zu Marktanteilsadditionen, noch gibt es Marktzutrittsschranken wie bei den Pharmazeutika, noch spielen die Märkte in der Volkswirtschaft oder im neuen Unternehmen eine bedeutende Rolle. Zudem weisen drei andere Unternehmen im zusammengefassten Markt "oral care" deutlich höhere Marktanteile auf.

Die Vorprüfung hat ergeben, dass es bei den hier massgebenden 58 Pharma-Märkten nach ATC-Klassifikation Stufe 3 in einem Fall zu Marktanteilsadditionen auf 20 oder mehr Prozent kommt. Dazu gibt es 16 Märkte, in denen ein Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 30% oder mehr aufweist; Marktanteilsadditionen ergeben sich auf keinem dieser 16 Märkte. In zwei weiteren Fällen sind beide Kriterien (20% und 30%) erfüllt. Somit sind 19 Pharmamärkte betroffen, von denen zwei in der Schweiz problematisch sind, nämlich die Märkte D06D (topische Produkte gegen Virusinfektionen) und J05B (antivirale Mittel exkl. HIV). In allen übr-

gen betroffenen Märkten bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Topische Produkte gegen Virusinfektionen D06D (Behandlung von Viruserkrankungen an der Hautoberfläche, Hauptindikation: herpes labialis)

GW (Zovirax) und SB (Famvir) führen je ein Produkt. In den Absatzkanälen ergänzen sich Zovirax und Famvir jeweils auf [85%-95%]. Zovirax verliert zwar Marktanteile, die aber Famvir kompensiert. Dieses Produkt aber fällt mit dem Zusammenschluss als Konkurrent weg. Die nächsten Konkurrenten sind verschwindend klein und einige verlieren Marktanteile. Die EU hat festgestellt, dass der Markteintritt von Generica den Marktanteil von Zovirax nicht unbedingt tangieren muss. Eine ausgesprochene Markenpflege trägt hier für Zovirax Früchte.

Auf diesem Markt liegt offensichtlich ein wettbewerbliches Problem. Die Parteien haben aber in rechtsverbindlicher Form die Zusicherung gemacht, dass sie

- ?? für das Gebiet der Schweiz im Markt D06D eine Auslizenzierung entweder der Produkte von SmithKline Beecham oder GlaxoWellcome dergestalt vornehmen, dass es nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt und ein Dritter in einer Weise auf dem Markt auftreten kann, welche einen funktionierenden Wettbewerb gewährleistet;
- ?? die Auslizenzierung innerhalb der von der EU gesetzten Fristen vornehmen werden;
- ?? dem Sekretariat der WEKO den Abschluss des Lizenzvertrages unverzüglich zur Kenntnis bringen werden;
- ?? den im Rahmen der Vereinbarungen mit der EU-Kommission vorgesehenen Trustee nach den Regelungen und Zusicherungen, welche der EU-Kommission abgegeben wurden, auch für die schweizerischen Märkte D06D und J05B beauftragen werden, einen Käufer beziehungsweise einen Lizenznehmer zu suchen und einen entsprechenden Vertrag mit einem Dritten abzuschliessen.

Mit der Auslizenzierung entfällt die Marktanteilsaddition, womit der Zusammenschluss nicht mehr Ursache der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist. Die Zusicherung ist gestützt auf Artikel 10 KG verfügungsweise als Auflage aufzuerlegen.

Die Wettbewerbskommission weist die am Zusammenschluss beteiligten Firmen darauf hin, dass sie trotz Fristablaufs eine Prüfung beschliessen und Massnahmen zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs treffen könnte, wenn der Auflage in schwerwiegender Weise zuwidergehandelt werden sollte (Art. 37 f. KG). Zudem wären in diesem Fall Sanktionen nach Artikel 51 und 55 KG möglich.

Antivirale Mittel exklusive HIV J05B

GSK wird nach der Fusion addiert [75%-85%] Marktanteil haben. Dieser wird mit Zovirax, Valtrex und Famvir erwirtschaftet. Roche hält [5%-15%], zwei weitere Konkurrenten [je unter 5%]. Verschiebungen zeigen sich einzig im Spital-Absatzkanal (Behandlung schwerer Herpes-Erkrankungen). Der Marktanteil von GW ist seit 1995 um gut 14% gefallen, derjenige von SB von 0% auf 11% gestiegen. Roche steigerte sich um gut 3% (neues Produkt 1999), zwei weitere traten 1997 und 1998 neu auf.

Gesamthaft ist also der Marktanteil der Zusammenschlussfirmen seit 1995 um 3% gefallen - was etwa in der Grössenordnung dessen liegt, was ein neues Medikament im Jahr der Markteinführung als Marktanteil erreichen kann. Generica können einzig Zovirax Konkurrenz machen; Zovirax verlor 55%, Generica gewannen 2%. Die Generica-Konkurrenz ist offensichtlich unbedeutend und richtet sich gegen eine ältere Medikamentengeneration.

Das wettbewerbliche Problem auf diesem Markt ist offensichtlich. Die am Zusammenschluss beteiligten Firmen haben aber für diesen Markt dieselbe Zusicherung abgegeben wie für den Markt D06D. Mit der Auslizenzierung ist auch hier der Zusammenschluss nicht Ursache der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. In gleicher Weise wie dort ist auch hier die Zusicherung verfügungsweise aufzuerlegen und auf Artikel 37 f. KG beziehungsweise Artikel 51 und 55 KG hinzuweisen.

Ergebnis

Mit der Auflage für die beiden Märkte D06D und J05B entfallen die Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Der Zusammenschluss ist daher unter der genannten Auflage zuzulassen.

Kosten

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

Im Verfahren der Vorprüfung entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorprüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG-Gebührenverordnung). Da die Anhaltspunkte nur dank der Auflage entfallen, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten gegeben.

(...)

Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter folgender Auflage zugelassen:
 - a) Die Fusionspartner nehmen für das Territorium der Schweiz eine Auslizenzierung in den Märkten D06D und J05B entweder der Produkte von SmithKline Beecham oder Glaxo Wellcome dergestalt vor, dass es nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt und ein Dritter in einer Weise auf dem Markt auftreten kann, welche einen funktionierenden Wettbewerb gewährleistet.
 - b) Die vertragliche Auslizenzierung erfolgt auf jeden Fall innerhalb der im Rahmen der EU gesetzten Frist. Einstweilen wird eine Frist bis zum 17. Februar 2001 gewährt, mit der Möglichkeit der Fristverlängerung, sollte bis zu diesem Zeitpunkt eine Auslizenzierung auf der europäischen Ebene noch nicht erfolgt sein.
 - c) Die Beteiligten melden dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unverzüglich schriftlich, sobald die Auslizenzierung durch den Abschluss eines Vertrages erfolgt ist.
 - d) Falls bis Ablauf der verlängerten Frist keine Auslizenzierung für die Schweiz erfolgt, wird ein Treuhänder auf Kosten der Parteien ernannt und mit der Auslizenzierung für die Schweiz beauftragt. Das Verfahren zur Ernennung und die Umschreibung des Auftrages richten sich nach dem im Anhang zur Verfügung der EU-Kommission vom 8. Mai 2000 festgehaltenen Vorgehen (Appointment of a Trustee, Trustee's mandate, Interim Position and Miscellaneous). Anwendbar ist schweizerisches Recht.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 51 beziehungsweise 55 KG belegt werden.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

Vollzugsbemerkung: Die Zusammenschlusspartner haben mittlerweile in Befolgung von Ziff. 1 c) des Dispositivs der obigen Verfügung den Vollzug der Auflagen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission nachgewiesen. Die zuständige Kammer nahm davon gestützt auf einen Bericht des Sekretariates zustimmend Kenntnis.

B 2.3	4. Dipl. Ing. Fust/Elektro plus AG/Electro plus Moncor SA
-------	--

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

I. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 16. März 2001 ist die vollständige Meldung beim Sekretariat der Wettbewerbskommission über das Zusammenschlussvorhaben der Dipl. Ing. Fust AG ("Fust"), Oberbüren, mit den Unternehmen Electro plus AG, Dietlikon, und Electro plus Moncor SA, Villars-sur-Glâne, eingegangen. Mit dem Zusammenschluss erwirbt Fust von der Jumbo-Markt AG, Dietlikon, 100% der Aktien der Electro plus AG und von der Maus Frères SA, Genève, 100% der Aktien der Elektro plus Moncor SA.

2. Fust und Portable Shop Schweiz AG, Fällanden, sind Tochtergesellschaften der Jelmoli Holding AG, Zürich, und bezwecken auf den Geschäftsfeldern (Unterhaltungselektronik, Elektrohaushalt, Küchen/Bäder, Computer und Telekommunikation) den Vertrieb von Elektro-Apparaten, insbesondere für den Haushalt- und Gewerbeverbrauch, die Erstellung von Anlagen und Bauten im Küchen- und Sanitärbereich, die Erbringung von Dienstleistungen sowie die Finanzierungen in diesen Sachbereichen.

3. Die Elektro plus AG bezweckt den Handel mit Elektrogeräten, elektronischen Geräten, Fotoausrüstungen, Ton- und Bildträgern sowie Software und elektronischen Datenträgern. Die Elektro plus AG betreibt die sechs Filialen Hinwil, Emmen, Oftringen, Mels, Basel und St. Gallen.

4. Die Elektro plus Moncor S.A. (zusammen mit Elektro plus AG nachfolgend "Elektro plus" genannt) bezweckt den Handel mit Elektrogeräten, elektronischen Geräten, Fotoausrüstungen, Ton- und Bildträgern sowie Software und elektronischen Datenträgern.

II. Meldepflichtig

5. Der Jelmoli-Konzern generierte 2000 einen Nettoumsatz von rund CHF 880 Mio. Der Nettoumsatz der Electro plus betrug für das Geschäftsjahr 2000 rund CHF 104 Mio. Der gesamte Umsatz der beteiligten Unternehmen wurde in der Schweiz erzielt.

6. Die Geschäftsumsätze der beteiligten Unternehmen überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

III. Beurteilung

7. Der Markt für Elektrogeräte kann in vier Teilmärkte eingeteilt werden, nämlich in einen Markt für Elektrohaushaltsgeräte (white goods), für Unterhaltungselektronik (brown goods), für Computer und Telekommunikation (grey goods) sowie für CD/DVD. Die Markteinteilung deckt sich mit der Praxis der Wettbewerbskommission, wonach bei einer grossen Vielzahl einzelner Güter der sachlich relevante Markt nicht auf ein einzelnes Gut (in casu: ein bestimmtes Elektrogerät) eingegrenzt wird, sondern von einer Nachfrage nach umfassenderen Güterbündeln ausgegangen wird (vgl. RPW 1997/3 "Migros/Globus", S. 367, Rz. 14 ff.). Diese Markteinteilung ist nach Auskunft des Instituts für Marktanalysen (IHA) üblich.

8. Für den Markt Elektrogeräte kann wie im Lebensmittel-einzelhandel aufgrund der aktuellen Verkaufsstellendichte und der Konsumentenmobilität eine räumliche Marktabgrenzung angenommen werden, die auf einem Richtwert von zwanzig Autofahrminuten beruht (vgl. RPW 1997/3 "Migros/Globus", S. 369, Rz. 25). Da Electro plus in der gesamten Deutsch- und Westschweiz über sieben Verkaufsstandorte verfügt, und auch Fust in den tangierten Märkten ein landesweites Filialnetz (120 Filialen) mit einheitlicher Sortiments- und Preispolitik betreibt, kann von einheitlichen Wettbewerbsverhältnissen ohne wirtschaftlich bedingte Marktgrenzen ausgegangen werden. Dementsprechend wird ein Markt Schweiz angenommen.

9. Aufgrund dieser Marktabgrenzung ist von folgenden mit dem IHA übereinstimmenden Marktanteilsschätzungen auszugehen:

Märkte/ Marktanteile 2000	Fust/Digital Home/ Portable Shop (1)	Electro plus AG/Electro plus Mon- cor SA (2)	(1)+(2)
Elektrogeräte insgesamt	10%	1%	11%
Elektrohaushaltsgeräte	14%	1%	15%
Unterhaltungselektronik	6%	1%	7%
Computer/ Telekommunikation	8%	2%	10%
CD/DVD	1%	1%	2%

10. Wie aus der oben stehenden Tabelle zu entnehmen ist, sind vom Zusammenschluss keine Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz d Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

(VKU) betroffen. Auf dem Markt für Elektrohaushaltgeräte herrscht gemäss Auskunft eines Geräteproduzenten intensiver Wettbewerb.

IV. Ergebnis

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

B 2.3	5. Compass Group/Selecta Group
-------	---------------------------------------

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

I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 30. März 2001 reichte die Compass Group PLG, Chertsey, Surrey (UK) (nachfolgend Compass), bei der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein.

2. Compass beabsichtigt seit Auslauf des Kooperationsvertrages die vollständige Übernahme von Selecta Group, Zug (nachfolgend Selecta).

?? Compass hatte im Frühjahr 1997 eine Beteiligung von 20% an Selecta erworben. Der Kooperationsvertrag zwischen den beiden Unternehmen gewährleistete Compass unter anderem einen Sitz im Verwaltungsrat, aber keine Kontrolle an Selecta. Daher wurden die später von Compass zugekauften Titel zur Aufstockung der Beteiligung auf rund 33% von Selecta aufgrund der bestehenden Vinkulierungsbestimmungen nicht eingetragen. Stimmengemäss verblieb Compass auf 20%.

?? Das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Compass durch Kauf der restlichen 66% der Aktien die Kontrolle über Selecta erwerben und das Unternehmen wahrscheinlich als unabhängige Geschäftseinheit weiterführen wird. Da Selecta ein an der SWX Swiss Exchange kotiertes Unternehmen ist, hat Compass ein öffentliches Kaufangebot verfasst. Sollte Compass nach der Übernahme mehr als 98% der Stimmrechte von Selecta halten, ist vorgesehen, das Kraftloserklärungsverfahren gemäss Artikel 33 BEHG durchzuführen, um 100% der Anteile und Stimmrechte zu erlangen.

3. In der Schweiz ist Compass durch Compass Group (Suisse) SA, Montreux, aktiv. Angeboten werden Gastronomiedienstleistungen für

Unternehmen der öffentlichen Hand, private Unternehmen, Schulen und Universitäten sowie für den Gesundheits- und Pflegebereich. Zu den Dienstleistungen zählen etwa die Ausstattung von Restaurants, Planung und Konzeption der Küche, tägliche Betriebsführungen. Compass erbringt vor allem Catering-Dienstleistungen, in einer geringen Masse aber auch Vending-Dienstleistungen (Verpflegungskonzepte mit Automaten), namentlich wenn es die Catering-Kunden wünschen.

4. Die Tätigkeit von Selecta erstreckt sich auf 15 europäische Länder. Das Unternehmen ist auf drei verschiedenen Märkten tätig. Schwerpunktmässig (82,9% des Gesamtumsatzes) bietet es Vending-Dienstleistungen an. Daneben verkauft es aber auch selber Verpflegungsautomaten und Produkte und beschäftigt sich in einem beschränkten Mass auch mit Concession-Catering-Dienstleistung, indem sie die Bonne Journée Verkaufsläden betreibt.

II Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

5. Der Erwerb der Kontrolle ist meldepflichtig nach Artikel 9 Absatz 1 KG (Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251). Compass erzielte 2000 einen weltweiten Umsatz von CHF 18'265 Mio. und Selecta erzielte einen solchen von CHF 826,9 Mio. Der gemeinsame weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen betrug CHF 19'091,9 Mio. und liegt somit über der Aufgreifschwelle von CHF 2'000 Mio. gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG. Der 2000 in der Schweiz erzielte Umsatz von Compass betrug CHF 113,7 Mio. und jener von Selecta betrug CHF 250,5 Mio. Somit ist auch die Bedingung von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG erfüllt.

III Beurteilung

6. Bestimmung des relevanten Marktes:

a) Es wird für die Zwecke der vorläufigen Prüfung von drei sachlich relevanten Märkten ausgegangen:

1) *Der Vending-Markt*

Unter Vending versteht man das Füllen und den hygienischen Service, den technischen Unterhalt sowie das "Gelhandling" von Verpflegungsautomaten.

2) *Der Concession-Catering-Markt*

Unter Catering versteht man Verpflegungsdienste, namentlich das Zubereiten, Präsentieren, Bedienen oder Anliefern von Mahlzeiten und Getränken an Kunden und deren Konsumenten. Die Kunden sind etwa Unternehmen mit Esssälen oder Betreiber von Flughäfen, Stadien, Schulen und Krankenhäusern.

Falls der Catering-Dienstleister dem Kunden ein Entgelt für die Benutzung des Gebäudes zahlt, spricht man von Concession-Catering.

3) *Der Contract-Catering-Markt*

Wenn die Entschädigung des Catering-Dienstleisters durch Bezahlung eines fixen Entgelts pro Endkonsument geschieht, handelt es sich um Contract-Catering.

Der Contract-Catering-Markt lässt sich weiter in

?? Gesundheitsmarkt,

?? Schulen- und Universitätenmarkt und

?? Unternehmensmarkt

unterteilen.

b) In räumlicher Hinsicht reichen die Märkte nicht über die schweizerischen Grenzen hinaus, weil es von Land zu Land unterschiedliche Rechtsordnungen gibt. Hinzu kommt, dass sich die Essgewohnheiten aus kulturellen Gründen unterscheiden und auch die Hygienestandards verschieden sind.

7. Betroffene Märkte entstehen dort, wo der Marktanteil in der Schweiz von zwei der beteiligten Unternehmen mindestens 20% beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Compass ist auf einer ganzen Reihe von Märkten tätig, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben nicht auswirkt. Das Vorhaben verändert dort weder die wettbewerbliche Situation noch schafft oder verstärkt es eine marktbeherrschende Stellung. Bei einer engen Marktabgrenzung gibt es aber zwei Märkte, auf welchen beide am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen tätig sind, nämlich der Vending-Markt und der Concession-Catering-Markt.

?? Selbst bei einer engen Marktbestimmung, nämlich unter Ausschluss der so genannten Eigenleistungen (darunter versteht man diejenigen Catering-Dienstleistungen, wo die Unternehmen ihre Kantine, Cafeteria oder ihr Betriebsrestaurant selber betreiben) sind im Concession-Catering-Markt die gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU im Bezug auf die Marktanteile gesetzten Schwellenwerte nicht erreicht (vgl. Tabelle unter Ziff. 7). Somit erübrigt sich eine weitere Prüfung in diesem Gebiet.

?? Folglich beschränkt sich die vorläufige Prüfung auf den Vending Markt.

8. Vending stellt die Haupttätigkeit von Selecta dar. Demgegenüber bietet Compass seinen Catering-Kunden Vending-Dienstleistungen als Ergänzung zu den Catering-Dienstleistungen an, indem es mit spezialisierten Unternehmen zusammenarbeitet. Die Abnehmer sind sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Unternehmen wie etwa Schulen,

Krankenhäuser, Unternehmen und Flughäfen. Der Marktanteil von Selecta in der Schweiz dürfte 30% überschreiten.

9. Die wichtigsten aktuellen Konkurrenten von Selecta sind AGB Automaten-Verpflegung, Volketswil, Vending Services AG, Fülenbach, Nova Autoservices SA, Barbengo, und Leomat AG, Tübach, mit folgenden Marktanteilen:

Wettbewerber	Geschätzte Marktanteile
Selecta	60%-80% (gemäss Auskunft der Konkurrenz), mindestens 30% (gemäss Meldung, Rz. 60)
AGB	13%-14%
Vending Services	7%-8%
Nova Autoservices	8%-9%
Leomat	4%

10. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist der Zusammenschluss angesichts dieser Umstände und aus folgenden Gründen unbedenklich:

Erstens erzeugte Compass durch Vending-Dienstleistungen 2000 einen Umsatz von CHF 0,5 Mio., welcher auf dem Schweizer Vending-Markt vernachlässigbar ist und demzufolge zu keiner Verstärkung der Wettbewerbsstellung von Selecta auf diesem relevanten Markt führt.

Zweitens kann man aus den Äusserungen der Konkurrenten von Selecta, wonach mehr und mehr Hersteller von Nahrungsmitteln wie Coca-Cola, Mars oder Nestlé mit eigenen Automaten in den Vending Markt eintreten, schliessen, dass der Markt offen ist.

Drittens haben sich alle angefragten Selecta-Konkurrenten positiv zum Zusammenschlussvorhaben geäußert. Sie sind der Meinung, dass sich die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss sogar verbessern werde, da sie von der Annahme ausgehen, dass die Catering-Firmen (direkte Compass-Konkurrenten) in Zukunft die "compass-unabhängigen" Vending-Firmen bevorzugen und sich folglich von Selecta lösen werden.

IV Ergebnis

11. Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Voraussetzung für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG ist daher nicht erfüllt.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG

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

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

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

Gutachten vom 19. März 2001 in Sachen Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG betreffend Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 FMG

A Sachverhalt

1. Am 31. Juli 2000 hat diAx, Zürich, bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ("ComCom") ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion gemäss Artikel 11 Absatz 2 Fernmeldegesetz (FMG) in Verbindung mit Artikel 43 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) eingereicht. diAx verlangt mit ihrem Gesuch von der Swisscom Interkonnektion für xDSL-Dienste in den Zugangsformen "Full Access", "Line Sharing" und "Bitstream Access". In diesem Zusammenhang wird in der öffentlichen Diskussion häufig vom entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gesprochen. diAx geht es um die Möglichkeit, ihren Kunden breitbandige Übertragungsdienste über die Teilnehmeranschlussleitung anbieten zu können.

2. Swisscom hat in verschiedenen Stellungnahmen unter anderem bestritten, im Bereich der oben genannten xDSL-Dienste eine marktbeherrschende Anbieterin im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG zu sein.

3. Ist im Rahmen von Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, konsultiert das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM") als Instruktionsbehörde die Wettbewerbskommission ("Weko") (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG). Die Wettbewerbskommission gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (vgl. Art. 45 FDV).

4. Das BAKOM hat die Weko mit Schreiben vom 9. Februar 2001 aufgefordert, in vorliegender Angelegenheit ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom zu erstellen.

5. Als Grundlage dieses Gutachtens dienen die vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen. Dabei handelt es sich um das Gesuch von diAx um Erlass einer Interkonnektionsverfügung vom 31. Juli 2000, um die Stellungnahmen von Swisscom vom 8. September 2000 und

vom 13. Oktober 2000, um die Verfügung der ComCom betreffend der Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 9. November 2000 sowie um die von insgesamt 37 Fernmeldedienstanbieterinnen ("FDA")¹ beantworteten Fragebogen (Umfrage im Laufe des Monats Januar 2001).

6. Die erwähnte Umfrage sollte Aufschluss über den aktuellen Stand und die kurz- beziehungsweise mittelfristige Erschliessung der Telekommunikationsinfrastruktur im Anschlussnetz beziehungsweise Local Loop geben. Weiter wurden die Unternehmen gebeten, Auskünfte über die benutzte Infrastruktur (eigene oder zugemietete) und die Substituierbarkeit verschiedener Technologien mit dem traditionellen Telekommunikationsnetz der Swisscom zu erteilen.

7. Soweit erforderlich, wird unter Kapitel B Beurteilung auf die Ausführungen der Parteien und der befragten FDA eingegangen.

B Beurteilung

I Marktbeherrschendes Unternehmen

8. 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).

9. 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

10. 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).

11. diAx, welche vorliegend zusammen mit anderen FDA die Marktgegenseite darstellt, verlangt von Swisscom Interkonnektion für xDSL-Dienste in den Zugangsformen "Full Access", "Line Sharing" und "Bitstream Access".

¹ In zufälliger Reihenfolge: RSL Com, Télésonique, Smartphone, VTX Services, Swiss Online, Swisscom, Bluewin, MCI Worldcom, Multilink, Econophone, Red Cube, Evard Antennenbau, Nextra, Energis, One.Tel, Cablecom, UUNET, Ascom, Sunrise, Colt, Netnet, Storm, Cable&Wireless, Callino, Tiscali, Orange, diAx, Commcare, FirstMark, Priority Wireless, Stadtantennen Baar, Global Crossing, Marconi Telecommunications, Telekabel Arbon AG, Tele2, Carrier1, Callahan.

12. Die von diAx verlangten Zugangsformen basieren auf den von der Europäischen Kommission vorgesehenen drei Formen der Entbündelung des Anschlussnetzes (Unbundling of the Local Loop)². Sie lassen sich wie folgt beschreiben:

?? *Full Access*: Diese Zugangsform führt zu einer vollständigen Entbündelung des Anschlussnetzes. Die Anschlussleitung des Endkunden würde vom Netz des marktbeherrschenden Unternehmens getrennt. Die alternative FDA müsste dem marktbeherrschenden Unternehmen für die ausschliesslichen Nutzungsrechte eine Miete entrichten.

?? *Line Sharing*: Diese Zugangsform führt zu einer teilweisen Entbündelung des Anschlussnetzes. Das marktbeherrschende Unternehmen müsste der alternativen FDA den breitbandigen Frequenzbereich des Kupferkabels zur ausschliesslichen Nutzung abtreten. Dem marktbeherrschenden Unternehmen verbliebe die Nutzung der schmalbandigen Frequenzen für Telefondienste.

?? *Bitstream Access*: Diese Zugangsform führt ebenfalls zu einer teilweisen Entbündelung des Anschlussnetzes. Das marktbeherrschende Unternehmen müsste der alternativen FDA den breitbandigen Frequenzbereich des Kupferkabels zur ausschliesslichen Nutzung abtreten. Dazu müsste das marktbeherrschende Unternehmen netzseitige Infrastruktur für die Ermöglichung breitbandiger Dienste zur Verfügung stellen. Die alternative FDA müsste ihrerseits die Infrastruktur beim Endkunden installieren.

13. Die Beschreibung der Zugangsformen zeigt, dass vorliegend nur das Anschlussnetz betroffen ist. Auf die Analyse der Wettbewerbssituation im Fern- beziehungsweise Transportnetz kann deshalb verzichtet werden.

14. xDSL-Dienste ermöglichen die schnelle Übertragung digitaler Informationen über gewöhnliche Kupferkabel. Von Swisscom wird die so genannte ADSL-Technologie³ (ADSL = Asymmetric Digital Subscriber Line) eingesetzt. Dabei ist ADSL insofern asymmetrisch, als der grösste Teil der Übertragungsbandbreite für die Datenübertragung von der Informationsquelle zum Endgerät und nur ein kleiner Teil der Bandbreite für die Übertragung von Daten des Endgeräts an die Informa-

² Kommission der europäischen Gemeinschaften, Empfehlung der Kommission betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, 26.4.2000 K(2000)1059 und 25.5.2000 K(2000)1259; Verordnung (EG) Nr 2887/2000 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.

³ Es werden verschiedene xDSL-Technologien unterschieden, welche sich durch den Einsatz unterschiedlicher technischer Einrichtungen und damit unterschiedlichen Leistungen voneinander abgrenzen.

tionsquelle genutzt wird. ADSL ermöglicht im Idealfall die Übertragung von bis zu 8 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) zum Kunden (downstream). In der Gegenrichtung (upstream) können Daten mit bis zu 768 Kilobit pro Sekunde (Kbit/s) über einen schmalbandigen Rückkanal verschickt werden.

15. Mittels ADSL können - je nach Übertragungsrate - über die bestehenden Telefonleitungen interaktive Fernsehprogramme, Video on Demand und multimediale Internet-Anwendungen angeboten werden. Analoge oder digitale Sprach- und Datensignale können neben ADSL-Daten gleichzeitig über ein- und dasselbe Kabel laufen. Wer über ADSL verfügt, kann zum Beispiel mit Megabit-Tempo im Internet surfen und gleichzeitig telefonieren oder faxen.

16. Wesentlichste Eigenschaft von xDSL ist damit die hohe Übertragungskapazität für Daten. Im Sinne einer technologieneutralen Definition muss allgemein von Breitbanddiensten ausgegangen werden.

17. Breitbanddienste können neben xDSL grundsätzlich auch über andere Infrastrukturen wie zum Beispiel Kabelfernsehnetze (CATV-Netze), Wireless Local Loop (WLL), UMTS (Mobilfunk der 3. Generation) oder Powerline Communication (Telekommunikation über das Stromnetz) angeboten werden. Diese Technologien weisen ähnliche Eigenschaften wie xDSL auf. Inwiefern die Technologien bereits einsatzfähig sind beziehungsweise kurz- oder mittelfristig einsatzfähig sein werden, wird nachstehend unter dem Kapitel Marktstellung behandelt.

18. Die genannten Technologien können aufgrund ihrer Eigenschaften und des Verwendungszweckes im vorliegenden Gutachten demselben relevanten Markt zugeordnet werden. Es wird folglich ein sachlich relevanter Markt für diejenige Infrastruktur abgegrenzt, welche das Angebot von Breitbanddiensten (in der Folge: Breitbandinfrastruktur) ermöglicht.

I.1.2 Räumlich relevanter Markt

19. 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).

20. Die FDA als Marktgegenseite fragen grundsätzlich Breitbandinfrastruktur in der ganzen Schweiz nach, weil sie Kunden überall in der Schweiz bedienen möchten. Dies spricht dafür, einen räumlich relevanten Markt abzugrenzen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

21. Swisscom hingegen argumentiert, dass aufgrund der unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse in den verschiedenen Gebieten auch räumlich differenzierte Märkte definiert werden müssten. Swisscom macht geltend, dass insbesondere zwischen Ballungsgebieten (grössere

Städte) und Nicht-Ballungsgebieten unterschieden werden müsse, da in Ballungsgebieten bereits heute wirksamer Wettbewerb herrsche.

22. Die räumliche Abgrenzung muss die Nachfrage in ihrer Gesamtheit berücksichtigen. So fragen die FDA und auch diAx als Interkonnectionsgesuchstellerin in der ganzen Schweiz Breitbandinfrastruktur nach. Ausserdem ergibt sich im Kapitel Marktstellung, dass auch in Ballungsgebieten die Wettbewerbsverhältnisse nicht derart unterschiedlich sind wie dies von Swisscom geltend gemacht wird. Es wäre zwar entsprechend der Argumentation von Swisscom grundsätzlich denkbar, räumlich engere (z.B. regionale) Märkte abzugrenzen. Dies ist jedoch vorliegend weder zweckmässig noch notwendig.

23. Für die Zwecke des Gutachtens wird deshalb in räumlicher Hinsicht von einem Breitbandinfrastrukturmarkt ausgegangen, welcher das Gebiet der ganzen Schweiz umfasst.

I.2 Marktstellung

I.2.1 Aktueller Wettbewerb

24. Die FDA als Marktgegenseite fragen in der Regel Breitbanddienste nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen. Sie können gegenüber den Endkunden eigene Breitbanddienste auf der Basis eigener Infrastruktur oder fremder Infrastruktur und auch fremde Breitbanddienste anbieten. Die Beurteilung, ob sich Swisscom im relevanten Markt in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, wird alle drei genannten Möglichkeiten zum Breitbandangebot beinhalten. Falls sich ergibt, dass Swisscom in keinem Fall umgangen werden kann beziehungsweise die FDA in jedem Fall auf die Infrastruktur oder Dienste der Swisscom angewiesen sind, kann von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

25. Der Telekommunikationsmarkt ist seit dem 1. Januar 1998 vollständig liberalisiert. Von Bedeutung ist, dass alle konzessionierten Unternehmen berechtigt sind, eine eigene Netzinfrastuktur zu bauen und zu betreiben. Diese Möglichkeit wurde von einigen FDA insbesondere im Fernnetzbereich auch genutzt. Aus diesem Grund und aufgrund ökonomisch-theoretischer Überlegungen kam die Weko im Gutachten vom 7. Februar 2000 (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2000/1, S. 70 ff.) zum Schluss, dass Swisscom im Fernnetz über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfügt. Wie oben erwähnt, wird in vorliegendem Gutachten nur das Anschlussnetz untersucht.

26. Nachfolgend werden die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den verschiedenen Breitbandinfrastrukturen beschrieben. Dem Stand der Dinge entsprechend wird dabei insbesondere der Ausbau möglicher alternativer Infrastrukturen betrachtet. Vorab wird die Netzinfrastuktur von Swisscom beschrieben. Anschliessend werden die Netzinfrastrukturen anderer FDA und die als (technische) Substitute bezeichne-

ten Technologien CATV, WLL, UMTS und Powerline Communication dargestellt und deren aktuelle Verfügbarkeit beschrieben.

a) Festnetz

27. Swisscom verfügt im Anschlussnetz über eine flächendeckende Infrastruktur, welche es ihr erlaubt, allen Kunden in der Schweiz Telekommunikations- und nach Abschluss der laufenden ADSL-Aufrüstung auch Breitbanddienste anzubieten.

28. Neben Swisscom haben verschiedene andere FDA auch in den Aufbau traditioneller Telekommunikationsinfrastruktur investiert. Neben den bereits genannten Verbindungen auf Fernnetzebene bestehen heute auch alternative Netze in einigen Städten der Schweiz [Angaben verschiedener FDA über ihre Infrastruktur, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen]. Daneben haben einige FDA einzelne Gebäude erschlossen. Die Stadtnetze verschiedener FDA 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 Infrastruktur von Swisscom zurückgegriffen werden.

29. Dasselbe gilt für diejenigen FDA, welche zwar keine Stadtnetze bauen, aber zumindest über Anschlusspunkte an ihr (Fern-)Netz in verschiedenen Städten verfügen. Auch sie erschliessen hauptsächlich wirtschaftlich interessante Kunden in der Nähe der Anschlusspunkte selber. Zur Erschliessung potenzieller Kunden, welche nicht in der Nähe der Anschlusspunkte angesiedelt sind, bietet sich aus ökonomischen Gründen nur die Infrastruktur der Swisscom als Alternative.

b) CATV-Netze

30. Die grösste Verbreitung aller alternativen Technologien weisen CATV-Netze auf. 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. Auf der Basis von CATV-Netzen können schnelle Internet-Zugänge angeboten werden. Das Angebot von Internet-Zugängen über CATV-Netze ist jedoch nur bei denjenigen Netzen möglich, welche entsprechend für die bidirektionale Übertragung von Daten aufgerüstet wurden. Bezüglich der Anschlussdichte kann festgestellt werden, dass am Swisscom-Netz praktisch 100% aller Haushalte angeschlossen sind und die CATV-Netze eine Abdeckung von immerhin zirka 85% erreichen. Somit sind die beiden Netzinfrastrukturen zumindest teilweise vergleichbar.

31. Das Angebot von schnellen Internet-Diensten über CATV-Netze ist noch nicht in der ganzen Schweiz möglich, da nicht alle Netze aufgerüstet sind. Selbst Cablecom als grösste CATV-Netzbetreiberin hat noch nicht alle Netze aufgerüstet. Dies betrifft nicht nur ländliche Gegenden sondern teilweise auch Gebiete in den von ihr bedienten grösseren Städten.

32. Die CATV-Netze weisen noch immer eine stark zersplitterte Eigentümerstruktur auf. Neben Cablecom sind sehr viele regionale oder gar lokale Anbieter tätig. Für die FDA erschwert die heterogene Marktstruktur Verhandlungen über die allfällige Mitbenutzung der lokalen Infrastruktur.

33. Als weiteres Problem werden von Seiten der befragten CATV-Betreiber die veralteten Hausanschlüsse genannt. Diese stehen in der Regel im Besitz der Hauseigentümer und können nur nach Verhandlungen mit jedem einzelnen Hauseigentümer aufgerüstet werden.

34. Schliesslich, und dies ist aus Sicht der Marktgegenseite entscheidend, bieten die CATV-Betreiber anderen FDA heute keine Dienste an. Cablecom bietet gemäss Antwort auf den Fragebogen des BAKOM die teilweise vorhandenen Breitbanddienste anderen FDA nicht an, da dies technisch nicht machbar sei. CATV-Netze seien als "shared medium" nicht auf eine Nutzung durch Dritte ausgelegt. Ähnliche Aussagen machen verschiedene FDA, welche die Mitbenutzung von CATV-Netzen als Alternative zur Infrastruktur von Swisscom geprüft haben.

35. Insgesamt können die CATV-Netze in denjenigen Regionen mit Internet-Angebot aus Sicht der Endkunden als Alternative zur Infrastruktur der Swisscom betrachtet werden. Für FDA hingegen stellen CATV-Netze heute keine Alternative dar, weil aus technischen Gründen keine wholesale Dienste angeboten werden. Selbst wenn diese technischen Probleme nicht vorlägen, könnten die CATV-Netze aufgrund der nicht flächendeckenden Verfügbarkeit von Breitbanddiensten für FDA nicht als Alternative gelten.

36. Zusammenfassend ergibt sich, dass die disziplinierende Wirkung, welche aktuell von CATV-Netzbetreibern auf die Stellung der Swisscom im relevanten Markt ausgeht, gering ist.

c) WLL

37. Im Frühjahr 2000 wurden in der Schweiz WLL-Konzessionen versteigert. Damals wurde von verschiedenen Unternehmen, welche eine oder mehrere WLL-Konzessionen ersteigern konnten, angekündigt, dass erste kommerzielle Dienste ab Ende 2000 verfügbar sein werden. Seither wurde der sich damals auch in den unerwartet hohen Konzessionsgebühren spiegelnde Optimismus bezüglich der WLL-Technologie etwas gebremst. Die Konzessionäre sahen sich insbesondere mit grossen Schwierigkeiten beim Aufbau der Netze konfrontiert. Ähnlich wie im Mobilfunkbereich müssen die Konzessionäre teilweise zeitaufwän-

dige Genehmigungsverfahren für Senderstandorte durchlaufen. Ebenfalls erweisen sich die topografischen Verhältnisse der Schweiz als Hindernis für den Aufbau der WLL-Netze. Jedenfalls erwiesen sich die Aussagen der Konzessionäre und die Beurteilungen von Spezialisten bezüglich der raschen Markteinführung von WLL-Diensten als falsch. Heute sind nur sehr vereinzelt (z.B. Callino in Zürich) WLL-Netze in Betrieb. Callino betont zudem, dass eine Flächendeckung kaum erreicht werden wird.

38. Die disziplinierende Wirkung, welche aktuell von WLL-Netzbetreibern auf die Stellung der Swisscom im relevanten Markt ausgeht, ist somit gering.

d) Weitere Substitute

39. Als möglicher Infrastrukturträger von Breitbanddiensten käme auch der neue Mobilfunkstandard der 3. Generation in Frage. Mit UMTS können grundsätzlich auch Breitbanddienste angeboten werden. Zurzeit ist UMTS jedoch noch nicht verfügbar.

40. Es wäre grundsätzlich denkbar, Breitbanddienste auch über eine Verbindung via Satellit anzubieten. Das Unternehmen Ehitline bietet in der Schweiz einen Internetzugang via Satellit an. Als Anwender kann man mit der Verbindung via Ehitline jedoch nur empfangen und nicht senden. Zum Senden, das heisst für den Datentransfer "upstream", muss wiederum auf ein anderes Netz zurückgegriffen werden, wobei es sich in aller Regel um das Anschlussnetz von Swisscom handeln dürfte. Inwiefern Breitbanddienste auf diese Weise überhaupt angeboten werden können, kann dabei offen bleiben.

41. Als weiterer Infrastrukturträger für Breitbanddienste kämen auch die Netze von Elektrizitätswerken mit der darauf basierenden Powerline Technologie in Frage. Abgesehen von Pilotversuchen sind jedoch noch keine entsprechenden Angebote auf dem Markt erhältlich.

42. Breitbandinfrastruktur auf der Basis von UMTS, Satellitenverbindungen oder der Powerline Technologie steht somit zum jetzigen Zeitpunkt nicht zur Verfügung.

e) Zusammenfassung

43. Die Feststellungen in diesem Kapitel werden von Swisscom in ihren Antworten auf den Fragekatalog Breitbanddienste des BAKOM vom 26. Januar 2001 bestätigt. Swisscom hält zusammenfassend fest, dass gegenwärtig mehrere Breitbandinfrastrukturen auf der Basis von xDSL, CATV und WLL parallel im Aufbau begriffen sind [Hervorhebung durch die Weko].

44. Bezüglich des aktuellen Wettbewerbs kann insgesamt festgestellt werden, dass mögliche alternative Infrastrukturträger für Breitbanddienste entweder noch gar nicht oder dann in qualitativer und quantitativer Hinsicht nur in sehr beschränktem Ausmass verfügbar sind.

Weder einer der genannten alternativen Infrastrukturträger noch alle zusammen können für die Marktgegenseite als hinreichende Alternative zum Anschlussnetz von Swisscom betrachtet werden. Die disziplinierende Wirkung des aktuellen Wettbewerbs auf das Verhalten von Swisscom beim Angebot von Breitbandinfrastruktur ist daher als gering einzustufen.

I.2.2 Potenzieller Wettbewerb

45. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll zeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann. Im durch rasante Entwicklung geprägten Telekommunikationssektor handelt es sich dabei um mit verschiedensten Unsicherheiten behaftete Zukunftsprognosen. Dies kann am Beispiel der WLL-Technologie gezeigt werden. Noch vor einem Jahr waren viele Experten und Unternehmen davon überzeugt, dass mittels WLL rasch eine starke Konkurrenz zu den Netzen der etablierten Betreiber im Anschlussnetz entstehen werde. Heute sind kaum WLL-Angebote vorhanden und die Prognosen für die weitere Entwicklung lassen nicht mehr auf effektive Konkurrenz im Anschlussnetz schliessen. Auch einige der befragten Unternehmen weisen in ihren Antworten darauf hin, dass Zukunftsprognosen in ihren Märkten sehr schwierig seien.

46. Möglicher potenzieller Wettbewerb im Bereich der Breitbandinfrastruktur im Anschlussbereich geht aufgrund des heutigen Kenntnisstandes von den bereits im vorstehenden Kapitel beschriebenen Technologien aus, also von der Telekommunikationsinfrastruktur anderer FDA, CATV-Netzen, WLL, UMTS, Satellitenverbindung und der Powerline Technologie.

a) Festnetz

47. In den Antworten auf den Fragebogen des BAKOM haben einige wenige FDA Absichten zum Ausbau der bestehenden Netze oder zum Aufbau neuer Netze in Ballungsgebieten geäussert. Dabei stehen nach wie vor Ringnetze in Städten und die punktuelle Erschliessung einzelner interessanter Grosskunden im Vordergrund.

48. Auch theoretische Überlegungen führen zum Resultat, dass in näherer Zukunft kaum mit einer flächendeckenden Duplizierung der Infrastruktur von Swisscom im Anschlussnetz gerechnet werden kann. Dafür verantwortlich sind insbesondere Grössenvorteile und hohe sunk costs, welche beim Bau beziehungsweise Betrieb von Netzen im Anschlussbereich bestehen. Ausgenommen sind Anschlüsse bei beziehungsweise Leitungen zu Grösstkunden, wo sich der Bau einer neuen Anschlussleitung für FDA unter Umständen wirtschaftlich auszahlen kann. Die Marktzutrittsschranken sind somit sehr hoch.

49. Insgesamt ist die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs, welche von Unternehmen mit Festnetzinfrastruktur ausgeht, als gering zu betrachten.

b) CATV-Netze

50. Die technische Auf- und Umrüstung der CATV-Netze wird weitergehen. Es ist zu erwarten, dass ein Grossteil der Netze bis in ein oder zwei Jahren zweiwegfähig sein wird. Dies bedeutet für eine erhebliche Anzahl der Endkunden, dass sie dann zwischen Internetzugängen via Festnetz und via CATV-Netz wählen können.

51. Für die vorliegend im Zentrum stehenden FDA (Marktgegenseite) bleiben aber die bekannten Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit CATV-Betreibern bestehen. Die Eigentümerstruktur wird sich bis in zwei Jahren kaum derart verändern, dass die FDA für Verhandlungen über die Mitbenutzung der CATV-Netze nur noch wenigen Betreibern gegenüber stehen. Damit bleibt eine flächendeckende Benutzung der CATV-Netze schwierig.

52. Wie und ob sich die von Cablecom und weiteren FDA vorgebrachten technischen Schwierigkeiten, welche eine Mitbenutzung von CATV-Netzen verunmöglichen sollen, in den nächsten zwei Jahren lösen lassen, kann heute nicht beantwortet werden.

53. Insgesamt wären CATV-Netze durchaus geeignet, um in Zukunft die Breitbandinfrastruktur von Swisscom zu konkurrieren. Doch die Unsicherheiten bezüglich Ausbau und vor allem die Probleme im Zusammenhang mit der Mitbenutzung der CATV-Netze führen dazu, dass die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs als gering betrachtet werden muss.

c) WLL

54. Der Ausbau der WLL-Infrastruktur wird in den nächsten ein bis zwei Jahren zu einer Abdeckung der grösseren Ballungsräume führen. Die Erschliessung der Ballungsräume wird in erster Linie die Gebiete mit Unternehmensstandorten umfassen. Ob auch Wohngebiete erschlossen werden, ist unklar. Jedenfalls lassen die Antworten der WLL-Konzessionäre nicht darauf schliessen, dass private Endkunden als Zielgruppe prioritär behandelt würden.

55. Beim Ausbau der WLL-Infrastruktur ist im Weiteren zu berücksichtigen, dass die FDA erhebliche Probleme beim Aufstellen der Antennen- und Sendestandorte zu erwarten haben. Dies wird den Ausbau der Netze weiter verzögern.

56. Verschiedene FDA nennen in ihren Stellungnahmen die Mitbenutzung der WLL-Infrastruktur in Ballungsräumen als zukünftige Alternative zu Festnetzen. Über die Frage, wann dies in einem vernünftigen Mass möglich sein wird, können die FDA aber aufgrund der ge-

nannten Probleme beim Ausbau der WLL-Infrastruktur auch nur spekulieren.

57. Insgesamt kann WLL in Zukunft eine Alternative zu Festnetzen in Ballungsräumen darstellen. Da der Ausbau aber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und einige der WLL-Konzessionäre (noch) nicht mit dem Ausbau begonnen haben, ist die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs durch WLL-Netze stark eingeschränkt.

d) Weitere Substitute

58. Von den weiteren Alternativen für Breitbandinfrastruktur kann der UMTS-Technologie wohl die grösste Wahrscheinlichkeit für eine flächenmässig grosse Verbreitung zugeordnet werden.

59. Allerdings ist es heute nicht möglich zu beurteilen, wann erste UMTS-Dienste angeboten werden und wann eine flächenmässig genügend grosse Verbreitung erreicht wird. Diese Unsicherheiten ergeben sich durch die bereits erwähnten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Aufstellen und dem Betrieb von Antennen und den befürchteten negativen Auswirkungen von Elektrosmog.

60. Unklar ist ebenfalls, ob die UMTS-Konzessionäre bereit sein werden, anderen FDA die Mitbenutzung ihrer Infrastruktur zu erlauben. Die Situation beim aktuellen Mobilfunkstandard GSM zeigt, dass Mobilfunkanbieter nicht unbedingt zur Mitbenutzung ihrer Anlagen beziehungsweise zum Weiterverkauf von Kapazitäten bereit sind.

61. Die Powerline Technologie scheint gemäss Angaben von Entwicklerfirmen kurz vor der Markteinführung zu stehen. Für das Angebot gegenüber Endkunden oder FDA müssten die Elektrizitätswerke ihre Stromnetze mit den entsprechenden Anlagen und Geräten aufrüsten.

62. In der Schweiz steht die Elektrizitätsbranche mit der bevorstehenden Liberalisierung des Strommarktes vor einschneidenden Veränderungen. Es ist unklar, ob trotzdem ausreichende finanzielle und zeitliche Ressourcen für Investitionen im Telekommunikationsbereich vorhanden sind.

63. Für FDA stellt sich zudem ein ähnliches Problem wie bei der Zusammenarbeit mit CATV-Betreibern. Die lokalen Stromnetze stehen im Besitz einer Vielzahl lokaler oder regionaler Elektrizitätswerke, wodurch die Verhandlungen erheblich erschwert werden.

64. Bevor nicht zumindest einige lokale oder regionale Elektrizitätswerke mittels Powerline Technologie kommerziell Telekommunikations- oder Breitbanddienste anbieten, kann Powerline Kommunikation nicht als potenzielle Konkurrenz betrachtet werden.

65. Breitbandinfrastruktur wird grundsätzlich auch in Form von Satellitentechnologie zur Verfügung stehen. Allerdings können heute via Satellit nur Signale empfangen werden. Für den upstream-Kanal muss auf eine andere Technologie zurückgegriffen werden. Es ist heute

nicht bekannt, ob Absichten bestehen, die Breitbandinfrastruktur via Satellit auch hinsichtlich der Zweiwegfähigkeit auszubauen. Für FDA wird Breitbandinfrastruktur via Satellit deshalb auch in ein bis zwei Jahren kaum eine Alternative zum Festnetz sein.

e) Zusammenfassung

66. Die Beurteilung der Wirkung des potenziellen Wettbewerbs, welche von verschiedenen Infrastrukturträgern ausgeht, ist mit vielen Unsicherheiten verbunden. Aufgrund dieser zeitlichen und technischen Unsicherheiten kann die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs auf das Verhalten von Swisscom nur bedingt beurteilt werden. Auch die befragten FDA unterliegen denselben Unsicherheiten. Solange ein etabliertes Unternehmen nicht mit einer gewissen Sicherheit von ernsthaften Möglichkeiten zu Marktzutritten rechnen muss, wird es diesen potenziellen Wettbewerb bei der Planung des eigenen Verhaltens nur am Rande berücksichtigen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs nicht genügt, um Swisscom unabhängiges Verhalten zu verunmöglichen.

67. Im Rahmen des in Randziffer 25 erwähnten Gutachtens (vgl. RPW 2000/1, S. 70 ff.) hat die Weko vor gut einem Jahr die Situation im Mietleitungsmarkt im Anschlussnetz beurteilt. Dabei hat sich die Weko ebenfalls über den Stand und die erwartete Entwicklung der technischen Alternativen CATV, WLL, UMTS und Powerline Communication geäußert. Die damaligen Unsicherheiten bezüglich der weiteren Entwicklung haben sich nicht grundlegend geändert. Dies kann als weiteres Indiz dafür gelten, dass der Einfluss des potenziellen Wettbewerbs verhältnismässig gering ist.

C Ergebnis

68. Aufgrund der vorstehenden Beurteilung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs kommt die Weko zum Schluss, dass sich Swisscom im Markt für Breitbandinfrastruktur weitgehend unabhängig verhalten kann. Diese Beurteilung trifft sowohl in Ballungsräumen wie auch in den übrigen Gebieten der Schweiz zu. Demzufolge verfügt Swisscom in diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung.

69. Die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs beruht auf grossen Unsicherheiten und kann sich gerade in dynamischen Märkten wie dem Telekommunikationsbereich relativ rasch ändern. Die Weko regt aus diesem Grund an, in der Verfügung der ComCom einen Mechanismus vorzusehen, welcher dieses Veränderungspotenzial berücksichtigt. Die Weko erachtet beispielsweise die zeitliche Befristung einer Verpflichtung zum Angebot von Interkonnectionsdiensten als diesbezügliche Lösungsmöglichkeit.

70. Mit einer zeitlichen Befristung könnten auch die negativen Anreize für Swisscom und ebenso alle anderen FDA bezüglich Innovations- und Investitionstätigkeit, welche bei Interkonnectionsregulierungen

auftreten können, verringert werden. Eine detaillierte Analyse der Auswirkungen und die konkrete Ausgestaltung einer zeitlichen Befristung fallen in die Zuständigkeit der ComCom.

B 2.5	2. Interkonktionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG
-------	---

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

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

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

Gutachten vom 10. April 2001 in Sachen Interkonktionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG betreffend Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 FMG

A Sachverhalt

1. Am 3. April 2000 hat diAx, Zürich, welche nach dem Zusammenschluss mit Sunrise unter TDC Switzerland AG ("TDC") firmiert, bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ("ComCom") ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonktion gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (FMG) in Verbindung mit Artikel 43 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) eingereicht. TDC verlangt mit ihrem Gesuch kostenorientierte Preise gemäss Artikel 34 FDV für verschiedene Interkonktionsdienste.
2. Auch MCI WorldCom AG ("MCI") stellte am 20. April 2000 ein Interkonktionsgesuch, mit welchem sie von der Swisscom kostenorientierte Preise für verschiedene Interkonktionsdienste verlangt.
3. Swisscom hat unter anderem bestritten, im Bereich der Transit-, Auskunfts- und Implementierungsdienste eine marktbeherrschende Anbieterin im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG zu sein. Swisscom ist bereit, die entsprechenden Dienste anderen FDA anzubieten, ist aber der Ansicht, dass mangels Marktbeherrschung kommerzielle, nicht regulierte Preise zur Anwendung kommen sollen.
4. Ist im Rahmen von Interkonktionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, konsultiert das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM") als Instruktionsbehörde die Wettbewerbskommission ("Weko") (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG). Die Weko gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (vgl. Art. 45 FDV).
5. Das BAKOM hat die Weko mit Schreiben vom 15. März 2001 aufgefordert, in vorliegender Angelegenheit ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom bei den oben genannten Diensten zu erstellen.

6. Als Grundlage dieses Gutachtens dienen die vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen. Dabei handelt es sich um die Gesuche und weitere Stellungnahmen von TDC und MCI, um Stellungnahmen der Swisscom, sowie um die von insgesamt 34 Fernmeldedienstanbieterinnen ("FDA")¹ beantworteten Fragebogen (Umfrage im Laufe des Monats Januar 2001).

7. Die erwähnte Umfrage diene der Beurteilung des aktuellen Standes und der kurz- beziehungsweise mittelfristigen Entwicklung der Infrastruktur (im Fall der Transitdienste), der Auskunft- und der Implementierungsdienste.

8. Soweit erforderlich wird im nachstehenden Kapitel auf die Ausführungen der Parteien und der befragten FDA eingegangen.

B Beurteilung

I Marktbeherrschendes Unternehmen

9. Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens wird im FMG nicht näher definiert, weshalb die Weko auf die entsprechenden Ausführungen im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 und die diesbezügliche Praxis zurückgreift.

10. 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).

11. 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

12. 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).

¹ In zufälliger Reihenfolge: RSL Com, Télésonique, Smartphone, Swiss Online, Swisscom, Bluewin, MCI Worldcom, Multilink, Red Cube, Evard Antennenbau, Nextra, Energis, One.Tel, Cablecom, UUNET, Sunrise, Colt, Netnet, Storm, Cable&Wireless, Callino, Tiscali, Orange, diAx, Commcare, FirstMark, Priority Wireless, Stadtantennen Baar, Global Crossing, Marconi Telecommunications, Telekabel Arbon AG, Tele2, Carrier1, Callahan.

13. Im vorliegenden Gutachten stellen FDA bei allen in Frage stehenden Diensten die Marktgegenseite der Swisscom dar. Interkonnektionsdienste werden definitionsgemäss auch nur anderen FDA zur Verfügung gestellt.

14. Da die drei Dienste offensichtlich unterschiedlichen relevanten Märkten zuzuordnen sind, wird die Marktabgrenzung nachstehend separat durchgeführt.

a) Transitdienste

15. FDA fragen Infrastruktur von Swisscom und anderen Unternehmen nach, um ihren Endkunden flächendeckend Telekommunikationsdienste anbieten zu können. Dabei wird grundsätzlich unterschieden zwischen Diensten zur direkten Erschliessung von Endkunden (Access und Terminierung) und Diensten zur Verbindung von nicht direkt zusammengeschalteten Netzen (Transitdienste).

16. Die Verbindung von zwei nicht direkt zusammengeschalteten Netzen erfolgt auf der Fern- beziehungsweise Transitnetzebene. Im Unterschied zu Access- oder Terminierungsdiensten werden die Transitdienste somit ohne Inanspruchnahme des Anschlussnetzes erbracht. Dies kann grafisch stark vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



17. Die Netze A und B können dabei traditionelle Telefonnetze, aber auch Mobilfunk- oder Pagingnetze (nicht vollständige Aufzählung) sein. Swisscom bietet dementsprechend standardmässig verschiedene Transitdienste an².

18. Aus der grafischen Darstellung kann nicht abgeleitet werden, dass Transitdienste immer zur Überwindung geografisch grosser Distanzen eingesetzt werden. Die Verbindung von zwei nicht direkt zusammengeschalteten Netzen kann auch über sehr kurze Distanzen notwendig sein.

19. Für FDA müssen Transitdienste somit die Eigenschaft aufweisen, dass sie zur Verbindung von zwei gewünschten Netzen geeignet sind. Verwendungszweck ist letztendlich die Ermöglichung des Angebots einer Kommunikation zwischen zwei Teilnehmern A und B, welche Abonnenten von zwei nicht direkt zusammengeschalteten Netzen sind.

² Transit Terminierung zu Festnetzkunden, zu Mobilfunknetzen (Swisscom, Orange, diAx) und zu Paging Diensten, Transit zu "selected carrier access service", Transit von Festnetz und Mobilfunknetzen (Swisscom, Orange, diAx) zu Freephone Diensten.

20. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens kann ein sachlich relevanter Markt für Infrastruktur, welche das Angebot von Transitdiensten ermöglicht (in der Folge "Transitdienste"), abgegrenzt werden.

b) Auskunftsdienste

21. Die um Interkonnektion ersuchenden Unternehmen verlangten von Swisscom Zugang zu kostenorientierten Preisen zum "Swisscom Directory Enquiry Terminating Services Terminating Service", das heisst Zugang zur Sprachauskunft der Nummer "111". Dieser Dienst ermöglicht es den FDA, ihren Endkunden die Benutzung einer nationalen Sprachauskunft anzubieten.

22. Aus Sicht der Marktgegenseite (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU), der um Interkonnektion ersuchenden FDA, ist zu fragen, welche Dienste allenfalls mit einem telefonischen Auskunftsdienst als substituierbar angesehen werden können. Die den Service nachfragenden FDA werden sich dabei an den Bedürfnissen ihrer Kunden orientieren. Es stellt sich damit die Frage, inwiefern für diese Kunden ein telefonischer Auskunftsdienst durch andere Verzeichnisse zu ersetzen ist. In der Regel wünschen diese Endkunden Auskunft über eine Telefonnummer.

23. Gegenüber einem Telefonbuch oder einem CD-ROM-Verzeichnis bietet ein Sprachauskunftsdienst Gewähr für Aktualität. Verzeichnisse, die keine Gewähr für Aktualität bieten, können für den Endkunden nicht als Alternative angesehen werden, da diese kein Bedürfnis nach möglicherweise veralteten Informationen haben.

24. Aktuelle Verzeichnisse können auch via Internet oder SMS abgefragt werden. Benutzerseitig setzt dies ein empfangsgerechtes Gerät voraus (z.B. einen Computer mit Internetzugang oder ein Mobiltelefon).

25. Die Benutzung des Internets ist in der Schweiz weiterhin ansteigend. Insbesondere Arbeitsplätze im Dienstleistungssektor verfügen oft über einen Internet-Zugang. Diese Benutzerkreise können anstelle des telefonischen Sprachauskunftsdienstes ein Online-Verzeichnis im Internet benutzen. Ähnliches gilt für die Benutzer von Mobiltelefonen, die via SMS Telefonnummern erfragen können.

26. Wie die offenbar nach wie vor bestehende Nachfrage nach telefonischen Auskunftsdiensten zeigt, können diese Verzeichnisse jedoch nur für einen Teil der Bevölkerung und unter gewissen Umständen als Ersatz angesehen werden. Für die FDA als Marktgegenseite im Interkonnektionsverfahren stellen somit andere Verzeichnisse aufgrund der Kundenbedürfnisse nur begrenzt eine Alternative dar.

27. Inwiefern solche Dienste wettbewerblich disziplinierende Einflüsse auf telefonische Sprachauskunftsdienste ausüben können, wird in

einem separaten Kapitel im Anschluss an die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im in Frage stehenden relevanten Markt beurteilt.

28. Im Ergebnis wird von einem sachlich relevanten Markt ausgegangen, der den Zugang zu telefonischen Sprachauskunftsdiensten umfasst.

c) Implementierungsdienste

29. Um die Interoperabilität von zwei zusammengeschalteten Netzen zu ermöglichen, sind gewisse Implementierungsarbeiten zwingend vorzunehmen. Die Implementierung eines Interkonnectionsdienstes bedingt dabei Aufwendungen und Aktivitäten auf beiden Seiten der zusammenzuschliessenden Netze. Physische Schnittstellen müssen bei beiden Parteien verkabelt und angeschlossen werden, Signalisierungssysteme müssen auf beiden Seiten korrekt konfiguriert werden und auch die Implementierung der auf den physischen Verbindungen und der Signalisierung aufbauenden Dienste bedingt die korrekte Einstellung der Parameter in beiden Netzen.

30. Aus Sicht der FDA erfüllen Implementierungsdienste die folgenden Verwendungszwecke: physische Verbindung und Signalisierung sowie die entsprechenden technischen und administrativen Arbeiten. Als spezielle Eigenschaft ist zu erwähnen, dass die Arbeiten in beiden zusammenzuschliessenden Netzen anfallen.

31. Dies bedeutet, dass FDA bei Swisscom vorwiegend Implementierungsdienste, welche das Netz von Swisscom betreffen, nachfragen. Umgekehrt wird Swisscom auch auf entsprechende Dienste von FDA zurückgreifen müssen.

32. Es sind keine anderen Dienste bekannt, welche ähnliche Eigenschaften oder Verwendungszwecke aufweisen.

33. Implementierungsdienste im oben stehenden Sinn können für die Zwecke dieses Gutachtens als eigener sachlich relevanter Markt abgegrenzt werden.

I.1.2 Räumlich relevanter Markt

34. 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).

a) Transitdienste

35. Die FDA als Marktgegenseite fragen Transitdienste in Abhängigkeit der im konkreten Fall zu verbindenden Netze nach. Da dabei die Verbindung des Netzes A mit dem Netz B in der Regel nicht substituierbar ist mit der Verbindung des Netzes C mit dem Netz D, könnte theoretisch abgeleitet werden, dass jede Verbindung von zwei Netzen einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt. Diese Markt-abgrenzung ist aber zu eng, wie nachstehende Überlegungen zeigen.

36. Für die räumliche Abgrenzung sind die Nachfrage in ihrer Gesamtheit und die Angebots- beziehungsweise Nachfragebedingungen zu berücksichtigen. FDA fragen Transitdienste in der ganzen Schweiz in Abhängigkeit der eigenen Netzstruktur und der Netzzusammenschaltungspunkte nach. MCI und TDC verlangen denn auch Interkonnektion für das gesamte Transitdienste-Angebot der Swisscom. Die Angebotsbedingungen der Swisscom können als homogen angesehen werden.

37. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher die gesamte Schweiz umfasst.

b) Auskunftsdienste

38. Die FDA als Marktgegenseite fragen den Zugang zu nationalen Auskunftsdiensten hauptsächlich in der Schweiz nach. Ausgegangen wird dementsprechend von einem räumlich relevanten Markt, welcher die gesamte Schweiz umfasst.

c) Implementierungsdienste

39. Analog zur räumlichen Marktabgrenzung bei den Transitdiensten könnte auch bei den Implementierungsdiensten grundsätzlich argumentiert werden, dass die Arbeiten bei jeder Zusammenschaltung einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellen. Auch bei den Implementierungsdiensten wäre aber diese Abgrenzung zu eng, da die Nachfrage in ihrer Gesamtheit zu betrachten ist.

40. Netze werden bei den verschiedenen Zusammenschaltungspunkten miteinander verbunden. Da diese Zusammenschaltungspunkte in der ganzen Schweiz zu finden sind, müssen auch Implementierungsarbeiten schweizweit vorgenommen werden. Ebenso sind die Angebots- und Nachfragebedingungen grundsätzlich in der ganzen Schweiz gleich.

41. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher die gesamte Schweiz umfasst.

I.2 Marktstellung

I.2.1 Aktueller Wettbewerb

42. Der aktuelle Wettbewerb wird nachfolgend für die drei definierten relevanten Märkte einzeln analysiert.

a) Transitdienste

43. Das FMG ermöglicht heute grundsätzlich allen FDA, eigene Infrastruktur zu bauen. Die Umfrage unter den FDA ergab, dass viele FDA diese Möglichkeit wahrnehmen. Praktisch alle befragten Unternehmen verfügen über eigene Vermittlungszentralen. Weiter sind im vorliegenden betroffenen Transitbereich auch verschiedene FDA (z.B. Colt, MCI, TDC bzw. diAx und Sunrise, Multilink oder auch Cablecom) im Besitz oder Aufbau eigener Netzinfrastruktur. Die Weko kam bereits in

ihrem Gutachten vom 7. Februar 2000 (RPW 2000/1, S. 70 ff.) zum Schluss, dass Swisscom im Fernnetz nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung verfügt³. Sunrise kann heute mittels Glasfaserkabel, welche zu Swisscom Gebäuden führen, mehr als die Hälfte aller 36 definierten Interkonnektionspunkte in der Schweiz verbinden. Diese Verbindungen werden typischerweise für Transitdienste verwendet.

44. In eine ähnliche Richtung wie die beobachtbare Entwicklung beim Bau alternativer Infrastruktur gehen theoretische Überlegungen. Das Anschlussnetz kann auch heute noch Eigenschaften eines natürlichen Monopoles aufweisen. Deshalb sind Duplizierungen in der Regel nur bei Kunden mit grossem Kommunikationsvolumen zu erwarten. Demgegenüber bestehen solche Eigenschaften im Transitbereich nicht oder sind zumindest weniger ausgeprägt. Dies kann unter anderem dadurch illustriert werden, dass eine Leitung, welche zur Verbindung von zwei Netzen A und B gebaut wird, grundsätzlich für die Kommunikation zwischen allen an die Netze A und B angeschlossenen Endkunden genutzt werden kann. Durch diese Bündelung von Verkehr können die Investitionen sinnvoll sein.

45. Die Verfahrensparteien führen in den Stellungnahmen verschiedentlich die konkrete Anzahl der Interkonnektionsverträge als zusätzliches Argument für die Stützung ihrer jeweiligen Position an. Die Anzahl der Interkonnektionsverträge und vor allem die daran beteiligten Unternehmen können Anhaltspunkte über die Intensität des aktuellen Wettbewerbs geben. So ist zu beobachten, dass Swisscom bei der Mehrheit aller Interkonnektionsverträge als Partei auftritt. Dies könnte bedeuten, dass andere FDA auch im Transitbereich und somit zur Verknüpfung von verschiedenen Netzen auf Swisscom zwingend angewiesen sind.

46. Die FDA wurden deshalb in der Umfrage aufgefordert, die Gründe für die Wahl einer bestimmten Interkonnektionspartnerin im Transitbereich zu nennen. Einige FDA nehmen dahingehend Stellung, dass Swisscom die einzige mögliche Anbieterin von Transitdiensten sei. Noch häufiger wird der Entscheid für Swisscom aber mit Praktikabilitätsüberlegungen begründet. Das heisst, die FDA haben sich für Swisscom entschieden, weil sie dort die Dienste aus einer Hand nachfragen können.

³ Davon zu unterscheiden ist die Situation im Bereich des Anschlussnetzes. Die Weko hat in ihrem Gutachten vom 19. März 2001 zuhanden der ComCom festgestellt, dass Swisscom im Anschlussbereich nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Vorliegend steht aber der Transit- oder Fernbereich im Zentrum.

47. Diese Begründungen für die Wahl von Swisscom als Anbieterin von Transitdiensten zeigt, dass grundsätzlich Alternativen bestehen oder zumindest Überlegungen angestellt werden, ob entsprechende Verbindungen selber gebaut werden sollen. Der Entscheid zwischen "Bauen" oder "Mieten" ist somit im Transitbereich nicht nur theoretischer Natur. Wie erwähnt verfügen beispielsweise TDC (Sunrise und diAx), MCI, Colt, Multilink oder Cablecom im relevanten Markt über eigene Infrastruktur und bieten diese zum Teil auch anderen FDA an.

48. Die genaue Verbreitung der als Substitut für Transitdienste der Swisscom gebauten Infrastruktur bleibt jedoch auch nach durchgeführter Umfrage bei FDA teilweise offen. Jedenfalls können keine endgültigen Schlussfolgerungen über die disziplinierende Wirkung des aktuellen Wettbewerbs auf Swisscom gemacht werden.

49. Zusammenfassend kann somit aufgrund des aktuellen Wettbewerbs nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass Swisscom bei Transitdiensten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Frage ist mittels Analyse des potenziellen Wettbewerbs zu klären.

b) Auskunftsdienste

50. Es wird geprüft, welche telefonischen Sprachauskunftsdienste in der Schweiz existieren und anderen FDA Zugang gewähren.

51. Swisscom bietet eine gut etablierte telefonische Sprachauskunft über die Kurznummer "111" an. Die um Interkonnektion ersuchenden FDA verlangen Zugang zu diesem Auskunftsdienst, den sie ihren Endkunden zur Verfügung stellen wollen.

52. Eine weitere telefonische Sprachauskunft wird von Orange angeboten. Die Dienstleistung wird im Auftrag von Orange durch die irländische Unternehmung Conduit erbracht. Orange stellt die Sprachauskunft exklusiv ihren Kunden zur Verfügung. Nach eigenen Angaben ist Orange nicht daran interessiert, diese Dienstleistung auch anderen FDA anzubieten.

53. Inwiefern andere Dienste (z.B. Online-Verzeichnisse im Internet) wettbewerblich disziplinierende Einflüsse auf telefonische Sprachauskunftsdienste ausüben können, wird wie oben erwähnt in einem separaten Kapitel im Anschluss an die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im in Frage stehenden relevanten Markt beurteilt.

54. Im jetzigen Zeitpunkt bestehen also zwei telefonische Sprachauskunftsdienste für die nationalen Teilnehmerdaten, wovon derjenige von Orange den anderen FDA nicht zur Verfügung steht. Swisscom ist also der einzige aktuelle Wettbewerber in diesem Markt.

c) Implementierungsdienste

55. Die im Rahmen der Marktabgrenzung beschriebenen Implementierungsdienste können grundsätzlich von jeder FDA, von Herstellern der Telekommunikationsinfrastruktur oder auch von spezialisierten

Unternehmen erbracht werden. Dies wird durch die Stellungnahmen der befragten FDA bestätigt.

56. Aufgrund der Tatsache, dass die Implementierung jedoch immer von der jeweiligen Infrastruktureigentümerin abhängig ist und die Implementierung häufig auch von dieser ausgeführt wird, kann heute nicht von einem eigentlichen Wettbewerb bei der Erbringung von Implementierungsdiensten ausgegangen werden. In einem bestimmten Ausmass kann sich somit jede FDA bezüglich Implementierungsdiensten im Bereich der eigenen Infrastruktur unabhängig verhalten.

57. Da Implementierungsdienste nur im Zusammenhang mit den eigentlichen Zusammenschaltungsdiensten benötigt werden, muss die Marktstellung der Unternehmen im Markt für Implementierungsdienste auch nur unter Berücksichtigung dieses Zusammenhanges analysiert werden. Die Weko hat in vorangegangenen Gutachten zuhanden der ComCom festgestellt, dass Swisscom im Bereich des Teilnehmeranschlussnetzes nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung verfügt⁴. Dies bedeutet, dass die FDA in der Regel auf die Zusammenschaltung ihrer Infrastruktur mit derjenigen von Swisscom zwingend angewiesen sind. Davon kann abgeleitet werden, dass die FDA ebenfalls auf Implementierungsdienste von Swisscom angewiesen sind.

58. Die im Markt tätigen aktuellen Konkurrenten von Swisscom können somit im fraglichen Bereich nicht in Konkurrenz zur Swisscom treten.

59. Insgesamt ergibt sich aus vorstehenden Erwägungen, dass der aktuelle Wettbewerb unabhängiges Verhalten von Swisscom im Markt für Implementierungsdienste nicht verhindern kann.

I.2.2 Potenzieller Wettbewerb

a) Transitdienste

60. Die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs basiert auf theoretischen Überlegungen sowie Äusserungen der FDA bezüglich ihren Infrastrukturausbauplänen.

61. Transitdienste weisen nicht die Eigenschaften eines natürlichen Monopoles auf. Obwohl selbstverständlich die Investitionskosten Marktzutrittsschranken darstellen, können aufgrund der möglichen Bündelung von Verkehr Netze im Transitbereich dupliziert und auch betriebswirtschaftlich sinnvoll betrieben werden. Dies lässt sich mit der bereits vorhandenen Alternativinfrastruktur auch belegen. Theoretische Überlegungen sprechen also dafür, dass im Transitbereich zukünftig weitere Unternehmen eigene Infrastruktur aufbauen beziehungsweise diejenigen Unternehmen mit bestehender Infrastruktur einen weiteren Ausbau vornehmen könnten.

⁴ Gutachten der Weko vom 7. Februar 2000, RPW 2000/1, S. 70 ff. und vom 19. März 2001, RPW 2001/2, S. 310 ff.

62. Es ist bekannt, dass momentan von verschiedenen Konsortien weitere Backbone-Erschliessungen geplant beziehungsweise erstellt werden. Einige Unternehmen erachten den weiteren Ausbau ihrer Infrastruktur im Transitbereich als mögliche Alternative. Sie wollen im Bereich des Backbones noch vermehrt unabhängig von Swisscom werden.

63. Swisscom kann es sich somit nicht erlauben, beispielsweise Preise zu hoch anzusetzen, weil sie entweder bereits direkter Konkurrenz ausgesetzt ist oder aber den Marktzutritt weiterer Konkurrenten für Infrastruktur im Transitbereich riskiert.

64. Im Markt für Transitdienste kann deshalb von einer relativ starken disziplinierenden Wirkung des potenziellen Wettbewerbs ausgegangen werden. Zu analogen Ergebnissen kam die Weko bereits in ihrem Gutachten vom 7. Februar 2000 (vgl. RPW 2000/1, S. 70 ff.). Die damals vorgenommene Beurteilung der Marktstellung von Swisscom bei Mietleitungen im Fernnetz basierte zumindest teilweise auf ähnlichen Überlegungen.

65. Insgesamt ist der disziplinierende Einfluss des potenziellen Wettbewerbs auf das Verhalten von Swisscom als hoch einzuschätzen.

b) Auskunftsdienste

66. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll zeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

67. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat am 30. Januar 2001 neue Kurznummern für das Anbieten von Auskünften über das Verzeichnis der Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes zugeteilt⁵. Die neuen Kurznummern bestehen aus einer vierstelligen Nummer "18XX". Insgesamt wurden 18 neue Nummern vergeben. Unter den FDA, die eine "18XX" erhielten, befinden sich nebst weiteren die folgenden Unternehmen: Conduit, Commcare, diAX, One Tel, Orange, Pearsoft, Tele 2 und Smartphone. Den Vorgaben des BAKOM entsprechend müssen die FDA innerhalb von sechs Monaten mit einem Angebot auf dem Markt sein.

68. Die Zuteilung neuer Kurznummern ging unter anderem auf eine Anregung der Weko zurück. Die entsprechende Umsetzung wird von der Weko ausdrücklich begrüsst. Um Diskriminierungen zu vermeiden, sollte die Nummer "111" langfristig auch durch eine vierstellige Nummer ersetzt werden.

⁵ Vgl.: <http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/206/1610>

69. Nachstehend wird geprüft, ob dem potenziellen Wettbewerb disziplinierende Wirkung zukommt. Disziplinierende Wirkungen kommen dem potenziellen Wettbewerb insbesondere zu, wenn Marktzutritte wahrscheinlich sind, die Zeitspanne bis zu einem möglichen Marktzutritt niedrig ist und die Marktzutritte in einem hinreichenden Ausmass erfolgen.

70. Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten kann damit gerechnet werden, dass in den nächsten Monaten Anbieter in den Markt zutreten werden. 18 Unternehmen haben neue Kurznummern erworben. Es ist davon auszugehen, dass mehrere, jedoch nicht alle 18 FDA tätig werden. Um einen Markteintritt zu bewerkstelligen, ist insbesondere die (Informatik)-Infrastruktur und das Personal eines Call Centers bereitzustellen. Dabei gilt es zu beachten, dass FDA in der Regel bereits Call Centers betreiben, was die Zutrittsschranken zusätzlich verkleinert. Zudem ist mit Aufwand für Werbung bei der Einführung des Produkts zu rechnen. Die Kosten für den Aufbau einer Sprachauskunft sind insgesamt als eher niedrig anzusehen.

71. Sollte ein Marktzutritt scheitern, wäre nur ein Anteil der investierten Kosten als versunkene Kosten (sunk costs) anzusehen. Bei einem Marktaustritt könnten beispielsweise Infrastruktur und Personal teils alternativ, beispielsweise für ein anderes Call Center, verwendet werden.

72. Soll der potenziellen Konkurrenz disziplinierende Wirkung zukommen, müssen Marktzutritte genügend rasch erfolgen. Den Vorgaben des BAKOM bezüglich der Einführung der neuen Kurznummern folgend, müssen die FDA innerhalb von sechs Monaten über ein Angebot verfügen. Es ist damit zu rechnen, dass Markteintritte innerhalb der nächsten Monate und somit genügend rasch erfolgen werden.

73. Bezüglich Grössenordnung und Ausmass von Marktzutritten lassen sich noch keine definitiven Aussagen machen. Unter den 18 Unternehmen, die eine Kurznummer erworben haben, befinden sich einerseits Grossunternehmen und andererseits mehrere mittlere Unternehmen, die durch preislich günstige und innovative Angebote im Telekommunikationsbereich aufgefallen sind. Grössenordnung und Ausmass von Marktzutritten werden in dieser Hinsicht als genügend angesehen.

74. Für die potenziellen Konkurrenten besteht unter Umständen eine Marktzutrittsschranke, nämlich der Erhalt der aktuellen Teilnehmerdaten. Ein telefonischer Sprachauskunftsdienst ist darauf angewiesen, über ein aktuelles Verzeichnis zu verfügen. Die wohl zurzeit einzige Möglichkeit, auf tagesaktuelle Telefonnummern zurückzugreifen, geht über Swisscom Directories, eine Konzerngesellschaft von Swisscom. Da praktisch alle Festnetzanschlüsse über Swisscom laufen, ist dieses Unternehmen das einzige, das ein stets aktuelles Verzeichnis über die Telefonnummern führen kann.

75. Die Schwierigkeiten beim Erhalt von Teilnehmerdaten durch Unternehmen manifestieren sich auch durch entsprechende Beschwerden bei der Wettbewerbskommission. Die Unternehmen bezeichnen die Verhandlungen mit Swisscom bezüglich der Konditionen und Preise als problematisch.

76. Es kann davon ausgegangen werden, dass Swisscom Directories auf den vorgelagerten Märkten für Informationen über Telefonnummern über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Allfällige Missbräuche dieser wohl marktbeherrschenden Stellung würden in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen. Mögliche unzulässige Verhaltensweisen von Swisscom Directories würden wahrscheinlich zu Marktzutrittsschranken für die potenziellen Konkurrenten. Gegen derartige Verhaltensweisen könnte gestützt auf das Kartellgesetz vorgegangen werden.

Konkurrenz durch andere Online-Verzeichnisse

77. An dieser Stelle soll geprüft werden, inwiefern andere aktuelle Online-Verzeichnisse (z.B. via Internet oder SMS) wettbewerblich disziplinierende Einflüsse auf telefonische Sprachauskünfte (und damit indirekt auch auf den Zugang zu diesen) ausüben. Ein entsprechendes Gerät (z.B. einen Computer mit Internetanschluss) vorausgesetzt, kann der Endkunde ohne weiteres auf derartige Verzeichnisse zurückgreifen. Aufgrund der zunehmenden Verbreitung des Internets in Haushalten und insbesondere auch am Arbeitsplatz kann davon ausgegangen werden, dass diese Benutzer vermehrt anstelle einer telefonischen Auskunft auf andere Verzeichnisse zurückgreifen. Es bestehen verschiedenste Unternehmen, die via Internet Online-Verzeichnisse anbieten (u.a. TDC, Glue, Compuserve, Agri). Allerdings sind auch diese Unternehmen auf die aktuellen Daten von Swisscom Directories angewiesen (vgl. auch Rz. 76). Durch Online-Verzeichnisse kann zusätzlicher Wettbewerbsdruck auf telefonische Sprachauskunftsdienste entstehen. Die der Weko zur Verfügung stehenden Informationen lassen jedoch eine genauere Analyse nicht zu.

c) Implementierungsdienste

78. Bei der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs wurde festgestellt, dass die FDA auf Interkonnektionsdienste von Swisscom und davon abgeleitet auch auf Implementierungsdienste von Swisscom angewiesen sind.

79. Potenzieller Wettbewerb würde somit dann bestehen, wenn im Bereich der Infrastruktur, auf welche die FDA angewiesen sind, Marktzutritte in naher Zukunft zu erwarten wären. Bei der fraglichen Infrastruktur handelt es sich insbesondere um diejenige im Bereich der letzten Meile beziehungsweise des Anschlussnetzes.

80. Im Gutachten der Weko vom 19. März 2001 wurde festgestellt, dass die Entwicklung von Wettbewerb im Bereich des Anschlussnetzes

mit Unsicherheiten behaftet ist. Die geplanten Ausbauten bei Kabelfernsehtnetzen verlaufen zögerlicher als erwartet und die funkbasierenden Technologien (Wireless Local Loop oder UMTS) haben noch nicht bewiesen, dass sie künftig wirklich zu Alternativen des Festnetzes werden können. Dies konnte mit Stellungnahmen von Swisscom und zu diesem Zweck befragten FDA belegt werden. Ebenso sprechen die ökonomischen Begebenheiten im Anschlussnetz dafür, dass flächendeckende Duplizierungen der Swisscom-Infrastruktur nicht genügend rasch und in ausreichendem Ausmass erfolgen werden.

81. Daraus kann gefolgert werden, dass sich auch die Wettbewerbssituation im Markt für Implementierungsdienste nicht rasch und massgeblich verändern wird.

82. Die vom potenziellen Wettbewerb ausgehende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Swisscom bei Implementierungsdiensten ist somit als gering zu bezeichnen.

C Ergebnis

a) Transitdienste

83. Aufgrund der Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs kommt die Weko zum Schluss, dass sich Swisscom im Markt für Transitdienste nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Demzufolge liegt keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG vor.

84. Die Beurteilung des Verhaltens von Swisscom beim Angebot von Transitdiensten ist nicht Bestandteil dieses Gutachtens. Trotzdem legt die Weko wert auf die Feststellung, dass sich Swisscom möglicherweise bei einzelnen Verbindungen von Netzen (zu denken ist hier beispielsweise an die Verbindung eines beliebigen Netzes mit dem Mobilfunknetz der Swisscom) weitgehend unabhängig verhalten könnte. Falls Swisscom den Zugang zum Mobilfunknetz und zu einem anderen von ihr kontrollierten Netz ausschliesslich in Verbindung mit Transitdiensten anbieten würde, könnte dies eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Kartellgesetz darstellen. Die Weko wird bei Vorliegen von entsprechenden Anhaltspunkten nicht zögern, kartellrechtliche Verfahren einzuleiten und allfällige unzulässige Verhaltensweisen zu untersuchen.

b) Auskunftsdienste

85. Bisher besteht im relevanten Markt kein aktueller Wettbewerb. Angesichts der in den nächsten Monaten zu erwartenden Marktzutritten mit den neu vergebenen "18XX"-Nummern ist der potenziellen Konkurrenz ein in hohem Mass disziplinierender Einfluss zuzuordnen. Zudem besteht indirekt Wettbewerbsdruck von anderen Online-Verzeichnissen. Zusammengefasst führen diese Faktoren dazu, dass

Swisscom sich im relevanten Markt nicht mehr unabhängig verhalten kann und damit nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

c) Implementierungsdienste

86. Aufgrund der Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs kommt die Weko zum Schluss, dass sich Swisscom im Markt für Implementierungsdienste in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Demzufolge nimmt Swisscom in diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG ein.

B 2.5	3. Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen
-------	---

Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG

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

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

Zwischenverfügung vom 19. April 2001 in Sachen Untersuchung "Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau" gemäss Artikel 27 KG wegen (angeblich) unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG betreffend Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen

A. Sachverhalt

1. Per 1. Januar 1999 trat im Kanton Aargau zwischen dem Aargauischen Ärzteverband als Vertreter der ÄrztInnen (Baden-Dättwil, nachfolgend AAV), den vier Privatkliniken (Klinik im Schachen [Aarau], Klinik Sonnenblick [Wettingen], Klinik Villa im Park [Rothrist], Klinik Schützen [Rheinfelden]) sowie mehreren Krankenversicherern (Helsana Versicherungen AG [Zürich, nachfolgend Helsana], Concordia [Luzern], Unimedes [Luzern] und Aargauischer Krankenkassenverband als Vertreter der übrigen im Kanton Aargau tätigen Krankenversicherer [Baden, nachfolgend AKV]) ein Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatspitälern (nachfolgend Halbprivatversicherungsvertrag) in Kraft. Dieser Vertrag stellt eine Erneuerung einer Vertragsversion vom 1. Juli 1998 dar. Die CSS Versicherungen (Luzern, nachfolgend CSS) traten dem Vertrag per 1. Januar 2000 bei.

2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eröffnete in dieser Angelegenheit am 8. Oktober 1999 eine Vorabklärung.

3. Mit Einvernehmen eines Mitgliedes des Präsidiums der Wettbewerbskommission eröffnete das Sekretariat am 12. Mai 2000 eine Un-

tersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251).

4. Im Nachgang zu den Fragebogen aus dem Vorabklärungsverfahren nahm das Sekretariat im Rahmen des Untersuchungsverfahrens zusätzliche Erhebungen bei den Vertragsparteien (Privatkliniken, Krankenversicherer, AAV), der Visana und dem kantonalen Gesundheitsdepartement vor.

5. Das Sekretariat wandte sich am 1. März 2001 unter Bezugnahme auf deren Korrespondenz vom 27. Oktober 2000, 15. Januar 2001 und 12. Februar 2001 mit einem Vorschlag bezüglich der Behandlung der als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichneten Tatsachen an die Krankenversicherer. Nach dem Vorschlag sollten gewisse Angaben (namentlich die Zahl der halbprivat Versicherten im Kanton Aargau sowie der Anteil der ausserhalb des Kantons Aargau behandelten Patienten mit Halbprivatversicherung, die versicherungsmässig dem Kanton Aargau zugeordnet werden), jeweils pro Versicherer und Jahr umschrieben und andere überhaupt nicht offen gelegt werden.

6. Bei den Umschreibungen sollte jeweils statt der von den Versicherern konkret genannten Zahl eine Bandbreite angegeben werden, in deren Bereich die fragliche Zahl fiel. So sollte beispielsweise die Zahl der halbprivat Versicherten im Kanton Aargau der Helsana im Jahre 1995, welche [...] beträgt, mit [...] - [...] umschrieben werden. Der Anteil der ausserhalb des Kantons Aargau behandelten Patienten mit Halbprivatversicherung, die versicherungsmässig dem Kanton Aargau zugeordnet werden, sollte für 1997 beispielsweise bei der CSS mit [...] - [...] für die absolute Zahl von [...] und mit [...] - [...] % für die Prozentzahl von [...] % umschrieben werden.

7. Nach zweimaliger Fristverlängerung reichten Helsana, Concordia, Unimedes, CSS und die übrigen dem AKV angeschlossenen Krankenversicherer (soweit sie dem HP-Vertrag beigetreten waren; nachfolgend: die Gesuchsteller) am 23. März 2001 ihre Stellungnahme ein. Sie erklärten sich mit dem Vorschlag des Sekretariates bezüglich der zu umschreibenden Angaben nicht einverstanden; sie verlangten, dass die fraglichen Zahlen absolut vertraulich behandelt werden, das heisst im Rahmen der Akteneinsicht auch nicht in umschriebener Form offengelegt werden. Für den Fall des Festhaltens des Sekretariates an der vorgeschlagenen Umschreibung ersuchten sie um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

8. Das Sekretariat wandte sich am 2. April 2001 an die Gesuchsteller, um mit deren rechtlichen Vertreter am 13. März 2001 telefonisch vereinbarte Berichtigungen zu bestätigen. Die Berichtigungen betrafen [...]. Die Gesuchsteller gaben am 4. April 2001 ihr Einverständnis.

B. Erwägungen

9. Gemäss Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), welches gemäss Artikel 39 KG auf das Kartellverwaltungsverfahren Anwendung findet, ist über die Frage, ob beziehungsweise in welcher Form als Geschäftsgeheimnisse anerkannte Tatsachen zwecks Ermöglichung der Akteneinsicht durch die anderen Parteien zu umschreiben sind, in Form einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden.

10. Nach Artikel 23 Absatz 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Der vorliegende Entscheid stellt eine verfahrensleitende Verfügung im Sinne von Artikel 23 Absatz 1 KG dar (vgl. RPW 1997/2, S. 254).

11. Gemäss Artikel 26 VwVG haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, namentlich auch in die Eingaben anderer Parteien und in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke. Entgegen dem Wortlaut fallen unter Letztere nicht nur Akten, die in einem Verfahren tatsächlich als Beweismittel herangezogen werden, sondern alle Akten, die geeignet sind, als Beweismittel zu dienen (VPB 59.54).

12. Eine Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere solche von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip beschränkt sich die Verweigerung der Einsichtnahme auf diejenigen Aktenstücke beziehungsweise Tatsachen, für die Geheimhaltungsgründe bestehen.

13. Eine Tatsache gilt als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt (BGE 103 V 284):

- a) Die Tatsache darf weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich sein (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);
- b) Der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c) Der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).

14. Sind unter das Geschäftsgeheimnis fallende Tatsachen rechtserheblich, das heisst, sind sie für die Entscheidungsfindung massgebend, steht der Geheimhaltungsanspruch des Geheimnisherrn in einem Spannungsverhältnis zum Gehörsanspruch der beteiligten Parteien. Nach Artikel 28 VwVG sind daher entscheidungswesentliche geheime Tatsachen in geeigneter Weise zu umschreiben, so dass sie den Parteien wenigstens ihrem wesentlichen Inhalt nach bekannt gegeben werden können. Nur so können die Parteien ihr Gehörsrecht ausüben, das insbe-

sondere auch das Recht beinhaltet, sich zu den entscheiderelevanten Tatsachen zu äussern und allenfalls Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

15. Die Zulässigkeit der Umschreibung einer als Geschäftsgeheimnis anerkannten, rechtserheblichen Tatsache - und damit die Pflicht des Geheimnisherrn, diese Umschreibung zu dulden - ergibt sich aus dem bereits erwähnten Grundsatz, dass sich die Verweigerung der Einsichtnahme nur auf solche Tatsachen erstrecken darf, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Verhältnismässigkeitsprinzip). Bestehen Geheimhaltungsgründe zum Beispiel für eine von der betroffenen Partei genannte Zahl, so gilt dies nicht auch für deren Umschreibung etwa durch die Angabe, die fragliche Zahl falle in den Bereich einer bestimmten Spannweite, sofern diese so gefasst ist, dass daraus keine Rückschlüsse gezogen werden können, welche einer Geheimnisverletzung gleichkämen.

16. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass die Entscheidungen der Wettbewerbskommission für die Parteien und, soweit sie veröffentlicht werden, für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sind. Auch dies setzt voraus, dass die Tatsachen, auf welche sich der Entscheid stützt, wenigstens in umschriebener Form bekannt gegeben werden dürfen.

17. Es besteht demnach kein Anspruch auf absolute Geheimhaltung von Tatsachen, die unter das Geschäftsgeheimnis fallen, in dem Sinne, dass sie - selbst im Falle der Entscheidrelevanz - auch nicht in Form einer geeigneten Umschreibung bekannt gegeben werden dürfen.

18. Entgegen der Annahme der Gesuchsteller ist die Rechtserheblichkeit der fraglichen Zahlen nicht anzuzweifeln. Rechtserheblich und damit vom Recht der Parteien auf Akteneinsicht umfasst sind alle Tatsachen, welche für die Entscheidungsfindung von Bedeutung sind. Massgeblich ist also nicht, ob sie im Entscheid erwähnt werden, sondern ob sie den Prozess, der in diesen mündet, beeinflussen. Dies ist in Bezug auf die fraglichen Angaben zu bejahen.

19. Die Gesuchsteller berufen sich darauf, dass das Sekretariat die streitigen Tatsachen als Geschäftsgeheimnis zu den Akten genommen habe. Dazu ist anzumerken, dass die Qualifizierung einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis - auch dann, wenn sie von der betroffenen Partei als solches gekennzeichnet wurde - dem Sekretariat obliegt. Hier ist aber nicht streitig, ob die fraglichen Tatsachen Geschäftsgeheimnisse darstellen, sondern ob und in welcher Form deren Umschreibung zwecks Wahrung des Gehörsanspruchs der anderen Parteien zulässig ist. Oben wurde bereits dargelegt, dass auch die Qualifizierung einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis, deren Umschreibung in den Akten nicht entgegensteht, wenn sie von rechtlicher Relevanz ist. Das Argument stösst damit ins Leere.

20. Nach Ansicht der Gesuchsteller geht es nicht an, die Parteien unter dem Hinweis, dass die Wettbewerbsbehörde das Amts- und Geschäftsgeheimnis zu wahren habe, zur Offenlegung vertraulicher Zahlen aufzufordern, um diese in der Folge in einer Art und Weise zu umschreiben, die das Geschäftsgeheimnis durchlöchere. In Anbetracht der grundsätzlichen Zulässigkeit der Umschreibung geheimer Tatsachen steht aber die Zusicherung der Wahrung des Amts- und Geschäftsgeheimnisses der streitigen Umschreibung nicht entgegen.

21. Angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit der Umschreibung rechtserheblicher geheimer Tatsachen spricht - entgegen der Ansicht der Gesuchsteller - auch die mögliche präjudizielle Wirkung der vorliegenden Verfügung auf künftige Verfahren nicht gegen die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Umschreibung, die im Übrigen einer bereits jetzt bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission entspricht (vgl. RPW 2000/4, S. 597 ff.).

22. Die Gesuchsteller führen weiter an, sie seien harte Konkurrenten auf dem Versicherungsmarkt. Angaben über die Grössenverhältnisse im Zusatzversicherungsmarkt seien deshalb empfindliche private Daten, welche die Versicherer einander nicht offenzulegen bräuchten. Diese Daten seien auch datenschutz-rechtlich geschützt.

23. Diese Argumentation der Gesuchsteller ist geeignet, die Qualität der fraglichen Daten als Geschäftsgeheimnisse darzulegen. Dieser Qualifizierung widersetzt sich das Sekretariat nicht. Hingegen sprechen diese Vorbringen nicht gegen eine Umschreibung der fraglichen Angaben, die jedenfalls in einer Weise vorzunehmen ist, dass keine hinreichend konkreten Rückschlüsse gezogen werden können.

24. Die Gesuchsteller rügen, die vorgeschlagene Umschreibung eigne sich nicht zum Schutz der involvierten Interessen. Zahlen eigneten sich grundsätzlich nicht zur Umschreibung, denn eine umschriebene Zahl lasse gleichwohl Rückschlüsse auf die Grösse der Ausgangszahl zu.

25. Um dem Geheimhaltungsanspruch des Geheimnisherrn Genüge zu tun, muss die Umschreibung in einer Art und Weise erfolgen, welche keine genügend konkreten Rückschlüsse auf die geheim zu haltende Zahl zulässt. Entgegen der Ansicht der Gesuchsteller ist eine derartige Umschreibung auch bei Zahlen möglich, indem statt der vom Geheimnisherrn genannten bestimmten Zahl eine Bandbreite genannt wird, in deren Bereich die Zahl fällt. Wird diese Bandbreite grosszügig gefasst, können keine hinreichend konkreten Rückschlüsse gezogen werden.

26. Vorliegend wurden die zur Umschreibung verwendeten Angaben bewusst grosszügig gefasst, um dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Parteien Rechnung zu tragen. So können beispielsweise aus einer für die Zahl der halbprivat Versicherten im Kanton Aargau des Jahres 1995 genannten Bandbreite von [...] - [...] keinesfalls präzise

Rückschlüsse auf die von der Helsana genannten, geheimen Ausgangszahl von [...] gezogen werden. An der Verhinderung selbst der Möglichkeit, dass äusserst vage Rückschlüsse auf die mögliche Höhe der Ausgangszahl gezogen werden können, ist den Gesuchstellern kein objektives Interesse zuzuerkennen. Mit anderen Worten fehlt es an einem objektiven Geheimhaltungsinteresse der Gesuchsteller an den bewusst unbestimmt gehaltenen Angaben der Umschreibung. Daraus ist zu schliessen, dass ihr Geheimhaltungsanspruch durch die gewählte Art der Umschreibung nicht verletzt wird.

27. Diese Annahme wird bestätigt durch die Tatsache, dass sich die Visana mit der vorgeschlagenen Umschreibung einverstanden erklärt hat.

28. Im Übrigen legen die Gesuchsteller nicht dar, dass eine andere Umschreibung vorzuziehen wäre.

29. Zusammenfassend erweist sich die vorgesehene Umschreibung der unter das Geschäftsgeheimnis fallenden Tatsachen sowohl im Grundsatz als auch unter Berücksichtigung der konkret gewählten Umschreibungsweise als zulässig.

C. Kosten

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

D. Dispositiv

1. Im Rahmen der Gewährung der Akteneinsicht an die Parteien werden die von den Gesuchstellern als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben sowohl hinsichtlich Umfang der Bekanntgabe als auch hinsichtlich Art der Umschreibung der bekanntzugebenden Tatsachen entsprechend dem Vorschlag gemäss den Schreiben des Sekretariates vom 1. März 2001 und vom 2. April 2001 bekannt gegeben.

2. Über die Kosten für diese Verfügung wird mit dem Kostenentscheid in der Hauptsache entschieden.

3. [Rechtsmittelbelehrung]

4. [Eröffnung]

B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. Sanphar

Abschreibungsverfügung vom 3. April 2001 in Sachen Sanphar in Liquidation gegen Vereinigung freier spezialisierter Ärztelieferanten (FSAL) und Wettbewerbskommission betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Nach Einsicht in:

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juni 2000,
- die dagegen von der Sanphar in Liquidation (Beschwerdeführerin), vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Urs Schenker und Dr. Peter Reinert, Baker & McKenzie, Zürich, am 14. Juli 2000 beziehungsweise 16. August 2000 eingereichte Verwaltungsbeschwerde,
- das Schreiben der Vereinigung freier spezialisierter Ärztelieferanten FSAL (Beschwerdegegnerin), vertreten durch Generalsekretär Jean-Pierre Becher, Fürsprecher und Notar, vom 10. Oktober 2000 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
- den Brief der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 25. Oktober 2000 an die Beschwerdegegnerin,
- das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2000 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
- die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 8. November 2000 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
- die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 13. November 2000,
- die nach erfolgter Akteneinsicht eingereichte Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2001,
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. Februar 2001,
- die Kostennote der Beschwerdegegnerin vom 8. März 2001,
- die übrigen sich bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befindlichen Akten

und in Erwägung:

dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28. Februar 2001 ihre Verwaltungsbeschwerde zurückgezogen hat;

dass die Sache deshalb als durch Rückzug erledigt von der Geschäftskontrolle abgeschrieben werden kann;

dass grundsätzlich die Kosten zu tragen hat, wer ein Verfahren durch Rückzug der Beschwerde zur Erledigung bringt, da er als unterliegende Partei zu betrachten ist (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 327; ferner ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1988, Rz. 682 f., 698; sowie MARTIN BERNET, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 146);

dass die Beschwerdeführerin angesichts des Beschwerderückzugs als unterliegende Partei zu betrachten ist und damit grundsätzlich die Kosten zu tragen hat (vgl. FRITZ GYGI, a.a.O., S. 327; ferner ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz. 682 f., 698);

dass der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits erheblicher, kostenpflichtiger Aufwand erwachsen ist;

dass daher der Beschwerdeführerin die diesbezüglichen Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG, SR 172.021; vgl. Art. 4a der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0);

dass die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten mit dem von ihr am 30. August 2000 geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'000.-- zu verrechnen sind und ihr ein Überschuss zurückerstattet wird (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung);

dass die Beschwerdegegnerin infolge Beschwerderückzugs der Beschwerdeführerin als obsiegende Partei zu betrachten ist;

dass der - anwaltlich vertretenen - Beschwerdegegnerin notwendige und verhältnismässig hohe Kosten erwachsen sind, weshalb ihr zu Lasten der unterliegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 5'965.35 (inkl. MwSt.) zuzusprechen ist (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 8 Kostenverordnung sowie Art. 1 ff. Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht, Tarif, SR 173.119.1; vgl. ferner ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz. 706);

verfügt:

1. Die Verwaltungsbeschwerde wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
 2. [Verfahrenskosten]
 3. [Parteientschädigung]
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
-

5. [Eröffnung]

B 3	2. Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 21. Mai 2001 in Sachen Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gegen Wettbewerbskommission betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Mit Schreiben vom 28. September 1998 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband (SBVV) mit, es habe im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Massgabe des Kartellgesetzes eine Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel eröffnet. Denn es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Durchsetzung des Sammelreverses 1993 und der Wechselkursumrechnungstabellen zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen führten. Im selben Schreiben wurde der SBVV in Anwendung von Artikel 11a des Verwaltungsverfahrensgesetzes als Vertreter der zahlreichen, am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien bestimmt. Anlässlich einer Besprechung vom 4. November 1998 zwischen Mitgliedern des Sekretariats der Wettbewerbskommission und Vertretern des SBVV wurde vereinbart, dass der SBVV die Interessen der am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien in der Schweiz vertreten werde. In der Folge wurde mit Schreiben vom 21. Mai 1999 der SBVV, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Zürich, eingeladen, sich zum Verfügungsentwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission vernehmen zu lassen. Mit Schreiben vom 25. Mai 1999 stellte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem SBVV eine korrigierte Version des erwähnten Verfügungsentwurfs (Stand: 25.05.1999) zur Stellungnahme zu.

Mit Schreiben vom 22. Juni 1999 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem SBVV sodann mit, dass am 5. Juli 1999 eine Anhörung durch die Wettbewerbskommission stattfinden werde. Mit Schreiben vom 29. Juni 1999 bestätigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem SBVV diesen Anhörungstermin nochmals. Am 2. Juli 1999 erhob der SBVV, vertreten durch seinen Anwalt, Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragte, "es seien die 'Zwischenverfügungen' vom 22. Juni und 29. Juni 1999 insoweit teilweise aufzuheben, als die Wettbewerbskommission anzuweisen sei, den Termin für eine Anhörung auf einen Zeitpunkt nach Einreichung der schriftlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers und der übrigen Verfahrensbeteiligten anzusetzen (...)". Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen trat zwar mit Entscheid vom 5. Juli

1999 auf die Beschwerde des SBVV nicht ein, hielt indessen in ihren Erwägungen unter anderem fest, dass "nach dem Wesen und der Ausgestaltung des Gesetzes der Entscheid darüber, ob eine Anhörung durchgeführt oder das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmaßnahmen beauftragt werden soll, erst nach Kenntnisnahme einerseits des Antrags ihres Sekretariats und andererseits der von den Beteiligten eingegangenen Stellungnahmen von der WEKO getroffen werden kann". Dem vom Sekretariat der Wettbewerbskommission am 5. Juli 1999 verfassten Protokoll ist zu entnehmen, dass die Anhörung zwar stattgefunden hatte, infolge Abwesenheit des SBVV beziehungsweise dessen Vertreters indessen ergebnislos beendet worden war.

Mit Stellungnahme vom 16. August 1999 zum Verfügungsentwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Stand: 25.05.1999) beantragte der SBVV, vertreten durch seinen Anwalt, das Folgende:

"1. Die Untersuchung betreffend die Preisbindung im Buchhandel sei einzustellen;

eventualiter

2. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel sei einzustellen;

subeventualiter

3. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Buchpreisbindung sei als im Sinne von Artikel 5 KG wirtschaftlich effiziente Abrede als zulässig zu qualifizieren;

im Falle einer Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens

4. es sei bezüglich der bestrittenen Sachverhaltsdarstellung durch das Sekretariat ein Beweisverfahren durchzuführen;

5. dem SBVV sei nach Ausarbeitung des definitiven Antrags an die Wettbewerbskommission Frist für die Einreichung einer Stellungnahme gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG anzusetzen;

6. es sei nach Einreichung der Stellungnahme des SBVV zum definitiven Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission (vgl. Ziff. 5) ein Termin für eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG anzusetzen".

Nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens ordnete die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 6. September 1999 Folgendes an:

- "1. Der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ist unzulässig nach Massgabe von Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a KG.
2. Die Verleger und die Zwischenbuchhändler werden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern.
3. Die Buchhändler sind an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.
5. [Verfahrenskosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Eröffnung]

Zur Begründung erwog sie im Wesentlichen, Gegenstand der Untersuchung sei die Überprüfung der Auswirkungen des "Sammelreverses 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse" (Sammelrevers) auf den schweizerischen Buchhandel. Der Sammelrevers regle die Vermarktung beziehungsweise den Vertrieb von deutschsprachigen Büchern in der Schweiz insofern, als er die Preisbindung der Verlagserzeugnisse statuiere. Im Gegensatz zum hängigen Verfahren betreffend Sammelrevers für Bücher vor der Europäischen Kommission, welches die grenzüberschreitende Preisbindung zwischen Österreich und Deutschland zum Gegenstand habe, würden in der vorliegenden Untersuchung die Auswirkungen des Sammelreverses für Bücher innerhalb der Schweiz untersucht. Der Sammelrevers gelte seit 1. Oktober 1993 und sei ein in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewandtes Preisbindungssystem. Er bezwecke, die Ladenpreise der dem System unterworfenen Bücher lückenlos festzusetzen. Jeder Verleger, der den Sammelrevers unterschreibe, schliesse dadurch mit jedem Buchhändler einschliesslich Zwischenbuchhändler, die den Sammelrevers ebenfalls unterschrieben hätten, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setze der Verleger individuell die (End-)Verkaufspreise seiner Bücher für die entsprechenden Währungsgebiete in Deutscher Mark, Österreichischem Schilling und Schweizer Franken fest. Der Buchhändler verpflichte sich mit Beitritt zum Sammelrevers, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten. Als Vertreter jedes einzelnen Verlags wirke der Preisbindungstreuhandler, als Vertreterin der einzelnen Buchhändler die Preisbindungsbevollmächtigte. Neben dem Sammelrevers bestünden auch Preisbindungen auf der Basis von Einzelvereinbarungen zwischen Verlagen und Buchverkaufsstellen. Deren Bedeutung im Vergleich zum Sammelrevers sei indessen gering, seien doch 90 Prozent aller vermarkteten Bücher über den Sammelrevers gebunden. Hauptakteure im Ver-

triebsmarkt für Bücher seien die Verleger, die Zwischenbuchhändler, die Buchhändler sowie die Endnachfrager (Leserschaft). Der Preisbindungstreuhänder der Verlage und die Preisbindungsbevollmächtigte des Buchhandels würden nicht als Anbieter oder Nachfrager am Marktgeschehen teilnehmen. Umsatzmässig würden Bücher, die über das System des Sammelreverses preisgebunden seien, einen Marktanteil von 90 Prozent erreichen. 10 Prozent des Gesamtumsatzes werde mit nicht preisgebundenen Büchern erzielt.

Der Antrag des SBVV in seiner Stellungnahme vom 16. August 1999 auf Durchführung eines Beweisverfahrens bezüglich der bestrittenen Sachverhaltsdarstellung (Ziff. 4 des Antrags dieser Stellungnahme) werde abgelehnt, da die Abnahme weiterer Beweise angesichts der Aktenlage als nicht erforderlich erscheine. Ebenso werde der Antrag des SBVV, "nach Ausarbeitung des definitiven Antrags an die Wettbewerbskommission eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme gemäss Artikel 30 KG" zu erhalten (Ziff. 5 des Antrags der Stellungnahme), abgelehnt. Dies, weil der SBVV das Recht zur schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission mit Eingabe vom 16. August 1999 bereits habe wahrnehmen können und der definitive Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission gegenüber der dem SBVV zugestellten Version keine Änderungen erfahren habe, welche eine nochmalige Stellungnahme des SBVV erfordern würden. Sodann werde auch dem Antrag des SBVV auf Durchführung einer Anhörung im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG (Ziff. 6 des Antrags der Stellungnahme) nicht stattgegeben, weil hierauf grundsätzlich kein Rechtsanspruch bestehe und unter Berücksichtigung aller Umstände eine Anhörung als nicht erforderlich erscheine.

Aus dem Sachverhalt gehe sodann hervor, dass das Sammelreverssystem - aufgrund des von der Mehrzahl der Verlage und Händler entsprechend geäusserten Willens zur Preisbindung, der organisatorischen Bündelung von identisch lautenden Preisbindungsverträgen, seiner Anwendung auf 90 Prozent der deutschsprachigen Bücher und der strikten Durchsetzung - weitestgehend branchenumfassend und lückenlos wirke. Der Sammelrevers als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen führe zu einer kollektiven Preisbindung. Dieser aktuellen, kollektiven Preisbindung mittels Sammelrevers liege neben den vertikalen Preisbindungsverträgen in der Tat zwei gleichgerichtete horizontale Abreden zu Grunde, eine zwischen den Verlegern und eine zwischen den Buchhändlern. Den beiden horizontalen Abreden liege derselbe Wille zu Grunde, nämlich die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung. Mit dem Preisbindungstreuhänder als Vertreter der einzelnen Verlage und mit der Preisbindungsbevollmächtigten als Vertreterin der einzelnen Buchhändler sei für beide Seiten je eine Person bestimmt worden, welche die kollektiven Interessen der einen

Seite der anderen Seite gegenüber vertreten würden beziehungsweise für die Durchsetzung verantwortlich seien, indem sie Verstösse ahnden und gegebenenfalls über die Einleitung eines Schiedsverfahrens entscheiden würden. Die Umsetzung dieses gemeinsamen Willens mit der branchenweit einheitlichen Preisfestsetzung auf Handelsstufe wirke sich wettbewerbsbeschränkend aus, und zwar in erster Linie auf Buchhandelsstufe. Die Bündelung der Preisbindungsverträge durch den Sammelrevers beseitige vermutungsweise den Preiswettbewerb auf der Stufe des Buchhandels. Inwiefern die Preisbindung den Preiswettbewerb zwischen den Verlagen bestehen lasse, sei vorliegend nicht zu prüfen. Denn Gegenstand der Untersuchung sei die festgestellte horizontale Preisabrede auf der Handelsstufe, aufgrund derer sich die einzelnen Buchhändler keinen Preiswettbewerb liefern könnten. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne indessen umgestossen werden, wenn sich zeige, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibe. Um festzustellen, ob die Abrede über die Festsetzung der Preise auf der Handelsstufe den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitige beziehungsweise ob sich die gesetzliche Vermutung widerlegen lasse, müsse der relevante Markt abgegrenzt werden. Dieser umfasse den Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen (traditioneller Buchhandel, Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und Buchclubs) im Währungsgebiet der Schweiz.

In Bezug auf den Innenwettbewerb sei festzustellen, dass die lückenlose Preisbindung in erster Linie zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Stufe des Buchhandels führe. Der Sammelrevers bewirke nämlich, dass 90 Prozent der Bücher - in einer definierten Mengeneinheit, in einer festgelegten Qualität und zu einem gegebenen Zeitpunkt - im gesamten Schweizer Buchhandel zum selben Preis angeboten würden. Da vorliegend die Auswirkungen des Sammelreverses auf den Buchhandel untersucht würden, sei die Argumentation des SBVV hinsichtlich der Besonderheiten des Produktes Buch nicht stichhaltig. Angesichts der kollektiven Preisbindung, welche insgesamt 90 Prozent des gesamten deutschsprachigen Bücherangebots in der Schweiz erfasse, könnten sich die Buchhändler über 90 Prozent des Bücherangebots keinen Preiswettbewerb liefern. Damit sei nachgewiesen, dass sich die Preisbindung für den überwiegenden Teil des Gesamtangebots im deutschsprachigen Buchhandel letztlich nicht punktuell, sondern horizontal umfassend über eben diese 90 Prozent des gesamten Buchangebotes auswirke und damit zu einer Beseitigung des Innen(preis)wettbewerbs auf Handelsstufe führe. Aus ökonomischer Sicht sei der (relative) Preis der zentrale Parameter für die Kaufentscheidung der Konsumenten. Indem es den Buchhändlern verwehrt sei, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen, sei es ihnen unmöglich, Sonderaktionen und andere preisliche (Marketing-)Massnahmen durchzuführen, oder Serviceleistungen wie fachkundige

Beratung, kundengerechte Sortimente, effizientes Bestellwesen sowie Schaffung von attraktiven Verkaufsstellen einzelbetrieblich mit einem entsprechenden Verkaufspreis abgelenkt zu lassen. Somit sei der Innenwettbewerb im relevanten Markt beseitigt. In Bezug auf den Aussenwettbewerb sei festzuhalten, dass die 10 Prozent preisungebundener Bücher im relevanten Markt in Bezug auf Qualität und Quantität im Vergleich zum traditionellen Buchhandel nur ein sehr beschränktes Sortiment ergäben und die zu 90 Prozent preisgebundenen Büchersortimente nicht konkurrenzieren könnten. Aussenwettbewerb in Form von Verkaufsstellen mit einem umfassenden, aber preisungebundenen Angebot existiere daher nicht. Ferner gebe es auch keine potenzielle Konkurrenz.

Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne somit nicht widerlegt werden. Die kollektive Preisbindung mittels Sammelrevers beseitige den Wettbewerb im relevanten Markt nach Massgabe von Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a Kartellgesetz. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei ausgeschlossen. Ob kulturpolitische Aspekte die kollektive Preisbindung im deutschsprachigen Buchhandel und damit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu rechtfertigen vermögen, sei nicht von der Wettbewerbskommission, sondern allenfalls vom Bundesrat im Rahmen eines Verfahrens betreffend ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen aus überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von Artikel 8 Kartellgesetz abzuklären.

B. Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 erhob der SBVV (Beschwerdeführer), vertreten durch seinen Anwalt, am 8. Oktober 1999 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und stellte folgende Anträge:

"1. Die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 sei aufzuheben;

eventualiter

die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 sei aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen und abzuschliessen;

2. es sei festzustellen, dass die von der Wettbewerbskommission am 7. September 1999 durchgeführte Medienorientierung rechtswidrig ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz".

Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass ein gewichtiger Teil der von der angefochtenen Verfügung berührten Marktteilneh-

mer in den Verbandsstrukturen des SBVV organisiert sei. Folglich sei der SBVV nicht nur gestützt auf die von ihm übernommene Vertretungsfunktion, sondern auch im Hinblick auf Artikel 2 Buchstabe e seiner Statuten legitimiert, als Interessenvertreter seiner Fachverbände und deren Mitglieder gegen die angefochtene Verfügung Beschwerde zu erheben. Gemäss Beschwerdeführer sei die Vorinstanz ihrer Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, nicht nachgekommen. So habe sie es abgelehnt, bezüglich bestrittener Sachverhaltselemente ein Beweisverfahren durchzuführen. Sodann habe die Vorinstanz in Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung als Gegenstand des Verfahrens die Überprüfung der Auswirkungen des "Sammelreverses 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse" auf den schweizerischen Buchhandel bezeichnet. Gemäss Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werde der Sammelrevers generell für unzulässig erklärt. Obwohl sich die Vorinstanz eigentlich auf die Buchpreisbindung mittels Sammelrevers habe beschränken wollen, habe sie bezüglich der Marktdaten auf Zahlen abgestellt, die nicht nur die Preisbindung über den Sammelrevers, sondern auch Einzelvereinbarungen über die Buchpreisbindung betreffen. Die von der Vorinstanz für die Beurteilung zu Grunde gelegten Sachverhaltselemente würden sich folglich nicht mit dem von ihr bezeichneten Verfügungsgegenstand decken. Bereits aus diesem Grund sei die angefochtene Verfügung fehlerhaft. Die Vorinstanz habe sich alsdann in ihrer Verfügung nicht mit den Besonderheiten des Produktes "Buch" auseinandergesetzt. Mit der Preisbindung werde der Wettbewerb auf dem Buchmarkt nicht beseitigt, sondern, gerade umgekehrt, der auf dem Buchmarkt so entscheidende Sortimentswettbewerb - der Wettbewerb über den Buchinhalt - gefördert. Der in der Schweiz seit Oktober 1993 bei der Vermarktung eines Grossteils von Verlagserzeugnissen zur Anwendung gebrachte Sammelrevers werde im gesamten deutschsprachigen Raum verwendet (Deutschland, Österreich, Schweiz). Der Sammelrevers eröffne den Verlegern die Möglichkeit, durch individuelle, vertikale Vereinbarungen mit den Buchhändlern für ihre Titel lückenlos und damit diskriminierungsfrei die Ladenpreise festzusetzen. Jeder einzelne Verleger, der den Sammelrevers unterschreibe, schliesse dadurch mit jedem einzelnen Buchhändler oder jedem einzelnen Zwischenbuchhändler, der einen solchen Revers unterschrieben habe, einen individuellen Preisbindungsvertrag ab. In der angefochtenen Verfügung bleibe die wichtige Tatsache unerwähnt, dass ein dem Sammelrevers beigetretener Verleger in keiner Weise verpflichtet sei, sein gesamtes Sortiment der Preisbindung zu unterstellen und dass es Sache des Verlegers sei zu bestimmen, wie lange ein bestimmtes Verlagserzeugnis der Preisbindung unterstellt werden solle. Daraus sei ersichtlich, dass die Preisbindung auf dem Buchmarkt eine sehr liberale Form einer vertikalen Preisbindung sei, die insbesondere auch nicht zu identisch lautenden Preisbindungsverträgen führe. Zusammenfassend könne festgehalten

werden, dass es sich bei den im Sammelrevers administrativ zusammengefassten Preisbindungsverträgen um reine Vertikalbeziehungen handle, die in keiner Art und Weise - insbesondere auch nicht über einen Verbandsbeschluss - koordiniert würden. Daran ändere auch die Institution des Preisbindungstreuhanders und der Preisbindungsbevollmächtigten nichts. Diese seien dazu geschaffen worden, um das Massenproblem zu lösen und würden den Raum für Individuallösungen nicht einengen.

Im Weiteren sei aus dem Aktenverzeichnis der Vorinstanz nicht ersichtlich, welche Dokumente den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission als Antrag des Sekretariats zugestellt worden seien. Ein Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission sei im Aktenverzeichnis nicht aufgeführt. Zudem sei aus dem Aktenverzeichnis zu schliessen, dass nicht alle an der Sitzung der Vorinstanz vom 6. September 1999 teilnehmenden Mitglieder im Besitze der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999 gewesen seien. Diese Verfahrensfehler würden zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung führen. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren eingeladen worden sei, zu einem Verfügungsentwurf des Sekretariats Stellung zu nehmen und nicht zu einem Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission. Es sei nicht nachvollziehbar, was letztlich Grundlage für den Entscheid der Vorinstanz gewesen sei. Selbst wenn es sich beim Verfügungsentwurf (Stand: 30.08.1999) um den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission handeln sollte, weiche dieser in wesentlichen Punkten vom früheren, dem Beschwerdeführer zugestellten Verfügungsentwurf (Stand: 25.05.1999) ab. Insbesondere werde aus dem Verfügungsentwurf (Stand: 30.08.1999) erstmals deutlich, welche konkreten Anträge (Dispositiv) das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu stellen gedenke. Hiezu habe der Beschwerdeführer in Verletzung von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz nie Stellung beziehen können. Ausserdem habe die Vorinstanz dem Antrag des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 16. August 1999 auf Durchführung einer Anhörung nicht stattgegeben. Die Abweisung dieses Antrages verletze Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz ebenfalls und stelle zugleich eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers dar. Im Weiteren habe am 7. September 1999 in Bern eine Medienorientierung durch die Vorinstanz stattgefunden. Dies, bevor den Parteien die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 eröffnet worden sei. Dieses Vorgehen der Vorinstanz widerspreche nicht nur den rechtlichen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes, sondern verletze auch den Grundsatz der Fairness im Verfahren. Da sich das gesetzwidrige Vorgehen auch gegenüber den Direktbetroffenen dieses Verfahrens jederzeit wiederholen könne, habe der Beschwerdeführer einen An-

spruch darauf, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Rechtswidrigkeit dieses Vorgehens in ihrem Entscheid feststelle.

In materiellrechtlicher Hinsicht sei festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine horizontale Abrede zwischen den Verlegern bestehe. So stelle die Verhaltensweise einer Vielzahl von Verlegern, nebeneinander den Sammelrevers als Instrument der Vermarktung ihrer Produkte anzuwenden, ein kartellrechtlich unbedenkliches Parallelverhalten dar. Der vertikale Charakter einer Wettbewerbsbeschränkung schlage nicht dadurch in einen horizontalen Charakter um, dass andere Unternehmen parallel gleiche Wettbewerbsbeschränkungen verwenden würden. Soweit den Preisbindungstreuhandern betreffend, werde dieser aufgrund ihm von jedem einzelnen Verlag individuell erteilter Überwachungsaufträge tätig. Das Mandat des Preisbindungstreuhanders sei damit nicht Folge einer Zusammenarbeit zwischen den Verlagen, sondern Ergebnis ihres unschädlichen Parallelverhaltens. Die organisatorische Bündelung der rein vertikalen Preisbindungsverträge enthalte keine horizontale, kartellrechtlich relevante Abrede. Zwischen den Verlagen könne keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden. Vielmehr seien die Verlage in der Festsetzung des Ladenpreises für jeden ihrer Titel und auch in der Bestimmung ihrer Abgabekonditionen gegenüber dem Handel völlig frei. Auch bestehe keine horizontale Abrede zwischen den Buchhändlern. Namentlich sei an der 43. Generalversammlung des Beschwerdeführers vom 18. Juni 1991 kein Beschluss der Buchhändler gefasst worden, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken untereinander den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe auszuschliessen. Die Entscheidung, ob ein bestimmter Buchtitel preisgebunden werde oder nicht, liege in jedem Fall allein beim einzelnen Verlag. Wenn sich der Verlag für die Preisbindung entscheide, müsse er sich konsequent daran halten und könne den Titel nur an solche Händler liefern, die mit ihm einen Preisbindungsvertrag geschlossen hätten. Für eine horizontale Abrede unter den Händlern bestehe dann aber weder Anlass noch Raum. Als Zwischenergebnis ergebe sich somit, dass es weder unter den Verlegern noch unter den Buchhändlern horizontale Abreden gäbe, die dem Sammelrevers zu Grunde lägen und auf die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung gerichtet wären. Der Sammelrevers sei und bleibe vielmehr die rein organisatorische Bündelung einer Vielzahl individueller, rein vertikaler Preisbindungsverträge zwischen Verlegern und Buchhändlern. Weder der Preisbindungstreuhandern noch die Preisbindungsbevollmächtigte würden die kollektiven Interessen der einen Seite gegenüber der anderen Seite wahrnehmen. Mangels horizontaler Abreden auf der Verleger- und/oder Händlerebene sei es damit rechtswidrig, das Sammelreverssystem der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu unterstellen. Im Übrigen wäre diese Vermutung auf jeden Fall widerlegt, denn es bestehe nach wie

vor wirksamer Wettbewerb. Für die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sei an Hand der Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht nur auf den Intra-brand-Wettbewerb beim Vertrieb desselben Titels, sondern auch auf den Inter-brand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Titeln sowohl auf der Verleger- als auch auf der Buchhändlerstufe abzustellen. Der Inter-brand-Wettbewerb einschliesslich des Preiswettbewerbs zwischen den Verlagen werde durch den Sammelrevers aber keineswegs ausgeschlossen. Somit sei festzuhalten, dass es einen erheblichen Innenwettbewerb unter den am Sammelrevers teilnehmenden Verlagen gebe, und zwar auch im Hinblick auf den Wettbewerbsparameter Preis. Der Ausschluss des Preiswettbewerbs auf der Handelsstufe beim Vertrieb eines bestimmten Titels führe damit keineswegs zur Beseitigung wirksamen Preiswettbewerbs auf dem Buchmarkt insgesamt. Im Weiteren spiele der Wettbewerbsparameter Preis beim Buchkauf nur eine relativ geringe Rolle. Aus Kundensicht seien vielmehr die Qualität des Sortiments, die Qualität der Beratung und die Qualität der weiteren Serviceleistung ausschlaggebende Wettbewerbsparameter.

Somit könne auf die Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses allenfalls die erste Alternative von Artikel 5 Absatz 1 Kartellgesetz Anwendung finden. Indessen fehle es am Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den Sammelrevers. Ausserdem sei die vertikale Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Sie fördere den Vertrieb neuer Titel und das Serviceangebot im Vertrieb durch die Erhaltung eines flächendeckenden Netzes breitsortierter Sortimentsbuchhandlungen. Sie gestatte den Verlegern eine Mischkalkulation, welche die Bereitschaft zur Herausgabe neuer Titel erhöhe. Sie erleichtere den Marktzutritt kleiner und neuer Verlage mit ihrem jeweils spezifischen Literaturangebot, indem sie einer Konzentration im Buchhandel mit entsprechender Nachfragemacht entgegenwirke. Sie erhöhe das in der einzelnen Buchhandlung angebotene Buchsortiment. Gleichzeitig fördere die Buchpreisbindung die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens und gewährleiste die rationellere Nutzung geistiger Ressourcen, indem sie den Zugang zu den Büchern erleichtere. Zudem gewährleiste die Buchpreisbindung ein allgemein günstiges Preisniveau für Bücher.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 beantragte die Wettbewerbskommission die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, sofern darauf einzutreten sei. Zur Begründung führte sie unter anderem aus, sie habe den rechtserheblichen Sachverhalt genügend abgeklärt. Hinsichtlich der Marktdaten und der Rolle des Preisbindungstreuhänders sei der Aktenstand bereits hinreichend aussagekräftig gewesen, weshalb den diesbezüglichen Beweisanträgen des Beschwerdeführers nicht entsprochen worden sei. Die weiteren Beweisanträge des Beschwerdeführers hinsichtlich der Rolle des Preises im

Büchermarkt als auch im Zusammenhang mit den Eigenschaften des Produktes Buch seien nicht sachverhaltsrelevant gewesen, weshalb sie ebenfalls abgelehnt worden seien. Auch würden sich die der Beurteilung zu Grunde gelegten Sachverhaltselemente sehr wohl mit dem Verfügungsgegenstand decken. Denn dem Sammelrevers (Ziff. A.5) sei zu entnehmen, dass die Sammelrevers-Preisbindung auch mit Einzelvereinbarungen in der Regel nicht umgangen werden könne, da letztere für die betroffenen Bücher faktisch mit den Bestimmungen des Sammelreverses identisch sein müssten. Da die Einzelvereinbarungen das Prinzip des Sammelreverses ebenfalls übernehmen würden, sei eine weitere Differenzierung im Sinne des Beschwerdeführers weder notwendig noch sinnvoll. Sodann verweise der Beschwerdeführer auf Aspekte der "Titelvielfalt", der "Versorgungsdichte", der "flächendeckenden Versorgung mit Büchern" und räume sogar ein, dass solche Ziele "von den politischen Instanzen im deutschen Sprachraum unterstützt" würden. Aus Artikel 8 Kartellgesetz gehe indessen hervor, dass kulturpolitisch motivierte Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf der politischen Ebene zu legitimieren seien. Für eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen Interessen am wirksamen Wettbewerb im Sinne von Artikel 1 Kartellgesetz und anderen öffentlichen Interessen sei im vorliegenden Verfahren dagegen kein Raum. Soweit den relevanten Markt betreffend, sei zu erwähnen, dass zur Beurteilung des Sammelreverses nicht die Austauschbarkeit bestimmter Bücher, sondern die Austauschbarkeit verschiedener Buchverkaufsstellen massgebend sei. Folgerichtig konzentriere sich die angefochtene Verfügung auf die Besonderheiten des Buchhandels und berücksichtige die Besonderheiten des Produktes Buch nur insoweit, als diese für den Handel mit Büchern bestimmend seien. Die angefochtene Verfügung konzentriere sich somit auf die Frage der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf Stufe Buchhandel. Die zusätzliche Prüfung, ob durch den Sammelrevers auch der Wettbewerb auf Stufe Verlag erheblich beeinträchtigt oder beseitigt werde, sei indessen nicht nötig gewesen. Die Wettbewerbskommission vertrete die Auffassung, dass der Sammelrevers klar horizontal wettbewerbsbeseitigende Wirkung habe.

Gemäss Kartellgesetz könne die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen. Indessen bestehe kein Recht der Beteiligten auf Durchführung einer solchen Anhörung. Der Verzicht der Wettbewerbskommission auf Durchführung einer formellen Anhörung stelle vorliegend somit keine Rechtsverletzung dar. Dem Beschwerdeführer sei am 21. Mai 1999 der "Verfügungsentwurf" des Sekretariats zur Stellungnahme zugestellt worden. Am 25. Mai 1999 sei ihm eine korrigierte Version nachgereicht worden. Ob hierfür die Bezeichnung "Antrag" oder "Verfügungsentwurf" verwendet werde, sei ohne Relevanz. Massgebend sei einzig, dass die am Verfahren Beteiligten zum Untersuchungsergebnis hätten Stellung nehmen können. Beim Verfü-

gungsentwurf beziehungsweise Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission (Stand: 30.08.1999) handle es sich zwar nicht exakt um die gleiche Version wie bei dem dem Beschwerdeführer zugestellten Verfügungsentwurf beziehungsweise Antrag (Stand: 25.05.1999). Allerdings würden sich die beiden Anträge bezüglich der materiellrechtlichen Würdigung respektive vom Ergebnis her nicht unterscheiden. Der Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission (Stand: 30.08.1999) unterscheide sich von demjenigen an den Beschwerdeführer (Stand: 25.05.1999) in erster Linie dadurch, dass ersterer noch zusätzlich die Stellungnahme (samt Anträgen) des Beschwerdeführers vom 16. August 1999 berücksichtige. Die Hauptargumentation und die entsprechenden Schlussfolgerungen seien jedoch dieselben. Zum Vorwurf des Beschwerdeführers, er habe nicht zum Dispositiv Stellung nehmen können, sei festzuhalten, dass der dem Beschwerdeführer zugestellte Antrag (Stand: 25.05.1999) unter dem Titel "B.4 Ergebnis" die ersten drei Dispositivpunkte der späteren Verfügung beziehungsweise des Antrags (Stand: 30.08.1999) wiedergebe. Somit sei dem Beschwerdeführer die eigentliche Entscheidformel bekannt gemacht worden. Die übrigen Dispositivpunkte der späteren Verfügung würden die Sanktionsmöglichkeiten im Falle von Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung (Art. 50 bzw. Art. 54 KG), die Kostenverteilung, die Rechtsmittelbelehrung und die Eröffnungsformel der Verfügung enthalten. Dies seien Selbstverständlichkeiten und hätten im Antrag an den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer (Stand: 25.05.1999) keiner speziellen Erwähnung bedurft. Im Weiteren sei den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999 zugestellt worden. Aus dem Gesagten ergebe sich folglich, dass die Wettbewerbskommission dem Vernehmlassungsrecht im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz entsprochen habe und keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege. Hinsichtlich der Medienorientierung vom 7. September 1999 durch die Wettbewerbskommission gelte es festzuhalten, dass der Beschwerdeführer über die angefochtene Verfügung vorab durch Telefax in Kenntnis gesetzt worden sei. Die Medienorientierung bilde Ausfluss der allgemeinen Informationspflicht der Wettbewerbskommission beziehungsweise des Sekretariates. Da sie nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein könne, sei auf das diesbezügliche Feststellungsbegehren des Beschwerdeführers nicht einzutreten.

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission erziele der Sammelrevers klar horizontale Wirkungen im Verlagswesen und im Buchhandel. Die angefochtene Verfügung konzentriere sich auf die horizontalen Wettbewerbswirkungen des Sammelreverses auf der Stufe des Buchhandels. Das vom Beschwerdeführer erwähnte Parallelverhalten stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes dar. Die Buchhändler würden sich mit der Unterzeichnung des Sammelreverses ver-

pflichten, die von den Verlegern festgesetzten Verkaufspreise sowie die vom Sammelrevers vorgegebene, fixe Rabattordnung strikte einzuhalten. Da zudem 90 Prozent der Markttransaktionen gemäss den Konditionen des Sammelreverses abgewickelt würden, verbleibe dem Händler praktisch kein Spielraum zur Preis-Leistung-Differenzierung. Der Sammelrevers beseitige für den Händler das Risiko eines Preiswettbewerbs. Somit falle der Sammelrevers auf der Stufe des Buchhandels in den Anwendungsbereich der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers werde diese Vermutung nicht umgestossen. Die Auffassung des Beschwerdeführers beruhe auf einer fehlerhaften Marktabgrenzung und auf einer unzulässigen Anwendung einer "Besonderheitentheorie" für das Gut Buch. Vorliegend gehe es nicht um das Preis-Leistungs-Verhältnis einzelner Bücher in Konkurrenz zu anderen Büchern, sondern um die mit der Distribution verbundenen Dienstleistungen wie Beratung, Lagerung sowie Angebot von Sortimenten. Der Käufer treffe nicht eine Wahl zwischen Büchern, sondern eine Wahl zwischen verschiedenen Buchhandlungen. Für letztere sei das Preis-Leistungs-Verhältnis des Buchhandels massgebend. Somit sei erwiesen, dass der Preis auch im Buchhandel ein wichtiger Wettbewerbsparameter sei, der durch die Preisbindung gemäss Sammelrevers für 90 Prozent der Markttransaktionen aus- oder gleichgeschaltet werde. Damit entfalle für den Buchhändler auch die Möglichkeit, seine Leistungen in Abgrenzung zur Konkurrenz zu differenzieren. Da der Tatbestand im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz erfüllt sei, bestehe kein Raum für eine Erheblichkeitsprüfung. Gleich verhalte es sich mit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Kartellgesetz, welche bei wettbewerbsbeseitigenden Abreden nicht zur Anwendung gelange.

D. Mit Eingabe vom 11. Februar 2000 beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm Einsicht in die von der Wettbewerbskommission eingereichten Akten zu gewähren. Zugleich beantragte er, es sei ein weiterer Schriftenwechsel anzuordnen und ihm nach Durchführung der Akteneinsicht eine Frist von mindestens dreissig Tagen anzusetzen, innerhalb derer er sich zu den neuen Vorbringen der Wettbewerbskommission in der Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 äussern könne.

Mit Schreiben vom 9. März 2000 entsprach die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dem Akteneinsichtsbegehren des Beschwerdeführers. Im selben Schreiben lud sie den Beschwerdeführer sodann im Sinne eines weiteren Schriftenwechsels ein, zur Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 13. Januar 2000 Stellung zu nehmen.

Nach Einsichtnahme in die Akten reichte der Beschwerdeführer seine Replik am 22. Mai 2000 ein. Hierzu nahm die Wettbewerbskommission

mit Duplik vom 10. Juli 2000, welche dem Beschwerdeführer in der Folge zur Kenntnis zugestellt wurde, Stellung.

E. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2000 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen - unter Vorbehalt des Verzichts - eine mündliche und öffentliche Verhandlung angeordnet hat.

Die Verhandlung wurde am 2. Mai 2001 durchgeführt.

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 3) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer nicht selber Adressat der angefochtenen Verfügung. Indessen ist er im Rahmen der egoistischen Verbandsbeschwerde zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde befugt. Denn er besitzt das Recht der Persönlichkeit und ist statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen seiner Mitglieder befugt. Im Weiteren sind diese Interessen den Mitgliedern beziehungsweise einer grossen Anzahl von Mitgliedern gemeinsam, wobei jedes dieser Mitglieder individuell zur Beschwerdeerhebung legitimiert wäre (vgl. die Statuten des SBVV, Beschwerdebeilage SBVV Nr. 8; vgl. zur egoistischen Verbandsbeschwerde: ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 560 f.; ferner RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 1278 f.; BGE 121 II 39 E. 2d.aa, 125 I 71 E. 1b.aa).

Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG)

und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerde zusätzlich das Begehren, es sei festzustellen, dass die von der Wettbewerbskommission am 7. September 1999 durchgeführte Medienorientierung rechtswidrig erfolgt sei. Es stellt sich die Frage, ob auf dieses Feststellungsbegehren eingetreten werden kann.

Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Gegenstand der Feststellungsverfügung können - dem Verfügungscharakter entsprechend - zweifelsfrei bestimmbare sowie eindeutige individuelle und konkrete Rechte und Pflichten sein. Es kann damit immer nur eine Rechtsfrage, nicht aber eine tatbeständliche Frage geklärt werden (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz. 209).

Die fragliche Medienorientierung stellt ein informelles Verwaltungshandeln der Wettbewerbskommission dar. Gegenüber derartigen Informationshandlungen steht einzig die indirekte Anfechtung über die Staatshaftungsklage oder die Anfechtung einer Feststellungsverfügung offen. Diese indirekten Anfechtungsmöglichkeiten greifen allerdings nur dort, wo eine Feststellungsverfügung überhaupt erwirkt werden kann oder ein im Staatshaftungsverfahren einklagbarer Vermögensschaden vorliegt (vgl. unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. August 1999 in S. S. [98/GB-002] E. 1; vgl. ferner MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 96/1995, S. 533 ff., insbes. S. 536 f.). Da die durchgeführte Medienorientierung eine Information der Öffentlichkeit darstellt und selber kein individuelles Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Wettbewerbskommission regelt, kann sie nach dem zuvor Dargelegten nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein. Im Zusammenhang mit der Orientierung der Öffentlichkeit kann sich allenfalls die Frage stellen, ob der Anspruch einer Partei auf Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu beachten ist (Art. 25, 48 und 49 Kartellgesetz, zitiert in E. 3). Der Beschwerdeführer rügt die Medieninformation jedoch nicht wegen ihres Inhalts als Geheimnisverletzung, sondern wegen ihres Zeitpunktes als Verletzung des Grundsatzes der Fairness im Verfahren.

Auf das Feststellungsbegehren ist demzufolge nicht einzutreten.

3. Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Es ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 KG).

4. In formeller Hinsicht bringt der Beschwerdeführer verschiedene Rügen vor. Diese sollen im Nachfolgenden einzeln geprüft werden.

4.1. In seiner Beschwerde wirft der Beschwerdeführer dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vor, dieses habe ihn bei der Eröffnung der Untersuchung unter Berufung auf Artikel 11a VwVG als Vertreter der am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien bestimmt. Allerdings stellt er diesbezüglich keinen formellen Antrag. Dennoch rechtfertigt sich vorliegend eine kurze Auseinandersetzung mit diesem Vorbringen.

Die Behörde kann verlangen, dass die Parteien für das Verfahren einen oder mehrere Vertreter bestellen, wenn in einer Sache mehr als 20 Parteien mit kollektiven oder individuellen Eingaben auftreten, um gleiche Interessen wahrzunehmen (Art. 11a Abs. 1 VwVG). Kommen sie dieser Aufforderung nicht innert angemessener Frist nach, so bezeichnet die Behörde einen oder mehrere Vertreter (Art. 11a Abs. 2 VwVG).

Indem das Sekretariat der Wettbewerbskommission bei der Eröffnung der Untersuchung den Beschwerdeführer als Vertreter der am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien (in der Schweiz) bestimmt hat - ohne dass es den betroffenen Parteien unter Fristansetzung die Gelegenheit eingeräumt hat, selber einen Vertreter zu bestellen, und ohne dass überhaupt Eingaben von Parteien vorgelegen haben - ist Artikel 11a VwVG nicht wortstreng zur Anwendung gelangt. Indessen hat sich der Beschwerdeführer durch sein Verhalten im vorinstanzlichen Verfahren (und auch vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen) auf die Vertretungsfunktion eingelassen. Aufgrund der Bekanntgabe der eröffneten Untersuchung durch amtliche Publikation stand es im Übrigen den betroffenen Parteien frei, sich neben dem Beschwerdeführer selbstständig am Verfahren zu beteiligen. Aus diesen Gründen ist die dem Beschwerdeführer zugewiesene Vertretungsfunktion nicht zu beanstanden.

4.2. Sodann bringt der Beschwerdeführer vor, dass sich die von der Wettbewerbskommission für die Beurteilung zu Grunde gelegten

Sachverhaltselemente nicht mit dem von ihr bezeichneten Verfügungsgegenstand decken würden. So habe sie als Gegenstand des Verfahrens die Überprüfung der Auswirkungen des Sammelreverses 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse auf den schweizerischen Buchhandel bezeichnet und in ihrem Dispositiv den Sammelrevers generell als unzulässig erklärt. Obwohl sich die Wettbewerbskommission demnach auf die Buchpreisbindung mittels Sammelrevers habe beschränken wollen, habe sie bezüglich der Marktdaten auf Zahlen abgestellt, die nicht nur die Preisbindung über den Sammelrevers, sondern auch Einzelvereinbarungen über die Buchpreisbindung betreffen. Bereits aus diesem Grund sei die angefochtene Verfügung fehlerhaft.

Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 zutreffend ausführt, kann die Sammelrevers-Preisbindung in der Regel auch nicht mit Einzelvereinbarungen umgangen werden. Denn auch solche Einzelvereinbarungen über die Preisbindung müssen für die Verlagserzeugnisse, welche der Sammelrevers-Preisbindung unterstellt sind, mit den Bestimmungen des Sammelreverses identisch sein. Dies folgt einerseits aus Ziffer A.8 des Sammelreverses, der den Verleger verpflichtet, für die Lückenlosigkeit der Preisbindung zu sorgen und die Gleichbehandlung seiner Abnehmer in Preisbindungsfragen sicherzustellen. Andererseits ist der Buchhändler auch dann verpflichtet, die Bestimmungen des Sammelreverses anzuwenden, wenn er dem Sammelrevers unterstellte Titel von Dritten bezieht oder an Dritte veräussert. Dies ergibt sich aus Ziffer A.5 des Sammelreverses:

"A.5 Die Verpflichtungen dieses Vertrages gelten auch dann, wenn ich die preisgebundenen Werke von dritter Seite, zum Beispiel vom Zwischenbuchhandel oder von einem anderen Händler, beziehe.

Sofern ich meinerseits, zum Beispiel als Zwischenhändler, preisgebundene Verlagserzeugnisse an Wiederverkäufer weiter veräussere, bin ich verpflichtet, zuvor zu prüfen, ob der betreffende Händler bereits gebunden ist. Ist er noch nicht gebunden, so muss ich dies dem Preisbindungstreuhandler mitteilen, damit dieser den Händler binden kann; oder ich muss ihn meinerseits entsprechend diesem Vertrag durch den Revers binden.

Ebenso habe ich Wiederverkäufer, die ich ausserhalb der Schweiz beliefere, zur Verhinderung der Umgehung einer lückenlosen Preisbindung schriftlich für den Fall zu binden, dass sie in die Schweiz reimportieren (ich habe sie ausserdem zu verpflichten, beim Weiterverkauf an Händler diese ebenfalls zu binden).

...".

Nach dem oben Ausgeführten erübrigt sich demnach eine Differenzierung zwischen der Buchpreisbindung über den Sammelrevers und einer Buchpreisbindung über Einzelvereinbarungen. Somit erweist sich das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers als unbegründet.

4.3. Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren, es sei aus dem Aktenverzeichnis der Vorinstanz nicht ersichtlich, welche Dokumente den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission als Antrag des Sekretariats zugestellt worden seien. Ein Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission sei im Aktenverzeichnis nicht aufgeführt. Er sei im vorinstanzlichen Verfahren eingeladen worden, zu einem Verfügungsentwurf des Sekretariats Stellung zu nehmen und nicht zu einem Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission. Darin sei ein Verfahrensfehler zu erblicken, was zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung führe.

Nach Massgabe des Kartellgesetzes können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission Stellung nehmen (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG). Am 21./25. Mai 1999 erhielt der Beschwerdeführer den "vollständigen Verfügungsentwurf" des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zur Stellungnahme zugestellt. Derselbe ging gleichen Datums an die Mitglieder der Kammer "Produktmärkte" der Wettbewerbskommission (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nrn. 46, 47 und 48). Ob hierfür nun die Terminologie "Antrag" oder - wie im vorliegenden Fall - "Verfügungsentwurf" verwendet wird, ist nicht von Relevanz. Entsprechend dem Sinn und Zweck der erwähnten Gesetzesbestimmung ist vielmehr entscheidend, dass sich der Beschwerdeführer zum Untersuchungsergebnis äussern konnte, was er mit Stellungnahme vom 16. August 1999 auch getan hatte (vgl. auch BRUNO SCHMIDHAUSER in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 7 zu Art. 30 KG). Demzufolge erweist sich auch diese Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet.

4.4. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass - sollte es sich beim erwähnten Verfügungsentwurf um den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission handeln - er sich lediglich zum Verfügungsentwurf (Stand: 25. Mai 1999) und nicht zum definitiven Verfügungsentwurf (Stand: 30. August 1999), welcher in wesentlichen Punkten vom früheren abweiche, habe äussern können. Insbesondere werde aus dem Verfügungsentwurf (Stand: 30. August 1999) erstmals deutlich, welche konkreten Anträge (Dispositiv) das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu stellen gedenke. Hiezu habe er in Verletzung von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz nie Stellung beziehen können.

Dem ist allerdings - in Übereinstimmung mit der Wettbewerbskommission - entgegenzuhalten, dass sich die beiden Entwürfe beziehungsweise Anträge des Sekretariates hinsichtlich der materiellrechtlichen

Würdigung und vom Ergebnis her nicht unterscheiden. In den Verfügungsentwurf beziehungsweise Antrag (Stand: 30. August 1999) hat das Sekretariat zusätzlich die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999 integriert. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung respektive des Antrags (Stand: 30. August 1999) ist - soweit erforderlich - bereits im Antrag (Stand: 25. Mai 1999) unter dem Titel "B.4 Ergebnis" enthalten. Die übrigen Ziffern des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beziehungsweise des Antrags (Stand: 30. August 1999) betreffen die Sanktionsmöglichkeiten im Falle von Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung, die Kostenverteilung, die Rechtsmittelbelehrung und die Eröffnungsformel der Verfügung, mithin allesamt Punkte, die das Sekretariat nicht zwingend im Antrag an die Wettbewerbskommission (Stand: 25. Mai 1999) festhalten und dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer demzufolge auch nicht zur Stellungnahme unterbreiten musste. Daraus folgt, dass der definitive Antrag (Stand: 30. August 1999) des Sekretariats an die Wettbewerbskommission gegenüber der dem Beschwerdeführer zugestellten Version (Stand: 25. Mai 1999) keine Änderungen erfahren hat, welche eine nochmalige Stellungnahme des Beschwerdeführers erfordert hätten.

Selbst wenn man indessen im Sinne des Beschwerdeführers zum Ergebnis gelangen würde, dass diesem der Antrag (Stand: 30. August 1999) zur Stellungnahme hätte unterbreitet werden müssen und dass durch die Nichtunterbreitung Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz und folglich das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden wäre, hätte vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Heilung desselben stattgefunden. Denn der fragliche Antrag wurde dem Beschwerdeführer auf dessen Ersuchen hin durch die Wettbewerbskommission nachträglich zugestellt (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 102b; vgl. Beschwerdebeilagen SBVV Nrn. 43 und 44), weshalb er im Beschwerdeverfahren vor der mit umfassender Kognition ausgestatteten Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hinlänglich Gelegenheit erhielt, sich hiezu zu äussern (zur Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör: vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 798 f.). Das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers ist deshalb unbegründet.

4.5. Eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt der Beschwerdeführer auch darin, dass seine schriftliche Stellungnahme vom 16. August 1999 zum Verfügungsentwurf (Stand: 25. Mai 1999) nicht allen am Entscheid teilnehmenden Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission zur Kenntnis gebracht worden sei. Dieser Verfahrensfehler führe ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung.

Gemäss dem Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (Geschäftsreglement, SR 251.1; Art. 1 Abs. 1) treffen folgende

Organe Entscheidungen im Namen der Wettbewerbskommission: die Kommission; die drei Kammern; das Präsidium; die einzelnen Präsidiumsmitglieder. Jede Kammer besteht aus dem Kammerpräsidenten oder der Kammerpräsidentin, vier Mitgliedern und vier Ersatzmitgliedern. Zwei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder müssen unabhängige Sachverständige sein (Art. 2 Abs. 1 Geschäftsreglement). Eine Kammer ist beschlussfähig, wenn mindestens drei Mitglieder anwesend sind, von denen die Mehrheit unabhängige Sachverständige sind (Art. 2 Abs. 2 Geschäftsreglement). Die Kommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ zugewiesen sind (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsreglement). Sie entscheidet überdies auf Begehren von mindestens drei Kommissionsmitgliedern oder auf Begehren der zuständigen Kammer im Einzelfall über Fragen, die in den Zuständigkeitsbereich einer Kammer fallen (Art. 4 Abs. 4 Geschäftsreglement). Massgebend für die Zuständigkeit der drei Kammern ist der von der Wettbewerbsbeschränkung oder vom Zusammenschluss schergewichtig betroffene sachliche Markt oder Wirtschaftsbereich. Unter Vorbehalt von Artikel 4 Absatz 4 ist für Geschäfte zuständig: die erste Kammer für Märkte im Bereich der industriellen Produktion und des Gewerbes; die zweite Kammer für Märkte im Bereich der Dienstleistungen; die dritte Kammer für Märkte im Bereich der Infrastruktur (Art. 5 Abs. 1 Geschäftsreglement). Die Kommission und die Kammern werden durch den Präsidenten oder die Präsidentin einberufen. Sie müssen einberufen werden, falls es für die Kommission fünf Mitglieder oder für die Kammer ein Mitglied, jeweils unter Angabe der Gründe, verlangen. Die Kommission und die Kammern können auf dem Zirkulationsweg beschliessen, soweit nicht für die Kommission drei Mitglieder oder für die Kammer ein Mitglied, jeweils unter Angabe der Gründe, Beratung verlangen (Art. 10 Abs. 1 und 2 Geschäftsreglement).

Im vorliegenden Fall wurde die schriftliche Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999 den Mitgliedern der (ersten) Kammer Produktemärkte, welche zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig war, mit Schreiben vom 20. August 1999 und auf Begehren fünf weiteren Mitgliedern der Wettbewerbskommission zugestellt (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 92). Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass zwei Mitglieder, die an der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 teilnahmen, sich seine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht zustellen liessen und sie daher auch nicht zur Kenntnis genommen hätten. Die Wettbewerbskommission hält dem entgegen, dass auch diese Kommissionsmitglieder Zugang zu den Akten gehabt hätten und dass es ihnen zu überlassen sei, wie sie von deren Inhalt Kenntnis nehmen wollen. In der Tat muss es genügen, dass die Mitglieder einer Behörde von den Verfahrensakten Kenntnis nehmen können. Ob und wie sie das tun, ist ihre Sache und kann nicht durch die Behörde kontrolliert

werden. Immerhin mag es als erwünscht erscheinen, dass ein derart wichtiges Schriftstück, wie es die nach Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz den Parteien zustehende schriftliche Stellungnahme darstellt, für alle an einer Entscheidung mitwirkenden Mitglieder in ihren persönlichen Sitzungsakten unmittelbar verfügbar ist. Wenn aber Mitglieder einer Kollegialbehörde eine gewisse Arbeitsteilung vornehmen und sich zum Beispiel über den Inhalt einzelner Aktenstücke zuerst einmal von anderen Mitgliedern oder dem Sekretariat informieren lassen und nur im Zweifel diese Akten selbst lesen, kann darin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden, sofern die praktizierte Arbeitsteilung nicht so weit geht, dass eine umfassende und objektive Information aller Behördemitglieder gefährdet ist.

4.6. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei auch dadurch verletzt worden, dass die Wettbewerbskommission sich geweigert habe, nach Eingang seiner schriftlichen Stellungnahme eine Anhörung im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz durchzuführen.

Gemäss Kartellgesetz kann die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG). Bereits dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist zu entnehmen, dass die Wettbewerbskommission nicht verpflichtet ist, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Vielmehr wird sie eine Anhörung nur dann beschliessen, falls ihres Erachtens ein zusätzlicher Untersuchungsbedarf besteht. Ein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine solche Anhörung besteht indessen nicht (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 30 KG; vgl. ferner ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 621). Im vorliegenden Fall war die Wettbewerbskommission demzufolge nicht zur Durchführung einer Anhörung verpflichtet, weshalb sich auch dieses Vorbringen des Beschwerdeführers als unbegründet erweist.

4.7. Der Beschwerdeführer sieht einen Verfahrensmangel auch darin, dass A., Mitglied der Wettbewerbskommission, an der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 teilgenommen habe, obwohl er in diesem Verfahren früher in Ausstand getreten sei. Wie in Ziffer 24 der angefochtenen Verfügung festgehalten wird, ist A. für das gesamte Verfahren über die Buchpreisbindung in Ausstand getreten. Dass er gemäss Deckblatt des Protokolls der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 als anwesend vermerkt wird, beweist nicht, dass er unter Missachtung seiner Ausstandserklärung an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Seine Anwesenheit erklärt sich vielmehr dadurch, dass an der fraglichen Sitzung neben der Buchpreisbindung noch acht andere Geschäfte behandelt wurden (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nrn. 94 und 98).

5. In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Sammelrevers es den Verlegern ermögliche, durch individuelle, vertikale Vereinbarungen mit den Buchhändlern für ihre Verlagserzeugnisse lückenlos die Ladenpreise festzusetzen. Dabei sei jeder Verleger frei zu bestimmen, ob er sein gesamtes Sortiment oder nur einzelne Verlagserzeugnisse der Preisbindung unterstellen wolle und wie lange die Preisbindung bestehen bleiben solle. Somit handle es sich bei der Buchpreisbindung um eine sehr liberale Form einer vertikalen Preisbindung. Weder bestehe eine horizontale Abrede zwischen den Verlegern noch bestehe eine solche zwischen den Buchhändlern. Mangels horizontaler Abreden auf der Verleger- und/oder Händlerebene sei es damit rechtswidrig, das Sammelreverssystem der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu unterstellen. Im Übrigen wäre diese Vermutung auf jeden Fall widerlegt, denn es bestehe nach wie vor wirksamer Wettbewerb. Da es im Weiteren am Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch den Sammelrevers fehle und ausserdem die vertikale Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wäre, lägen keine unzulässigen Wettbewerbsabreden vor.

Demgegenüber erwog die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung, dass das Sammelreverssystem weitestgehend branchenumfassend und lückenlos wirke. Der Sammelrevers als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen führe zu einer kollektiven Preisbindung, welcher neben den vertikalen Preisbindungsverträgen in der Tat zwei gleichgerichtete horizontale Abreden zu Grunde liegen würden, nämlich eine zwischen den Verlegern und eine zwischen den Buchhändlern. Die Bündelung der Preisbindungsverträge durch den Sammelrevers beseitige damit vermutungsweise den Preiswettbewerb auf der Stufe des Buchhandels. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs werde nicht widerlegt, da sowohl der Innenwettbewerb auf Handelsstufe als auch der Aussenwettbewerb beseitigt seien. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei damit ausgeschlossen.

5.1. Nach Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz wird vermutet, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt sei, wenn eine horizontale Wettbewerbsabrede vorliegt, das heisst eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen.

5.1.1. Eine Vereinbarung, dass die Buchpreise zu binden seien, ist weder für die Verleger noch für die Buchhändler nachgewiesen. Zwar wurde an der 43. Generalversammlung des SBVV vom 18. Juni 1991 (...) beschlossen, die damals geltende Preisbindungsvereinbarung in Analogie zu Deutschland durch einen Sammelrevers zu ersetzen (...). Doch bildet dieser Beschluss für sich allein noch keine horizontale Abrede. Der Sammelrevers, der am 1. Oktober 1993 eingeführt wurde, zwingt

keinen Verleger zur Teilnahme. Er belässt auch den Verlegern, die ihn unterzeichnen, das Recht zu bestimmen, welche der von ihnen herausgegebenen Titel der Preisbindung unterstehen, und der einzelne Verleger kann diese Unterstellung jederzeit beenden. Für die der Preisbindung unterstellten Titel regelt der Sammelrevers die Möglichkeiten der Rabattgewährung und der Ausnahme von der Preisbindung, erlaubt aber dem Verleger, abweichende Regelungen zu treffen. Eine wirksame wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung hätte zudem auch die deutschen und österreichischen Verleger einbeziehen müssen, die zusammen schätzungsweise 85 Prozent des deutschsprachigen, in der Schweiz angebotenen Sortiments liefern (vgl. Verfahrensakte der Wettbewerbskommission Nr. 91: Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999, Ziff. 39).

Vertragsrechtlich beruht die Preisbindung auf einer individuellen Vereinbarung zwischen den einzelnen Verlegern und Buchhändlern, selbst wenn sie sich dem Sammelrevers unterstellt haben. Mit der Unterzeichnung des Sammelreverses verpflichtet sich der Buchhändler gegenüber jedem unterzeichnenden Verleger, die von diesem vorgeschriebenen Endverkaufspreise einzuhalten. Der Verleger verpflichtet sich seinerseits gegenüber den unterzeichnenden Buchhändlern, beim Vertrieb der unterstellten Titel für die lückenlose Preisbindung besorgt zu sein (vgl. Verfahrensakte der Wettbewerbskommission Nr. 15: Sammelrevers Ziff. A.1 und A.8; vgl. ferner Verfahrensakte der Wettbewerbskommission Nr. 91: Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 16. August 1999, Ziff. 27).

5.1.2. Mit dem Sammelrevers haben die Verbände der Verleger und der Buchhändler aber den Marktteilnehmern nicht nur einen Mustervertrag für eine individuelle Preisbindungsvereinbarung zur Verfügung gestellt. Der Sammelrevers enthält vielmehr verschiedene Elemente einer gemeinschaftlichen Regelung. So können die vorgesehenen Konventionalstrafen für Verstöße von Verlegern nur durch die von den Buchhändlern bestellte Preisbindungsbeauftragte geltend gemacht werden und die Zahlung geht an den Beschwerdeführer (Sammelrevers Ziff. A.6 Abs. 3). Ferner sieht der Sammelrevers ein vom Preisbindungstreuhänder der Verleger und der Preisbindungsbeauftragten der Buchhändler bestelltes Schiedsgericht vor, dem alle aus dem Preisbindungsvertrag sich ergebenden Streitigkeiten zum Entschieden zu unterbreiten sind (Sammelrevers Ziff. A.10). Der Preisbindungstreuhänder ist auch beauftragt, die Einhaltung der Preisbindung zu überwachen, das heisst Verstöße festzustellen, abzumachen und den betroffenen Verleger zu orientieren, der aufgrund seiner Verpflichtung zur Lückenlosigkeit die Preisbindung durch die Einforderung von Konventionalstrafen oder Lieferstopps durchzusetzen hat. Vor allem aber nimmt der Preisbindungstreuhänder die Unterzeichnungen des Sammelreverses durch Verleger und Buchhändler entgegen und macht sie den Beteiligten bekannt. Schliesslich ist er auch mit

einer gewissen Öffentlichkeitsarbeit für das Preisbindungssystem be-
traut (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 40:
Schreiben des Preisbindungstreuhänders vom 20. April 1999 an die
Wettbewerbskommission). Die Preisbindungsbeauftragte ist ihrerseits
durch die unterzeichnenden Buchhändler bevollmächtigt, bei Ände-
rungen des Sammelreverses mitzuwirken und die Reversverpflichtung
gegenüber neu beitretenden Verlegern namens der Buchhändler zu
unterzeichnen (Sammelrevers Ziff. A.11).

Nach Auffassung des Beschwerdeführers dienen Treuhänder und Be-
auftragte ausschliesslich der Bewältigung des Massenproblems, mit
dem ein Verleger konfrontiert ist, wenn er die Endverkaufspreise sei-
ner Titel binden will, da er seine Lieferbedingungen gegenüber Hun-
derten von möglichen Abnehmern bekannt machen und durchsetzen
muss. Auf seinen Entscheid, ob und in welchem Umfang er seine Pro-
duktion der Preisbindung unterstellen und wie er bei Verstössen vor-
gehen will, hätten sie aber keinen Einfluss.

5.1.3. Diese Entscheidungsfreiheit reicht jedoch nicht aus, um eine
horizontale Wettbewerbsabrede auszuschliessen. Nach Artikel 4 Ab-
satz 1 Kartellgesetz gelten als Wettbewerbsabreden auch rechtlich
nicht erzwingbare Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltenswei-
sen. Es ist deshalb zu untersuchen, wie es zu dem weitgehend gleich-
förmigen Verhalten der Marktteilnehmer kommt. Wie der Beschwer-
deführer darlegt, kann der Verleger den Erfolg eines Titels im Voraus
nur schwer abschätzen. Er ist deshalb daran interessiert, mit Hilfe eines
dichten Verkaufstellennetzes mit breitem Angebot eine grosse Zahl
von Titeln anbieten zu können. Aus dem Verkauf erfolgreicher Titel
können Buchhändler und Verleger die Kosten des Angebots von Titeln
finanzieren, die sich als weniger erfolgreich erweisen. Die Preisbin-
dung erlaubt somit Verlegern und Buchhändlern eine Quersubventio-
nierung (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 25:
Antworten vom 3. Februar 1999 des Beschwerdeführers auf den Fra-
gebogen der Wettbewerbskommission, Nrn. 18-22; vgl. ferner Verwal-
tungsbeschwerde Ziff. 20 und 21).

Allerdings setzt diese Quersubventionierung voraus, dass die Preisbin-
dung von der überwiegenden Zahl der Marktteilnehmer angewandt
wird, denn nur so können sie einen Einfluss auf die Struktur des Ver-
kaufstellennetzes erwarten. Nur durch gleichförmiges Verhalten ha-
ben die Verleger eine Chance, mit Hilfe der Preisbindung die von ih-
nen gewünschte örtliche Dichte und sachliche Breite des Angebots zu
fördern. Zwar wird, soweit ersichtlich, unter Verlegern kein Zwang
ausgeübt, sich am Sammelrevers zu beteiligen. Aber durch den Sam-
melrevers wird die Preisbindung, insbesondere ihre lückenlose An-
wendung, zweifellos erleichtert, wenn nicht sogar erst möglich ge-
macht. Die Einsetzung des Treuhänders und der Bevollmächtigten ver-
ringert den Verwaltungsaufwand ganz erheblich und erlaubt eine zu-

verlässige Überwachung und Durchsetzung des Vollzugs. Indem der Sammelrevers für den Verleger ein wichtiges, wenn nicht sogar unerlässliches Instrument zur Anwendung der Preisbindung darstellt, erhöht er gleichzeitig in bestimmender Weise die Chancen, dass die überwiegende Zahl der Verleger die Preise ihrer Produkte binden. Nicht weil die Preisbindung für den einzelnen Verleger individuell vorteilhaft ist, wendet er sie an, sondern weil er dank dem Sammelrevers darauf zählen kann, dass seine Konkurrenten sie ebenfalls verwenden.

Dass der Sammelrevers in dieser Weise sehr erfolgreich wirksam ist, zeigt sich daran, dass nach den Angaben des Beschwerdeführers in einer gut sortierten Sortimentsbuchhandlung bloss bis zu 10 Prozent des Sortiments nicht preisgebunden ist (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 25: Antworten vom 3. Februar 1999 des Beschwerdeführers auf den Fragebogen der Wettbewerbskommission, Nr. 3). Der Beschwerdeführer weist allerdings darauf hin, dass diese 10 Prozent nicht unbedingt dem Anteil am gesamten Büchermarkt entsprechen, weil nicht feststehe, ob das Sortiment einer traditionellen Sortimentsbuchhandlung dem gesamten Büchermarkt entspreche. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben, denn der Anteil der preisgebundenen Bücher ist jedenfalls so gross, dass der Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des Gesamtmarktes beeinflusst ist.

Der Sammelrevers bildet somit das koordinierende Element, das eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Kartellgesetz von einem bloss gleichförmigen und wettbewerbsrechtlich daher nicht erfassten Verhalten unterscheidet.

5.1.4. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher und der Tatsache, dass er vor allem Neuerscheinungen erfasst, haben die Buchhändler, selbst wenn sie wollten, keine andere Wahl, als sich mit dem Sammelrevers oder durch eine inhaltlich entsprechende Einzelvereinbarung der Preisbindung zu unterstellen. Als Alternative bliebe ihnen nur das so genannte moderne Antiquariat, das nicht in Konkurrenz zum preisgebundenen Angebot der Sortimentsbuchhandlungen zu treten vermag.

5.2. Wie bereits erwähnt, wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden von Gesetzes wegen vermutet (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG; vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 304). Gemäss Botschaft zum geltenden Kartellgesetz ist für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand der Preisfestsetzungsabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend und nicht das Mittel, mit dem diese erreicht wird. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten (vgl. Botschaft, BBl 1995 I 468 ff., 567; vgl. ferner FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 115 zu Art. 5 KG; vgl. auch ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 311).

Die im europäischen Wettbewerbsrecht zum Preisfixierungsverbot von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957) entwickelte Praxis rechnet zu den indirekten Preisfestsetzungen unter anderem die Abstimmung über Zeitpunkt und Höhe von Preisänderungen oder auch Absprachen, nicht von den eigenen Listenpreisen abzuweichen. Als weitere Fälle von indirekten Preisabsprachen sind etwa Horizontalabsprachen zwischen Herstellern über die kollektive Anwendung von Preisbindungen der zweiten Hand und gewisse Horizontalabsprachen über Preiselemente oder -komponenten auf der Vertriebsstufe anzusehen (vgl. FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 5 KG).

Mit der im vorliegenden Fall zwischen einem Verleger und einem Buchhändler via Sammelrevers abgeschlossenen Vereinbarung verpflichtet sich der Buchhändler, die vom Verleger jeweils festgelegte Preisliste für die von letzterem bezeichneten Verlagserzeugnisse einzuhalten (vgl. Sammelrevers Ziff. A.1). Der Buchhändler übernimmt somit "automatisch" die vom Verleger bestimmten Preise. Diese Abrede stellt einen Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage und nach dem Gesagten eine indirekte Preisfestsetzung dar.

Damit kann im Sinne eines Zwischenergebnisses festgehalten werden, dass die unter Anwendung des Sammelreverses vereinbarten Abreden horizontale Wettbewerbsabreden über die indirekte Festsetzung von Preisen darstellen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Demzufolge wird von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet. Diese gesetzliche Vermutung kann indessen umgestossen werden, wenn nachgewiesen wird, dass trotz der Abreden so genannter Innen- oder Aussenwettbewerb möglich ist (vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 305).

5.3. Die Wettbewerbskommission hat in der angefochtenen Verfügung als relevanten Markt den "Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen (...) im Währungsgebiet der Schweiz" bezeichnet (Ziff. 76). Die von ihr beanstandete Wettbewerbsabrede bewirkt den weit gehenden Ausschluss des Preiswettbewerbs im Buchhandel, da die Verleger den grössten Teil der Titel der Preisbindung unterstellen.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass die Ware, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei, allein das Produkt "Buch" sei. Dieses könne grundsätzlich mit oder ohne buchhändlerische Serviceleistungen angeboten werden. Diese Leistungen würden aber keinen eigenständigen relevanten Produktmarkt bestimmen, weil sie nicht gesondert gehandelt sondern stets nur mit dem Absatz des Produktes Buch angeboten würden (Replik vom 22. Mai 2000, Ziff. 46). Auf dem Büchermarkt bestehe durchaus ein lebhafter Wettbewerb, der auch einen intensiven Preiswettbewerb einschliesse (Replik vom 22. Mai 2000, Ziff. 47).

Die Wettbewerbskommission geht indessen zu Recht davon aus, dass der Buchhandel eine eigene Wertschöpfungsstufe darstellt. Die verlegerische Leistung der Herstellung von Büchern und die buchhändlerische Leistung der Vermittlung von Büchern an den Käufer sind verschieden und durchaus auch für den Käufer unterscheidbar. Der Käufer nimmt die buchhändlerischen Leistungen in sehr unterschiedlicher Weise in Anspruch. Er kann einen Titel, den er aufgrund von Medienmeldungen und Kommentaren, Verlagsanzeigen oder Empfehlungen aus seinem Bekanntenkreis ausgewählt hat, in der Buchhandlung kaufen oder sich zusenden lassen. Er kann aber seinen Kaufentscheid auch treffen, nachdem er in der Buchhandlung verschiedene Titel angesehen hat, und er kann sich dabei, soweit angeboten, auch vom Verkaufspersonal beraten lassen. Dass diese unterschiedlichen buchhändlerischen Leistungen nicht gesondert gehandelt sondern stets nur mit dem Produkt "Buch" angeboten werden, ist einerseits das Kennzeichen jeglichen Handels, der eben in der Vermittlung und nicht in der Herstellung von Gütern besteht. Dass diese Leistungen nicht gesondert abgegolten werden, ist andererseits eine Folge der Preisbindung, die den Käufer zwingt, für einen bestimmten Titel denselben Preis zu bezahlen unabhängig davon, welche buchhändlerischen Leistungen er beansprucht hat.

5.4. Ist somit als relevanter Markt der Handel mit Büchern und nicht der Büchermarkt zu betrachten, sind die Argumente des Beschwerdeführers, dass für den Buchkäufer in aller Regel ein bestimmter Titel mit anderen austauschbar sei und er daher von dem durch den Buchhandel vermittelten Preiswettbewerb unter den Verlagen profitiere (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 109), unerheblich. Entscheidend ist, dass unter den am Sammelrevers beteiligten Buchhändlern für ihre Leistung, nämlich die Vermittlung von Büchern, kein Preiswettbewerb spielt. Damit ist die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs begründet, es sei denn, sie lasse sich durch den Nachweis eines hinreichenden Innen- oder Aussenwettbewerbs widerlegen.

5.4.1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass das Angebot von preisungebundenen Büchern im modernen Antiquariat und in Buchclubs weder dem Umfang noch dem Sortiment nach geeignet ist, den Handel mit preisgebundenen Büchern wirksam zu konkurrenzieren. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht behauptet. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung lässt sich somit nicht durch den bestehenden oder potenziellen Aussenwettbewerb widerlegen.

5.4.2. Hingegen macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Wettbewerb auch für den Handel mit den der Preisbindung unterstellten Büchern nicht beseitigt und deshalb die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz widerlegt sei. Für den Konsumenten hätten die Beratung in der Buchhandlung, die dort präsente Sortimentsbreite

und der buchhändlerische Service, wie Bestelldienst und Ausstattung der Buchhandlung, eine ausschlaggebende Bedeutung. Der Wettbewerb mit diesen aus Kundensicht besonders wichtigen Mitteln werde durch die vertikale Preisbindung keineswegs gehemmt, sondern im Gegenteil gefördert, da die Buchhandlungen sich infolge der Preisbindung auf diese leistungsbezogenen Wettbewerbsparameter konzentrieren müssten (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 110 ff., insbesondere Ziff. 114/116).

Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz knüpft die Vermutung, dass der Wettbewerb beseitigt sei, an die Abrede über die Festsetzung von Preisen. Betrifft eine Abrede nur die Preise, lässt sie den Beteiligten immer die Möglichkeit, sich mit anderen Mitteln wie zum Beispiel Kundenbetreuung, Werbung oder Produktdifferenzierung zu konkurrieren, und diese werden in der Regel solche Mittel zur Steigerung ihrer Umsätze und Gewinne intensiv nutzen. Für die Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz ergibt sich daraus zuerst einmal die Frage, wie angesichts derartig differenzierter Angebote der relevante Markt abzugrenzen ist (vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 174). Je stärker die Differenzierung ist, desto weniger wird der Konsument die Angebote als substituierbar ansehen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass seine Wahlmöglichkeiten durch die kartellistische Verhinderung des Preiswettbewerbs beschränkt werden. Im vorliegenden Fall kann er nur eine Auswahl unter verschiedenen Buchhandlungen mit unterschiedlichen Leistungsangeboten treffen, muss aber überall den gleichen Preis für die buchhändlerischen Leistungen bezahlen, unabhängig davon, welche der angebotenen Leistungen er bei seinem Bücherkauf beansprucht. Verzichtet er zum Beispiel auf Beratung oder eine aufwändige Sortimentspräsentation, kann er damit keinen Preisvorteil erzielen. Er hat denselben Preis zu bezahlen wie der Kunde, der diese Dienste nutzt, und er hat keine Wahl, sich seinen Verzicht auf buchhändlerische Leistungen, der unter Umständen bei ihm selbst einen grösseren Aufwand bedingt, durch einen günstigeren Preis abgelten zu lassen. Was er in jedem Fall braucht, ist die Vermittlung, das heisst die Beschaffung des Buches vom Grosshändler oder Verleger. Diese Leistung kann jede dem Sammelrevers angeschlossene Buchhandlung erbringen und insofern steht sie im Wettbewerb mit jeder anderen Buchhandlung. Die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Marktabgrenzung ist somit auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Angebotsdifferenzierung zu beanstanden.

Sodann stellt sich die Frage, ob der vom Beschwerdeführer behauptete leistungsbezogene Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu widerlegen. Vermutet wird danach, dass Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Der Beschwerdeführer scheint davon auszugehen, dass wirksamer Wettbewerb nur dann beseitigt sei, wenn das Funktionieren sämtlicher relevanter

Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Geschäftsbedingungen, Absatzkanäle, Bezugsquellen verhindert wird (so ROLAND VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Recht, publiziert in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Globalisierung-Wettbewerbsrecht-öffentliches Beschaffungswesen, Tagung vom 17. Oktober 1996 an der Universität Bern, Bern 1997, S. 24). Wäre dies der Sinn des Kartellgesetzes, dann wären die Tatbestände von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz kumulativ verknüpft und nicht alternativ aufgezählt. Eine Abrede müsste Preise, Mengen, Bezugsquellen, Kundenaufteilung und anderes mehr regeln, um die Vermutung zu begründen, dass kein wirksamer Wettbewerb bestehe. Das Kartellgesetz begnügt sich aber mit einem dieser Parameter, um die Vermutung zu begründen. Es geht davon aus, dass der Wettbewerb die von ihm erwarteten Funktionen nicht mehr hinreichend erfülle, wenn ein Einziger dieser in der Botschaft als "Grundparameter" bezeichneten Tatbestände gegeben sei (Botschaft S. 566; WALTER A. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Sondernummer, Das neue schweizerische Kartell-?und Wettbewerbsrecht, 1996, S. 16 f.). Die Bedeutung des Preiswettbewerbs wird auch dadurch unterstrichen, dass das Gesetz für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht eine Abrede verlangt, die zu einer Festsetzung des Preises schlechthin führt, sondern dass auch Abreden genügen, die nur einzelne Elemente der Preisfestsetzung betreffen (Botschaft S. 567; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Rz. 25 zu Art. 5 KG; FRANZ HOFFET, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 5 KG; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 7/96, S. 820). In der Tat wird der Wettbewerb durch eine Beschränkung oder Beseitigung des Preiswettbewerbs derart stark behindert, dass er einen wesentlichen Teil seiner ihm vom Gesetz zugedachten Steuerungsfunktion nicht mehr erfüllt. Der Käufer kann nur unter den angebotenen Leistungspaketen auswählen. Er kann aber weder um eines Preisvorteils Willen auf gewisse Leistungskomponenten verzichten, noch von der Effizienz einzelner Anbieter bei einzelnen Leistungskomponenten durch einen günstigeren Einkauf profitieren. Er kann aus derartigen Effizienzvorteilen im besten Fall nur durch den Bezug zusätzlicher Leistungen Nutzen ziehen. Der Anbieter seinerseits wird Effizienzvorteile entweder als höheren Gewinn für sich behalten oder in Form von Zusatzleistungen an den Kunden weiter geben in der Hoffnung, dadurch seinen Umsatz zu steigern. Der vom Kartellgesetz angestrebte Wettbewerb hat aber zum Ziel, dass sich das Angebot nach der Nachfrage richtet und nicht durch Abreden unter den Anbietern bestimmt wird.

Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, dass Kundenbefragungen und Erfahrungen in Ländern, in denen die Buchpreise nicht gebunden seien, beweisen würden, dass eine Mehrheit von Buchkäu-

fern wenig Wert auf einen Preiswettbewerb im Buchhandel lege. Vielmehr seien ihr die durch die Preisbindung geförderte Titelvielfalt und Versorgungsdichte mit Sortimentsbuchhandlungen wichtiger. Zudem würde die Aufhebung der Preisbindung das allgemeine Preisniveau für Bücher nicht senken (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 1928, 110227). Das ändert indessen nichts daran, dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs für die Leistungen des Buchhandels die Wahlfreiheit sowohl des Konsumenten als auch des Anbieters beschränkt, was nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz die Vermutung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede begründet. Diese Vermutung ist nicht durch die Relevanz anderer Wettbewerbsparameter zu widerlegen, sondern nur durch den Nachweis, dass der Preiswettbewerb trotz der fraglichen Abrede in hinreichendem Masse spielt. Das ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Vielmehr sind die Preise für die dem Sammelrevers unterstellten Bücher bei allen Buchhändlern gleich.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers muss es den Anbietern erlaubt sein, den Preiswettbewerb unter den Buchhändlern zu beseitigen, um eine Titelvielfalt und Versorgungsdichte aufrechtzuerhalten, die nach Umfrageergebnissen einer grossen Zahl von Kunden wichtiger sind als Preisvorteile, die sich aus dem Preiswettbewerb wenigstens für bekannte und umsatzstarke Titel ergeben. Das Kartellgesetz geht jedoch davon aus, dass der Nachfrage bestmöglich entsprochen wird, wenn die Anbieter ihr Angebot nach der Nachfrage und nicht nach Wettbewerbsabreden ausrichten. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass der Büchermarkt sich durch seine Intransparenz und die hohe Bedeutung von Impulskäufen auszeichne. Dem Konsumenten sei es nahezu unmöglich, in der unüberschaubaren Titelvielfalt die ihn interessierenden Titel ohne die Hilfe des Buchhandels zu finden. Zudem würden die meisten Käufer erst in der Buchhandlung auf das gekaufte Buch aufmerksam (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 110713). Deshalb komme es für den Kunden nicht so sehr auf den Preis als vielmehr auf die Dienstleistungen des Buchhandels an (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 117). Trifft dies zu, sollte man eigentlich erwarten können, dass der Kunde bereit ist, den Preis für diese Dienstleistungen zu bezahlen, soweit er sie in Anspruch nimmt, und nicht nur den Preis, der sich aus einer Mischrechnung ergibt, bei der die Erträge umsatzstarker Titel helfen, die Kosten der Verkaufsförderung weniger erfolgreicher Bücher zu finanzieren.

Die durch den Sammelrevers begründete Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz ist somit auch nicht durch den bestehenden Innenwettbewerb widerlegt.

5.4.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass - gemäss den vorstehenden Erwägungen - die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen wird. Demzufolge

erweist sich die angefochtene Verfügung als rechtskonform, weshalb die dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde unbegründet und daher abzuweisen ist. Mit den dargelegten Ausführungen ist zugleich begründet, dass der rechtserhebliche Sachverhalt vollständig und richtig festgestellt worden ist und die Streitsache auch nicht - im Sinne des Eventualantrags des Beschwerdeführers - an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

5.5. Im Lichte ausländischer Erfahrungen kann man sich allerdings fragen, ob die Aufhebung der Preisbindung mittels des Sammelreverses nicht doch zu einer Verringerung der Zahl der Sortimentsbuchhandlungen und in der Folge zu einer Verminderung der Titelvielfalt führen würde. Abgesehen davon, dass die Nachfrage nach Büchern je nach den gesellschaftlichen Traditionen einzelner Sprachregionen sehr unterschiedlich ist und deshalb solche Erfahrungen sich nicht ohne weiteres übertragen lassen, kann im Rahmen der Anwendung von Artikel 5 Kartellgesetz eine sich aus der Nachfrage ergebende Angebotsstruktur nicht durch die Ausschaltung eines grundlegenden Wettbewerbsparameters wie des Preises verhindert werden. Das würde, wie erwähnt, die Wahlfreiheit des Konsumenten und die daraus folgende Steuerung des Angebots in einer mit Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz unvereinbaren Weise beschränken.

Man mag ein solches Marktergebnis unter bildungs- und kulturpolitischen Gesichtspunkten als unerwünscht ansehen. Solche Erwägungen sind jedoch, wie auch der Beschwerdeführer einräumt, nicht im Rahmen von Artikel 5 Kartellgesetz anzustellen, sondern können vom Bundesrat in Betracht gezogen werden, wenn er auf Antrag von Beteiligten gestützt auf Artikel 8 Kartellgesetz prüft, ob überwiegende öffentliche Interessen für eine Zulassung des Sammelreverses sprechen. Eine solche Lösung liegt auch auf der Linie der in anderen OECD-Ländern getroffenen Regelungen. Wo die Buchpreise gebunden werden, geschieht dies nicht im Rahmen der allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts, sondern aufgrund branchenspezifischer Sonderregeln, die in fast allen Fällen vom Gesetzgeber erlassen wurden (vgl. Resale Price Maintenance, Competition Policy Roundtables N. 14, OCDE/GD (97) 229, Paris 1997).

6. 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. Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder Beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Im vorliegenden Fall gilt der Beschwerdeführer als unterliegende Partei und hat demzufolge die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen. Diese werden mit dem von ihm am 29. Oktober 1999 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 6'000.-- verrechnet und ein Überschuss aus der Bundeskasse zurücker-

stattet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung; SR 172.041.0). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 5 Kostenverordnung).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Verwaltungsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. [Kosten]
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	3. Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.
-----	---

Beschwerdeentscheid vom 21. Mai 2001 in Sachen Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., Frankfurt am Main (Beschwerde vom 20. Oktober 1999), gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 6. September 1999) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Mit Schreiben vom 28. September 1998 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband (SBVV) mit, es habe im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Massgabe des Kartellgesetzes eine Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel eröffnet. Denn es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Durchsetzung des Sammelreverses 1993 und der Wechselkursumrechnungstabellen zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen führten. Im selben Schreiben wurde der SBVV in Anwendung von Artikel 11a des Verwaltungsverfahrensgesetzes als Vertreter der zahlreichen, am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien bestimmt. Anlässlich einer Besprechung vom 4. November 1998 zwischen Mitgliedern des Sekretariats der Wettbewerbskommission und Vertretern des SBVV wurde vereinbart, dass der SBVV die Interessen der am Sammelrevers 1993 beteiligten Parteien in der Schweiz vertreten werde. Mit Schreiben vom 4. März 1999 wurde sodann der Börsenverein des Deutschen Buchhandels (Börsenverein) als Vertreter der am Sammelrevers beteiligten deutschen Verlage bezeichnet. In der Folge wurde mit Schreiben vom 21. Mai 1999 der Börsenverein, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Cornelis Canenbley und Dr. Wolfgang Kirchhoff, Bruxelles, eingeladen, sich zum Verfügungsentwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission verneh-

men zu lassen. Mit Schreiben vom 25. Mai 1999 stellte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Börsenverein eine korrigierte Version des erwähnten Verfügungsentwurfs (Stand: 25.05.1999) zur Stellungnahme zu. Einem Fristerstreckungsbegehren des Börsenvereins entsprach das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 1999 nur teilweise, weshalb der Börsenverein hiegegen am 21. Juni 1999 Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erhob. Dabei beantragte er unter anderem, es sei die Frist für die Einreichung der Stellungnahme mindestens bis zum 15. August 1999 zu erstrecken. Mit Entscheid vom 8. Juli 1999 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde des Börsenvereins gut, hob die angefochtene Zwischenverfügung auf und erstreckte die Frist zur Einreichung der Stellungnahme bis zum 16. August 1999.

Mit Schreiben vom 22. Juni 1999 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Börsenverein sodann mit, dass am 5. Juli 1999 eine Anhörung durch die Wettbewerbskommission stattfinden werde. Mit Schreiben vom 30. Juni 1999 bestätigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Börsenverein diesen Anhörungstermin nochmals. Am 2. Juli 1999 erhob der Börsenverein, vertreten durch seine Anwälte, Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragte, "die 'Zwischenverfügungen' vom 22. Juni und 30. Juni 1999 seien insoweit teilweise aufzuheben, als die Wettbewerbskommission anzuweisen sei, den Termin für eine Anhörung auf einen Zeitpunkt nach Einreichung der schriftlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers und der übrigen Verfahrensbeteiligten anzusetzen (...)". Nachdem die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Entscheid vom 5. Juli 1999 auf eine gleich lautende Beschwerde des SBVV nicht eingetreten war, in ihren Erwägungen allerdings unter anderem festhielt, dass "nach dem Wesen und der Ausgestaltung des Gesetzes der Entscheid darüber, ob eine Anhörung durchgeführt oder das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmaßnahmen beauftragt werden soll, erst nach Kenntnisnahme einerseits des Antrags ihres Sekretariats und andererseits der von den Beteiligten eingegangenen Stellungnahmen von der WEKO getroffen werden kann", zog der Börsenverein seine am 2. Juli 1999 eingereichte Beschwerde zurück. Somit schrieb die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das entsprechende Verfahren mit Verfügung vom 20. Juli 1999 als durch Rückzug erledigt ohne Kostenfolge ab. Dem vom Sekretariat der Wettbewerbskommission am 5. Juli 1999 verfassten Protokoll ist zu entnehmen, dass die Anhörung zwar stattgefunden hatte, infolge Abwesenheit des Börsenvereins beziehungsweise dessen Vertreter indessen ergebnislos beendet worden war.

Mit Stellungnahme vom 11. August 1999 zum Verfügungsentwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Stand: 25.05.1999) beantragte der Börsenverein, vertreten durch seine Anwälte, das Folgende:

"1. Die Untersuchung betreffend die Preisbindung im Buchhandel sei einzustellen;

eventualiter

2. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel sei einzustellen;

subeventualiter

3. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Buchpreisbindung sei als im Sinne von Artikel 5 KG effiziente Abrede als zulässig zu qualifizieren;

im Falle einer Fortsetzung der Untersuchung

4. es sei bezüglich der bestrittenen Sachverhaltsdarstellung ein Beweisverfahren durchzuführen;

5. dem Börsenverein sei nach Ausarbeitung des definitiven Antrags an die Wettbewerbskommission eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme gemäss Artikel 30 KG zu gewähren;

6. es sei nach Einreichung der Stellungnahme des Börsenvereins zum definitiven Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission (vgl. Ziff. 5) ein Termin für eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG anzusetzen".

Nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens ordnete die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 6. September 1999 Folgendes an:

"1. Der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ist unzulässig nach Massgabe von Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a KG.

2. Die Verleger und die Zwischenbuchhändler werden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern.

3. Die Buchhändler sind an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.

5. [Kosten]

6. [Rechtsmittelbelehrung]

7. [Eröffnung]

Zur Begründung erwog sie im Wesentlichen, Gegenstand der Untersuchung sei die Überprüfung der Auswirkungen des "Sammelreverses 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse" (Sammelrevers) auf den schweizerischen Buchhandel. Der Sammelrevers regle die Vermarktung beziehungsweise den Vertrieb von deutschsprachigen Büchern in der Schweiz insofern, als er die Preisbindung der Verlagserzeugnisse statuiere. Im Gegensatz zum hängigen Verfahren betreffend Sammelrevers für Bücher vor der Europäischen Kommission, welches die grenzüberschreitende Preisbindung zwischen Österreich und Deutschland zum Gegenstand habe, würden in der vorliegenden Untersuchung die Auswirkungen des Sammelreverses für Bücher innerhalb der Schweiz untersucht. Der Sammelrevers gelte seit 1. Oktober 1993 und sei ein in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewandtes Preisbindungssystem. Er bezwecke, die Ladenpreise der dem System unterworfenen Bücher lückenlos festzusetzen. Jeder Verleger, der den Sammelrevers unterschreibe, schliesse dadurch mit jedem Buchhändler einschliesslich Zwischenbuchhändler, die den Sammelrevers ebenfalls unterschrieben hätten, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setze der Verleger individuell die (End-)Verkaufspreise seiner Bücher für die entsprechenden Währungsgebiete in Deutscher Mark, Österreichischem Schilling und Schweizer Franken fest. Der Buchhändler verpflichte sich mit Beitritt zum Sammelrevers, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten. Als Vertreter jedes einzelnen Verlags wirke der Preisbindungstreuhandler, als Vertreterin der einzelnen Buchhändler die Preisbindungsbevollmächtigte. Neben dem Sammelrevers bestünden auch Preisbindungen auf der Basis von Einzelvereinbarungen zwischen Verlagen und Buchverkaufsstellen. Deren Bedeutung im Vergleich zum Sammelrevers sei indessen gering, seien doch 90 Prozent aller vermarkteten Bücher über den Sammelrevers gebunden. Hauptakteure im Vertriebsmarkt für Bücher seien die Verleger, die Zwischenbuchhändler, die Buchhändler sowie die Endnachfrager (Leserschaft). Der Preisbindungstreuhandler der Verlage und die Preisbindungsbevollmächtigte des Buchhandels würden nicht als Anbieter oder Nachfrager am Marktgeschehen teilnehmen. Umsatzmässig würden Bücher, die über das System des Sammelreverses preisgebunden seien, einen Marktanteil von 90 Prozent erreichen. 10 Prozent des Gesamtumsatzes werde mit nicht preisgebundenen Büchern erzielt.

Der Antrag des Börsenvereins in seiner Stellungnahme vom 11. August 1999 auf Durchführung eines Beweisverfahrens bezüglich der bestrittenen Sachverhaltsdarstellung (Ziff. 4 des Antrags dieser Stellungnahme) werde abgelehnt, da die Abnahme weiterer Beweise angesichts der Aktenlage als nicht erforderlich erscheine. Ebenso werde der Antrag des Börsenvereins, "nach Ausarbeitung des definitiven Antrags an die Wettbewerbskommission eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme gemäss Artikel 30 KG" zu erhalten (Ziff. 5 des Antrags der

Stellungnahme), abgelehnt. Dies, weil der Börsenverein das Recht zur schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission mit Eingabe vom 11. August 1999 bereits habe wahrnehmen können und der definitive Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission gegenüber der dem Börsenverein zugestellten Version keine Änderungen erfahren habe, welche eine nochmalige Stellungnahme des Börsenvereins erfordern würden. Sodann werde auch dem Antrag des Börsenvereins auf Durchführung einer Anhörung im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG (Ziff. 6 des Antrags der Stellungnahme) nicht stattgegeben, weil hierauf grundsätzlich kein Rechtsanspruch bestehe und unter Berücksichtigung aller Umstände eine Anhörung als nicht erforderlich erscheine.

Aus dem Sachverhalt gehe sodann hervor, dass das Sammelreverssystem - aufgrund des von der Mehrzahl der Verlage und Händler entsprechend geäußerten Willens zur Preisbindung, der organisatorischen Bündelung von identisch lautenden Preisbindungsverträgen, seiner Anwendung auf 90 Prozent der deutschsprachigen Bücher und der strikten Durchsetzung - weitestgehend branchenumfassend und lückenlos wirke. Der Sammelrevers als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen führe zu einer kollektiven Preisbindung. Dieser aktuellen, kollektiven Preisbindung mittels Sammelrevers liege neben den vertikalen Preisbindungsverträgen in der Tat zwei gleichgerichtete horizontale Abreden zugrunde, eine zwischen den Verlegern und eine zwischen den Buchhändlern. Den beiden horizontalen Abreden liege derselbe Wille zugrunde, nämlich die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung. Mit dem Preisbindungstreuhänder als Vertreter der einzelnen Verlage und mit der Preisbindungsbevollmächtigten als Vertreterin der einzelnen Buchhändler sei für beide Seiten je eine Person bestimmt worden, welche die kollektiven Interessen der einen Seite der anderen Seite gegenüber vertreten würden beziehungsweise für die Durchsetzung verantwortlich seien, indem sie Verstöße ahnden und gegebenenfalls über die Einleitung eines Schiedsverfahrens entscheiden würden. Die Umsetzung dieses gemeinsamen Willens mit der branchenweit einheitlichen Preisfestsetzung auf Handelsstufe wirke sich wettbewerbsbeschränkend aus, und zwar in erster Linie auf Buchhandelsstufe. Die Bündelung der Preisbindungsverträge durch den Sammelrevers beseitige vermutungsweise den Preiswettbewerb auf der Stufe des Buchhandels. Inwiefern die Preisbindung den Preiswettbewerb zwischen den Verlagen bestehen lasse, sei vorliegend nicht zu prüfen. Denn Gegenstand der Untersuchung sei die festgestellte horizontale Preisabrede auf der Handelsstufe, aufgrund derer sich die einzelnen Buchhändler keinen Preiswettbewerb liefern könnten. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne indessen umgestossen werden, wenn sich zeige, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen

bleibe. Um festzustellen, ob die Abrede über die Festsetzung der Preise auf der Handelsstufe den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitige beziehungsweise ob sich die gesetzliche Vermutung widerlegen lasse, müsse der relevante Markt abgegrenzt werden. Dieser umfasse den Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen (traditioneller Buchhandel, Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und Buchclubs) im Währungsgebiet der Schweiz.

In Bezug auf den Innenwettbewerb sei festzustellen, dass die lückenlose Preisbindung in erster Linie zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Stufe des Buchhandels führe. Der Sammelrevers bewirke nämlich, dass 90 Prozent der Bücher - in einer definierten Mengeneinheit, in einer festgelegten Qualität und zu einem gegebenen Zeitpunkt - im gesamten Schweizer Buchhandel zum selben Preis angeboten würden. Da vorliegend die Auswirkungen des Sammelreverses auf den Buchhandel untersucht würden, sei die Argumentation des Börsenvereins hinsichtlich der Besonderheiten des Produktes Buch nicht stichhaltig. Angesichts der kollektiven Preisbindung, welche insgesamt 90 Prozent des gesamten deutschsprachigen Bücherangebots in der Schweiz erfasse, könnten sich die Buchhändler über 90 Prozent des Bücherangebots keinen Preiswettbewerb liefern. Damit sei nachgewiesen, dass sich die Preisbindung für den überwiegenden Teil des Gesamtangebots im deutschsprachigen Buchhandel letztlich nicht punktuell, sondern horizontal umfassend über eben diese 90 Prozent des gesamten Buchangebotes auswirke und damit zu einer Beseitigung des Innen(preis)wettbewerbs auf Handelsstufe führe. Aus ökonomischer Sicht sei der (relative) Preis der zentrale Parameter für die Kaufentscheidung der Konsumenten. Indem es den Buchhändlern verwehrt sei, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen, sei es ihnen unmöglich, Sonderaktionen und andere preisliche (Marketing-)Massnahmen durchzuführen, oder Serviceleistungen wie fachkundige Beratung, kundengerechte Sortimente, effizientes Bestellwesen sowie Schaffung von attraktiven Verkaufsstellen einzelbetrieblich mit einem entsprechenden Verkaufspreis abgelden zu lassen. Somit sei der Innenwettbewerb im relevanten Markt beseitigt. In Bezug auf den Aussenwettbewerb sei festzuhalten, dass die 10 Prozent preisungebundener Bücher im relevanten Markt in Bezug auf Qualität und Quantität im Vergleich zum traditionellen Buchhandel nur ein sehr beschränktes Sortiment ergäben und die zu 90 Prozent preisgebundenen Büchersortimente nicht konkurrenzieren könnten. Aussenwettbewerb in Form von Verkaufsstellen mit einem umfassenden, aber preisungebundenen Angebot existiere daher nicht. Ferner gebe es auch keine potenzielle Konkurrenz.

Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne somit nicht widerlegt werden. Die kollektive Preisbindung mittels Sammelrevers beseitige den Wettbewerb im relevanten Markt nach Massgabe von Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a Kartellge-

setz. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei ausgeschlossen. Ob kulturpolitische Aspekte die kollektive Preisbindung im deutschsprachigen Buchhandel und damit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu rechtfertigen vermögen, sei nicht von der Wettbewerbskommission, sondern allenfalls vom Bundesrat im Rahmen eines Verfahrens betreffend ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen aus überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von Artikel 8 Kartellgesetz abzuklären.

B. Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 erhob der Börsenverein (Beschwerdeführer), vertreten durch seine Anwälte, am 20. Oktober 1999 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und stellte folgende Anträge:

"1. Die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 sei aufzuheben;

eventualiter

die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 sei aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen und abzuschliessen;

2. es sei festzustellen, dass die von der Wettbewerbskommission am 7. September 1999 durchgeführte Medienorientierung rechtswidrig erfolgt ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz."

Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass der Börsenverein als Vertreter der am Sammelrevers beteiligten deutschen Verlage zur Beschwerdeerhebung legitimiert sei, da die erwähnten deutschen Verlage durch die angefochtene Verfügung rechtlich und tatsächlich berührt seien. Gemäss Beschwerdeführer sei die Vorinstanz ihrer Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, nicht nachgekommen. So habe sie es abgelehnt, bezüglich bestrittener Sachverhaltselemente ein Beweisverfahren durchzuführen. Insbesondere sei verfehlt, dass die angefochtene Verfügung von der Vorstellung beherrscht sei, der Preis sei auf dem Buchmarkt das einzig relevante Kriterium. Der Beschwerdeführer habe unter Berufung auf entsprechende Umfragen nachgewiesen, dass der Preis auf dem Buchmarkt gerade nicht der entscheidende Wettbewerbsparameter sei. Dies werde von der Wettbewerbskommission aber ignoriert. Der in der Schweiz, in Deutschland und in Österreich seit Oktober 1993 angewendete Sammelrevers ermögliche den Verlegern, durch individuelle, vertikale Vereinbarungen mit den Buchhändlern für ihre Buchtitel lückenlos und damit diskriminierungsfrei die Ladenpreise festzusetzen.

Jeder einzelne Verleger, der den Sammelrevers unterschreibe, schliesse dadurch mit jedem einzelnen Buchhändler oder jedem einzelnen Zwischenbuchhändler, der einen solchen Revers unterschrieben habe, einen individuellen Preisbindungsvertrag ab. Die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung würden die wichtige Tatsache übergehen, dass ein dem Sammelrevers beigetretener Verleger keineswegs verpflichtet sei, sein gesamtes Sortiment der Preisbindung zu unterstellen. Ebenfalls unerwähnt bleibe die Tatsache, dass es Sache des Verlegers sei zu bestimmen, wie lange ein bestimmtes Verlagserzeugnis der Preisbindung unterstellt werden solle. Diese Umstände wiesen darauf hin, dass die Preisbindung auf dem Buchmarkt eine sehr liberale Form einer vertikalen Preisbindung darstelle. Bei den über den Sammelrevers abgeschlossenen Preisbindungsverträgen handle es sich auch nicht um inhaltlich identische Verträge. Sodann hätten der Preisbindungstreuhänder der Verlage und die Preisbindungsbevollmächtigte der Buchhändler rein organisatorische Aufgaben. Weder dem Preisbindungstreuhänder noch der Preisbindungsbevollmächtigten komme irgendeine Koordinations- oder sonstige markt-strategische Funktion zu, welche es rechtfertigen würde, den Sammelrevers als horizontale Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es sich bei den im Sammelrevers administrativ gebündelten Preisbindungsverträgen um reine Vertikalbeziehungen handle, die in keiner Art und Weise - insbesondere auch nicht über einen Verbandsbeschluss - koordiniert würden. Daran ändere auch die Institution des Preisbindungstreuhänders und der Preisbindungsbevollmächtigten nichts. Diese seien dazu geschaffen worden, um das Massenproblem zu lösen.

Im Weiteren sei aus dem Aktenverzeichnis der Vorinstanz nicht ersichtlich, welche Dokumente den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission als Antrag des Sekretariats zugestellt worden seien. Ein Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission sei im Aktenverzeichnis nicht aufgeführt. Zudem sei auch nicht ersichtlich, ob die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999 an die Kommissionsmitglieder der Wettbewerbskommission weitergeleitet worden sei. Im Übrigen sei der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren eingeladen worden, zu einem Verfügungsentwurf des Sekretariats Stellung zu nehmen und nicht zu einem (definitiven) Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission. Es sei nicht nachvollziehbar, was letztlich Grundlage für den Entscheid der Vorinstanz gewesen sei. Selbst wenn es sich beim Verfügungsentwurf (Stand: 30.08.1999) um den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission handeln sollte, weiche dieser in wesentlichen Punkten vom früheren, dem Beschwerdeführer zugestellten Verfügungsentwurf (Stand: 25.05.1999) ab. Insbesondere werde aus dem Verfügungsentwurf (Stand: 30.08.1999) erstmals deutlich, welche konkreten Anträge (Dispositiv) das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu stellen ge-

denke. Hiezu habe der Beschwerdeführer nie Stellung beziehen können. Ausserdem habe die Vorinstanz dem Antrag des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 11. August 1999 auf Durchführung einer Anhörung nicht stattgegeben. Die Abweisung dieses Antrages verletze Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz und stelle zugleich eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers dar. Im Weiteren habe am 7. September 1999 in Bern eine Medienorientierung durch die Vorinstanz stattgefunden. Dies, bevor den Parteien die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 eröffnet worden sei. Dieses Vorgehen der Vorinstanz widerspreche nicht nur den rechtlichen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes, sondern verletze auch den Grundsatz der Fairness im Verfahren. Da sich das gesetzwidrige Vorgehen auch gegenüber den Direktbetroffenen dieses Verfahrens jederzeit wiederholen könne, habe der Beschwerdeführer einen Anspruch darauf, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Rechtswidrigkeit dieses Vorgehens in ihrem Entscheid feststelle.

In materiellrechtlicher Hinsicht sei festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine horizontale Abrede zwischen den Verlegern bestehe. So stelle die Verhaltensweise einer Vielzahl von Verlegern, nebeneinander den Sammelrevers als Instrument der Vermarktung ihrer Produkte anzuwenden, ein kartellrechtlich unbedenkliches Parallelverhalten dar. Der vertikale Charakter einer Wettbewerbsbeschränkung schlage nicht dadurch in einen horizontalen Charakter um, dass andere Unternehmen parallel gleiche Wettbewerbsbeschränkungen verwenden würden. Soweit den Preisbindungstreuhandern betreffend, werde dieser aufgrund ihm von jedem einzelnen Verlag individuell erteilter Überwachungsaufträge tätig. Das Mandat des Preisbindungstreuhanders sei damit nicht Folge einer Zusammenarbeit zwischen den Verlagen, sondern Ergebnis ihres unschädlichen Parallelverhaltens. Die organisatorische Bündelung der rein vertikalen Preisbindungsverträge enthalte keine horizontale, kartellrechtlich relevante Abrede. Zwischen den Verlagen könne keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden. Vielmehr seien die Verlage in der Festsetzung des Ladenpreises für jeden ihrer Titel und auch in der Bestimmung ihrer Abgabekonditionen gegenüber dem Handel völlig frei. Auch bestehe keine horizontale Abrede zwischen den Buchhändlern. Namentlich sei an der 43. Generalversammlung des SBVV vom 18. Juni 1991 kein Beschluss der Buchhändler gefasst worden, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken untereinander den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe auszuschliessen. Die Entscheidung, ob ein bestimmter Buchtitel preisgebunden werde oder nicht, liege in jedem Fall allein beim einzelnen Verlag. Wenn sich der Verlag für die Preisbindung entscheide, müsse er sich konsequent daran halten und könne den Titel nur an solche Händler liefern, die mit ihm einen Preisbindungsvertrag geschlossen hätten. Für eine horizontale Abrede un-

ter den Händlern bestehe dann aber weder Anlass noch Raum. Als Zwischenergebnis ergebe sich somit, dass es weder unter den Verlegern noch unter den Buchhändlern horizontale Abreden gäbe, die dem Sammelrevers zu Grunde lägen und auf die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung gerichtet wären. Der Sammelrevers sei und bleibe vielmehr die rein organisatorische Bündelung einer Vielzahl individueller, rein vertikaler Preisbindungsverträge zwischen Verlegern und Buchhändlern. Weder der Preisbindungstreuhandler noch die Preisbindungsbevollmächtigte würden die kollektiven Interessen der einen Seite gegenüber der anderen Seite wahrnehmen. Mangels horizontaler Abreden auf der Verleger- und/oder Händlerebene sei es damit rechtsfehlerhaft, das Sammelreverssystem der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu unterstellen. Im Übrigen wäre diese Vermutung auf jeden Fall widerlegt, denn es bestehe nach wie vor wirksamer Wettbewerb. Für die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sei an Hand der Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht nur auf den Intra-brand-Wettbewerb beim Vertrieb desselben Titels, sondern auch auf den Inter-brand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Titeln sowohl auf der Verleger- als auch auf der Buchhändlerstufe abzustellen. Der Inter-brand-Wettbewerb einschliesslich des Preiswettbewerbs zwischen den Verlagen werde durch den Sammelrevers aber keineswegs ausgeschlossen. Somit sei festzuhalten, dass es einen erheblichen Innenwettbewerb unter den am Sammelrevers teilnehmenden Verlagen gebe, und zwar auch im Hinblick auf den Wettbewerbsparameter Preis. Der Ausschluss des Preiswettbewerbs auf der Handelsstufe beim Vertrieb eines bestimmten Titels führe damit keineswegs zur Beseitigung wirksamen Preiswettbewerbs auf dem Buchmarkt insgesamt. Im Weiteren spiele der Wettbewerbsparameter Preis beim Buchkauf nur eine relativ geringe Rolle. Aus Kundensicht seien vielmehr die Qualität des Sortiments, die Qualität der Beratung und die Qualität der weiteren Serviceleistung ausschlaggebende Wettbewerbsparameter.

Somit könne auf die Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses allenfalls die erste Alternative von Artikel 5 Absatz 1 Kartellgesetz Anwendung finden. Indessen fehle es am Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den Sammelrevers. Ausserdem sei die vertikale Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Sie fördere den Vertrieb neuer Titel und das Serviceangebot im Vertrieb durch die Erhaltung eines flächendeckenden Netzes breitsortierter Sortimentsbuchhandlungen. Sie gestatte den Verlegern eine Mischkalkulation, welche die Bereitschaft zur Herausgabe neuer Titel erhöhe. Sie erleichtere den Marktzutritt kleiner und neuer Verlage mit ihrem jeweils spezifischen Literaturangebot, indem sie einer Konzentration im Buchhandel mit entsprechender Nachfragemacht entgegenwirke. Sie erhö-

he das in der einzelnen Buchhandlung angebotene Buchsortiment. Gleichzeitig fördere die Buchpreisbindung die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens und gewährleiste die rationellere Nutzung geistiger Ressourcen, indem sie den Zugang zu den Büchern erleichtere. Zudem gewährleiste die Buchpreisbindung ein allgemein günstiges Preisniveau für Bücher.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 beantragte die Wettbewerbskommission die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, sofern darauf einzutreten sei. Zur Begründung führte sie unter anderem aus, sie habe den rechtserheblichen Sachverhalt genügend abgeklärt. Hinsichtlich der Marktdaten und der Rolle des Preisbindungstreuhänders sei der Aktenstand bereits hinreichend aussagekräftig gewesen, weshalb den diesbezüglichen Beweisanträgen des Beschwerdeführers nicht entsprochen worden sei. Die weiteren Beweisanträge des Beschwerdeführers hinsichtlich der Rolle des Preises im Büchermarkt als auch im Zusammenhang mit den Eigenschaften des Produktes Buch seien nicht sachverhaltsrelevant gewesen, weshalb sie ebenfalls abgelehnt worden seien. Auch würden sich die der Beurteilung zu Grunde gelegten Sachverhaltselemente sehr wohl mit dem Verfügungsgegenstand decken. Denn dem Sammelrevers (Ziff. A.5) sei zu entnehmen, dass die Sammelrevers-Preisbindung auch mit Einzelvereinbarungen in der Regel nicht umgangen werden könne, da letztere für die betroffenen Bücher faktisch mit den Bestimmungen des Sammelreverses identisch sein müssten. Da die Einzelvereinbarungen das Prinzip des Sammelreverses ebenfalls übernehmen würden, sei eine weitere Differenzierung im Sinne des Beschwerdeführers weder notwendig noch sinnvoll. Sodann verweise der Beschwerdeführer auf Aspekte der "Titelvielfalt", der "Versorgungsdichte", der "flächendeckenden Versorgung mit Büchern" und räume sogar ein, dass solche Ziele "von den politischen Instanzen im deutschen Sprachraum unterstützt" würden. Aus Artikel 8 Kartellgesetz gehe indessen hervor, dass kulturpolitisch motivierte Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf der politischen Ebene zu legitimieren seien. Für eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen Interessen am wirksamen Wettbewerb im Sinne von Artikel 1 Kartellgesetz und anderen öffentlichen Interessen sei im vorliegenden Verfahren dagegen kein Raum. Soweit den relevanten Markt betreffend, sei zu erwähnen, dass zur Beurteilung des Sammelreverses nicht die Austauschbarkeit bestimmter Bücher, sondern die Austauschbarkeit verschiedener Buchverkaufsstellen massgebend sei. Folgerichtig konzentriere sich die angefochtene Verfügung auf die Besonderheiten des Buchhandels und berücksichtige die Besonderheiten des Produktes Buch nur insoweit, als diese für den Handel mit Büchern bestimmend seien. Die angefochtene Verfügung konzentriere sich somit auf die Frage der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf Stufe Buchhandel. Die zusätzliche Prüfung, ob durch den Sammelrevers auch der Wettbewerb auf Stufe Verlag erheblich beeinträchtigt

oder beseitigt werde, sei indessen nicht nötig gewesen. Die Wettbewerbskommission vertrete die Auffassung, dass der Sammelrevers klar horizontal wettbewerbsbeseitigende Wirkung habe.

Gemäss Kartellgesetz könne die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmaßnahmen beauftragen. Indessen bestehe kein Recht der Beteiligten auf Durchführung einer solchen Anhörung. Der Verzicht der Wettbewerbskommission auf Durchführung einer formellen Anhörung stelle vorliegend somit keine Rechtsverletzung dar. Dem Beschwerdeführer sei am 21. Mai 1999 der "Verfügungsentwurf" des Sekretariats zur Stellungnahme zugestellt worden. Am 25. Mai 1999 sei ihm eine korrigierte Version nachgereicht worden. Ob hierfür die Bezeichnung "Antrag" oder "Verfügungsentwurf" verwendet werde, sei ohne Relevanz. Massgebend sei einzig, dass die am Verfahren Beteiligten zum Untersuchungsergebnis hätten Stellung nehmen können. Beim Verfügungsentwurf beziehungsweise Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission (Stand: 30.08.1999) handle es sich zwar nicht exakt um die gleiche Version wie bei dem dem Beschwerdeführer zugestellten Verfügungsentwurf beziehungsweise Antrag (Stand: 25.05.1999). Allerdings würden sich die beiden Anträge bezüglich der materiellrechtlichen Würdigung respektive vom Ergebnis her nicht unterscheiden. Der Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission (Stand: 30.08.1999) unterscheide sich von demjenigen an den Beschwerdeführer (Stand: 25.05.1999) in erster Linie dadurch, dass ersterer noch zusätzlich die Stellungnahme (samt Anträgen) des Beschwerdeführers vom 11. August 1999 berücksichtige. Die Hauptargumentation und die entsprechenden Schlussfolgerungen seien jedoch dieselben. Zum Vorwurf des Beschwerdeführers, er habe nicht zum Dispositiv Stellung nehmen können, sei festzuhalten, dass der dem Beschwerdeführer zugestellte Antrag (Stand: 25.05.1999) unter dem Titel "B.4 Ergebnis" die ersten drei Dispositivpunkte der späteren Verfügung beziehungsweise des Antrags (Stand: 30.08.1999) wiedergebe. Somit sei dem Beschwerdeführer die eigentliche Entscheidformel bekannt gemacht worden. Die übrigen Dispositivpunkte der späteren Verfügung würden die Sanktionsmöglichkeiten im Falle von Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung (Art. 50 bzw. Art. 54 KG), die Kostenverteilung, die Rechtsmittelbelehrung und die Eröffnungsformel der Verfügung enthalten. Dies seien Selbstverständlichkeiten und hätten im Antrag an den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer (Stand: 25.05.1999) keiner speziellen Erwähnung bedurft. Im Weiteren sei den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999 zugestellt worden. Aus dem Gesagten ergebe sich folglich, dass die Wettbewerbskommission dem Vernehmlassungsrecht im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz entsprochen habe und keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege. Hinsichtlich der Medienorientierung vom 7. September

1999 durch die Wettbewerbskommission gelte es festzuhalten, dass der Beschwerdeführer über die angefochtene Verfügung vorab durch Telefax in Kenntnis gesetzt worden sei. Die Medienorientierung bilde Ausfluss der allgemeinen Informationspflicht der Wettbewerbskommission beziehungsweise des Sekretariates. Da sie nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein könne, sei auf das diesbezügliche Feststellungsbegehren des Beschwerdeführers nicht einzutreten.

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission erziele der Sammelrevers klar horizontale Wirkungen im Verlagswesen und im Buchhandel. Die angefochtene Verfügung konzentriere sich auf die horizontalen Wettbewerbswirkungen des Sammelreverses auf der Stufe des Buchhandels. Das vom Beschwerdeführer erwähnte Parallelverhalten stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes dar. Die Buchhändler würden sich mit der Unterzeichnung des Sammelreverses verpflichten, die von den Verlegern festgesetzten Verkaufspreise sowie die vom Sammelrevers vor-gegebene, fixe Rabattordnung strikte einzuhalten. Da zudem 90 Prozent der Markttransaktionen gemäss den Konditionen des Sammelreverses abgewickelt würden, verbleibe dem Händler praktisch kein Spielraum zur Preis-Leistungs-Differenzierung. Der Sammelrevers beseitige für den Händler das Risiko eines Preiswettbewerbs. Somit falle der Sammelrevers auf der Stufe des Buchhandels in den Anwendungsbereich der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers werde diese Vermutung nicht umgestossen. Die Auffassung des Beschwerdeführers beruhe auf einer fehlerhaften Marktabgrenzung und auf einer unzulässigen Anwendung einer "Besonderheitentheorie" für das Gut Buch. Vorliegend gehe es nicht um das Preis-Leistungs-Verhältnis einzelner Bücher in Konkurrenz zu anderen Büchern, sondern um die mit der Distribution verbundenen Dienstleistungen wie Beratung, Lagerung sowie Angebot von Sortimenten. Der Käufer treffe nicht eine Wahl zwischen Büchern, sondern eine Wahl zwischen verschiedenen Buchhandlungen. Für letztere sei das Preis-Leistungs-Verhältnis des Buchhandels massgebend. Somit sei erwiesen, dass der Preis auch im Buchhandel ein wichtiger Wettbewerbsparameter sei, der durch die Preisbindung gemäss Sammelrevers für 90 Prozent der Markttransaktionen aus- oder gleichgeschaltet werde. Damit entfalle für den Buchhändler auch die Möglichkeit, seine Leistungen in Abgrenzung zur Konkurrenz zu differenzieren. Da der Tatbestand im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz erfüllt sei, bestehe kein Raum für eine Erheblichkeitsprüfung. Gleich verhalte es sich mit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Kartellgesetz, welche bei wettbewerbsbeseitigenden Abreden nicht zur Anwendung gelange.

D. Mit Eingabe vom 14. Februar 2000 beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm Einsicht in die von der Wettbewerbskommission ein-

gereichten Akten zu gewähren. Zugleich beantragte er, es sei ein weiterer Schriftenwechsel anzuordnen und ihm nach Durchführung der Akteneinsicht eine Frist von mindestens dreissig Tagen anzusetzen, innerhalb derer er sich zu den neuen Vorbringen der Wettbewerbskommission in der Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 äussern könne.

Mit Schreiben vom 10. März 2000 entsprach die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dem Akteneinsichtsbegehren des Beschwerdeführers. Im selben Schreiben lud sie den Beschwerdeführer sodann im Sinne eines weiteren Schriftenwechsels ein, zur Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 13. Januar 2000 Stellung zu nehmen.

Nach Einsichtnahme in die Akten reichte der Beschwerdeführer seine Replik am 22. Mai 2000 ein. Ergänzend führte er unter anderem aus, dass aus den Ausführungen der Vorinstanz nicht deutlich werde, was nun eigentlich Gegenstand des Verfahrens sei. Auf der Grundlage verschiedener sich teilweise widersprechender Umschreibungen des Verfahrensgegenstandes lasse sich jedenfalls die Begründung für die Verfügung der Vorinstanz nicht nachvollziehen. Vielmehr bleibe letztlich unklar, was überhaupt entschieden worden sei. Unzutreffend sei die Behauptung der Vorinstanz, wonach der Sammelrevers auch mit Einzelvereinbarungen in der Regel nicht umgangen werden könne. Zur Replik nahm die Wettbewerbskommission mit Duplik vom 10. Juli 2000, welche dem Beschwerdeführer in der Folge zur Kenntnis zugestellt wurde, Stellung.

Auf Empfehlung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verzichtete der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. August 2000 in der Schweiz folgendes Zustellungsdomizil: Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Pestalozzi Lachenal Patry, Löwenstrasse 1, CH-8001 Zürich.

E. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2000 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen - unter Vorbehalt des Verzichts - eine mündliche und öffentliche Verhandlung angeordnet hat.

Die Verhandlung wurde am 2. Mai 2001 durchgeführt.

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer nicht selber Adressat der angefochtenen Verfügung. Indessen ist er im Rahmen der egoistischen Verbandsbe-

schwerde zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde befugt. Denn er besitzt eigene Rechtsfähigkeit und ist gemäss Vereinssatzung zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen seiner Mitglieder befugt. Im Weiteren sind diese Interessen den Mitgliedern beziehungsweise einer grossen Anzahl von Mitgliedern gemeinsam, wobei jedes dieser Mitglieder individuell zur Beschwerdeerhebung legitimiert wäre; dies insofern, als die deutschen Verlage den durch die angefochtene Verfügung als unzulässig erklärten "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz" unterzeichnet haben (vgl. die Satzung des Börsenvereins vom 14. Juni 1996; vgl. zur egoistischen Verbandsbeschwerde: ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 560 f.; ferner RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel 1996, Rz. 1278 f.; BGE 121 II 39 E. 2d.aa, 125 I 71 E. 1b.aa).

1. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerde zusätzlich das Begehren, es sei festzustellen, dass die von der Wettbewerbskommission am 7. September 1999 durchgeführte Medienorientierung rechtswidrig erfolgt sei. Es stellt sich die Frage, ob auf dieses Feststellungsbegehren eingetreten werden kann.

Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Gegenstand der Feststellungsverfügung können - dem Verfügungscharakter entsprechend - zweifelsfrei bestimmbare sowie eindeutige individuelle und konkrete Rechte und Pflichten sein. Es kann damit immer nur eine Rechtsfrage, nicht aber eine tatbeständliche Frage geklärt werden (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz. 209).

Die fragliche Medienorientierung stellt ein informelles Verwaltungshandeln der Wettbewerbskommission dar. Gegenüber derartigen Informationshandlungen steht einzig die indirekte Anfechtung über die Staatshaftungsklage oder die Anfechtung einer Feststellungsverfügung offen. Diese indirekten Anfechtungsmöglichkeiten greifen allerdings nur dort, wo eine Feststellungsverfügung überhaupt erwirkt werden kann oder ein im Staatshaftungsverfahren einklagbarer Ver-

mögensschaden vorliegt (vgl. unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. August 1999 in S. S. [98/GB-002] E. 1; vgl. ferner MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBI 96/1995, S. 533 ff., insbes. S. 536 f.). Da die durchgeführte Medienorientierung eine Information der Öffentlichkeit darstellt und selber kein individuelles Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Wettbewerbskommission regelt, kann sie nach dem zuvor Dargelegten nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein. Im Zusammenhang mit der Orientierung der Öffentlichkeit kann sich allenfalls die Frage stellen, ob der Anspruch einer Partei auf Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu beachten ist (Art. 25, 48 und 49 Kartellgesetz, zitiert in E. 3). Der Beschwerdeführer rügt die Medieninformation jedoch nicht wegen ihres Inhalts als Geheimnisverletzung, sondern wegen ihres Zeitpunktes als Verletzung des Grundsatzes der Fairness im Verfahren.

Auf das Feststellungsbegehren ist demzufolge nicht einzutreten.

3. Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Es ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 KG).

4. In formeller Hinsicht bringt der Beschwerdeführer verschiedene Rügen vor. Diese sollen im Nachfolgenden einzeln geprüft werden.

4.1. So bringt der Beschwerdeführer in seiner Replik vom 22. Mai 2000 vor, dass sich die von der Wettbewerbskommission für die Beurteilung zu Grunde gelegten Sachverhaltselemente nicht mit dem von ihr bezeichneten Verfügungsgegenstand decken würden. So habe sie in ihrem Dispositiv den Sammelrevers generell als unzulässig erklärt. Obwohl sich die Wettbewerbskommission demnach auf die Buchpreisbindung mittels Sammelrevers habe beschränken wollen, habe sie bezüglich der Marktdaten auf Zahlen abgestellt, die nicht nur die Preisbindung über den Sammelrevers, sondern auch Einzelvereinbarungen über die Buchpreisbindung betreffen. Bereits aus diesem Grund sei die angefochtene Verfügung fehlerhaft.

Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung vom 13. Januar 2000 zutreffend ausführt, kann die Sammelrevers-Preisbindung - entgegen der

anders lautenden Auffassung des Beschwerdeführers - in der Regel auch nicht mit Einzelvereinbarungen umgangen werden. Denn auch solche Einzelvereinbarungen über die Preisbindung müssen für die Verlagserzeugnisse, welche der Sammelrevers-Preisbindung unterstellt sind, mit den Bestimmungen des Sammelreverses identisch sein. Dies folgt einerseits aus Ziffer A.8 des Sammelreverses, der den Verleger verpflichtet, für die Lückenlosigkeit der Preisbindung zu sorgen und die Gleichbehandlung seiner Abnehmer in Preisbindungsfragen sicherzustellen. Andererseits ist der Buchhändler auch dann verpflichtet, die Bestimmungen des Sammelreverses anzuwenden, wenn er dem Sammelrevers unterstellte Titel von Dritten bezieht oder an Dritte veräußert. Dies ergibt sich aus Ziffer A.5 des Sammelreverses:

"A.5 Die Verpflichtungen dieses Vertrages gelten auch dann, wenn ich die preisgebundenen Werke von dritter Seite, zum Beispiel vom Zwischenbuchhandel oder von einem anderen Händler, beziehe.

Sofern ich meinerseits, zum Beispiel als Zwischenhändler, preisgebundene Verlagserzeugnisse an Wiederverkäufer weiter veräußere, bin ich verpflichtet, zuvor zu prüfen, ob der betreffende Händler bereits gebunden ist. Ist er noch nicht gebunden, so muss ich dies dem Preisbindungstreuhandler mitteilen, damit dieser den Händler binden kann; oder ich muss ihn meinerseits entsprechend diesem Vertrag durch den Revers binden.

Ebenso habe ich Wiederverkäufer, die ich ausserhalb der Schweiz beliefere, zur Verhinderung der Umgehung einer lückenlosen Preisbindung schriftlich für den Fall zu binden, dass sie in die Schweiz reimportieren (ich habe sie ausserdem zu verpflichten, beim Weiterverkauf an Händler diese ebenfalls zu binden).

...".

Nach dem oben Ausgeführten erübrigt sich demnach eine Differenzierung zwischen der Buchpreisbindung über den Sammelrevers und einer Buchpreisbindung über Einzelvereinbarungen. Somit erweist sich das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers als unbegründet.

4.2. Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren, es sei aus dem Aktenverzeichnis der Vorinstanz nicht ersichtlich, welche Dokumente den Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission als Antrag des Sekretariats zugestellt worden seien. Ein Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission sei im Aktenverzeichnis nicht aufgeführt. Er sei im vorinstanzlichen Verfahren eingeladen worden, zu einem Verfügungsentwurf des Sekretariats Stellung zu nehmen und nicht zu einem Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission. Darin

sei ein Verfahrensfehler zu erblicken, was zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung führe.

Nach Massgabe des Kartellgesetzes können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission Stellung nehmen (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG). Am 21./25. Mai 1999 erhielt der Beschwerdeführer den "vollständigen Verfügungsentwurf" des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zur Stellungnahme zugestellt. Derselbe ging gleichen Datums an die Mitglieder der Kammer "Produktmärkte" der Wettbewerbskommission (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 46, 47 und 48). Ob hierfür nun die Terminologie "Antrag" oder - wie im vorliegenden Fall - "Verfügungsentwurf" verwendet wird, ist nicht von Relevanz. Entsprechend dem Sinn und Zweck der erwähnten Gesetzesbestimmung ist vielmehr entscheidend, dass sich der Beschwerdeführer zum Untersuchungsergebnis äussern konnte, was er mit Stellungnahme vom 11. August 1999 auch getan hatte (vgl. auch BRUNO SCHMIDHAUSER in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 7 zu Art. 30 KG). Demzufolge erweist sich auch diese Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet.

4.3. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass - sollte es sich beim erwähnten Verfügungsentwurf um den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission handeln - er sich lediglich zum Verfügungsentwurf (Stand: 25. Mai 1999) und nicht zum definitiven Verfügungsentwurf (Stand: 30. August 1999), welcher in wesentlichen Punkten vom früheren abweiche, habe äussern können. Insbesondere werde aus dem Verfügungsentwurf (Stand: 30. August 1999) erstmals deutlich, welche konkreten Anträge (Dispositiv) das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu stellen gedenke. Hiezu habe er in Verletzung von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz nie Stellung beziehen können.

Dem ist allerdings - in Übereinstimmung mit der Wettbewerbskommission - entgegenzuhalten, dass sich die beiden Entwürfe beziehungsweise Anträge des Sekretariates hinsichtlich der materiellrechtlichen Würdigung und vom Ergebnis her nicht unterscheiden. In den Verfügungsentwurf beziehungsweise Antrag (Stand: 30. August 1999) hat das Sekretariat zusätzlich die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999 integriert. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung respektive des Antrags (Stand: 30. August 1999) ist - soweit erforderlich - bereits im Antrag (Stand: 25. Mai 1999) unter dem Titel "B.4 Ergebnis" enthalten. Die übrigen Ziffern des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beziehungsweise des Antrags (Stand: 30. August 1999) betreffen die Sanktionsmöglichkeiten im Falle von Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung, die Kostenverteilung, die Rechtsmittelbelehrung und die Eröffnungsformel der Verfügung, mithin alle Punkte, die das Sekretariat nicht zwingend im Antrag an die Wettbewerbskommission (Stand: 25. Mai 1999) festhalten und dem

anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer demzufolge auch nicht zur Stellungnahme unterbreiten musste. Daraus folgt, dass der definitive Antrag (Stand: 30. August 1999) des Sekretariats an die Wettbewerbskommission gegenüber der dem Beschwerdeführer zugestellten Version (Stand: 25. Mai 1999) keine Änderungen erfahren hat, welche eine nochmalige Stellungnahme des Beschwerdeführers erfordert hätten.

Selbst wenn man indessen im Sinne des Beschwerdeführers zum Ergebnis gelangen würde, dass diesem der Antrag (Stand: 30. August 1999) zur Stellungnahme hätte unterbreitet werden müssen und dass durch die Nichtunterbreitung Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz und folglich das rechtliches Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden wäre, hätte vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Heilung desselben stattgefunden. Denn der fragliche Antrag ist dem Beschwerdeführer nachträglich zugekommen (vgl. Beschwerdebeilage Börsenverein Nr. 18), weshalb er im Beschwerdeverfahren vor der mit umfassender Kognition ausgestatteten Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hinlänglich Gelegenheit erhielt, sich hiezu zu äussern (zur Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör: vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 798 f.). Das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers ist deshalb unbegründet.

4.4. Eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt der Beschwerdeführer auch darin, dass seine schriftliche Stellungnahme vom 11. August 1999 zum Verfügungsentwurf (Stand: 25. Mai 1999) nicht allen am Entscheid teilnehmenden Kommissionsmitgliedern der Wettbewerbskommission zur Kenntnis gebracht worden sei. Dieser Verfahrensfehler führe ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung.

Gemäss dem Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (Geschäftsreglement, SR 251.1; Art. 1 Abs. 1) treffen folgende Organe Entscheidungen im Namen der Wettbewerbskommission: die Kommission; die drei Kammern; das Präsidium; die einzelnen Präsidiumsmitglieder. Jede Kammer besteht aus dem Kammerpräsidenten oder der Kammerpräsidentin, vier Mitgliedern und vier Ersatzmitgliedern. Zwei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder müssen unabhängige Sachverständige sein (Art. 2 Abs. 1 Geschäftsreglement). Eine Kammer ist beschlussfähig, wenn mindestens drei Mitglieder anwesend sind, von denen die Mehrheit unabhängige Sachverständige sind (Art. 2 Abs. 2 Geschäftsreglement). Die Kommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ zugewiesen sind (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsreglement). Sie entscheidet überdies auf Begehren von mindestens drei Kommissionsmitgliedern oder auf Begehren der zuständigen Kammer im Einzelfall über Fragen, die in den Zuständigkeitsbereich einer Kammer fallen (Art. 4 Abs. 4 Geschäftsreglement). Massgebend für die Zuständigkeit der drei

Kammern ist der von der Wettbewerbsbeschränkung oder vom Zusammenschluss schwergewichtig betroffene sachliche Markt oder Wirtschaftsbereich. Unter Vorbehalt von Artikel 4 Absatz 4 ist für Geschäfte zuständig: die erste Kammer für Märkte im Bereich der industriellen Produktion und des Gewerbes; die zweite Kammer für Märkte im Bereich der Dienstleistungen; die dritte Kammer für Märkte im Bereich der Infrastruktur (Art. 5 Abs. 1 Geschäftsreglement). Die Kommission und die Kammern werden durch den Präsidenten oder die Präsidentin einberufen. Sie müssen einberufen werden, falls es für die Kommission fünf Mitglieder oder für die Kammer ein Mitglied, jeweils unter Angabe der Gründe, verlangen. Die Kommission und die Kammern können auf dem Zirkulationsweg beschliessen, soweit nicht für die Kommission drei Mitglieder oder für die Kammer ein Mitglied, jeweils unter Angabe der Gründe, Beratung verlangen (Art. 10 Abs. 1 und 2 Geschäftsreglement).

Im vorliegenden Fall wurde die schriftliche Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999 den Mitgliedern der (ersten) Kammer Produktemärkte, welche zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig war, mit Schreiben vom 20. August 1999 und auf Begehren fünf weiteren Mitgliedern der Wettbewerbskommission zugestellt (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 92). Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass zwei Mitglieder, die an der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 teilnahmen, sich seine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht zustellen liessen und sie daher auch nicht zur Kenntnis genommen hätten. Die Wettbewerbskommission hält dem entgegen, dass auch diese Kommissionsmitglieder Zugang zu den Akten gehabt hätten und dass es ihnen zu überlassen sei, wie sie von deren Inhalt Kenntnis nehmen wollen. In der Tat muss es genügen, dass die Mitglieder einer Behörde von den Verfahrensakten Kenntnis nehmen können. Ob und wie sie das tun, ist ihre Sache und kann nicht durch die Behörde kontrolliert werden. Immerhin mag es als erwünscht erscheinen, dass ein derart wichtiges Schriftstück, wie es die nach Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz den Parteien zustehende schriftliche Stellungnahme darstellt, für alle an einer Entscheidung mitwirkenden Mitglieder in ihren persönlichen Sitzungsakten unmittelbar verfügbar ist. Wenn aber Mitglieder einer Kollegialbehörde eine gewisse Arbeitsteilung vornehmen und sich zum Beispiel über den Inhalt einzelner Aktenstücke zuerst einmal von anderen Mitgliedern oder dem Sekretariat informieren lassen und nur im Zweifel diese Akten selbst lesen, kann darin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden, sofern die praktizierte Arbeitsteilung nicht so weit geht, dass eine umfassende und objektive Information aller Behördemitglieder gefährdet ist.

4.5. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei auch dadurch verletzt worden, dass die Wettbewerbskommission sich geweigert habe, nach Eingang seiner schriftli-

chen Stellungnahme eine Anhörung im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 Kartellgesetz durchzuführen.

Gemäss Kartellgesetz kann die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG). Bereits dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist zu entnehmen, dass die Wettbewerbskommission nicht verpflichtet ist, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Vielmehr wird sie eine Anhörung nur dann beschliessen, falls ihres Erachtens ein zusätzlicher Untersuchungsbedarf besteht. Ein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine solche Anhörung besteht indessen nicht (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 30 KG; vgl. ferner ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 621). Im vorliegenden Fall war die Wettbewerbskommission demzufolge nicht zur Durchführung einer Anhörung verpflichtet, weshalb sich auch dieses Vorbringen des Beschwerdeführers als unbegründet erweist.

4.6. Der Beschwerdeführer sieht einen Verfahrensmangel auch darin, dass A., Mitglied der Wettbewerbskommission, an der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 teilgenommen habe, obwohl er in diesem Verfahren früher in Ausstand getreten sei. Wie in Ziffer 24 der angefochtenen Verfügung festgehalten wird, ist A. für das gesamte Verfahren über die Buchpreisbindung in Ausstand getreten. Dass er gemäss Deckblatt des Protokolls der 52. Plenarsitzung vom 6. September 1999 als anwesend vermerkt wird, beweist nicht, dass er unter Missachtung seiner Ausstandserklärung am angefochtenen Entscheid mitgewirkt hat. Seine Anwesenheit erklärt sich vielmehr dadurch, dass an der fraglichen Sitzung neben der Buchpreisbindung noch acht andere Geschäfte behandelt wurden (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 94 und 98).

5. In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Sammelrevers es den Verlegern ermögliche, durch individuelle, vertikale Vereinbarungen mit den Buchhändlern für ihre Verlagserzeugnisse lückenlos die Ladenpreise festzusetzen. Dabei sei jeder Verleger frei zu bestimmen, ob er sein gesamtes Sortiment oder nur einzelne Verlagserzeugnisse der Preisbindung unterstellen wolle und wie lange die Preisbindung bestehen bleiben solle. Somit handle es sich bei der Buchpreisbindung um eine sehr liberale Form einer vertikalen Preisbindung. Weder bestehe eine horizontale Abrede zwischen den Verlegern noch bestehe eine solche zwischen den Buchhändlern. Mangels horizontaler Abreden auf der Verleger- und/oder Händlerebene sei es damit rechtswidrig, das Sammelreverssystem der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu unterstellen. Im Übrigen wäre diese Vermutung auf jeden Fall widerlegt, denn es bestehe nach wie vor wirksamer Wettbewerb. Da es im Weiteren am Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch den

Sammelrevers fehle und ausserdem die vertikale Buchpreisbindung in Form des Sammelreverses aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wäre, lägen keine unzulässigen Wettbewerbsabreden vor.

Demgegenüber erwog die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung, dass das Sammelreverssystem weitestgehend branchenumfassend und lückenlos wirke. Der Sammelrevers als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen führe zu einer kollektiven Preisbindung, welcher neben den vertikalen Preisbindungsverträgen in der Tat zwei gleichgerichtete horizontale Abreden zu Grunde liegen würden, nämlich eine zwischen den Verlegern und eine zwischen den Buchhändlern. Die Bündelung der Preisbindungsverträge durch den Sammelrevers beseitige damit vermutungsweise den Preiswettbewerb auf der Stufe des Buchhandels. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs werde nicht widerlegt, da sowohl der Innenwettbewerb auf Handelsstufe als auch der Aussenwettbewerb beseitigt seien. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei damit ausgeschlossen.

5.1. Nach Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz wird vermutet, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt sei, wenn eine horizontale Wettbewerbsabrede vorliegt, das heisst eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen.

5.1.1. Eine Vereinbarung, dass die Buchpreise zu binden seien, ist weder für die Verleger noch für die Buchhändler nachgewiesen. Zwar wurde an der 43. Generalversammlung des SBVV vom 18. Juni 1991 (...) beschlossen, die damals geltende Preisbindungsvereinbarung in Analogie zu Deutschland durch einen Sammelrevers zu ersetzen (...). Doch bildet dieser Beschluss für sich allein noch keine horizontale Abrede. Der Sammelrevers, der am 1. Oktober 1993 eingeführt wurde, zwingt keinen Verleger zur Teilnahme. Er belässt auch den Verlegern, die ihn unterzeichnen, das Recht zu bestimmen, welche der von ihnen herausgegebenen Titel der Preisbindung unterstehen, und der einzelne Verleger kann diese Unterstellung jederzeit beenden. Für die der Preisbindung unterstellten Titel regelt der Sammelrevers die Möglichkeiten der Rabattgewährung und der Ausnahme von der Preisbindung, erlaubt aber dem Verleger, abweichende Regelungen zu treffen. Eine wirksame wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung hätte zudem auch die deutschen und österreichischen Verleger einbeziehen müssen, die zusammen schätzungsweise 85 Prozent des deutschsprachigen, in der Schweiz angebotenen Sortiments liefern (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 91 [Stellungnahme des SBVV vom 16. August 1999, Ziff. 39] i. V. m. Nr. 89 [Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999, Ziff. 10]).

Vertragsrechtlich beruht die Preisbindung auf einer individuellen Vereinbarung zwischen den einzelnen Verlegern und Buchhändlern,

selbst wenn sie sich dem Sammelrevers unterstellt haben. Mit der Unterzeichnung des Sammelreverses verpflichtet sich der Buchhändler gegenüber jedem unterzeichnenden Verleger, die von diesem vorgeschriebenen Endverkaufspreise einzuhalten. Der Verleger verpflichtet sich seinerseits gegenüber den unterzeichnenden Buchhändlern, beim Vertrieb der unterstellten Titel für die lückenlose Preisbindung besorgt zu sein (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 15: Sammelrevers, Ziff. A.1 und A.8; vgl. ferner Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 91 [Stellungnahme des SBVV vom 16. August 1999, Ziff. 27] i.V.m. Nr. 89 [Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. August 1999, Ziff. 10]).

5.1.2. Mit dem Sammelrevers haben die Verbände der Verleger und der Buchhändler aber den Marktteilnehmern nicht nur einen Mustervertrag für eine individuelle Preisbindungsvereinbarung zur Verfügung gestellt. Der Sammelrevers enthält vielmehr verschiedene Elemente einer gemeinschaftlichen Regelung. So können die vorgesehenen Konventionalstrafen für Verstösse von Verlegern nur durch die von den Buchhändlern bestellte Preisbindungsbeauftragte geltend gemacht werden und die Zahlung geht an den Beschwerdeführer (Sammelrevers Ziff. A.6 Abs. 3). Ferner sieht der Sammelrevers ein vom Preisbindungstreuhänder der Verleger und der Preisbindungsbeauftragten der Buchhändler bestelltes Schiedsgericht vor, dem alle aus dem Preisbindungsvertrag sich ergebenden Streitigkeiten zum Entscheid zu unterbreiten sind (Sammelrevers Ziff. A.10). Der Preisbindungstreuhänder ist auch beauftragt, die Einhaltung der Preisbindung zu überwachen, das heisst Verstösse festzustellen, abzumahnern und den betroffenen Verleger zu orientieren, der aufgrund seiner Verpflichtung zur Lückenlosigkeit die Preisbindung durch die Einforderung von Konventionalstrafen oder Liefersperrern durchzusetzen hat. Vor allem aber nimmt der Preisbindungstreuhänder die Unterzeichnungen des Sammelreverses durch Verleger und Buchhändler entgegen und macht sie den Beteiligten bekannt. Schliesslich ist er auch mit einer gewissen Öffentlichkeitsarbeit für das Preisbindungssystem betraut (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 40: Schreiben des Preisbindungstreuhänders vom 20. April 1999 an die Wettbewerbskommission). Die Preisbindungsbeauftragte ist ihrerseits durch die unterzeichnenden Buchhändler bevollmächtigt, bei Änderungen des Sammelreverses mitzuwirken und die Reversverpflichtung gegenüber neu beitretenden Verlegern namens der Buchhändler zu unterzeichnen (Sammelrevers Ziff. A.11).

Nach Auffassung des Beschwerdeführers dienen Treuhänder und Beauftragte ausschliesslich der Bewältigung des Massenproblems, mit dem ein Verleger konfrontiert ist, wenn er die Endverkaufspreise seiner Titel binden will, da er seine Lieferbedingungen gegenüber Hunderten von möglichen Abnehmern bekannt machen und durchsetzen muss. Auf seinen Entscheid, ob und in welchem Umfang er seine Pro-

duktion der Preisbindung unterstellen und wie er bei Verstössen vorgehen will, hätten sie aber keinen Einfluss.

5.1.3. Diese Entscheidungsfreiheit reicht jedoch nicht aus, um eine horizontale Wettbewerbsabrede auszuschliessen. Nach Artikel 4 Absatz 1 Kartellgesetz gelten als Wettbewerbsabreden auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Es ist deshalb zu untersuchen, wie es zu dem weitgehend gleichförmigen Verhalten der Marktteilnehmer kommt. Wie der Beschwerdeführer darlegt, kann der Verleger den Erfolg eines Titels im Voraus nur schwer abschätzen. Er ist deshalb daran interessiert, mit Hilfe eines dichten Verkaufstellennetzes mit breitem Angebot eine grosse Zahl von Titeln anbieten zu können. Aus dem Verkauf erfolgreicher Titel können Buchhändler und Verleger die Kosten des Angebots von Titeln finanzieren, die sich als weniger erfolgreich erweisen. Die Preisbindung erlaubt somit Verlegern und Buchhändlern eine Quersubventionierung (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 42a: Antworten vom 28. April 1999 des Beschwerdeführers auf den Fragebogen der Wettbewerbskommission, Nr. 18-22; vgl. ferner Verwaltungsbeschwerde Ziff. 111).

Allerdings setzt diese Quersubventionierung voraus, dass die Preisbindung von der überwiegenden Zahl der Marktteilnehmer angewandt wird, denn nur so können sie einen Einfluss auf die Struktur des Verkaufstellennetzes erwarten. Nur durch gleichförmiges Verhalten haben die Verleger eine Chance, mit Hilfe der Preisbindung die von ihnen gewünschte örtliche Dichte und sachliche Breite des Angebots zu fördern. Zwar wird, soweit ersichtlich, unter Verlegern kein Zwang ausgeübt, sich am Sammelrevers zu beteiligen. Aber durch den Sammelrevers wird die Preisbindung, insbesondere ihre lückenlose Anwendung, zweifellos erleichtert wenn nicht sogar erst möglich gemacht. Die Einsetzung des Treuhänders und der Bevollmächtigten verringert den Verwaltungsaufwand ganz erheblich und erlaubt eine zuverlässige Überwachung und Durchsetzung des Vollzugs. Indem der Sammelrevers für den Verleger ein wichtiges, wenn nicht sogar unerlässliches Instrument zur Anwendung der Preisbindung darstellt, erhöht er gleichzeitig in bestimmender Weise die Chancen, dass die überwiegende Zahl der Verleger die Preise ihrer Produkte binden. Nicht weil die Preisbindung für den einzelnen Verleger individuell vorteilhaft ist, wendet er sie an, sondern weil er dank dem Sammelrevers darauf zählen kann, dass seine Konkurrenten sie ebenfalls verwenden.

Dass der Sammelrevers in dieser Weise sehr erfolgreich wirksam ist, zeigt sich daran, dass nach den Angaben des Beschwerdeführers in einer gut sortierten Sortimentsbuchhandlung bloss bis zu 10 Prozent des Sortiments nicht preisgebunden ist (vgl. Verfahrensakten der Wettbewerbskommission Nr. 42a: Antworten vom 28. April 1999 des Beschwerdeführers auf den Fragebogen der Wettbewerbskommission,

Nr. 3). Der Beschwerdeführer weist allerdings darauf hin, dass diese 10 Prozent nicht unbedingt dem Anteil am gesamten Büchermarkt entsprechen, weil nicht feststehe, ob das Sortiment einer traditionellen Sortimentsbuchhandlung dem gesamten Büchermarkt entspreche. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben, denn der Anteil der preisgebundenen Bücher ist jedenfalls so gross, dass der Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des Gesamtmarktes beeinflusst ist.

Der Sammelrevers bildet somit das koordinierende Element, das eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Kartellgesetz von einem bloss gleichförmigen und wettbewerbsrechtlich daher nicht erfassten Verhalten unterscheidet.

5.1.4. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher und der Tatsache, dass er vor allem Neuerscheinungen erfasst, haben die Buchhändler, selbst wenn sie wollten, keine andere Wahl, als sich mit dem Sammelrevers oder durch eine inhaltlich entsprechende Einzelvereinbarung der Preisbindung zu unterstellen. Als Alternative bliebe ihnen nur das so genannte moderne Antiquariat, das nicht in Konkurrenz zum preisgebundenen Angebot der Sortimentsbuchhandlungen zu treten vermag.

5.2. Wie bereits erwähnt, wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden von Gesetzes wegen vermutet (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG; vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 304). Gemäss Botschaft zum geltenden Kartellgesetz ist für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand der Preisfestsetzungsabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend und nicht das Mittel, mit dem diese erreicht wird. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten (vgl. Botschaft, BBl 1995 I 468 ff., 567; vgl. ferner FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 115 zu Art. 5 KG; vgl. auch ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 311).

Die im europäischen Wettbewerbsrecht zum Preisfixierungsverbot von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957) entwickelte Praxis rechnet zu den indirekten Preisfestsetzungen unter anderem die Abstimmung über Zeitpunkt und Höhe von Preisänderungen oder auch Absprachen, nicht von den eigenen Listenpreisen abzuweichen. Als weitere Fälle von indirekten Preisabsprachen sind etwa Horizontalabsprachen zwischen Herstellern über die kollektive Anwendung von Preisbindungen der zweiten Hand und gewisse Horizontalabsprachen über Preiselemente oder -komponenten auf der Vertriebsstufe anzusehen (vgl. FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 5 KG).

Mit der im vorliegenden Fall zwischen einem Verleger und einem Buchhändler via Sammelrevers abgeschlossenen Vereinbarung ver-

pflichtet sich der Buchhändler, die vom Verleger jeweils festgelegte Preisliste für die von letzterem bezeichneten Verlagserzeugnisse einzuhalten (vgl. Sammelrevers Ziff. A.1). Der Buchhändler übernimmt somit "automatisch" die vom Verleger bestimmten Preise. Diese Abrede stellt einen Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage und nach dem Gesagten eine indirekte Preisfestsetzung dar.

Damit kann im Sinne eines Zwischenergebnisses festgehalten werden, dass die unter Anwendung des Sammelreverses vereinbarten Abreden horizontale Wettbewerbsabreden über die indirekte Festsetzung von Preisen darstellen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Demzufolge wird von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet. - Diese gesetzliche Vermutung kann indessen umgestossen werden, wenn nachgewiesen wird, dass trotz der Abreden so genannter Innen- oder Aussenwettbewerb möglich ist (vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 305).

5.3. Die Wettbewerbskommission hat in der angefochtenen Verfügung als relevanten Markt den "Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen (...) im Währungsgebiet der Schweiz" bezeichnet (Ziff. 76). Die von ihr beanstandete Wettbewerbsabrede bewirkt den weitgehenden Ausschluss des Preiswettbewerbs im Buchhandel, da die Verleger den grössten Teil der Titel der Preisbindung unterstellen.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass die Ware, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei, allein das Produkt "Buch" sei. Dieses könne grundsätzlich mit oder ohne buchhändlerische Serviceleistungen angeboten werden. Diese Leistungen würden aber keinen eigenständigen relevanten Produktmarkt bestimmen, weil sie nicht gesondert gehandelt sondern stets nur mit dem Absatz des Produktes Buch angeboten würden (Replik vom 22. Mai 2000, Ziff. 45). Auf dem Büchermarkt bestehe durchaus ein lebhafter Wettbewerb, der auch einen intensiven Preiswettbewerb einschliesse (Replik vom 22. Mai 2000, Ziff. 47).

Die Wettbewerbskommission geht indessen zu Recht davon aus, dass der Buchhandel eine eigene Wertschöpfungsstufe darstellt. Die verlegerische Leistung der Herstellung von Büchern und die buchhändlerische Leistung der Vermittlung von Büchern an den Käufer sind verschieden und durchaus auch für den Käufer unterscheidbar. Der Käufer nimmt die buchhändlerischen Leistungen in sehr unterschiedlicher Weise in Anspruch. Er kann einen Titel, den er aufgrund von Medienmeldungen und kommentaren, Verlagsanzeigen oder Empfehlungen aus seinem Bekanntenkreis ausgewählt hat, in der Buchhandlung kaufen oder sich zusenden lassen. Er kann aber seinen Kaufentscheid auch treffen, nachdem er in der Buchhandlung verschiedene Titel angesehen hat, und er kann sich dabei, soweit angeboten, auch vom Verkaufspersonal beraten lassen. Dass diese unterschiedlichen buchhändlerischen Leistungen nicht gesondert gehandelt sondern stets nur mit

dem Produkt "Buch" angeboten werden, ist einerseits das Kennzeichen jeglichen Handels, der eben in der Vermittlung und nicht in der Herstellung von Gütern besteht. Dass diese Leistungen nicht gesondert abgegolten werden, ist andererseits eine Folge der Preisbindung, die den Käufer zwingt, für einen bestimmten Titel denselben Preis zu bezahlen unabhängig davon, welche buchhändlerischen Leistungen er beansprucht hat.

5.4. Ist somit als relevanter Markt der Handel mit Büchern und nicht der Büchermarkt zu betrachten, sind die Argumente des Beschwerdeführers, dass für den Buchkäufer in aller Regel ein bestimmter Titel mit anderen austauschbar sei und er daher von dem durch den Buchhandel vermittelten Preiswettbewerb unter den Verlagen profitiere (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 83), unerheblich. Entscheidend ist, dass unter den am Sammelrevers beteiligten Buchhändlern für ihre Leistung, nämlich die Vermittlung von Büchern, kein Preiswettbewerb spielt. Damit ist die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs begründet, es sei denn, sie lasse sich durch den Nachweis eines hinreichenden Innen- oder Aussenwettbewerbs widerlegen.

5.4.1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass das Angebot von preisungebundenen Büchern im modernen Antiquariat und in Buchclubs weder dem Umfang noch dem Sortiment nach geeignet ist, den Handel mit preisgebundenen Büchern wirksam zu konkurrenzieren. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht behauptet. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung lässt sich somit nicht durch den bestehenden oder potenziellen Aussenwettbewerb widerlegen.

5.4.2. Hingegen macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Wettbewerb auch für den Handel mit den der Preisbindung unterstellten Büchern nicht beseitigt und deshalb die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz widerlegt sei. Für den Konsumenten hätten die Beratung in der Buchhandlung, die dort präsente Sortimentsbreite und der buchhändlerische Service, wie Bestelldienst und Ausstattung der Buchhandlung, eine ausschlaggebende Bedeutung. Der Wettbewerb mit diesen aus Kundensicht besonders wichtigen Mitteln werde durch die vertikale Preisbindung keineswegs gehemmt, sondern im Gegenteil gefördert, da die Buchhandlungen sich infolge der Preisbindung auf diese leistungsbezogenen Wettbewerbsparameter konzentrieren müssten (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 84 ff., insbesondere Ziff. 8890).

Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz knüpft die Vermutung, dass der Wettbewerb beseitigt sei, an die Abrede über die Festsetzung von Preisen. Betrifft eine Abrede nur die Preise, lässt sie den Beteiligten immer die Möglichkeit, sich mit anderen Mitteln wie zum Beispiel Kundenbetreuung, Werbung oder Produktdifferenzierung zu konkurrenzieren, und diese werden in der Regel solche Mittel zur Steigerung

ihrer Umsätze und Gewinne intensiv nutzen. Für die Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz ergibt sich daraus zuerst einmal die Frage, wie angesichts derartig differenzierter Angebote der relevante Markt abzugrenzen ist (vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 174). Je stärker die Differenzierung ist, desto weniger wird der Konsument die Angebote als substituierbar ansehen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass seine Wahlmöglichkeiten durch die kartellistische Verhinderung des Preiswettbewerbs beschränkt werden. Im vorliegenden Fall kann er nur eine Auswahl unter verschiedenen Buchhandlungen mit unterschiedlichen Leistungsangeboten treffen, muss aber überall den gleichen Preis für die buchhändlerischen Leistungen bezahlen, unabhängig davon, welche der angebotenen Leistungen er bei seinem Bücherkauf beansprucht. Verzichtet er zum Beispiel auf Beratung oder eine aufwändige Sortimentspräsentation, kann er damit keinen Preisvorteil erzielen. Er hat denselben Preis zu bezahlen wie der Kunde, der diese Dienste nutzt, und er hat keine Wahl, sich seinen Verzicht auf buchhändlerische Leistungen, der unter Umständen bei ihm selbst einen grösseren Aufwand bedingt, durch einen günstigeren Preis abgelden zu lassen. Was er in jedem Fall braucht, ist die Vermittlung, das heisst die Beschaffung des Buches vom Grosshändler oder Verleger. Diese Leistung kann jede dem Sammelrevers angeschlossene Buchhandlung erbringen und insofern steht sie im Wettbewerb mit jeder anderen Buchhandlung. Die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Marktabgrenzung ist somit auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Angebotsdifferenzierung zu beanstanden.

Sodann stellt sich die Frage, ob der vom Beschwerdeführer behauptete leistungsbezogene Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz zu widerlegen. Vermutet wird danach, dass Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Der Beschwerdeführer scheint davon auszugehen, dass wirksamer Wettbewerb nur dann beseitigt sei, wenn das Funktionieren sämtlicher relevanter Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Geschäftsbedingungen, Absatzkanäle, Bezugsquellen verhindert wird (so ROLAND VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Recht, publiziert in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Globalisierung-Wettbewerbsrecht-öffentliches Beschaffungswesen, Tagung vom 17. Oktober 1996 an der Universität Bern, Bern 1997, S. 24). Wäre dies der Sinn des Kartellgesetzes, dann wären die Tatbestände von Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz kumulativ verknüpft und nicht alternativ aufgezählt. Eine Abrede müsste Preise, Mengen, Bezugsquellen, Kundenaufteilung und anderes mehr regeln, um die Vermutung zu begründen, dass kein wirksamer Wettbewerb bestehe. Das Kartellgesetz begnügt sich aber mit einem dieser Parameter, um die Vermutung zu begründen. Es geht davon aus, dass der Wettbewerb die von ihm erwarteten Funktionen

nicht mehr hinreichend erfülle, wenn ein einziger dieser in der Botschaft als "Grundparameter" bezeichneten Tatbestände gegeben sei (Botschaft S. 566; WALTER A. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Sondernummer, Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, 1996, S. 16 f.). Die Bedeutung des Preiswettbewerbs wird auch dadurch unterstrichen, dass das Gesetz für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht eine Abrede verlangt, die zu einer Festsetzung des Preises schlechthin führt, sondern dass auch Abreden genügen, die nur einzelne Elemente der Preisfestsetzung betreffen (Botschaft S. 567; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Rz. 25 zu Art. 5 KG; FRANZ HOFFET, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 5 KG; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 7/96, S. 820). In der Tat wird der Wettbewerb durch eine Beschränkung oder Beseitigung des Preiswettbewerbs derart stark behindert, dass er einen wesentlichen Teil seiner ihm vom Gesetz zugedachten Steuerungsfunktion nicht mehr erfüllt. Der Käufer kann nur unter den angebotenen Leistungspaketen auswählen. Er kann aber weder um eines Preisvorteils Willen auf gewisse Leistungskomponenten verzichten noch von der Effizienz einzelner Anbieter bei einzelnen Leistungskomponenten durch einen günstigeren Einkauf profitieren. Er kann aus derartigen Effizienzvorteilen im besten Fall nur durch den Bezug zusätzlicher Leistungen Nutzen ziehen. Der Anbieter seinerseits wird Effizienzvorteile entweder als höheren Gewinn für sich behalten oder in Form von Zusatzleistungen an den Kunden weiter geben in der Hoffnung, dadurch seinen Umsatz zu steigern. Der vom Kartellgesetz angestrebte Wettbewerb hat aber zum Ziel, dass sich das Angebot nach der Nachfrage richtet und nicht durch Abreden unter den Anbietern bestimmt wird.

Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, dass Kundenbefragungen und Erfahrungen in Ländern, in denen die Buchpreise nicht gebunden seien, beweisen würden, dass eine Mehrheit von Buchkäufern wenig Wert auf einen Preiswettbewerb im Buchhandel lege. Vielmehr seien ihr die durch die Preisbindung geförderte Titelvielfalt und Versorgungsdichte mit Sortimentsbuchhandlungen wichtiger. Zudem würde die Aufhebung der Preisbindung das allgemeine Preisniveau für Bücher nicht senken (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 11, 84-193). Das ändert indessen nichts daran, dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs für die Leistungen des Buchhandels die Wahlfreiheit sowohl des Konsumenten als auch des Anbieters beschränkt, was nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz die Vermutung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede begründet. Diese Vermutung ist nicht durch die Relevanz anderer Wettbewerbsparameter zu widerlegen, sondern nur durch den Nachweis, dass der Preiswettbewerb trotz der fraglichen Abrede in hinreichendem Masse spielt. Das ist im vorliegenden

Fall nicht gegeben. Vielmehr sind die Preise für die dem Sammelrevers unterstellten Bücher bei allen Buchhändlern gleich.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers muss es den Anbietern erlaubt sein, den Preiswettbewerb unter den Buchhändlern zu beseitigen, um eine Titelvielfalt und Versorgungsdichte aufrechtzuerhalten, die nach Umfrageergebnissen einer grossen Zahl von Kunden wichtiger sind als Preisvorteile, die sich aus dem Preiswettbewerb wenigstens für bekannte und umsatzstarke Titel ergeben. Das Kartellgesetz geht jedoch davon aus, dass der Nachfrage bestmöglich entsprochen wird, wenn die Anbieter ihr Angebot nach der Nachfrage und nicht nach Wettbewerbsabreden ausrichten. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass der Büchermarkt sich durch seine Intransparenz und die hohe Bedeutung von Impulskäufen auszeichne. Dem Konsumenten sei es nahezu unmöglich, in der unüberschaubaren Titelvielfalt die ihn interessierenden Titel ohne die Hilfe des Buchhandels zu finden. Zudem würden die meisten Käufer erst in der Buchhandlung auf das gekaufte Buch aufmerksam (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 8487). Deshalb komme es für den Kunden nicht so sehr auf den Preis als vielmehr auf die Dienstleistungen des Buchhandels an (Verwaltungsbeschwerde Ziff. 91). Trifft dies zu, sollte man eigentlich erwarten können, dass der Kunde bereit ist, den Preis für diese Dienstleistungen zu bezahlen, soweit er sie in Anspruch nimmt, und nicht nur den Preis, der sich aus einer Mischrechnung ergibt, bei der die Erträge umsatzstarker Titel helfen, die Kosten der Verkaufsförderung weniger erfolgreicher Bücher zu finanzieren.

Die durch den Sammelrevers begründete Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Kartellgesetz ist somit auch nicht durch den bestehenden Innenwettbewerb widerlegt.

5.4.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass - gemäss den vorstehenden Erwägungen - die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen wird. Demzufolge erweist sich die angefochtene Verfügung als rechtskonform, weshalb die dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde unbegründet und daher abzuweisen ist. Mit den dargelegten Ausführungen ist zugleich begründet, dass der rechtserhebliche Sachverhalt vollständig und richtig festgestellt worden ist und die Streitsache auch nicht - im Sinne des Eventualantrags des Beschwerdeführers - an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

5.5. Im Lichte ausländischer Erfahrungen kann man sich allerdings fragen, ob die Aufhebung der Preisbindung mittels des Sammelreverses nicht doch zu einer Verringerung der Zahl der Sortimentsbuchhandlungen und in der Folge zu einer Verminderung der Titelvielfalt führen würde. Abgesehen davon, dass die Nachfrage nach Büchern je nach den gesellschaftlichen Traditionen einzelner Sprachregionen sehr

unterschiedlich ist und deshalb solche Erfahrungen sich nicht ohne weiteres übertragen lassen, kann im Rahmen der Anwendung von Artikel 5 Kartellgesetz eine sich aus der Nachfrage ergebende Angebotsstruktur nicht durch die Ausschaltung eines grundlegenden Wettbewerbsparameters wie des Preises verhindert werden. Das würde, wie erwähnt, die Wahlfreiheit des Konsumenten und die daraus folgende Steuerung des Angebots in einer mit Artikel 5 Absatz 3 Kartellgesetz unvereinbaren Weise beschränken.

Man mag ein solches Marktergebnis unter bildungs- und kulturpolitischen Gesichtspunkten als unerwünscht ansehen. Solche Erwägungen sind jedoch, wie auch der Beschwerdeführer einräumt, nicht im Rahmen von Artikel 5 Kartellgesetz anzustellen, sondern können vom Bundesrat in Betracht gezogen werden, wenn er auf Antrag von Beteiligten gestützt auf Artikel 8 Kartellgesetz prüft, ob überwiegende öffentliche Interessen für eine Zulassung des Sammelreverses sprechen. Eine solche Lösung liegt auch auf der Linie der in anderen OECD-Ländern getroffenen Regelungen. Wo die Buchpreise gebunden werden, geschieht dies nicht im Rahmen der allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts, sondern aufgrund branchenspezifischer Sonderregeln, die in fast allen Fällen vom Gesetzgeber erlassen wurden (vgl. Resale Price Maintenance, Competition Policy Roundtables N. 14, OCDE/GD (97) 229, Paris 1997).

6. 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. Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder Beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Im vorliegenden Fall gilt der Beschwerdeführer als unterliegende Partei und hat demzufolge die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen. Diese werden mit dem von ihm am 19. November 1999 (CHF 1'000.--) sowie am 21. Dezember 1999 (CHF 5'000.--) geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt CHF 6'000.-- verrechnet und ein Überschuss aus der Bundeskasse zurückerstattet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung; SR 172.041.0). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 5 Kostenverordnung).

**Demnach entscheidet die Rekurskommission
für Wettbewerbsfragen:**

1. [Verfahrenskosten]
 2. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Rhône-Poulenc S.A. & Merck

Art. 2 Abs. 2 und Art. 9 KG

Art. 2 al. 2 et art. 9 LCart

Art. 2 cpv. 2 e art. 9 LCart

Das Urteil des Bundesgerichts (II. Zivilabteilung) vom 24. April 2001 in Sachen Rhône-Poulenc S.A. & Merck betreffend Unternehmenszusammenschluss hat ergeben:

A. Le 23 mai 1997, la société française Rhône-Poulenc SA et la compagnie américaine Merck & Co Inc. ont regroupé leurs secteurs "santé animale" et "génétique avicole" au sein d'une nouvelle entreprise commune dénommée Merial. En 1996, Rhône-Poulenc SA avait réalisé en Suisse un chiffre d'affaires de CHF 315 mio., dont environ CHF 3'170'000.-- pour les secteurs concernés par le regroupement, alors que Merck & Co Inc. avait obtenu respectivement des chiffres d'affaires de CHF 155 mio. et CHF 715'000.-- environ. Sur le plan mondial, le chiffre d'affaires de Rhône-Poulenc s'élevait à 13,217 mia. ECU (85,818 mia. de FF) et celui de Merck & Co Inc. atteignait 15,616 mia. ECU (19,819 mia. de US\$).

Le 2 juillet 1997, la Commission des Communautés européennes a déclaré que le regroupement en cause était compatible avec le marché commun, sur la base du Règlement N/4064/89 du Conseil (ci-après: le Règlement CEE; voir décision du 02.07.1997 in Journal officiel no C312 du 14/10/1997 p. 0015). Le 8 juillet suivant, Rhône-Poulenc SA et Merck & Co Inc. ont notifié l'opération Merial au Secrétariat de la Commission de la concurrence, en précisant qu'elles désiraient réaliser la concentration au 1er août 1997.

Après un échange de correspondances, notamment pour compléter les informations fournies, le Secrétariat a, par courrier du 5 août 1997, fixé au 1er août le point de départ du délai d'attente d'un mois prévu dès l'ouverture de la procédure d'examen, conformément à l'art. 32 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels ou LCart; RS 251).

Le 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu que l'opération Merial ne créerait pas et ne renforcerait pas davantage une position dominante sur le marché des parasitocides et de la génétique avicole. Rhône-Poulenc SA et Merck & Co Inc. ont toutefois réalisé

l'opération de concentration le 1er août 1997, tout en déclarant avoir suspendu leurs ventes vers la Suisse.

B. Par décision du 16 février 1998, la Commission de la concurrence a, sur la base de l'article 51 alinéa 1 LCart, infligé aux entreprises Rhône-Poulenc SA et Merck & Co Inc. une amende de CHF 60'000.-- chacune pour avoir réalisé l'opération Merial pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart. Elle est cependant revenue sur cette décision le 21 décembre 1998 et a réduit les amendes pour tenir compte des chiffres d'affaires annuels respectifs réalisés en Suisse par chacune des entreprises. L'amende de Rhône-Poulenc SA a ainsi été fixée à CHF 23'625.-- et celle de Merck & Co Inc. à CHF 11'625.--.

C. Statuant le 4 juillet 2000 sur le recours déposé par Rhône-Poulenc SA et Merck & Co Inc., la Commission de recours pour les questions de concurrence a admis le recours et annulé la décision du 21 décembre 1998. Elle a retenu en bref que les règles sur la notification des opérations de concentration (art. 9 LCart) n'étaient pas applicables, dès lors que rien ne permettait d'admettre que le regroupement en cause serait en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence en Suisse. Dans ces conditions, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner s'il y avait eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 LCart et si, le cas échéant, les sanctions prononcées étaient justifiées.

D. Agissant par la voie du recours de droit administratif, le Département fédéral de l'économie conclut à l'annulation de la décision du 4 juillet 2000 et au renvoi de la cause à la Commission de recours pour les questions de concurrence pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il fait notamment valoir que la loi sur les cartels s'applique dès qu'un effet se produit en Suisse, sans égard à son intensité et à sa nature; à défaut, ce serait les entreprises procédant à la concentration qui, contrairement à la volonté du législateur, devraient estimer elles-mêmes les effets de l'opération en cause sur le marché suisse.

La Commission de recours pour les questions de concurrence a renoncé à se déterminer.

Les entreprises Rhône-Poulenc SA et Merck & Co Inc. concluent, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. Elles soutiennent essentiellement que l'opération réalisée n'était pas assujettie à l'obligation de notification, car elle n'était pas susceptible de produire des effets sur la concurrence au sens de l'article 2 alinéa 2 LCart.

Le Département fédéral de l'économie a renoncé à se déterminer sur la réponse des intimées.

Considérant en droit:

1. a) Le présent litige porte sur les mesures administratives que la Commission de la concurrence a la compétence de prendre en vertu des articles 18 ss. LCart. La décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence est donc bien une décision au sens de l'article 97 alinéa 1 OJ, en relation avec l'article 5 alinéa 1 PA, prise par une commission fédérale (art. 98 lettre f OJ), qui est susceptible d'être attaquée auprès du Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés par la Commission de recours, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de la procédure (art. 105 al. 2 OJ).

b) Selon l'article 103 lettre b OJ, le Département fédéral compétent dans le domaine en cause a qualité pour former un recours de droit administratif contre les décisions émanant des commissions fédérales de recours, lorsque, comme en l'espèce, il défend un intérêt public à l'application correcte du droit fédéral (ATF 127 II 32 consid. 1b p. 35 et les références citées).

c) Il y a lieu dès lors d'entrer en matière sur le recours de droit administratif qui a en outre été déposé en temps utile et dans les formes requises.

2. Les entreprises Rhône-Poulenc et Merck & Co Inc. ont leur siège respectif en France et aux Etats-Unis et ne possèdent pas d'établissements ou de filiales en Suisse.

Après avoir notifié leur opération de concentration à la Commission des Communautés européennes (ci-après: la Commission CEE), selon l'article 4 du Règlement CEE, elles ont obtenu un avis positif, le 2 juillet 1997. Elles ont ensuite notifié l'opération en cause au Secrétariat de la Commission de la concurrence, conformément à l'article 9 alinéa 1 LCart, en déclarant vouloir réaliser la concentration au 1er août 1997. Pour expliquer leur démarche, les intimées ont soutenu devant la Commission de recours pour les questions de concurrence que la décision de la Commission CEE revêtait un caractère préalable pour la notification en Suisse, car il s'agissait de savoir si l'opération Merial devait ou non être considérée comme une entreprise commune de nature "concentrative" soumise à notification (voir recours du 28 janvier 1999). Après la procédure de notification, elles ont toutefois prétendu, comme dans leur réponse au présent recours, que la loi sur les cartels n'était pas applicable à la concentration en cause, du moment que celle-ci n'engendrait aucune modification structurelle, soit aucun effet qualifié sur le marché suisse, seul visé par l'article 2 alinéa 2 LCart. Or, l'opération Merial ne produisait des effets que sur les ventes de produits non concurrents effectuées en Suisse et n'entraînait donc pas dans le champ d'application de la loi. La Commission de recours a partagé

ce point de vue et a, par conséquent, annulé la décision de la Commission de la concurrence du 21 décembre 1998.

Il s'agit dès lors d'examiner au préalable si la loi sur les cartels est ou non applicable à la concentration réalisée par les entreprises intimées.

3. a) Selon l'article 2 LCart, la loi sur les cartels s'applique:

- "aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (al. 1);
- aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (al. 2)" (En allemand: "Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden").

L'ancien droit se fondait déjà sur le principe dit des effets et admettait ainsi l'application du droit suisse lorsqu'une restriction de concurrence produisait ses effets sur le marché suisse (ATF 93 II 192 consid. 3 p. 196). La loi du 6 octobre 1995 innove en ce sens qu'elle précise expressément son champ d'application géographique et le définit en fonction du principe des effets sur le marché suisse, même si les restrictions à la concurrence se sont produites à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart.; Message concernant la loi sur les cartels du 23 novembre 1994 in FF 1995 I p. 535/536).

Avec l'article 2 alinéa 2 LCart, le principe des effets ("Auswirkungsprinzip"), largement reconnu sur le plan international, est donc maintenant inscrit dans la loi. Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi (JÜRIG BORER, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in "Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor ROGER ZÄCH zum 60. Geburtstag", Zurich 1999, p. 221; ULRICH IMMENGA, Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, ebenda, p. 349 ss.). L'article 2 alinéa 2 LCart est donc une règle de conflit qui fixe les conditions d'application de la loi suisse sur les cartels et oblige la Commission de la concurrence à exercer un contrôle préventif, en examinant l'influence de la concentration sur le marché suisse déjà au stade de la notification de l'opération en cause selon l'article 9 alinéa 1 LCart (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1998, n. 20 à 23 ad art. 2 p. 104 à 109).

b) Conscient des difficultés qui pouvaient survenir lorsqu'aucune des entreprises concernées ne relevait de la juridiction suisse et que tout leur patrimoine se trouvait à l'étranger, le Conseil fédéral avait certes

introduit une règle de conflit spéciale qui visait à limiter l'application du principe des effets. L'article 9 alinéa 4 du projet de loi prévoyait ainsi qu'une concentration d'entreprises n'était pas soumise au régime de l'autorisation lorsque toutes les entreprises participantes avaient leur siège à l'étranger et n'étaient pas affiliées à une entreprise en Suisse, ni ne disposaient d'un établissement en Suisse actif sur les mêmes marchés ou sur les marchés voisins (FF 1995 I p. 575/576). La Commission du Conseil national a cependant décidé de supprimer cette disposition, jugeant préférable de ne pas se priver de toute possibilité d'intervention. Le Parlement a ensuite approuvé sans discussion cette modification (voir BRUNO SCHMIDHAUSER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, n. 43 ad art. 2, p. 17; DUCREY/DROLSHAMMMER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, *Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11*, n. 12 à 18, p. 9 à 11 et n. 29 ad art. 9, p. 18).

Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse (DUCREY/DROLSHAMMMER, *op. cit.* n. 30 ad art. 9 p. 19; ROLF BÄR, *Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, in "Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld", *Berner Tage für die juristische Praxis* 1996, p. 93).

4. a) L'obligation d'annoncer une concentration d'entreprises est réglée par l'article 9 alinéa 1 LCart, qui en fixe les critères formels de la manière suivante:

"1. Les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration:

a. les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de CHF 2 mia. ou un chiffre d'affaires en Suisse de CHF 500 mio., et

b. au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires de CHF 100 mio."

A noter que ces montants ne s'appliquent pas aux entreprises de journaux et aux diffuseurs de programmes radio et télévision (art. 9 al. 2 LCart) et que d'autres critères sont prévus pour les assurances et les banques (art. 9 al. 3 LCart).

L'article 9 alinéa 1 LCart contient donc deux conditions cumulatives: la première concrétise le principe des effets (lettre a) et la seconde a pour but de soustraire au contrôle les concentrations entre petites en-

treprises ou entre des entreprises qui n'ont pratiquement pas d'activités en Suisse (lettre b, dénommée "clause bagatelle"; à propos de cette disposition, voir DUCREY/DROLSHAMMER, op. cit. n. 1, 34 avec remarque, et 41 ad art. 9, p. 8, 21 et 24; JÜRIG BORER, Kommentar, n. 15 ad art. 2, p. 101; PATRIK DUCREY, Unternehmenszusammenschlüsse im Kartellrecht, in Mergers & Acquisitions, Zurich 1998, p. 138; EUGEN MARBACH, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in "Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld", Berner Tage für die juristische Praxis 1996, p. 122/123; ROLF WATTER/URS LEHMANN, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in PJA 7/1996, p. 864). Les montants relativement élevés des valeurs seuils ont pour résultat de limiter le contrôle de la Commission de la concurrence aux entreprises qui ont une certaine puissance financière et sont à même d'acquiescer une position dominante sur le marché suisse (FF 1995 I p. 572/573 ; JÜRIG BORER, Kommentar, n. 2 ad art. 9, p. 229/230; ISABELLE CHABLOZ, Influence du droit européen sur le droit suisse des "cartels", in "La décartellisation en Suisse: influences européennes" p. 48, Fribourg 1999). Ainsi fixées dans la loi, les valeurs seuils offrent une certaine sécurité sur le plan juridique et permettent également aux entreprises de pouvoir évaluer plus facilement si elles ont l'obligation d'annoncer leur concentration (JÜRIG BORER, Kommentar, n. 15 ad art. 2 p. 102). Les modes de calcul des valeurs seuils selon les chiffres d'affaires sont précisés aux articles 3 à 5 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4). Lorsque, comme en l'espèce, la concentration concerne deux secteurs de production, les chiffres d'affaires des entreprises participantes doivent être pris en compte globalement, pour tenir compte de leur puissance économique sur le marché suisse, et non pas seulement sur la base des secteurs directement concernés par l'opération (DUCREY/DROLSHAMMER, op. cit., n. 14 et 47 à 53 ad art. 9, p. 14 et 27/28; EUGEN MARBACH, op. cit. p. 123).

b) La loi sur les cartels de 1962 ne faisait aucune allusion aux opérations de concentrations d'entreprises ou à leur contrôle; quant à la loi de 1985, elle permettait à l'ancienne Commission des cartels d'ouvrir une enquête, qui s'effectuait le plus souvent a posteriori, s'il paraissait qu'une fusion avait pour effet de créer ou de renforcer une position dominante. L'idée d'un contrôle des concentrations s'est en fait développée à la lumière du droit communautaire (FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, thèse Zurich 1996, p. 312 ss.; CHRISTIAN BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in Journée du droit de la concurrence, Genève 1998, p. 61/62). Fondé sur les articles 85 et 86 du Traité CEE, ainsi que sur le Règlement CEE, le droit européen de la concurrence joue en effet un "rôle locomotive" à l'égard des législations nationales et le Conseil fédéral s'en est également inspiré lorsqu'il a édicté le pro-

jet de loi, en particulier pour fixer les valeurs seuils permettant de soumettre les entreprises participantes au contrôle (FF 1995 I p. 530 et 532; THOMAS HUGGENBERGER, *Die marktbeherrschende Stellung in der Fusionskontrolle der EG*, Berne 2000, p. 47 ss; FRANK SCHERRER, *op. cit.* p. 335/336). Selon le Règlement CEE, toute opération de concentration est de dimension communautaire, lorsque le chiffre d'affaires réalisé sur le plan mondial représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus (= environ CHF 7,5 mia.) et lorsque le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus (= environ CHF 380 mio.; DUCREY/DROLSHAMMER, *op. cit.*, n. 96 à 100 ad art. 9 p. 50).

En comparaison, la Suisse a donc des valeurs seuils relativement élevées par rapport à la dimension de son marché. Ces valeurs ont cependant été voulues par le législateur pour des raisons politiques (FF 1995 I p. 573 et 579; DUCREY/DROLSHAMMER, *op. cit.* n. 39 ad art. 9 p. 22; JÜRIG BORER, *Kommentar*, n. 2 ad art. 9 p. 229/230; FRANK SCHERRER, *op. cit.* p. 342; ROLF DÄHLER, *Die Fusionskontrolle*, in "Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht", Zurich 1996, numéro spécial de la *Revue suisse du droit des affaires*, p. 27). Les montants prévus par l'article 9 alinéa 1 LCart excluent en principe que les entreprises qui réalisent ensemble un chiffre d'affaires CHF 500 mio. (ou CHF 2 mia. sur le plan mondial) et individuellement de CHF 100 mio. n'aient aucune influence sur le marché suisse. Il paraît dès lors peu probable qu'elles ne soient pas assujetties à la loi en vertu de l'article 2 alinéa 2 LCart et qu'un éventuel conflit puisse survenir entre les deux dispositions (JÜRIG BORER, *Kommentar*, n. 23 ad art. 2, p. 108/109; DUCREY/DROLSHAMMER, *op. cit.*, n. 29 et 39 ad art. 9 p. 18 et 22; SCHERRER, *op. cit.*, p. 336). Au contraire, en ce qui concerne l'obligation d'annoncer, les valeurs seuil ainsi fixées par l'article 9 alinéa 1 LCart concrétisent le principe des effets ("Auswirkungsprinzip") contenu à l'article 2 alinéa 2 LCart.

Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que les entreprises dont les chiffres d'affaires atteignent les valeurs seuils de l'article 9 alinéa 1 LCart sont assujetties à la loi sur les cartels et ont l'obligation d'annoncer leur opération de concentration, même si elles ont leur siège à l'étranger. C'est au demeurant la procédure qui a tout d'abord été suivie par les entreprises intimées, avant qu'elles ne soutiennent que la loi suisse n'était pas applicable dans leur cas.

c) La notification d'une opération de concentration selon l'article 9 LCart entraîne automatiquement l'ouverture de la procédure d'examen selon les articles 32 ss. LCart, procédure qui présente plusieurs similitudes avec celle du Règlement CEE, notamment en ce qui concerne la suspension de l'opération de concentration pendant la procédure d'examen: un mois selon l'article 32 alinéa 2 LCart et trois semaines selon l'article 7 du Règlement CEE, avec des possibilités de prolonga-

tion ou de dérogation semblables (FRANZ HOFFET, Unternehmenszusammenschlüsse - Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10 KG, in "Das Kartellgesetz in der Praxis", Zurich 2000; voir aussi tableau comparatif de JÜRIG BORER, Erste Erfahrungen im Bereich der Fusionskontrolle, in "Das neue Kartellgesetz. Erste Erfahrungen in der Praxis", p. 156 ss.). La violation de cette interdiction peut entraîner des sanctions administratives (art. 51 LCart: paiement d'un montant de CHF 1 mio. au plus) et pénales (art. 55 LCart: amende de CHF 20'000.-- au plus). Faute de compétence de la Commission de la concurrence sur le plan international, ces sanctions restent certes difficiles à imposer aux entreprises qui n'ont aucune présence physique en Suisse (DUCREY/DROLSHAMMER, op. cit. ad art. 9 ch. 30, p. 19 et ch. 38, p. 22, voir aussi l'analyse de l'affaire Merial par CHRISTIAN BOVET, op. cit., p. 88/89). Toutefois, comme on l'a vu (supra consid. 3b), la volonté du législateur était clairement de donner à la Commission la possibilité d'intervenir, dans chaque cas, pour rétablir une concurrence efficace, plusieurs mesures étant prévues à cette fin (art. 37 LCart). Il paraît donc logique que la Commission de la concurrence puisse aussi intervenir déjà au stade de la procédure d'examen, en particulier pour faire respecter le délai d'attente de l'article 32 alinéa 2 LCart. Au demeurant, le Tribunal fédéral, comme les instances fédérales compétentes en la matière, reste lié par cette réglementation aussi longtemps qu'il n'existe pas de normes internationales contraires (art. 191 Cst). La Commission CEE connaît d'ailleurs des problèmes semblables lorsqu'il s'agit d'appliquer le Règlement CEE à des pays qui ne sont pas membres de la Communauté européenne. Fondamentalement, la véritable solution ne peut donc être trouvée qu'au travers des conventions internationales (FRANK MONTAG/CHRISTOPH LEIBENATH, Aktuelle Probleme in der Europäischen Fusionskontrolle, in "Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Siebentes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2000, p. 98 ss., spéc. p. 100; ULRICH IMMENGA, op. cit. in "Festschrift für Professor ROGER ZÄCH zum 60. Geburtstag", Zurich 1999, p. 358).

d) Avec ses modalités fixées aux articles 11 ss. OCCE, la procédure de notification reste donc une phase essentielle du contrôle des concentrations d'entreprises. Dans cette procédure, la Commission de la concurrence dispose d'un large pouvoir d'examen et a notamment la possibilité de préciser les conditions de la notification, ainsi que les informations à fournir en vertu de l'article 11 OCCE. Par conséquent, elle peut également déterminer dans quelle mesure une notification déposée auprès d'une autorité étrangère est utilisable en Suisse, de sorte qu'il paraît souhaitable que le formulaire de notification tienne compte de l'évolution des procédures de notification à l'étranger (PHILIPPE GUGLER/BENOÎT MERKT, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, in Journée du droit de la concurrence, Genève 1998, p. 92 et 100). La procédure de notification

pourrait notamment être simplifiée pour les entreprises ayant leur siège à l'étranger en leur donnant, par exemple, la possibilité de déposer simultanément leur formulaire devant la Commission CEE et la Commission de la concurrence. Il est en revanche exclu que les entreprises se fondent sur le résultat de leur démarche auprès de la Commission CEE pour déposer ou non leur demande en Suisse, ainsi que l'ont fait les intimées.

5. a) En l'espèce, il n'est pas contesté que les chiffres d'affaires des entreprises intimées doivent être pris en compte globalement (voir supra consid. 4a). Il est également admis que ceux-ci s'élèvent en Suisse à environ CHF 315 mio. pour Rhône-Poulenc et CHF 155 mio. pour Merck & Co Inc. (respectivement 85 Mrd FF et 19,8 Mrd US\$ sur le plan mondial), de sorte qu'ils dépassent les valeurs seuils de l'article 9 alinéa 1 LCart; partant, ils ont en même temps des effets potentiels déterminants sur le marché suisse au sens de l'article 2 alinéa 2 LCart. La Commission de la concurrence a donc admis à juste titre que l'opération de concentration des entreprises intimées était assujettie à la loi sur les cartels. Le fait qu'elle a reconnu par la suite la licéité de cette opération, ne modifie pas le bien-fondé de l'examen auquel elle a procédé. Dès lors, la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence, qui a annulé la décision de l'autorité de première instance en niant l'assujettissement des intimées à la loi, viole le droit fédéral. Le présent recours doit ainsi être admis et la décision attaquée annulée.

b) Dans sa décision du 4 juillet 2000, la Commission de recours pour les questions de concurrence ne s'est pas prononcée sur les sanctions infligées aux entreprises intimées pour violation de l'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart. Il se justifie dès lors de lui renvoyer l'affaire pour nouvelle décision sur ce point.

c) Au vu de l'issue du recours, les frais doivent être mis à la charge des entreprises intimées, à parts égales et solidairement entre elles (art. 156 al. 1 et 7 OJ).

**Par ces motifs,
le Tribunal fédéral,**

1. Admet le recours et annule la décision attaquée, l'affaire étant renvoyée à la Commission de recours pour les questions de concurrence pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2. Met un émoulement judiciaire de CHF 5'000.-- à la charge des intimées, par moitié chacune et solidairement entre elles.

3. Communique le présent arrêt en copie au recourant, au mandataire des intimées, à la Commission de la concurrence, à Berne, et à la Commission de recours pour les questions de concurrence, à Frauenkappelen.

D **Entwicklungen** **Développements** **Sviluppi**

D 2 **Bibliografie** Bibliographie Bibliografia

BIBIZA PETER, "Rechtsbehelfe gegen EU-rechtswidrige öffentliche Auftragsvergabe" in: Carl Baudenbacher (Hrsg.) "Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts", Luchterhand, Neuwied, Kriftel 2001, 1 ff.

BISHOP BILL, CAFFARRA CRISTINA, "Merger control in 'new markets'" in: European Competition Law Review 2001, 31 ff.

BORENS PHILIPPE, "Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz", Basel 2000

BROKX LIDWYN, "A Patchwork of Leniency Programmes" in: European Competition Law Review 2001, 35 ff.

CHRISTELER REGULA, "Post im Wettbewerb - Die Liberalisierung des Postmarktes in Europa unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten" in: Carl Baudenbacher (Hrsg.) "Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts", Luchterhand, Neuwied, Kriftel 2001, 119 ff.

DROLSHAMMER JENS, "Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht" in: Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ 10/2001, 224 ff.

DUCREY PATRIK, "Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) - kartellrechtliche Aspekte" in: Rudolf Tschäni (Hrsg.) "Mergers & Acquisitions III", Zürich 2001, 127 ff.

EVANS DAVID, SCHMALENSEE RICHARD, "Paying with Plastic. The Digital Revolution in Buying and Borrowing", MIT-Press, Cambridge, 2000

EWEN MICHAEL, "EG-Kartellrecht für Patent- und Know-how-Lizenzen" in: Carl Baudenbacher (Hrsg.) "Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts", Luchterhand, Neuwied, Kriftel 2001, 189 ff.

FRANZ HOFFET, "E-Commerce und Wettbewerbsrecht" in: H.-R. Trüeb (Hrsg.) "Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce", Schulthess Zürich 2001, 161 ff.

IVO HUONDER, "Die kartellrechtlichen Probleme bei strategischen Luftfahrtallianzen", Zürich 2001

JUNOD MOSER DOMINIQUE, "Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation", Basel 2001

KNIEPS GÜNTER, "Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik", Springer Berlin 2001

LAROUCHE PIERRE, "Relevant Market Definition in Network Industries: Air Transport and Telecommunications" in: Journal of Network Industries 1, 2000, 405 ff.

MERKT BENOÎT, "Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence", Etude en droit économique mondial 3, Peter Lang, Bern 2000

NIKOLINAKOS NIKOS, "Encouraging Competition and Innovation in the Local Loop: The Issues of Cross-Ownership and Line-of-Business Restrictions" in: European Competition Law Review 2001, 25 ff.

NORMAN GEORGE, THISSE JACQUES-FRANÇOIS (Hrsg.), "Market structure and competition policy. Game-theoretic approaches", Cambridge University Press 2000

PERITZ RUDOLPH J. R., "Theory and fact in antitrust doctrine: summary judgment standards, single-brand aftermarkets and the clash of microeconomic models" in: The Antitrust Bulletin, Winter 2000, 887 ff.

PERSSON TORSTEN, TABELLINI GUIDO, "Political Economics. Explaining Economic Policy", MIT-Press, Cambridge, 2000

STIEGER WERNER, "'Kodak' - eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht" in: Zeitschrift für Immaterial-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 2/2001, 89 ff.

TEMPLE LANG JOHN, "The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position since Bronner" in: Journal of Network Industries 1, 2000, 375 ff.

TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), "Mergers & Acquisitions III", Zürich 2001

E Diverses Divers Diversi

E 1 OECD OCDE OCSE

E 1	1. Contribution de la Suisse pour la table ronde relative à la transparence et l'information sur les prix (31 mai – 1 juin 2001)
------------	---

Introduction

1. La présente contribution s'inscrit dans le cadre de la table ronde sur "la transparence et l'information sur les prix: est-ce que la publication des prix et autres tarifs facilite la collusion ou aide les consommateurs?" Elle expose, à l'aide d'exemples concrets, les différentes interventions que les autorités suisses de la concurrence ont menées ces dernières années à l'égard de mesures privées et publiques en matière de transparence sur les prix. La première partie se concentre sur les recommandations de prix des associations professionnelles. La seconde partie traite de l'importance de la transparence dans l'analyse de la dominance collective. La troisième partie est consacrée aux interventions des autorités de la concurrence dans le processus législatif visant à améliorer la transparence sur les prix. La quatrième partie tire quelques enseignements.

I. Interventions des autorités de la concurrence à propos de mesures prises par les associations professionnelles pour augmenter la transparence sur les prix: l'exemple des recommandations de prix

a) Fondements

2. En Suisse, la vie associative professionnelle est encore très présente tant au niveau local, régional, cantonal que national. Nombreuses sont les associations, unions, fédérations, sociétés, groupements, chambres de commerce et autres confréries réunissant les professionnels d'un corps de métier ou d'une branche d'activité. Leur organisation est souvent calquée sur le système fédéraliste suisse, comprenant les associations cantonales réunies sous l'égide d'une association faîtière. Traditionnellement, elles ont pour compétence statutaire d'édicter, à l'attention de leurs membres, des listes de prix et autres tarifs indicatifs.

3. A première vue, ces listes de prix peuvent être utiles non seulement aux professionnels de la branche en question, mais aussi aux acheteurs et consommateurs de biens ou services concernés. En effet, ces tarifs permettent aux premiers de connaître le prix à facturer. Ils donnent aux seconds la possibilité de comparer les prix recommandés avec ceux qui sont effectivement pratiqués.

4. Au regard du droit suisse de la concurrence, les recommandations de prix sont des accords en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 de la loi sur les cartels (LCart¹) dans la mesure où ils constituent des conventions adoptées par leurs membres la plupart du temps lors des assemblées générales. Elles doivent être interprétées comme l'expression fidèle de la volonté de ses membres de coordonner leur comportement sur le marché. En décidant à la majorité de l'augmentation ou non des tarifs, les membres des associations professionnelles s'accordent directement sur le prix des prestations qu'ils s'engagent à facturer à leurs clients. Le fait que ces tarifs soient ensuite diffusés par le biais de l'association sous forme de tarifs conseillés - et donnent ainsi l'impression qu'ils constituent une décision unilatérale de celle-ci - a pour effet de les qualifier de conventions sans force obligatoire.

5. Selon l'article 5 LCart², les accords en matière de concurrence sont illicites 1) s'ils suppriment la concurrence ou 2) s'ils l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique. S'agissant du 1er cas de figure, la loi présume que la concurrence est supprimée lorsque des entreprises concurrentes s'entendent sur certains paramètres concurrentiels, tels que le prix (art. 5 al. 3 LCart).

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

² Art.5 LCart:

al. 1: "Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens et services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace, sont illicites.

al. 2: Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique:

a) lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et

b) lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace.

al. 3: Sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords

a) qui fixent directement ou indirectement des prix;

b) qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;

c) qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux."

Cette présomption peut toutefois être renversée lorsque la concurrence interne ou externe existe malgré l'accord. Quant au 2ème cas de figure, la justification est double. L'accord doit non seulement être nécessaire pour atteindre l'efficacité économique, mais aussi ne pas donner aux entreprises concernées la possibilité de supprimer la concurrence efficace.

6. L'appréciation des recommandations de prix par les autorités de la concurrence est donc délicate. Elle dépend essentiellement de l'accueil que les membres des associations réserveront aux recommandations de prix. Si toute la branche applique les recommandations, la concurrence sera supprimée et les recommandations seront déclarées illicites. Si elles ne sont pratiquement pas suivies, elles n'affecteront pas notablement la concurrence. Entre ces deux extrêmes, il y a encore place pour une large palette de situations. L'analyse de cas concrets illustrera la façon dont les autorités suisses de la concurrence ont appréhendé cette problématique.

b) Analyse de cas concrets

7. **Tarifs des associations des professionnels de l'immobilier**³. Le secrétariat de la Comco a ouvert plusieurs enquêtes préalables concernant les tarifs recommandés de certaines associations professionnelles sur le marché immobilier, en particulier la gérance d'immeubles et le courtage immobilier. Les résultats de ses investigations ont démontré que lesdits tarifs constituaient bel et bien des accords en matière de concurrence. Cependant, ils n'affectaient pas notablement la concurrence compte tenu non seulement de la forte concurrence actuelle (état général du marché, nombre élevé de concurrents, excellente substituabilité des services et disparité élevée des tarifs), mais aussi de l'importante concurrence potentielle sur le marché (faibles barrières à l'entrée, nouveaux entrants sur le marché).

8. **Tarifs de l'association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes (ASTTI)**⁴. Les statuts de l'ASTTI contenaient des tarifs minimum servant de base pour le calcul des honoraires liés aux traductions. Le secrétariat de la Comco a ouvert une enquête préalable pour examiner dans quelle mesure ces tarifs limitaient la concurrence sur les marchés des traducteurs, terminologues et interprètes. Au cours de la procédure, l'ASTTI a décidé de supprimer tout tarif minimum, permettant ainsi de clore l'enquête préalable sans suite.

³ Revue "Droit et politique de la concurrence" (DPC) 1998/2, p. 185 ss. et 189 ss.

⁴ DPC 1998/2, p. 203 ss.

9. Tarifs recommandés des moniteurs auto-école de l'AFEC⁵.

Le 4 novembre 1998, l'association des écoles de circulation du canton de Fribourg (AFEC) a émis des tarifs conseillés pour les leçons de conduite, valables dès le 1er janvier 1999. Selon les statuts de l'AFEC, les moniteurs devaient afficher la liste de prix dans leurs locaux et la transmettre à leurs élèves. L'enquête a démontré que le tarif pour les cours de sensibilisation au trafic était suivi par environ 77% des moniteurs offrant cette prestation dans le canton de Fribourg. Le tarif pour les cours de conduite auto (CHF 80.--/50 min.) était appliqué par environ 44% de tous les moniteurs enseignant les cours de conduite auto dans ce canton. Le tarif pour les cours de conduite camion (sans remorque: CHF 140.--/50 min.) était respecté par 76% de l'ensemble des moniteurs offrant cette prestation dans ledit canton. Par conséquent, la Comco a constaté que les tarifs conseillés de l'AFEC pour les cours de base pour élèves motocyclistes, pour les cours de sensibilisation au trafic ainsi que pour les leçons de conduite auto (cat. B, y compris casco) et camion (cat. C) étaient des accords illicites. Elle a interdit aux membres actifs de l'AFEC de s'entendre sur les tarifs et d'utiliser l'ancienne liste des tarifs de l'AFEC dans l'exercice de leur activité professionnelle.

10. Prix des journaux tessinois⁶. Le 12 octobre 1998, les trois quotidiens du canton du Tessin (Corriere del Ticino, Regione et Giornale del Popolo) réunis dans l'association ATEG ont informé leurs lecteurs que l'abonnement 1999 pour chacun des quotidiens augmenterait de 10 CHF, passant ainsi de 260 à 270 CHF. Le prix de vente aux kiosques est par contre resté inchangé (CHF 1.70). Depuis de nombreuses années, le prix d'abonnement et le prix de vente aux kiosques des trois quotidiens est exactement le même. Les parts de marché, calculées en tirages, sont restées quasiment inchangées: Corriere del Ticino (39%), la Regione (28%) et le Giornale del Popolo (33%). Sur la base de ces faits, le secrétariat de la Comco a estimé qu'il existait un accord sur les prix au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart. Les parties ont alors convenu de conclure un accord à l'amiable⁷ par lequel elles se sont engagées à ne pas se communiquer des informations concernant les prix avant la publication de ces derniers et à renoncer à la fixation commune

⁵ DPC 2000/2, p. 167 ss. Le recours interjeté par l'AFEC a été récemment rejeté par la Commission de recours (Décision du 12 mars 2001, DPC 2001/1, p. 200 ss).

⁶DPC 2000/1, p. 16 ss.

⁷Selon l'art. 29 LCart, "*si le secrétariat de la Comco considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction. L'accord amiable requiert la forme écrite et doit être approuvé par la Comco.*"

ainsi qu'à la publication commune des prix. En respectant l'accord à l'amiable, les parties ont supprimé l'état de fait qui aurait pu constituer un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. L'enquête a été close sans examen au fond du comportement des parties à la lumière de la loi sur les cartels.

11. **Recommandations de prix des associations de cafetiers-restaurateurs**⁸. A la fin novembre 1998, le secrétariat de la Comco a appris par la presse que cinq associations cantonales romandes de cafetiers-restaurateurs avaient émis à l'attention de leurs membres des recommandations de prix pour certaines boissons servies couramment dans la restauration. 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). 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 généralisée des prix excédait celle de la TVA. Le 16 décembre 1999, lors d'un entretien entre des représentants du secrétariat et ceux de Gastrosuisse, les parties ont présenté un projet d'accord à l'amiable par lequel elles s'engageaient à ne plus émettre à l'avenir 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. En respectant l'accord à l'amiable, les parties ont supprimé l'état de fait qui aurait pu constituer un accord illicite au sens de l'article 5 LCart. L'enquête au sens de l'article 27 a dès lors été close sans examen définitif du comportement des parties à la lumière de la loi sur les cartels. La Commission de la concurrence a approuvé l'accord à l'amiable en imposant aux cinq associations concernées de le communiquer à leurs membres.

12. **Sanphar**⁹. L'Association Sanphar réglementait l'ordre des marges et des rabais en matière de distribution des médicaments en Suisse, ainsi que les conditions imposées aux grossistes de l'association. Les prix, rabais et autres marges étaient fixés dans un tableau qui faisait l'objet d'une publication (cf. annexe 1). Le 7 juin 2000, la Comco a décidé d'interdire ces accords car ils affectaient notablement la concurrence. En matière de prix (marges et rabais), l'accord Sanphar s'appliquait à trois niveaux. Premièrement, les importateurs et les producteurs de médicaments s'entendaient pour n'octroyer aux

⁸DPC 2000/1, p. 25 ss.

⁹DPC 2000/3, p. 320 ss.

grossistes que des rabais se situant dans une fourchette de plus ou moins 2% du prix ex factory. Deuxièmement, les grossistes ne pouvaient octroyer à leurs clients des rabais dépassant la marge des grossistes-Sanphar. Troisièmement, les pharmaciens, les droguistes et les médecins dispensants devaient fixer leurs marges selon un pourcentage ou une somme déterminée en fonction des prix de vente finaux des médicaments. Quant aux conditions appliquées aux grossistes, l'accord Sanphar réglementait la gamme minimale de produits et de clients dont devaient disposer les grossistes qui désiraient profiter de conditions d'achat avantageuses auprès d'un producteur ou d'un importateur. Les conditions fixées par cet accord constituaient des barrières à l'entrée sur le marché de nouveaux grossistes pouvant concurrencer les entreprises déjà établies.

II. Importance de la transparence du marché dans l'étude de la dominance collective

13. La transparence du marché est aussi un des indicateurs servant à mesurer la capacité des entreprises à dominer collectivement un marché¹⁰. Selon la théorie des jeux, la transparence est un élément important permettant aux entreprises concurrentes d'adopter et de maintenir durablement un comportement collusoire ou parallèle sur le marché. En effet, lorsque les tarifs sont transparents, les entreprises peuvent plus facilement surveiller le comportement de leurs concurrents. Il suffit que cette transparence soit complétée par un mécanisme d'échanges périodiques d'informations sur les quantités vendues durant une certaine période pour que chaque entreprise puisse suivre en permanence l'évolution des ventes de ses concurrents et adapter son propre comportement en conséquent.

14. Dans le cadre du contrôle des opérations de concentrations, la Comco a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur la problématique de la transparence des prix d'entreprises en position dominante collective. Lors de l'examen de la concentration des sociétés de révision **Price Waterhouse/STG-Cooper & Lybrand**¹¹, la Comco s'est demandée si l'opération en question créait ou renforçait une position dominante collective. Elle a répondu par la négative dans la mesure où les produits offerts par les entreprises actives sur le marché de la révision sont plutôt hétérogènes, ce qui conduit en général à rendre le marché moins transparent. En effet, les mandats de révision contiennent une palette de prestations individuelles spécifiques aux besoins des clients. Lors d'un appel d'offres, les entreprises rendent leur

¹⁰ Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by Switzerland, DAFPE/CPL, WD(99)1. Cf. aussi P. GUGLER, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations, RDAI 1998/8, p. 919 ss.

¹¹ DPC 1998/2, p. 242 ss, 244 s.

offre attractive en proposant des services sur mesure. Le contenu et le prix définitif du mandat de révision ne sont pas connus des concurrents. C'est pourquoi, il est difficile de comparer les produits d'une société de révision par rapport à une autre. S'il en allait autrement et que le service de révision était un bien homogène, il ne serait pas nécessaire de présenter des dossiers de candidatures volumineux, de mener plusieurs rondes de discussion avec les adjudicateurs ou de dépenser des centaines de milliers de francs pour participer à un appel d'offres.

15. La Comco a également analysé l'influence de la transparence du marché sur la dominance collective lors de la fusion des deux grandes banques suisses **UBS/SBS**¹². Bien qu'elle ait considéré le marché des crédits commerciaux inférieurs à 2 millions comme transparent, la Comco n'a finalement pas tranché la question de la création ou du renforcement d'une dominance collective dans la mesure où les charges imposées à l'UBS permettaient d'exclure ce risque.

III. Interventions des autorités de la concurrence dans le processus législatif visant à améliorer la transparence sur les prix

1. Ordonnance sur l'indication des prix

16. La Suisse a adopté le 11 décembre 1978 une ordonnance sur l'indication des prix (OIP)¹³ qui vise à assurer une indication claire des prix, permettant de les comparer et d'éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur. Cette ordonnance améliore la transparence sur les prix: 1) pour les marchandises offertes aux consommateurs, 2) pour les actes juridiques conclus par des consommateurs tels que les ventes par acomptes ou le leasing, 3) pour certaines prestations de services (p.ex. coiffeurs, garagistes, restaurateurs, taxis, agences de voyages) et 4) pour la publicité s'adressant aux consommateurs.

17. Selon l'ancienne version de l'OIP, pouvaient émettre des listes de prix non seulement les producteurs, les importateurs et les grossistes, mais aussi les associations professionnelles. Cette dernière possibilité a conduit certaines branches à en adopter. Ainsi, l'association suisse des agences de voyages avait établi une liste de prix relatifs aux frais demandés aux clients pour la constitution du dossier et pour la réservation de voyage de dernière minute. Ces listes constituaient en fait des accords de prix au sens de la LCart qui limitaient la concurrence entre les agences de voyage. Les autorités de la concurrence sont interve-

¹² DPC 1998/2, p. 309 ss, 311.

¹³ RS 942.211.

nues pour demander la modification de l'OIP de façon à éviter que cette ordonnance donne l'impression que les listes de prix des associations ne sont pas problématiques du point de vue de la concurrence. En effet, les listes de prix émises par les producteurs, les importateurs ou les grossistes peuvent être bénéfiques aux consommateurs car elles leur permettent de mieux comparer les produits et les services. Par contre, de telles listes augmentent fortement le risque de collusion lorsqu'elles sont émises par des associations professionnelles. Dans ce dernier cas, elles correspondent à des accords horizontaux sur les prix entre entreprises concurrentes. La Comco a donc demandé la suppression des dispositions litigieuses. Elle a insisté sur le fait que les listes de prix ne peuvent être qu'indicatives et que les prix doivent être fixés de façon indépendante par les entreprises elles-mêmes¹⁴.

2. Communication sur les aides de calcul

18. Il est courant qu'une organisation professionnelle fournisse à ses membres des aides de calcul et de gestion. Celles-ci sont tolérables lorsqu'elles permettent à l'utilisateur de calculer ou d'évaluer de façon autonome les coûts de son produit en vue de la fixation du prix de vente. Les schémas de calcul peuvent aussi être utiles aux consommateurs lorsqu'ils leur permettent de prévoir le prix des biens ou des prestations qu'ils désirent obtenir. Toutefois, les aides de calcul peuvent avoir une influence néfaste sur la concurrence lorsqu'ils prennent la forme de tarifs applicables à toutes les entreprises d'une branche indépendamment de leur propre structure de prix de revient.

19. Dans ce domaine, le droit suisse de la concurrence prévoit que la Comco peut, par voie de communication, fixer les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence (p.ex. les accords concernant l'utilisation de schémas de calcul), sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 6 al. 1 let. b LCart).

20. La Comco a précisé la notion de "schéma de calcul" dans sa Communication "conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul" du 4 mai 1998 (ci-après: Communication, cf. annexe 2)¹⁵. Selon l'article 2 de cette Communication, "les schémas de calcul sont des indications générales et des bases de calcul standardisées qui permettent aux utilisateurs de calculer ou d'évaluer les coûts de leurs produits ou de leurs services en

¹⁴ RO 1999 1637

¹⁵ DPC 1998/2, p. 354 ss.

vue de la détermination ou de l'évaluation de leurs prix de vente". Tel est le cas lorsque les schémas de calcul 1) sont limités aux données et formules servant à calculer les coûts, 2) servent à échanger des connaissances et des compétences en matière de calcul des coûts, 3) laissent aux parties la liberté de déterminer les conditions de prestation, de livraison, d'achat (prix d'achat, rabais) et 4) ne contiennent pas d'échanges d'informations qui donnent des renseignements sur le comportement effectif des entreprises lors de l'établissement d'offres ou de la détermination des prix finaux et des conditions (art. 3 Communication).

21. Les autorités de la concurrence se sont penchées à plusieurs reprises sur la problématique des aides de calcul et leurs effets sur la concurrence:

?? Tout d'abord, le secrétariat de la Comco a clos une enquête préalable qu'il avait ouvert à l'encontre des aides de calcul utilisées par les membres de l'Association suisse des opticiens (ASO)¹⁶. Bien que les schémas de calcul en cause aient été illustrés par des exemples chiffrés précis permettant de calculer le prix de vente final, le secrétariat de la Comco n'a pas constaté de suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils n'étaient suivis par les opticiens que dans une faible proportion. En raison de la liberté laissée aux utilisateurs, des grandes différences de prix sur le marché suisse et du niveau général de prix comparable à celui de l'Allemagne ou de l'Autriche, l'autorité de la concurrence a estimé que les aides de calcul de l'ASO n'affectaient pas la concurrence de façon notable. Cette appréciation était aussi corroborée par le faible risque d'uniformisation des prix, étant donné que les aides de calcul étaient peu suivies. De plus, l'ASO ne diffusait pas de listes générales de prix. Au contraire, elle encourageait vivement ses membres à adapter les aides de calcul de façon personnelle. Le secrétariat a cependant émis une réserve à propos de l'exemple de prix forfaitaire fourni par ces aides de calcul dans la mesure où il pouvait être considéré comme un élément indépendant du schéma de calcul, dont la loi présume qu'il entraîne la suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 LCart).

?? Ensuite, la Comco a traité cette problématique dans l'enquête sur les tarifs recommandés des moniteurs de conduite de AFEC (cf. ci-dessus)¹⁷. Dans ce cas, certains moniteurs auto-école ont

¹⁶ DPC 1997/2, p. 146.

¹⁷ DPC 2000/2, p. 167 ss.

tenté de justifier leurs accords de prix en relevant que les tarifs conseillés de l'AFEC leur fournissaient une aide de calcul. A leur avis, une telle aide leur donnait les moyens d'élaborer leur tarif. La question qui s'est alors posée était de savoir si les tarifs conseillés de l'AFEC pouvaient constituer une sorte de schéma de calcul (art. 6 al. 1 let. b i.f. LCart). Dans le cas d'espèce, la diffusion de tarifs recommandés a incité les membres de l'AFEC à aligner leurs tarifs, abstraction faite de leur prix de revient. Une telle méthode a dissuadé les entreprises dont les prix de revient étaient les plus bas de baisser leurs prix, procurant ainsi un avantage artificiel aux entreprises maîtrisant moins leurs coûts de production¹⁸. En se référant à des prix de vente, les recommandations de prix de l'AFEC ne donnaient pas aux entreprises des simples indications facilitant le calcul autonome de leurs propres structures de prix de revient. Elles ne constituaient donc pas des schémas de calcul au sens de l'article 2 de ladite Communication.

?? Enfin, la Comco a récemment accepté un accord amiable avec la Chambre genevoise d'étanchéité et de l'asphaltage (CGE)¹⁹. Cette association avait émis une liste de prix qu'elle éditait sous forme d'une "série de prix, travaux en régie et au métré". Dès lors que les membres de la CGE s'engageaient à ne plus éditer à l'avenir une telle liste de prix, la question de l'illicéité de celle-ci a été laissée ouverte. Toutefois, il a été relevé que la liste de prix en question ne pouvait pas être considérée comme une aide de calcul au sens de la Communication. Elle constituait en fait un accord illicite dans la mesure où elle était effectivement suivie par les membres de la CGE.

3. Prises de position des autorités de la concurrence sur des actes législatifs visant à augmenter la transparence sur les prix

22. Une tâche essentielle des autorités de la concurrence consiste à intervenir dans le processus législatif lorsque des actes normatifs cantonaux ou fédéraux sont contraires à la concurrence. Elle le fait en formulant des recommandations (art. 45 LCart) et des préavis (art. 46 LCart). Il convient d'illustrer ici par quelques exemples les applications de ces prérogatives pour mesurer l'influence de ses interventions sur la législation en matière de transparence et d'information sur les prix.

¹⁸ R. VON BÜREN: Politique de la concurrence 1999, La Vie économique 10/1999, p. 24 s.

¹⁹ DPC 2001/1, p. 110 ss.

23. **Suppression des tarifs étatiques pour les honoraires des avocats.** La Comco est intervenue à plusieurs reprises pour demander aux autorités législatives de supprimer ou de ne pas introduire de tarifs étatiques pour les prestations des avocats. Premièrement, elle a demandé que la nouvelle loi fédérale sur la libre circulation des avocats en Suisse (c'est-à-dire d'un canton à l'autre) ne contienne aucune disposition instituant un régime de recommandations cantonales en matière d'honoraire²⁰. Deuxièmement, elle a demandé que soient supprimées les dispositions étatiques fixant les dépens dus par la partie qui succombe pour les frais causés à la partie adverse par le litige. En effet, l'expérience démontre que ces tarifs servent aussi de référence pour le calcul des honoraires des avocats pour les affaires non seulement judiciaires, mais aussi extrajudiciaires²¹. Troisièmement, elle est aussi intervenue pour demander de supprimer les dispositions légales par lesquelles le juge fixe le montant définitif des honoraires que les avocats sont en droit de demander à leurs clients²².

24. **Introduction de la publicité pour les professionnels de la santé dans les lois cantonales sur la santé publique.** La Comco a aussi encouragé les autorités de plusieurs cantons²³ de permettre aux professionnels de la santé de faire de la publicité. En effet, les restrictions cantonales à la liberté de faire de la publicité sont valables pour tous les professionnels de la santé sans distinction, limitant ainsi la concurrence au détriment des patients. Cette absence de concurrence favorise en général les intérêts des prestataires bien implantés, aux dépens des patients et des praticiens moins importants ou établis de moins longue date. L'autorisation de la publicité réduirait l'"asymétrie de l'information"²⁴ existant entre le patient et le professionnel de la santé, favoriserait l'efficacité et l'innovation²⁵ et permettrait aux (nouveaux) prestataires de soins de se faire connaître et d'entrer plus facilement sur le marché. La Comco n'a pas retenu l'argument selon lequel la libéralisation de la publicité favoriserait obligatoirement une surconsommation de prestations médicales et, partant, une augmenta-

²⁰ DPC 1997/3, p. 388 et 1997/4, p. 579 s.

²¹ DPC 1997/4, p. 582 s. et DPC 1998/1, p. 30 s.

²² DPC 1999/4, p. 616 s.

²³ Dans le canton de Vaud (DPC 2000/1, p. 97 ss.) et le canton de Fribourg (DPC 2000/4, p. 685 ss.).

²⁴ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: *Modern Industrial Organization*, 2^{ème} éd., Berkeley/New York 1994, p. 554 ss., 558 s. et 606 ss.

²⁵ Cf. L. BENHAM: *The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses*, 15 *Journal of Law and Economics* 1972, p. 337 ss. Lire aussi R. BOND/J.KWOKA/J.PHELAN/I.WHITTEN: *Effects of Restrictions of Advertising and Commercial Practice in the Professions: the Case of Optometry*, Bureau of Economics of the Federal Trade Commission, Washington D.C. 1980.

tion incontrôlée des coûts de la santé²⁶. Il est faux de croire que la publicité se focaliserait 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 est 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. Par ailleurs, les risques de dérive sont limités non seulement par la loi fédérale sur la concurrence déloyale qui permet de réprimer la publicité trompeuse ou mensongère, mais aussi par le secret médical qui évite que les professionnels de la santé fassent de la publicité "personnalisée".

IV. Enseignements

25. En guise de conclusions, nous tirons deux types d'enseignement. Le premier a trait aux mesures privées visant à améliorer la transparence sur les prix, en particulier les recommandations de prix des associations professionnelles. Le second touche aux effets de l'intervention étatique dans la promotion de la transparence sur les prix.

1. Effets des recommandations de prix émises par les associations professionnelles

26. Les cas examinés par les autorités suisses de la concurrence démontrent que les recommandations de prix émises par les associations professionnelles ont généralement des **effets néfastes sur la concurrence** dans la mesure où elles :

?? affectent notablement, voire suppriment la concurrence efficace sur le marché. C'est le cas lorsque la recommandation est suivie par la plupart des membres de l'association, influence le comportement des non-membres ou entraîne un hausse généralisé du niveau des prix. En effet, la pratique horizontale d'élaboration et de diffusion des tarifs conseillés est une activité régulière et constante de nombreuses associations professionnelles²⁷. Comme cette activité dure généralement depuis de nombreuses années, la fixation de prix même simplement recommandés affecte le jeu de la concurrence dans la mesure où elle permet à tous les acteurs du marché de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix

²⁶ Plusieurs études économétriques ont démontré que l'instauration d'une concurrence plus grande dans plusieurs secteurs des soins de la santé, a entraîné une baisse des prix et des coûts, sans sacrifier la qualité des soins (N. LIANG/J. OGUR: *Restrictions on Dental Auxiliaries*, 1987).

²⁷ Cf. P. DUCREY, Application de la loi sur les cartels aux recommandations de prix émises par des associations, *in*: Revue de l'Avocat, 9/2000, p. 6 ss.

poursuivie par les concurrents. Cette pratique est donc particulièrement nuisible lorsqu'elle influence le comportement concurrentiel non seulement des membres de l'association concernée, mais aussi des éventuelles entreprises qui n'en font pas partie.

?? n'augmentent ni l'intensité de la concurrence sur la qualité ni l'innovation des produits. On pourrait croire que les entreprises qui fixent des prix se feront concurrence sur d'autres paramètres concurrentiels, par exemple la qualité et l'innovation. En fait le risque est tout autre. Comme le prix est habituellement aussi un signal de la qualité d'un produit, son uniformisation par la transparence n'incite pas les fabricants à améliorer la qualité ou à innover, ce qui diminue finalement le choix à disposition de l'acheteur.

27. De plus, au regard des cas examinés, les recommandations de prix émises par les associations professionnelles ne sont **généralement pas très utiles pour les consommateurs** dans la mesure où elles:

?? n'améliorent pas systématiquement la transparence du marché. On pourrait croire que des prix clairement affichés diminuent les coûts de recherche des acheteurs dans la mesure où la transparence sur les prix leur évitent de perdre du temps à trouver des produits meilleur marché. Cela ne se vérifie pas pour les produits hétérogènes. Dans ce cas, si les prix sont rendus uniformes par les recommandations de prix, les acheteurs choisiront en fonction de la qualité des produits. Ils passeront alors leur temps à apprécier les différentes composantes de la qualité des produits. Cette comparaison de qualité ne sera pas plus facile que la comparaison des prix. Elle engendrera des coûts élevés.

?? n'améliorent pas forcément la prévisibilité des coûts. Dans le domaine des services, il est difficile de savoir à l'avance combien coûtera le prix définitif d'une prestation d'avocat ou d'architecte. Afficher un prix à l'heure ne permettra alors pas à l'acheteur de prévoir le coût de la facture finale. En effet, le coût de la prestation est déterminé par la quantité, la complexité des travaux à effectuer multiplié par le coût horaire. L'acheteur pourra difficilement faire un budget sur la base du tarif-horaire de son prestataire. De plus, en raison de l'asymétrie de l'information, le vendeur peut influencer le volume de prestations dont l'acheteur a besoin. Cela s'est vérifié dans le cas des moniteurs de conduite de l'AFEC (cf. ci-dessus) où la plupart des élèves conducteurs prennent des leçons de conduite auprès d'un moniteur avant de passer leur permis (90%) car ils ne connaissent pas les exigences des examinateurs cantonaux. Ne pouvant que difficilement estimer eux-mêmes le moment à partir duquel ils sont prêts à passer l'examen de conduite, les élèves-conducteurs se fient à l'appréciation de leur moniteur. Celui-ci

peut ainsi influencer le nombre d'heures de conduite nécessaires à la préparation de ses élèves.

?? ne protègent pas l'acheteur des prix surfait. On pourrait croire que les recommandations de prix évitent aux acheteurs de payer des prix surévalués puisque tous les offreurs exigent le même prix. En réalité, l'uniformisation des prix poussent les offreurs à diminuer la qualité de leur produit. Les acheteurs paieront finalement un prix surfait par rapport à la qualité offerte.

2. Promotion de la transparence par voie législative

28. En légiférant, l'Etat peut améliorer ou diminuer la transparence des prix sur le marché. Il est donc important que son action se fasse au profit de la concurrence et des consommateurs.

29. Lorsqu'il veut permettre aux consommateurs de mieux comparer les prix en améliorant la transparence des prix, l'Etat ne doit pas simultanément augmenter les risques de collusion. Pour parer à cet écueil, il doit éviter de donner aux entreprises les moyens de mieux s'entendre sur les prix. Une base légale fixant uniquement l'obligation et la manière d'indiquer les prix permet aux acheteurs de les comparer sans être induit en erreur. Une fois les bases de comparaison harmonisées, le consommateur doit faire l'effort de comparer les prix des biens et prestations offerts sur le marché. Ce travail ne doit pas être facilité par des dispositions légales permettant à toutes les entreprises d'une branche de s'entendre sur les prix (cf. supra ch. 15 s).

30. S'il entend protéger le consommateur, l'Etat doit éviter d'adopter des dispositions qui pourraient nuire à la transparence du marché. S'il le fait, il risque de le maintenir dans une trop grande ignorance, accentuant ainsi l'asymétrie d'information qui peut le séparer de son co-contractant. Ainsi, doit-il donner la possibilité aux entreprises de se faire connaître des consommateurs en autorisant plus largement la publicité, même dans des domaines aussi sensibles que les professions de la santé.

Annexe 1

*Règlement Sanphar: annexe 1: ordre des marges avec zones tampons
Champ d'application selon le chiffre 1.2.1 du Règlement*

a) ordre des marges valable en général

Eche- lon	Prix public en CHF	Part du fabricant en % du PP	Marges			
			Grossiste en %		Com- merce spécialisé en % du PP	Médecins dispen- sants en % du PP
			du PACS	du PP		
1	0.00 - 19.95	53,125%	15%	9,375%	37,5%	33%
ZT 1	20.00 - 21.25	CHF 10.63 - 11.88	CHF 1.87		CHF 7.50	CHF 6.60
2	21.30 - 99.95	55,847%	13,75%	8,903%	35,25%	30,5%
ZT 2	100.00 - 113.70	CHF 55.85 - 69.55	CHF 8.90		CHF 35.25	CHF 30.50
3	113.75 - 199.95	60,720%	12%	8,28%	31%	26,5%
ZT 3	200.00 - 229.60	CHF 121.44 - 151.04	CHF 16.56		CHF 62.00	CHF 53.00
4	229.65 - 299.95	64,97%	11%	8,03%	27%	23,5%
ZT 4	300.00 - 352.15	CHF 194.91 - 247.06	CHF 24.09		CHF 81.00	CHF 70.50
5	352.20 - 399.95	68,915%	10,5%	8,085%	23%	19,5%
ZT 5	400.00 - 484.20	CHF 275.66 - 359.86	CHF 32.34		CHF 92.00	CHF 78.00
6	484.25 - 499.95	72,9%	10%	8,1%	19%	15,5%
ZT 6	500.00 - 633.35	CHF 364.50 - 497.85	CHF 40.50		CHF 95.00	CHF 77.50
7	633.40 et plus	> 76,925%	CHF 51.00		CHF 95.00	CHF 77.50

A l'intérieur des zones tampons (ZT), les taux de marges usuels en % du commerce de gros et de détails et des médecins dispensants sont remplacés par les montants indiqués (abréviations: PACS = prix d'achat commerce spécialisé; PP = prix public hors TVA).

b) ordre des marges spécial pour les génériques

Eche- lon	Prix public en CHF	Part du fabricant en % du PP	Marges			
			Grossiste en %		Com- merce spécialisé en % du PP	Médecins dispen- sants en % du PP
			du PACS	du PP		
1	0.00 - 19.95	46,325%	15%	8,175%	45,5%	41%
ZT 1	20.00 - 21.55	CHF 9.26 - 10.81	CHF 1.64		CHF 9.10	CHF 8.20
2	21.60 - 99.95	49,809%	13,75%	7,941%	42,25%	37,5%
ZT 2	100.00 - 114.20	CHF 49.81- 64.01	CHF 7.94		CHF 42.25	CHF 37.50
3	114.25 - 199.95	55,44%	12%	7,56%	37%	32,5%
4	200.00 et plus	60,52%	11%	7,48%	32%	CHF 28.5

A l'intérieur des zones tampons (ZT), les taux de marges usuels en % du commerce de gros et de détail et des médecins dispensants sont remplacés par les montants fixes indiqués. En aucun cas, la marge du grossiste ne peut être supérieure à CHF 51.-, celle du commerce de détail supérieure à CHF 95.-- et celle des médecins supérieure à CHF 77.50.

Annexe 2

Communication "conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul" (DPC 1998/2, p. 354 ss.)

Décision de la Commission de la concurrence du 4 mai 1998

La Commission de la concurrence

considérant ce qui suit:

- ?? Selon l'article 6 LCart, la Commission de la concurrence peut, par voie de communications, fixer les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart. Les accords de spécialisation et de rationalisation, y compris les accords y relatifs concernant l'utilisation de schémas de calcul, sont expressément mentionnés (article 6 alinéa 1 lettre b LCart).
 - ?? La Commission de la concurrence a été confrontée à plusieurs reprises à la question de l'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, de l'utilisation de schémas de calcul élaborés par des associations économiques et professionnelles ainsi que des tiers.
 - ?? En utilisant des schémas de calcul, les entreprises concurrentes peuvent former leurs prix de manière consciemment ou inconsciemment concertée.
 - ?? Par ailleurs, les associations économiques ou les organisations d'une même branche peuvent, par la mise à disposition de schémas de calcul, négocier, encourager ou même imposer un accord sur les prix, direct ou indirect, entre leurs membres.
 - ?? L'utilisation de schémas de calcul peut ainsi correspondre à un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, que ce soit avec ou sans l'intervention d'associations économiques ou d'organisations d'une même branche. Le caractère obligatoire ou non de la convention sur l'utilisation de schémas de calcul n'est pas déterminante, puisque les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées valent comme accords selon l'article 4 alinéa 1 LCart.
 - ?? Les milieux intéressés ont exprimé un intérêt manifeste pour une clarification par la Commission de la concurrence de l'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, des accords sur l'utilisation de schémas de calcul.
 - ?? La Commission de la concurrence peut faire par voie de communication uniquement des déclarations explicatives de principe,
-

susceptibles de servir de fil conducteur lors d'enquêtes selon l'article 27 LCart. La présente communication a un caractère général et s'applique à tous les secteurs de l'économie. Elle concerne les accords sur l'utilisation de schémas de calcul et non sur les schémas de calcul en tant que tels. Une décision concrète relative à un cas particulier reste dès lors toujours réservée.

?? La présente communication étant représentative de l'état actuel de la pratique dans le domaine des schémas de calcul, il n'est pas exclu qu'elle soit, au besoin, adaptée à l'évolution de la jurisprudence.

émet

selon l'article 6 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), la présente communication:

A. Champ d'application

Article premier

La présente communication concerne les accords, au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, passés entre entreprises d'un même échelon du marché, en vue de l'utilisation de schémas de calcul, y compris les interventions correspondantes des associations d'une même branche ou de tiers, pour autant que ces accords affectent de manière notable la concurrence (article 5 alinéa 1 LCart).

B. Définition

Art. 2

Les schémas de calcul sont des indications générales et des bases de calcul standardisées qui permettent aux utilisateurs de calculer ou d'évaluer les coûts de leurs produits ou de leurs services en vue de la détermination ou de l'évaluation de leurs prix de vente.

C. Règles

Art. 3

Les accords (au sens de l'article premier) entre entreprises d'un même échelon du marché sur l'utilisation de schémas de calcul, ainsi que les interventions correspondantes des associations d'une même branche ou de tiers peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsque,

- a) le contenu des schémas de calcul est limité aux données et formules servant à calculer les coûts ou à déterminer les prix,
 - b) ces accords servent à échanger entre les parties des connaissances et des compétences en matière de calcul des coûts,
 - c) ils laissent aux parties la liberté de déterminer les conditions des prestations ou de livraison et les prix d'achat, ainsi que d'accorder des rabais et autres réductions de prix et
-

d) ils ne contiennent pas d'échanges d'informations qui puissent donner des renseignements sur le comportement effectif des parties à l'accord lors de l'établissement d'offres, respectivement lors de la détermination des prix finaux et des conditions.

Art. 4

Les accords (au sens de l'article premier) sur l'utilisation de schémas de calcul ne peuvent en règle générale pas être réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsque

- a) ils imposent ou proposent aux parties, pour déterminer leurs propres coûts, des montants forfaitaires et des pourcentages forfaitaires concernant le décompte des frais généraux ou d'autres coûts supplémentaires,
- b) ils imposent ou proposent aux parties des marges, des rabais, d'autres éléments de prix ou des prix finaux, ou
- c) ils permettent de renseigner les parties à l'accord sur le comportement effectif de leurs concurrents, en particulier lors de l'établissement d'offres ainsi que de la détermination des prix finaux et des conditions.

D. Publication de la présente communication

Art. 5

La présente communication sera publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

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 Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale/Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RR	Regierungsrat
LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal/ Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral/ Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
W		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)	ZPO	Zivilprozessordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	X	
		Y	
		Z	

Index**A**

abgestimmtes Verhalten 313
Abrede 241 f., 248 f., 251, 306, 308 ff., 313 ff.,
317, 321 f., 324, 326 f., 330, 382, 385, 389,
402, 406, 408 ff., 414, 417, 420, 432 f., 437
ff.
accordi -
accordo diretto o indiretto sui prezzi -
accords 267, 270, 281, 446, 455 ff., 460 f., 463,
470 ff.
aktuelle Konkurrenz -
aktuelle Wettbewerber 367
aktuelle und potenzielle Konkurrenten 323,
326, 330
Angebotssubstituierbarkeit -
associations économiques et professionnelles
454 ff., 460 f., 465 f., 470
associazioni economiche o le organizzazioni
del ramo -
Aufgreifkriterien -
Auflagen 344
Aussenseiter -
austauschbar 318 f., 407, 438

B

barrières à l'entrée 276 f., 292, 456, 459
barrières légales -
Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 241,
248, 250 f., 318, 385 f., 390, 402, 405 ff.,
410, 416 ff., 421, 433, 436 f., 441
betroffener Markt -
Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
communication 264, 268, 351, 353, 359, 461
ff., 470 f.
concurrence actuelle 275, 456
convention tarifaire -

D

Diskriminierungen 234, 369

E

efficacité économique 455 f., 462, 471 ff.
efficienza economica -
enge Abgrenzung -
erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

F

Festsetzung von Preisen 241 f., 406, 408, 437
ff.
funktionale Substituierbarkeit -
funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 452

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung -
Kollusion 326
Konkurrenzverbot -
Kreuzpreiselastizität -

L

libre accès au marché -

M

marché de référence 271 ff., 281
marché géographique 271, 274 f.
marchés publics -
Marktabgrenzung 243, 317, 319, 321, 329,
334, 343, 346, 363, 365 f., 368, 391, 394,
409, 422, 425, 440
Marktanteile 322 f., 329, 334, 337 ff., 343, 346
f.
Marktanteilsaddition 338 f., 341
Marktanteilsberechnung -
marktbeherrschende Stellung 233 ff., 293, 339
f., 344, 346, 353, 357, 360, 367 ff., 372 f.,
450
Marktbeherrschung 234, 300, 348, 361
Marktgegenseite 234, 242 f., 247, 249 f., 318,
321 f., 349, 352 f., 355, 357 f., 362 ff.
Marktöffnung -

Marktschranken -
Marktstrukturen -
Marktzutritt 307, 310 f., 322, 324 ff., 329, 369
f., 390, 421
Marktzutrittsschranken -
Meldepflicht 334
mesures provisionnelles -
Missbrauch einer marktbeherrschenden
Stellung -
missbräuchliches Verhalten -
Monopolrente -
Monopolstellung -

N

non-discrimination -

O

Öffnung der Märkte -
offreurs 275 ff., 467

P

Parallelverhalten 236, 238, 389, 392, 420, 424
position dominante 255, 261 f., 268, 270 f.,
278, 280, 284 ff., 293, 443, 448, 459
potenzielle Konkurrenz 251, 322, 324, 358,
386, 417
Preiswettbewerb 234, 237, 385, 389 f., 393,
402, 406 ff., 416 f., 420 f., 424, 433, 437 ff.
principe de la proportionnalité -
Produktdifferenzierung 249

R

räumlich relevanter Markt 247, 320, 351, 364
räumliche Marktabgrenzung 321, 330, 343
règlement tarifaire -
relevanter Markt 407, 438

S

sachlich relevanter Markt 242, 317, 349, 351,
361, 363 f.
Sanierungsfusion -
Sanktionierung -
Sanktionsandrohung -
Schwellenwerte 342, 346
staatliche Markt- oder Preisordnung
Statuten 315, 387, 394

substituierbar 242 f., 317 ff., 349, 361, 363 f.,
408, 439

Substitutionsmöglichkeit 240

Substitutionsprodukt -

suppression d'une concurrence efficace -

T

tarif minimum 456

Tarife 234

tarifs recommandés 456 f., 462 f.

U

unabhängig 244 ff., 252 f., 323, 349, 352, 359,
361, 368 f., 372 f., 407 f., 438 f.

unerheblich 309, 314, 407, 438

Unternehmen 233 f., 239 ff., 293, 295, 299 ff.,
305 f., 308 f., 312 ff., 320, 322 ff., 332 ff.,
342, 344 ff., 349 f., 352, 354 ff., 359, 361 ff.,
365 f., 368 ff., 389, 396, 402, 420, 427, 433

unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils 452 f., 455

Verhältnismässigkeitsprinzip 377 f.

Verstärkung einer marktbeherrschenden Stel-
lung 305, 335, 337, 339 f., 347

Vertikalabreden -

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen -

W

Werbebeschränkungen -

Wettbewerbsabreden 236, 240 f., 299, 308,
316, 386, 396, 402, 404, 406, 410, 418, 427,
433, 435, 437, 441

wirtschaftliche Effizienz -

Wirtschaftsverbände -